

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMOS XIII-XIV
1996-1997



BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Director

JAVIER DE LUCAS

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

Secretario

ERNESTO VIDAL GIL

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

CONSEJO ASESOR

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

EMILIA BEA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

JOSÉ GARCÍA AÑÓN

Profesor Ayudante de Filosofía del Derecho

CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL CALVO GARCÍA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

ÁNGEL LLAMAS GASCÓN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III

BENITO DE CASTRO CID

Catedrático de Filosofía del Derecho
UNED

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

MARÍA EUGENIA GAYO SANTA CECILIA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
UNED

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMOS XIII-XIV
1996-1997

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

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

NIPO (BOE): 007-98-040-3
NIPO (M.º de Justicia): 051-98-005-8
ISSN: 0518-0872
ISBN (BOE): 84-340-1025-9
ISBN (M.º de Justicia): 84-7787-909-5
Depósito legal: M-11151-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid, 1998

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN	9

VOLUMEN XIII (1996)

I. HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN DEBATE

1. MARINA GASCÓN ABELLÁN, <i>Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil»</i>	17
2. ENOCH ALBERTI, <i>El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (debate sobre «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)</i>	39
3. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, <i>No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España)</i>	45
4. ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, <i>La ley y el legislador</i>	57
5. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios.</i>	65
6. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, <i>El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky</i>	87
7. RICCARDO GUASTINI, <i>Derecho dúctil, Derecho incierto</i>	111
8. LUIS PRIETO SANCHÍS, <i>El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)</i>	125
9. ALFONSO RUIZ MIGUEL, <i>Del dúctil derecho y la virtuosa necesidad ..</i>	159

II. ESTUDIOS

1. CARLOS ALARCÓN CABRERA, <i>Hacia un tractatus deóntico-philosophicus</i>	177
2. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO, <i>A vueltas con la justicia. Una reflexión sobre posmodernidad y comunitarismo</i>	193
3. FERNANDO H. LLANO ALONSO, <i>La armonización del Derecho y la justicia en el pensamiento jurídico-político de Guido Fassò</i>	209
4. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, <i>La justicia paradójica de Emmanuel Lévinas</i>	221

	Pág.
5. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, <i>Libertad y Estado en la teoría neoliberal</i> ..	241
6. JOSÉ MANUEL PANEA MÁRQUEZ, <i>Soberanía, obediencia y salus populi en Thomas Hobbes</i>	265
7. JOSÉ MARÍA ROSALES, <i>Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática</i> .	281
8. ÁNGELA APARISI MIRALLES, <i>Igualdad y discriminación genética</i>	309
9. VICENTE BELLVER CAPELLA, <i>El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos</i>	327
10. JUANA MARÍA GIL RUIZ, <i>Reflexiones jurídicas sobre un reto de futuro: la maternidad</i>	349
 III. DEBATES	
1. PABLO DE LORA, <i>Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella (La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial)</i>	371
2. ROBERTO GARGARELLA, <i>Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora</i>	381
 IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
1. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, <i>El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)</i> . (José Calvo González)	389
2. JOHN AUSTIN, <i>The province of jurisprudence determined</i> (Isabel Turégano Mansilla)	395
3. MIGUEL AYUSO TORRES, <i>La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada</i> (Benjamín Rivaya)	402
4. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, <i>Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho</i> . (José María Rosales)	406
5. MARÍA CASADO GONZÁLEZ, <i>La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos</i> (Ana María Marcos del Cano)	409
6. AMADEO G. CONTE, CARLOS ALARCÓN CABRERA, <i>Deóntica de la validez</i> . (Victoria Iturralde Sesma)	413
7. NEIL DUXBURY, <i>Patterns of American Jurisprudence</i> . (Félix Francisco Sánchez Díaz)	417
8. VITTORIO FROSINI, <i>La letra y el espíritu de la ley</i> (Fernando H. Llano Alonso)	421
9. EMMANUEL MOUNIER, <i>Obras completas</i> (M. Leonor Suárez Llanos) ..	423
10. LLUIS PEÑUELAS I REIXACH, <i>La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado</i> (Nora M. Martínez Yáñez)	429
11. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, <i>Manual de Informática y Derecho</i> (Nora M. Martínez Yáñez)	432
12. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, <i>Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo</i> (José L. del Barco)	435
13. JOHN HENRY SCHLEGEL, <i>American Legal Realism & Empirical Social Science</i> (Félix Francisco Sánchez Díaz)	437

	Pág.
14. JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, <i>La teoría de la tolerancia en John Locke</i> (José María Lassalle)	441
15. STAMATIOS TZITZIS, <i>La Philosophie Pénale</i> (José Calvo González) ...	447

V. NECROLÓGICA

1. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, <i>Francisco Tomás y Valiente: una evocación prospectiva</i>	455
2. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, <i>José Luis López Aranguren, 1909-1996</i> ..	459

VOLUMEN XIV (1997)

I. PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL», TOLEDO 20 Y 21 DE MARZO DE 1997

1. MANUEL ATIENZA, <i>Estado de Derecho, argumentación e interpretación</i>	465
2. ALBERT CALSAMIGLIA, <i>Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación</i>	485
3. ANDRÉS OLLERO TASSARA, <i>Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls</i>	509
4. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, <i>Ética pública-Ética privada</i>	531
5. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, <i>Estado constitucional y derechos de la tercera generación</i>	545
6. ALFONSO RUIZ MIGUEL, <i>Derecho y punto de vista moral</i>	571

II. ESTUDIOS

2.1 Estudios de Teoría del Derecho

1. CRISTINA GARCÍA PASCUAL, <i>Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores</i>	603
2. MILAGROS OTERO PARGA, <i>Notas sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico</i>	621
3. MARIO RUIZ SANZ, <i>De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa</i>	637
4. SUSANA SÁNCHEZ FERRO, <i>Analogía e imperio de la ley</i>	651

2.2 Estudios sobre Justicia y Derechos

1. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, <i>Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración?</i>	679
2. CRISTINA HERMIDA DEL LLANO, <i>Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil</i>	703
3. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, <i>Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones</i>	717
4. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, <i>La justicia social como correctora de la justicia protectora</i>	739

	Pág.
5. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, <i>Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida</i>	743
6. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, <i>La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización</i>	761
2.3 Estudios de Historia del Pensamiento Jurídico	
1. ROGER CAMPIONE, <i>Introducción al pensamiento de Alessandro Passerin d'Entrèves</i>	787
2. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, <i>Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre</i>	803
3. FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, <i>El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch</i>	827
2.4 Estudios de Filosofía Política	
1. PILAR ALLEGUE, <i>En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural?</i>	847
2. XACOBE BASTIDA FREIXEDO, <i>Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista</i>	865
3. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, <i>El riesgo neoaristotélico</i>	885
III. DEBATES	
1. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, <i>Réplica a los «Presupuestos ontológicos del Derecho»</i> , de Daniel González Ligier	911
2. DANIEL GONZÁLEZ LIGIER, <i>De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho</i> (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín)	925
3. BENJAMÍN RIVAYA, <i>Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo</i>	933
4. RICARDO GARCÍA MANRIQUE, <i>Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo: respuesta a Benjamín Rivaya</i>	941
IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
1. J. BALLESTEROS y J. PÉREZ ADÁN (editores). <i>Sociedad y medio ambiente</i> (M. ^a Carmen Herrando Pérez)	953
2. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, <i>Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución</i> (5. ^a ed.) (Carmelo José Gómez Torres)	956
3. TERESA PICONTÓ NOVALES, <i>La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos)</i> (Miguel A. Ramos Ulgar)	962
4. MANUEL PORRAS DEL CORRAL, <i>Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos</i> (Ángela Aparisi Miralles)	966
5. LUIS PRIETO SANCHÍS (coordinador), <i>Tolerancia y minorías . Problemas jurídicos y políticos</i> (José Luis Solana Ruiz)	973
6. PEDRO RIVAS PALÁ, <i>Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley</i> (Antonio Luis Martínez Pujalte)	978

PRESENTACIÓN

Este volumen XIII-XIV del Anuario de Filosofía del Derecho es, en más de un sentido, un número extraordinario. En primer lugar, evidentemente, porque se ha producido un relevo en la dirección, por acuerdo de la Junta Directiva de nuestra Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, tal y como anunció en su despedida quien lo ha dirigido en los últimos años, el profesor Gil Cremades. Es obligado aquí, como primera consideración, agradecer al profesor Gil Cremades su trabajo a lo largo de estos años, fruto del cual es la revitalización de nuestra revista, un éxito cuyo reconocimiento queremos expresar precisamente en el inicio de esta nueva etapa.

Al haberse producido esos cambios en el último trimestre del curso 1995-1996, coincidiendo con otros cambios de mucho mayor alcance en el Gobierno y por tanto en el propio Ministerio, resultaba imposible, de una parte, evitar cierto retraso y, de otra, mantener exactamente el diseño de los contenidos, como anunciamos en la primera carta que dirigimos a todos los socios. Tras resolver los problemas planteados, de diversa índole, la solución ofrecida, a finales de junio de 1997, fue ésta de un número extraordinario.

En efecto, lo que hace más evidente el carácter extraordinario de este volumen es su amplitud, el hecho de que el volumen XIII-XIV tiene dos tomos, correspondientes a los años 1996 y 1997. Reunimos, por tanto, todas las aportaciones del primer año, junto a las correspondientes a 1997, con la confianza de que el Anuario de 1998 recuperará la normalidad.

En el tomo correspondiente a 1996, hemos mantenido la sección monográfica, en la que, bajo el título genérico «Hacia el Estado Constitucional: un debate», se recoge una amplia discusión entre filósofos del Derecho, constitucionalistas y miembros de la magistratura en torno a las propuestas del profesor Zagrebelsky. Esos trabajos responden a un seminario organizado por la profesora Marina Gascón, en diciembre de 1995, en la Facultad de Derecho de Albacete (Universidad de Castilla-La Mancha) a partir de libro *El Derecho dúctil*. Las ocupaciones no sólo aca-

démicas sino institucionales del profesor Zagrebelsky nos impiden contar con su respuesta a tiempo de incluirla en esta sección, pero a buen seguro dispondremos de ella en un futuro próximo. En todo caso, quisiéramos destacar que no se trata, como se verá, de hacer exégesis de una determinada posición doctrinal, y menos aún de la obra concreta de un autor, sino de un debate sobre cuestiones tales como la transformación del orden jurídico-político como consecuencia de la dimensión normativa de la Constitución, la revisión de la noción de interpretación, el papel de los principios, la identificación de los «señores del Derecho (y de la ley)», etc., problemas centrales en la Filosofía y Teoría del Derecho hoy.

En la sección de estudios preferimos no incluir subsecciones temáticas. Comienza con un estudio en el que el profesor Alarcón presenta una propuesta que continúa trabajos anteriores en el campo de la filosofía de la lógica y del lenguaje deónticos, en línea con las investigaciones de von Wright y Conte. El resto de los artículos, como se puede comprobar, se agrupan básicamente en torno a tres ejes: en primer lugar, tres estudios en el ámbito de la historia del pensamiento jurídico –sobre Hobbes, Levinas y Fassó–. A ellos sigue un segundo grupo de tres artículos –un trabajo del profesor Rosales, sobre política, ciudadanía y pluralismo, y los de los profesores De Julios y Martínez de Pisón– que desde perspectivas diferentes tienen en común analizar aspectos filosófico-jurídicos y políticos del debate acerca del comunitarismo y (neo)liberalismo, y, finalmente, tres trabajos de los profesores Aparisi, Bellver y Gil Ruiz, relativos a problemas relacionados con la «nueva generación» de derechos humanos.

La sección de debate fue la más afectada por la situación de provisionalidad en este primer tomo: ante la escasez de tiempo, no fue posible hacer propuestas concretas que permitieran en el corto espacio disponible la lectura recíproca de los originales por ambas partes. Cuando dábamos por cerrado este apartado que, sin duda, constituye una de las mejores aportaciones de la última época del Anuario, recibimos la discusión acerca de las propuestas del profesor Galgarella, con un estudio crítico del profesor De Lora y una contestación del autor, que consideramos de interés incluir bajo la forma de debate.

Decidimos eliminar el apartado de crónica bibliográfica, pues, sin dudar de su interés, resulta cada vez más difícil dar cuenta, aunque sea de forma sumaria, de todas las novedades relevantes a lo largo de un año y el criterio selectivo imponía no pocas dificultades. La sección de crítica bibliográfica, en cambio, mantiene su extensión, con dieciséis reseñaciones.

Finalmente, y aunque en sentido estricto no se trata de filósofos del Derecho, creemos más que justificada la inclusión de la nota redactada por el profesor Pérez Luño acerca de Francisco Tomás y Valiente y la del profesor Eusebio Fernández sobre José Luis López Aranguren: en ambos casos se trata de pérdidas que afectan no sólo al ámbito académico, sino a todos los ciudadanos.

Por lo que se refiere al año 1997, hay que lamentar que el reajuste del que hemos hecho mención nos obligase a prescindir de parte de los originales que habíamos aceptado inicialmente. Como se recordará, la sección monográfica está dedicada a recoger las actas de las jornadas de la SEFJS en Toledo, que tuvo como tema común «Perspectivas del Estado constitucional». Sin embargo, al tener que reunir los dos años, sólo podemos publicar las ponencias (de los profesores Atienza, Calsamiglia, Ollero, Peces-Barba, Pérez Luño y Ruiz Miguel) y no las comunicaciones, tal y como se había acordado en aquella reunión.

La sección de estudios reúne 15 trabajos, agrupados de nuevo, como venía siendo tradicional, en diferentes bloques temáticos, cuatro en esta ocasión: teoría del Derecho (los de los profesores García Pascual, Otero y Sánchez Ferro), teoría de la justicia y derechos humanos (de los profesores Fernández Ruiz, Hermida, Martínez de Pisón, Mirete, Rodríguez Toubes y Rubio), historia del pensamiento jurídico (de los profesores Campione, García Amado y Serra) y filosofía política (de las profesoras Allegue, Bastida y Suárez Llanos).

El capítulo de debates recoge dos de ámbito muy diferente: de una parte, la discusión entre R. Hernández y D. González en torno a la concepción del Derecho (la polémica entre la concepción realista y lo que el profesor Hernández denomina «concepción estándar» del Derecho, la más habitual en nuestra cultura jurídica), que lo es también sobre los presupuestos ontológicos del Derecho y, de otro lado, el diálogo entre B. Rivaya y R. García Manrique, que, con el título genérico «Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo», el de un libro de este último, es una revisión de un capítulo indiscutiblemente polémico de la historia de la filosofía jurídica en nuestro país.

Cerramos este número con una muy breve sección de crítica bibliográfica, con tan sólo seis recensiones, que esperamos se revitalice, y para ello hacemos una llamada de atención a todos los socios.

Los trabajos ordinarios relacionados con la puesta en marcha del Anuario, siempre con el acuerdo del Consejo de Redacción, han sido asumidos por un consejo asesor, compuesto por compañeros del Departamento de Filosofía del Derecho de Valencia: los profesores Añón, Bea y García Añón. A ellos corresponde el mérito fundamental de hacer posible la aparición de este volumen, sobre todo en circunstancias que no han sido precisamente sencillas. El profesor Vidal, como secretario, y yo mismo como director, asumimos, lógicamente, las críticas y aspiramos a conseguir mejorar nuestra revista, porque el punto de partida que recibimos hace posible concebir esa esperanza.

JAVIER DE LUCAS
Director

VOLUMEN XIII (1996)

I

**HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL:
UN DEBATE**

Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil»

Por MARINA GASCÓN ABELLÁN

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. El Derecho y las valoraciones sociales. 2. El Derecho del pluralismo: ¿diagnóstico o propuesta? 3. La fragmentación del Derecho y su composición en unidad. 4. La Constitución, el legislador y el juez. 5. La conversión de la axiología en deontología: la enervación del principio de legalidad y el peligro de decisionismo judicial. 6. ¿Se puede hablar de interpretación? 7. Problemas de legitimidad: el Derecho de equidad. 8. Justicia vs. certeza. 9. A modo de conclusión.

1. EL DERECHO Y LAS VALORACIONES SOCIALES

La historia demuestra cómo el Derecho, aun cuando pueda concebirse de muy diversos modos, no puede ser comprendido al margen del contexto humano en que se desarrolla. Por eso, los grandes problemas jurídicos, y la idea misma del Derecho, remiten al ámbito social, cultural y político en el que los sistemas jurídicos pretenden ejercer su influencia¹. El libro de Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, es un ejercicio de reflexión jurídica en el seno de un contexto cultural con signos propios; un contexto en el que el Derecho tiene que ser recomprendido para no renunciar a su esencial dimensión social.

¹ El propio texto que presentamos no puede ser más expresivo a este respecto: los estudios del Derecho «sin conciencia alguna de los fenómenos a los que (las formulaciones jurídicas) dirigen su fuerza normativa serían obras ... extravagantes de "juristas puros"... que no deberían interesar a nadie» (p. 133).

La Europa de este final de siglo representa un mundo dinámico, cambiante y ofrece un panorama muy distinto al que en el siglo XIX vio nacer el modelo del Estado liberal de Derecho. La internacionalización de los mercados, el pluralismo y la movilidad social, así como el proceso de construcción de un espacio político unitario que inevitablemente hace mella en la noción de soberanía como atributo de los Estados, demandan un replanteamiento de numerosas instituciones jurídicas. Por ello, conjugando la exégesis dogmática con reflexiones más propias de la teoría jurídica, la filosofía política e incluso la sociología del Derecho, el libro analiza algunas concepciones jurídicas que han de ser revisadas en el «Estado constitucional» (fórmula que a juicio del autor resume la morfología propia del Derecho europeo actual), a fin de mantener su sintonía con la realidad social sobre la que operan. No se pretende decir nada nuevo, como se afirma ya desde las primeras páginas, pero es el conjunto lo que destaca; como destaca, añadiría yo, la perspectiva crítica, audaz, transformadora con la que este «conjunto» es presentado, socavando incluso ideas y principios profundamente arraigados en esa cultura jurídica con tal de reducir la distancia entre las exigencias del Derecho *ex parte potestatis* y las exigencias del Derecho *ex parte societatis*. Nos encontramos así ante una obra que subraya la concepción práctica del Derecho frente a la meramente teórica, que el autor, quizá exageradamente, identifica con el positivismo. En esto radica su virtud, pero acaso también su exceso. Y es que *El Derecho dúctil* tiene la virtud de poner en contacto el Derecho con la cultura y con las valoraciones sociales de una forma sugerente, inteligente, aguda, pero también provocadora, por cuanto abre una brecha en numerosas concepciones jurídicas que muchos consideran irrenunciables o, cuando menos, valiosas. Se explican así las objeciones a las que esta obra, en su corta andadura, se ha hecho acreedora.

Sintetizando una idea que después se irá desgranando, podría decirse que *El Derecho dúctil*, al entender el Derecho como un fenómeno inseparable de sus condiciones reales de funcionamiento, lo concibe como un sistema de valores que no puede ser fijado de antemano, al modo de los iusnaturalismos racionalistas, sino que tiene que reflejar las valoraciones sociales. Pero unas valoraciones que son cambiantes y plurales, porque cambiante y plural es el entramado social del que emanan. Por eso, la ley, expresión de la lucha política que se desarrolla en sociedad, tiene reservado un puesto primordial. No podría ser de otro modo: si el Derecho dúctil quiere presentarse, como parece pretender su autor, como la concepción jurídica propia de las sociedades pluralistas de este final de siglo, ha de apostar también por la democracia y su expresión normativa típica: la ley. Y esta constatación incide en el modo de concebir la Constitución².

² Frente a lo que parecen reprochar a ZAGREBELSKY algunos de sus críticos, no creo que su postergación de la ley, y en particular el debilitamiento del principio de legalidad en relación con la jurisdicción, sea sólo consecuencia de una visión «abierta» de la Constitución que deba ser «cerrada» por los jueces en los casos concretos. Creo que es también, y sobre todo, la necesidad de reconocer a la ley un autónomo papel creador de Derecho en el marco de una

En efecto, el puesto principal de la ley, que en el Estado liberal venía asegurado dejando en manos del legislador toda la creación normativa del sistema, podría verse amenazado en el Estado constitucional, donde la Constitución juridifica valores de libertad y justicia (principios, en la terminología actual), que se imponen también al legislador. En este marco de Constitución «de principios», los peligros de asfixia legislativa por exceso de juridicidad son evidentes. Por ello, si quiere preservarse ese primordial carácter político y normativo que debe reconocérsele al legislador, es necesario que los valores constitucionales se conciban de una forma «abierta», no «cristalizada».

Decir que la Constitución es (o debe ser) «abierta» significa que incorpora no una, sino varias ideas de justicia y que el Derecho producido a partir de las mismas ha de ser un *Derecho razonable*, que se preste a «ser sometido a las exigencias de composición y apertura». Significa que la determinación del contenido de los principios constitucionales no compete al Derecho, y de ahí la crítica a las manipulaciones del Tribunal Constitucional, que fijan de una manera intolerable las concepciones de justicia material. Los contenidos de esos principios de justicia (sus concepciones) se corresponden con las valoraciones sociales de cada contexto histórico y se hacen presentes en el Derecho a través de dos vías: la legislativa y la judicial. A través de la ley triunfan en el Derecho unas determinadas valoraciones, en el ámbito de posibilidades que ofrece la Constitución. Pero como la ley es expresión de un momento político competitivo y sus valoraciones no agotan el ámbito de concepciones de justicia que acoge la Constitución, los jueces, vinculados a la Constitución (y a veces parece que sólo a ella), podrán hacer triunfar en el caso concreto otras valoraciones constitucionales distintas más «razonables». *El Derecho dúctil* quiere conjugar así dos ideas tendencialmente contradictorias: el respeto al legislador y la posibilidad de que los jueces, al resolver los casos, se separen de la ley. Y esta es la fuente de la mayoría de los problemas que el libro plantea. Porque no se cuestiona el intento de poner en contacto la Constitución con la realidad y la cultura, pero sustraer al legislador esta competencia, atribuyendo a los jueces la última palabra sobre la solución constitucional para el caso concreto, parece un precio excesivo y tal vez innecesario.

2. EL DERECHO DEL PLURALISMO: ¿DIAGNÓSTICO O PROPUESTA?

El Derecho dúctil se presenta como el Derecho de las sociedades pluralistas actuales, al menos de las europeas. Ahora bien, ¿es un diagnóstico o una propuesta? La pregunta no carece de relevancia, pues si lo que

Constitución de principios, lo que exige concebir a éstos con carácter abierto. Lo cual comporta, en opinión del autor, un cambio en las tradicionales relaciones jerárquicas entre legislación y jurisdicción.

se pretende es describir el Derecho realmente operante, tal descripción podría considerarse inobjetable; es más, podría constituir incluso una denuncia del mal funcionamiento del Derecho respecto al modelo teórico que le sirve de base. Pero si lo que se pretende es ofrecer y propiciar un modelo jurídico alternativo, que a la sazón concuerda en muchos aspectos con las patologías de funcionamiento del Derecho actual, con lo cual queda desactivada su capacidad crítica, habrá que mostrar sus ventajas sobre el modelo anterior. En el primer caso, la descripción puede operar como un «desenmascaramiento» con afanes de crítica; en el segundo, la propuesta habrá de justificarse o, cuando menos, explicarse. Pues bien, a mi juicio, el Derecho dúctil *no pretende ser una descripción* fiel del Derecho actual, aunque a grandes rasgos coincide con el Derecho de las sociedades de la segunda posguerra, animadas por el rechazo de los totalitarismos y el deseo de abrirse a una sociedad compuesta de intereses plurales. Es más bien una propuesta de lucha por un Derecho³ que reencuentre su dimensión histórica, práctica y ética, y, en particular, por un Derecho capaz de mantener la unidad en unas sociedades marcadas por el conflicto interno.

Aunque no se dice expresamente, el Derecho dúctil es una reflexión jurídica que nace de la preocupación por algunos rasgos de totalitarismo e insolidaridad que afectan a las sociedades europeas actuales ante la concurrencia de problemas nada nimios: las desigualdades económicas y sociales, agudizadas por las propias contradicciones del modelo económico capitalista; la degradación del medio ambiente, propiciada por una visión acrítica de la relación del hombre con la naturaleza; los peligros de racismo y totalitarismo que asoman con el resurgimiento de grupos e ideologías radicales (no es casual el recuerdo de Auschwitz como una señal de alerta ante una idea acríticamente positiva de la naturaleza humana); los problemas, hasta ahora desconocidos, planteados por la aplicación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la vida, y, en fin, las dificultades políticas y sociales existentes aún hoy para el diseño de una nueva Europa. Una reflexión, en suma, que vislumbra el peligro de descomposición del pluralismo al que en ciertos casos parecen deslizarse las sociedades actuales. En consonancia con ello, el Derecho dúctil, en la medida en que apuesta por el pluralismo, por la integración, por la composición de los distintos valores e intereses, por la apertura a cualquier propuesta, no es tanto el Derecho propio del Estado constitucional vigente, cuanto el Derecho que se quiere que sea propio de las sociedades pluralistas actuales, pues sólo así podrán mantenerse unidas sociedades divididas en su interior. El Derecho dúctil, en definitiva, es un instrumento *que quiere dar su impronta a la realidad social sobre la que se proyecta.*

³ Usamos la expresión intencionadamente, pues, salvando las naturales distancias, cabe encontrar similitudes entre la propuesta de R. VON IHERING (*La lucha por el Derecho*, 1872) y la de *El Derecho dúctil*: ambas aparecen animadas por la necesidad de que el Derecho vuelva la vista a la realidad social y ambas conciben al Derecho en pugna con la injusticia.

Por eso, no es la definición del Derecho del Estado constitucional, aunque se inspira en él, y mucho menos la definición universal del Derecho de cualquier época y cualquier lugar. Es la descripción del Derecho que debe existir en un Estado constitucional pluralista si se quiere seguir preservando como tal.

¿Y en qué consiste esta visión «dúctil» del Derecho?

A mi juicio, la propuesta jurídica del Derecho dúctil podría sintetizarse de este modo: una nueva visión de la estructura del Derecho (caracterizada fundamentalmente por la fragmentación de los elementos que lo componen: ley, derechos y justicia) y un cambio en la concepción de la función y el alcance de las diferentes instancias jurídicas (Constitución, ley, jurisprudencia, ciencia jurídica, Tribunal Constitucional).

En concreto, en una Constitución que contenga valores y principios de justicia material, si se quiere mantener el pluralismo hay que garantizar al menos dos cosas: 1. la interpretación de esos valores debe ser lo bastante flexible para no ahogar la *opción legislativa*; pero 2. dado que también el legislador puede poner en peligro el *pluralismo*, la opción legislativa deberá asimismo ser controlada. De lo primero se derivan exigencias tanto para la ciencia jurídica como para el Tribunal Constitucional, toda vez que realizan interpretaciones de los valores constitucionales. La función de controlar la opción legislativa compete a la jurisprudencia en la resolución del caso concreto: los jueces del Derecho dúctil son los nuevos guardianes del contenido de justicia material de la Constitución frente a los posibles excesos de la ley, siempre expresiva de intereses de parte. Por eso, el Derecho dúctil se resume en una *Constitución* abierta, permeable a las valoraciones sociales y culturales; una *dogmática jurídica* dúctil, líquida, fluida, que flexibilice la interpretación de los conceptos; un *Tribunal Constitucional* también dúctil, que no ahogue al legislador, y una *jurisprudencia* dúctil, razonable, de hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley. El *legislador*, en esta concepción del Derecho, tiene una condición difícil de definir.

3. LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO Y SU COMPOSICIÓN EN UNIDAD

Por cuanto reflejo de una sociedad pluralista, la Constitución del Derecho dúctil es también una Constitución pluralista; no es, como en el siglo XIX, la Constitución de una parte de la sociedad. Y esta constatación no carece de consecuencias de cara a la propia *estructura* del sistema jurídico, por un lado, y a su composición en *unidad*, por otro. Entre el concepto de Constitución (una Constitución «por principios») y el papel de la magistratura en el Estado constitucional hay una estrecha relación.

En la sociedad «monoclase» sobre la que, a juicio de Zagrebelsky, se levantaba el Estado liberal de Derecho, la ley expresaba la unidad de las valoraciones sociales, y consecuentemente la unidad de la «vida» del Derecho se conseguía a través del principio de legalidad. En las actuales sociedades pluralistas, en cambio, la ley no es expresión de unidad, sino de conflicto político, y además viene sometida a un Derecho más alto, la Constitución, que ha sustituido a la ley como expresión de la unidad del Derecho. Sin embargo, lejos de cuanto podría pensarse si se concibiera el Estado constitucional como una simple continuación (y culminación) del Estado liberal de Derecho, la naturaleza de esa unificación, expresada ahora en el principio de constitucionalidad, ya no puede formularse en los términos lineales del pasado, de arriba abajo. Y ello por dos razones:

En primer lugar, porque, a diferencia de entonces, cuando todos los elementos del Derecho (derechos y justicia) se encontraban reunidos de forma unitaria y coherente en la ley, ahora los distintos aspectos que componen el Derecho no se encuentran igualmente reunidos en la Constitución, que por tanto no tiene el mismo sentido que la ley tuviera. La Constitución consagra un conjunto de derechos y principios de justicia cuya finalidad es contener, orientándolos, los desarrollos legislativos contradictorios generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre la ley (pp. 39 ss.). Pero la ley, por cuanto expresión de derechos políticos y sentido de la democracia, tiene una autónoma razón de ser, y para respetarla las Constituciones (formales) del pluralismo se conciben sólo como un «compromiso de las posibilidades»: un *cauce de actuación* que permita una vida social espontánea y no preordenada por ningún esquema rígido –ni siquiera establecido por la Constitución– y una competición para asumir la dirección política del Estado (p. 13).

En segundo lugar, porque la Constitución del pluralismo no ha sustituido a la ley como expresión de intereses generales e indiscutibles. Los principios constitucionales no expresan la unidad de las valoraciones sociales, porque tal unidad sencillamente no existe en una base social pluralista. La unidad ya no es un dato, sino un difícil problema que habrá de ser resuelto por los jueces en cada caso concreto, pues es en la aplicación judicial del Derecho donde se dan cita todos los elementos en que éste se fragmenta (ley, derechos y justicia) y, lo más importante, donde los principios constitucionales de justicia, al ponerse en contacto con el caso, adquieren significado.

En efecto, por cuanto «ley pactada» entre todas las partes de la sociedad, la Constitución del pluralismo encierra valores y principios contrastantes entre sí. Estos principios no son Derecho natural, sino que constituyen el mayor rasgo de orgullo del Derecho positivo. Su contenido se concibe apriorísticamente como objetivo, pero se trata de una objetividad que «depende del contexto cultural del que forman parte» (p. 124), y, lejos de lo que podría esperarse en aras de la unidad (y derivadamente de la certeza), ese contexto cultural no proporciona a los principios un sig-

nificado unívoco y estable. «El contenido de los principios, su “concepción”, es objeto de inagotables discusiones» (p. 124), y las concepciones ejercen su influencia en cada aplicación de los principios⁴. En definitiva, el contenido de los principios constitucionales alcanza su objetividad en la interpretación judicial de los mismos en el contexto cultural en que se realizan. Y éste es sin duda uno de los aspectos de esta obra que más problemas plantea, pues supone poner en manos de los jueces un inmenso poder de determinación normativa.

Frente a esta descripción tan judicialista del Derecho dúctil, tal vez pudiera decirse que en la obra de Zagrebelsky la Constitución (formal) del pluralismo no es más que un «compromiso de las posibilidades» y que la Constitución concreta (material) —o, mejor aún, el Derecho constitucional de cada momento histórico— es el fruto de la política constitucional, y por tanto principalmente de la política legislativa (pp. 13-14). Pero en el Derecho dúctil la *política constitucional* en que se resuelve la Constitución no es obra sólo del *legislador*, sino también, y sobre todo, de los jueces, que podrán inaplicar las leyes que estimen contrastantes con los principios constitucionales, tal y como resultan interpretados por ellos a la luz del caso.

Ciertamente, como el significado de los principios constitucionales dependerá al final de su concepción, resulta que el contenido de justicia material de la Constitución puede venir determinado en una primera instancia por la política legislativa, es decir, por la forma en que el legislador haya entendido y combinado los principios en la ley. Pero en última instancia será el juez (ordinario) quien imponga su entendimiento de los principios, circunvalando la ley si fuera necesario; esto es, si entiende que el contenido constitucional de ese principio a la luz del caso concreto no es el que se deriva de la opción legislativa. La Constitución del Derecho dúctil diluye así su normatividad objetiva (y única) en la normatividad plural resultante de las decisiones judiciales.

No se niega, insistamos en ello, que la Constitución tenga contenidos que se impongan al legislador y a los jueces. Pero tales contenidos, si puede decirse así, se «construyen» o «determinan» en la política constitucional; no se obtienen en abstracto de los enunciados constitucionales. La Constitución deja de ser *norma* que está por encima del legislador y de los jueces y se convierte en *política* y *decisión* judicial. Justo lo contrario del sentido kelseniano de la Constitución en la democracia, que es un sentido necesariamente normativo, aunque formal. Se pasa así de un concepto formal de Constitución a un concepto material de la misma, donde el contenido sustantivo «se construye» más que «se encuentra». De la Constitución como «forma» jurídica superior del sistema, a la Constitución como compromiso material de las posibilidades políticas y judiciales.

⁴ Sobre la distinción entre concepto y concepción, *vid.* R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 233.

En suma, la fragmentación del Derecho en el Estado constitucional del pluralismo ha influido directamente en la manera de realizar la unidad del sistema. El pluralismo de valores y principios que caracteriza a la Constitución ya no puede resolverse en una unidad «monocorde» como la que tenía lugar en el Estado liberal decimonónico a través de la ley. La ley, en el constitucionalismo actual, viene ella misma sometida a un Derecho más alto de composición plural, a un conjunto de principios (constitucionalizados) de justicia material cuya característica más definitoria es su variabilidad. Por ello, mientras que en el Estado liberal la unidad del Derecho venía garantizada, en el plano «político», por la soberanía estatal, en el plano «social», por la ideología unitaria burguesa, y en el plano jurídico, por la ley, en el Estado constitucional pluralista la unidad viene dada, en el plano «político y social», por una Constitución abierta, dúctil y pluralista que sea capaz de integrar todos los valores sin imponer ninguno (*Möglichkeitsdenken*), y en el plano «jurídico» por una jurisprudencia que se guía por el patrón de la razonabilidad (*Praktische-konkordanz*).

Pero entonces, ¿qué queda de la ley?

4. LA CONSTITUCIÓN, EL LEGISLADOR Y EL JUEZ

Los principios de justicia, al estar hoy contenidos en la Constitución, se proyectan sobre el legislador y el resto de los poderes públicos. Pero esta proyección puede entenderse de dos modos: puede concebirse de una forma rígida, imponiendo al legislador la simple actuación de esos valores y principios (estaríamos entonces ante el *constitucionalismo*: la Constitución encierra un «marco cerrado» de principios rígidamente jerarquizados que dominan todo el desarrollo legislativo), o puede concebirse de una forma más abierta, dejando al legislador algo de su originaria libertad para determinar sus contenidos (se estaría entonces ante el *legalismo*: la Constitución encierra un «marco abierto» de principios cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador) (pp. 150-152). Pues bien, el Derecho dúctil es una concepción del Derecho que se mueve entre el constitucionalismo y el legalismo, y que se identifica por el modo de resolver las tensiones producidas entre *Constitución y democracia* por un lado, y entre *jurisdicción y legislación*, por otro.

La primera de las tensiones apuntadas se resuelve del modo siguiente: si se quiere reservar un valor propio para la ley, como función originaria y no derivada, debe entenderse que los principios de justicia material que encierra la Constitución constituyen un «marco abierto» de posibilidades cuya determinación histórico-concreta se deja al legislador (p. 152). Podría decirse por ello que, en la tensión entre *Constitución y democracia*, el Derecho dúctil, consciente de la necesidad no sólo de ser

fiel al pluralismo social sino también de preservarlo y propiciarlo, apuesta por una concepción del Derecho que no asfixie al legislador, que le reconozca un espacio propio en virtud de que es la expresión de derechos políticos. La balanza, en este caso, se inclina del lado del «legalismo».

Pero la tensión paralela que se produce entre *legislación* y *jurisdicción* no se supera, en el Derecho dúctil, del mismo modo que la tensión entre Constitución y democracia. Simultáneamente al énfasis que se pone en la capacidad de la ley para elevar a normatividad el momento democrático político, se desconfía de los contenidos concretos de las leyes, o más bien de la capacidad de la ley para representar intereses generales, para no sucumbir al partidismo y evitar el despotismo de las eventuales mayorías políticas. Es significativo, a este respecto, la descripción del «mercado de las leyes» que, a juicio del autor, define la época actual: las notas de coherencia, generalidad, abstracción y racionalidad que habían constituido el pedigrí de la ley han cedido paso a una caótica variedad de leyes ocasionales y particulares que en ciertos supuestos se corresponden más con pactos de intereses que con objetivos racionales de regulación. La ley, más que un factor de ordenación, es expresión de un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum* (p. 37). En estas circunstancias, la tensión entre legislación y jurisdicción se resuelve convirtiendo a los jueces (sobre todo a los constitucionales, pero también a los ordinarios) en los nuevos guardianes del contenido (cambiante) de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador⁵. La balanza aquí se inclina del lado del «constitucionalismo».

Bien es verdad que el propio autor comprende las reservas ante «los diversos intentos puestos en marcha para desplazar la línea de confín de esta relación en favor de la jurisdicción y negar a la ley el valor que le pertenece en cuanto tal» (p. 152). Pero, en realidad, lo que parece reprochar a estas posturas no es la posibilidad de que los jueces se conviertan en guardianes de los principios constitucionales controlando al legislador, posibilidad que admite y hasta podría decirse que orienta toda la visión del Derecho dúctil. Lo que Zagrebelsky reprocha a estas corrientes (entre las que incluye al «uso alternativo del Derecho» y al Tribunal Constitucional cuando actúa como «legislador positivo») es que conciben el marco de principios constitucionales como un sistema «cerrado», perfectamente delimitado con independencia del contexto social y cultural en el que tales principios se proyectan.

El Derecho dúctil, en suma, intenta resolver las grandes tensiones política/Derecho y ley/justicia, y apuesta para ello por dos principios tendencialmente opuestos: apuesta por el *principio democrático* (porque es la única forma de salvaguardar el pluralismo), para lo cual es necesario concebir el sistema de valores de la Constitución como un sistema abierto.

⁵ La legislación, afirma ZAGREBELSKY, está envuelta «en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales» (p. 151).

Y apuesta también por el *control jurisdiccional de la ley* en el caso concreto, porque al tener los principios un contenido objetivo pero cambiante, son los jueces, en la resolución de los casos, los únicos que, actuando como «mediadores entre la conciencia social y la tradición dogmática»⁶, pueden fijar en última instancia el contenido de tales principios. Es, en fin, en la aplicación judicial del Derecho, como ya se señaló, donde encuentran unidad los distintos elementos en que éste se fragmenta: ley, derechos y justicia.

Este intento de conjugar el valor que tiene la ley, en tanto que expresión del pluralismo y de la dinámica política, con la necesidad de someterla a una red de vínculos jurídicos «que debe ser recogida por los jueces», abre algunas brechas en principios jurídicos que, al menos hasta ahora, se han considerado generalmente incuestionables y que, en todo caso, parecen valiosos. Aludiremos ahora a algunos de ellos.

5. LA CONVERSIÓN DE LA AXIOLOGÍA EN DEONTOLOGÍA: LA ENERVACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PELIGRO DE DECISIONISMO JUDICIAL

El juez del Derecho dúctil, que aparece en principio como un órgano vinculado al Derecho, es en realidad un órgano vinculado *sólo* a la Constitución. Y de ahí derivan dos importantes consecuencias directamente relacionadas entre sí: la primera, es que el juez «controla» la ley, por más que este control sólo se establezca en el caso concreto. La segunda es que el principio de legalidad, entendido tradicionalmente como sumisión de los jueces a todo el Derecho pero sobre todo a la ley, termina aquí, paradójicamente, por entenderse como sumisión a los derechos y a la Justicia, pero no a la ley en sentido estricto.

La jurisprudencia determina el contenido de las normas jurídicas, poniéndolas en contacto con los universos valorativos en los que tales normas se aplican. Esto es particularmente así en relación con los principios, debido no tanto a su carácter abierto, cuanto a que están impregnados, más que las reglas, de valoraciones morales. Esta cualificación de los principios frente a las reglas, sin embargo, no tendría por qué acarrear un abandono del principio de legalidad. Podría significar tan sólo que cuando en la resolución de un caso se proyectaran normas de principio se exigiría del intérprete una actividad mediadora entre éstas y el caso más intensa que cuando de aplicar reglas se trata. Los principios, en efecto, en vez de resolver problemas morales los plantean. Por eso, en la resolución de una cuestión «de principios» será necesario un mayor análisis de las valoraciones presentes en el universo cultural y social en que tales principios se proyec-

⁶ L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 59

tan. Pero tales valoraciones, que no pueden ser sino un dato, esencial pero sólo un dato, para determinar el alcance de los principios, habrían de jugar siempre en el seno del principio de legalidad⁷. Si se quiere: serían inaceptables las valoraciones que rebasaran la opción legislativa.

No parece ser ésta, sin embargo, la idea presente en el Derecho dúctil, donde el alcance que se otorga a los principios da la impresión de confundir la dimensión axiológica de su interpretación con la deontológica: el principio de legalidad se debilita y el activismo judicial está servido.

Los principios —se dice— proporcionan la norma aplicable a través de las categorías de sentido y de valor que se incorporan al «hecho». Tales categorías son «objetivas», en la medida en que van referidas a los concretos contextos culturales, sociales y políticos en los que la decisión se hace efectiva, de suerte que esta objetividad elimina el posible «subjetivismo» de la decisión judicial. Pero entonces, ¿qué papel juega la opción valorativa de la ley en la resolución de una cuestión de principios? Y, sobre todo, ¿queda en verdad salvado el decisionismo judicial?

La primera pregunta no es ociosa, porque, salvo en aquellos casos en que no exista ley aplicable o en aquellos otros en los que ésta no proporcione con claridad la norma para resolver la controversia, supuestos en que será aceptable la aplicación directa de normas constitucionales de principio, las opciones valorativas presentes en la ley deberían imponerse a las eventuales opciones valorativas del juez. De no ser así, la ley, expresión del principio democrático, tan enfáticamente defendida frente a las veleidades «manipulativas» del juez constitucional, está destinada a perder su sentido.

Desde luego Zagrebelsky no niega en principio la vinculación de los jueces a la ley, dado que en democracia ésta tiene un valor por sí misma, con independencia de sus contenidos. Pero al afirmar que la ley «puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución» (p. 151), cuestión por lo demás inobjetable, y atribuir al mismo tiempo al juez ordinario competencia para inaplicar o «sortear» la ley que entienda inconstitucional está enervando el principio de legalidad: el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que es constitucional, en caso contrario puede inaplicarla. El juez constitucional comparte con el ordinario el control de constitucionalidad de las leyes, por más que este control se ejerza sólo con relevancia para el caso concreto.

No obstante, el problema no es tanto, o no sólo, que esta solución aboque a un control híbrido de constitucionalidad, mezcla de jurisdicción concentrada y difusa. El problema es sobre todo que bajo el aparentemente neutral expediente judicial de inaplicar la ley inconstitucional se

⁷ Entre las posibilidades de objetivar las valoraciones, y aparte del recurso a los «valores de la colectividad», R. ALEXY señala el recurso al «sistema interno de valoraciones del ordenamiento»: no puede dudarse «que los puntos de vista valorativos formulados en la constitución o en otras leyes... son relevantes para la decisión a tomar» (*Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, CEC, p. 32).

abre una puerta al subjetivismo de los jueces, y, en todo caso, se propicia su activismo.

Ciertamente, el subjetivismo judicial queda eliminado, en opinión del autor, por la objetividad de las categorías valorativas que guían la resolución de los casos. Pero la cuestión no es si las categorías de sentido y de valor que califican los hechos, y que determinan o al menos influyen en la búsqueda de la decisión normativa particular, son reconducibles a contextos objetivos⁸. La cuestión es si esas categorías tienen realmente una dimensión deontológica jurídica o si, por el contrario, son criterios extrajurídicos que subrepticamente se introducen en el Derecho en sede de interpretación. En definitiva, si, como afirma L. Prieto, esa relevancia moral que pretende invocarse es un *título bastante* para constituir un *deber ser jurídico*⁹.

A mi juicio, el Derecho dúctil asume la transmutación de la axiología en deontología a través del universo de los principios. Y en todo caso, al margen del momento normativo por excelencia en democracia, que no es otro que la ley. Y ello por lo siguiente:

Si el Derecho dúctil fuese tan sólo una descripción de lo que hacen los jueces cuando resuelven una controversia en la que está presente una cuestión de principios, nada habría que objetar, pues es indudable que muchas soluciones judiciales –sobre todo, en los casos «difíciles»– están tamizadas por consideraciones valorativas¹⁰. Es más, esta descripción podría funcionar como una desmistificación de la figura de un juez neutral, ajeno a las pasiones y a las consecuencias sociales de los casos, y permitiría criticar ciertas decisiones judiciales por estar guiadas por principios difícilmente reconocibles en el ordenamiento. El problema, sin embargo, aparece cuando esta influencia de las valoraciones en el caso se convierte en una propuesta jurídica; es decir, cuando se indica que los jueces deben buscar la solución normativa a los casos que han de resolver utilizando categorías objetivas de valor, *con independencia* de que éstas sean, a su vez, categorías incorporadas en normas (constitucionales o legislativas). Ciertamente, Zagrebelsky no dice que esta «independencia» pueda darse¹¹, pero da la impresión de que la admite implícitamente. Prueba de ello sería el propio ejemplo con que ilustra el funcionamiento judicial del Derecho «por principios»: el caso Serena.

⁸ Contextos que, por cierto, cuando faltan, como ocurre en los casos difíciles, dejan al juez «sin otros parámetros que los que él mismo pueda darse» (p. 137). Lo cual es ya una forma de admitir, aunque sólo sea en estos casos, un abierto judicialismo.

⁹ L. PRIETO, *Sobre principios y normas*, Madrid, CEC, 1992, p. 73.

¹⁰ El propio positivismo que critica ZAGREBELSKY puso de manifiesto la imposibilidad de concebir un juez irresponsable políticamente, pues la interpretación de la ley le deja márgenes de maniobra. Y si esto pudo afirmarse en un contexto de «Derecho por reglas», con más razón se podrá decir en un «Derecho por principios».

¹¹ Es más, en algún momento recuerda que «no se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación... Se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento» (p. 145).

Cuando el autor expone la forma en que los jueces actuaron en el caso Serena (movidos por consideraciones valorativas que indudablemente estaban presentes en el «contexto de opinión» en que se desarrolló el asunto, tales como el peligro de incentivar el tráfico de niños), parece justificar la resolución *exclusivamente* en la bondad de las valoraciones que guiaron el caso, con independencia de que estas valoraciones, además, encontraran respaldo en el ordenamiento. En efecto, Zagrebelsky da por buena la sentencia, aun cuando señala que *se podía* (y se debía) haber recurrido al principio de solidaridad para argumentar la decisión en términos de Derecho positivo, pues, «por más que existiese absoluta evidencia axiológica en las premisas sobre la necesidad de combatir el comercio internacional de niños, no era en absoluto evidente que para ello se pudiera poner en peligro un bien específico y actual de la niña» (p. 143).

La pregunta es: ¿sería también aceptable jurídicamente una resolución judicial que *no pudiera* vincularse al Derecho vigente? Las consideraciones de valor («la evidencia axiológica»), ¿podrían justificar por sí solas resoluciones judiciales en cuya argumentación no estuviesen presentes normas de Derecho vigente? No creo forzado afirmar que la respuesta, también en este caso, sería positiva, y ello aunque Zagrebelsky sabe bien que la «evidencia axiológica» puede ocultar el «rostro de Medusa», y que hacer de la axiología criterio de resolución judicial puede encerrar graves peligros. Baste recordar el trágico, pero significativo, episodio que la Alemania de Weimar representó en la historia constitucional europea.

Sin duda, los criterios de valor son determinantes en la promoción de nuevas normas jurídicas de origen legislativo, y sin duda están también presentes en sede de aplicación y doctrinal como criterios hermenéuticos y heurísticos. Pero hacer de ellos un criterio de juridicidad en manos de los jueces puede representar no sólo un desprecio injustificado del legislador, sino también un riesgo para la pervivencia de sociedades «dúctiles». Si la ley ya no puede ser vista como expresión de reglas generales y abstractas, sino como la victoria circunstancial de intereses de grupo, ¿qué es lo que induce a confiar en la actuación de unos jueces guiada por categorías objetivas de valor? También las categorías de valor están vinculadas a intereses, y también los criterios por los que los jueces eligen unas u otras categorías de valor son, o pueden ser, «interesados».

Esta consideración, además, enlaza con una de las notas más significativas del Derecho dúctil, el *pesimismo antropológico* que trasluce. Es ésta una cautela que se impone no sólo por las enseñanzas de la historia europea reciente, sino también por ser una exigencia de una concepción de la democracia que, consciente de la posición de las minorías, intente evitar el despotismo de las asambleas legislativas: de la ley se espera un potencial abuso que hay que neutralizar. Ahora bien, si como medida preventiva para asegurar el pluralismo se pone bajo sospecha a la ley y al juez constitucional, con mayor razón habría que recelar del juez ordina-

rio. Concebir a éste como un «oráculo ilustrado», a lo Dworkin, presuponer a sus decisiones una legitimidad que no puede estar basada sino en consideraciones de autoridad o de conocimiento y aplicación de «valores», ¿no es también contradictorio con las exigencias de una sociedad pluralista? ¿Por qué para el juez del Derecho dúctil no sirve la cautela del pesimismo antropológico?

Precisamente, ese pesimismo antropológico, presente en Locke y en Montesquieu¹², es lo que llevó a este último a configurar el concepto de *límite* como esencial para asegurar la tutela de la libertad, y de ahí la necesidad de la «separación de poderes», que habrá de conseguirse a través de un sistema de frenos y contrapesos entre ellos¹³. En Zagrebelsky, en cambio, ese mismo pesimismo auspicia un sistema en donde el poder judicial parece responder más bien a la descripción que Tocqueville hiciera del poder judicial en América en la primera fase de activo intervencionismo judicial: un poder político de primer orden que deriva de la posibilidad de inaplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales, actuando así como la más terrible barrera contra los excesos de las asambleas políticas¹⁴. También el juez del Derecho dúctil, en la medida en que es capaz de corregir en el caso concreto la «injusticia» de la ley, está dotado de un enorme poder. Es verdad que se trata de un poder soportable, porque el tipo de control que ejerce es «incidental» y porque en Europa coexiste con un Tribunal Constitucional cuya composición está fuertemente determinada por el poder legislativo. Pero también es cierto que se trata de un poder más *eficaz* que el del juez constitucional, porque es más eficaz y de mayor calado la labor callada y difusa del día a día de los tribunales de justicia. Por ello, extender esa antropología pesimista también a los jueces habría comportado una reflexión sobre los modos de control de un poder tan formidable. Pero no sobre los modos de control político sobre la actividad judicial, como parecen reclamar tantas voces oportunistas en los últimos tiempos, sino sobre los modos de garantizar el máximo de racionalidad y coherencia en la actuación de un juez, cuya función institucional difiere un tanto de la que en otro tiempo desempeñara.

6. ¿SE PUEDE HABLAR DE INTERPRETACIÓN?

Si la aplicación judicial del Derecho viene determinada por el hecho, iluminado por el principio, que es el que conduce a la norma (o a la búsqueda de la norma, como Zagrebelsky indica), ¿cabe hablar de «interpre-

¹² «La libertad política... aparece sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él», *Del espíritu de las leyes*, libro XI, cap. IV.

¹³ Vide R. BLANCO, *El valor de la Constitución*. Madrid, Alianza, 1994, pp. 67 ss.

¹⁴ TOCQUEVILLE, *La democracia en América* (1835), cap. VI de la primera parte.

tación» en sentido estricto, es decir, de una actividad cognoscitiva, y si se quiere también volitiva pero que opera sobre y a partir de los textos normativos?

En la propuesta del Derecho dúctil, la interpretación, si es que es lícito hablar así, se desliga del texto, prescinde del documento que debe ser interpretado. Ni el texto constitucional ni mucho menos el texto legislativo constituyen el marco en que la interpretación ha de desenvolverse. Parece que la disposición juega a lo sumo *negativamente* impidiendo interpretaciones absolutamente contrarias a su significado literal, pero no *positivamente*, indicando, siquiera someramente, la dirección de la búsqueda. La dirección de la búsqueda viene marcada por *el caso*, no por el texto¹⁵.

En realidad, la postergación del texto no es más que una consecuencia del debilitamiento del valor vinculante de la ley: cuando el *objetivo* de la actividad judicial es «aplicar» una norma previa (encerrada en el texto de la ley) al caso, es decir cuando el principio de legalidad es operativo, la interpretación, entendida como atribución de significado al texto legislativo, adquiere un papel central¹⁶. Cuando, por el contrario, el *objetivo* de la actividad judicial deja de ser la aplicación de la ley para convertirse en la obtención de una solución satisfactoria (*equa*) al caso¹⁷, es decir, cuando el principio de legalidad reduce su operatividad, no es que el texto de la ley resulte por completo despreciado, pero sí queda al menos degradado y abandona el papel central que en el otro modelo tiene:

«las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida» (p. 134).

Ahora bien, para justificar este segundo modelo, el de la *equidad*, no vale apelar al fracaso de los métodos de interpretación en la búsqueda de la solución correcta al caso, como parece deducirse del texto (pp. 134 ss.). Es verdad que los métodos de interpretación, más que proporcionar la solución «correcta», han servido como argumentos para justificar *ex post* soluciones jurídicas adoptadas al margen de los mismos. Pero esto sólo pone de manifiesto que el modelo epistemológico de la unidad de solución correcta acaso sea inválido o que, en caso de valer, los métodos de interpretación no permiten asegurar aquella solución. No significa, sin embargo, que en el ámbito de modelos epistemológicos que admiten la

¹⁵ En efecto, por más que se resalte el carácter «bipolar» de la interpretación, concibiéndola como «la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento» (p. 133), al final, como ocurre en la hermenéutica, es el caso el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección del llamado «círculo interpretativo».

¹⁶ Por eso dice ZAGREBELSKY que en el positivismo todos los problemas de la aplicación del Derecho se reducían a problemas interpretativos (p. 132).

¹⁷ En este mismo sentido, R. BIN, *Diritto e argomenti*, Milano, 1992, pp. 60, 159, 168.

corrección de soluciones normativas simultáneas a propósito de un mismo problema la interpretación carezca de sentido. Interpretar es atribuir significado a un texto, y, en particular, si se admite la corrección de varios de los significados normativos encerrados en ese texto, interpretar significa optar por uno de esos significados. Por eso, donde existe ley, el juez está constreñido al ámbito de posibilidades interpretativas que ésta ofrece, que es, claro está, un ámbito más restringido que el que ofrece la Constitución. Frente a ello, decir que la solución normativa ha de buscarse «fuera» de la ley cuando ésta no ofrezca una solución justa al caso concreto (cuando sea inconstitucional) no es más que una forma de vaciar de contenido a la «interpretación», burlando la opción legislativa. Por lo demás, la misma crítica que se hace a los métodos de interpretación, en el sentido de que no son más que expedientes justificatorios de una solución adoptada previamente al margen de los mismos, puede hacerse también a la supuesta «inconstitucionalidad» de la ley, en el sentido de que no es más que un subterfugio judicial para justificar la elusión de la ley cuando ésta no ofrece la solución al caso que se estima satisfactoria.

7. PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD: EL DERECHO DE EQUIDAD

Pero el papel que parecen ostentar los jueces en el Derecho dúctil no sólo constituye una puerta abierta al decisionismo judicial. Plantea también algunos problemas de legitimidad: que un juicio (judicial) axiológico, por sí sólo (sin respaldo normativo en el ordenamiento) pueda pretender eficacia jurídica, trastoca completamente el modelo de legitimidad democrático.

La validez de las normas ha estado siempre muy ligada a la legitimidad de los órganos de poder con competencias normativas. En democracia, la legitimidad la tiene el pueblo, cuya expresión normativa es la ley. Por ello, es difícil aceptar que los jueces (desvinculados de la ley) ostenten un poder paralelo al del legislador. Es verdad que, a diferencia del Estado liberal de Derecho, en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular, y por tanto la validez de la ley viene ahora sometida a un Derecho más alto. Pero dentro de los márgenes diseñados por la Constitución, la ley, en cuanto expresión normativa de la lucha política que se desarrolla en democracia, ocupa un lugar principal en el sistema que no puede serle arrebatado por decisiones políticas de ningún otro signo o condición. Mucho menos, porque esto además sería peligrosamente ideológico, si tales decisiones se camuflan bajo el áureo manto de unos jueces que realizan la (cambiante) Constitución en la resolución de los casos concretos.

A este respecto, conviene no olvidar las enseñanzas de Kelsen, que vio, antes que ningún otro, que una teoría del Estado democrático tiene que dar primacía al *momento normativo* frente al de autoridad o decisión; es decir, que el Derecho tiene que garantizar la posibilidad de que los distintos puntos de vista enfrentados puedan convertirse en dominantes; y esto sólo puede lograrse a través de la ley, única instancia normativa compatible con el sentido de la democracia¹⁸. Ciertamente, esta concepción de la democracia como puro método comporta una indiferencia ante los valores, lo que exige conferir a la Constitución un carácter esencialmente formal. Y desde luego ni la democracia hoy en día puede concebirse como un simple método ni las Constituciones como simples estructuras formales. Las Constituciones incorporan valores materiales, pero la existencia de tales valores, y por tanto su proyección normativa en el sistema, no puede conducir a cercenar —y ni siquiera a pasar por alto— las cambiantes concepciones introducidas por el legislador.

El ideal democrático de adopción de acuerdos colectivos es el de un procedimiento esencialmente discursivo, en el que pueden participar todos los grupos enfrentados por sus diferentes intereses, ideologías, puntos de vista. Este modelo sólo se reproduce, aunque sea muy imperfectamente, en el procedimiento legislativo. Por eso, en una sociedad democrática y pluralista sólo el legislador puede componer la normatividad del sistema. Sólo él debe prestar oído a las cambiantes categorías valorativas presentes en la sociedad. Es verdad que los acuerdos alcanzados pueden no satisfacer —o no en el mismo grado— los criterios axiológicos de los diferentes grupos. Pero éste es un «defecto» de cualquier procedimiento práctico real de adopción de acuerdos colectivos; un defecto que hay que asumir como «esencial» e «insalvable», porque el discurso jurídico *nunca* estará en condiciones de garantizar el consenso valorativo¹⁹.

En el Derecho dúctil, sin embargo, da la impresión de que el procedimiento discursivo genuino es el judicial o que, en todo caso, éste convive con el procedimiento discursivo legislativo y a él se impone. Ello es presentado, una vez más, como exigencia de un Derecho que se erige sobre una base material pluralista.

Si objeto y método deben concordar, se afirma, el Derecho por principios, frente al Derecho por reglas, comporta también un cambio de método. En concreto, no es posible un «formalismo» de los principios,

¹⁸ Esto explica la opción kelseniana por un modelo de justicia constitucional concentrado, pues el principio democrático arraiga con más fuerza si se sustrae a los jueces la posibilidad de separarse de la ley. Acaso por ello dice F. RUBIO que la opción en favor de una jurisdicción concentrada se produce en democracias débiles («Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional», *REDC*, 35, 1992, p. 12).

¹⁹ Incluso es discutible que pueda diseñarse algún modelo de procedimiento que garantice el consenso valorativo en el marco del discurso moral. Comparto aquí la opinión de J. MUGUERZA, «Ética y comunicación (una discusión sobre el pensamiento ético-político de J. HABERMAS)», en *Teorías de la democracia*, J. M. GONZALEZ y F. QUESADA (coords.), Madrid, Anthropos, 1988. En sentido parecido, A. HELLER, «Marx y la liberación de la humanidad», en *Crítica de la Ilustración*, trad. de G. MUÑOZ y J. I. LÓPEZ, Barcelona, Península, 1984.

pues su carácter abierto y su pluralismo son un obstáculo insuperable para ello (p. 124). En las constituciones del pluralismo, el carácter propio de los principios es su capacidad para relativizarse entre sí, y el método de su aplicación no puede ser el formalismo, sino la *praktische Konkordanz*, la *prudencia* en su ponderación, la búsqueda de soluciones *dúctiles, razonables*. En suma, no la búsqueda de la verdad, sino la *búsqueda de la equidad* en un procedimiento discursivo y persuasivo que tome en consideración todas las posiciones que puedan reivindicar en su favor principios vigentes en el ordenamiento. Se comprende así que el Derecho dúctil exija profundas reformas jurídicas: por lo menos, la puesta en marcha de procedimientos que permitan confrontar los principios en juego y de un nuevo modo de reclutamiento de los jueces que tenga en cuenta las funciones que están llamados a desempeñar (la puesta en marcha, como afirma otro autor en este mismo volumen, de la «política para la jurisdicción que el Estado constitucional de Derecho reclama»²⁰). Estas son las condiciones para el triunfo de la prudencia y la equidad en el Derecho (pp. 148 ss.).

Ahora bien, es dudoso que el procedimiento judicial pueda concebirse, en rigor, como un procedimiento discursivo, aunque algunos se esfuercen en verlo así. Y, en todo caso, admitirlo plantea problemas de legitimidad, pues supondría que en el ordenamiento funcionan dos procedimientos discursivos a propósito de un mismo problema (el legislativo y el judicial de equidad), con la agravante de que el que triunfa en la práctica, el juicio de equidad, es el efectuado por un órgano que carece de legitimidad democrática. Apostar por un juicio de equidad, pretender que en ciertos casos la ley debe ceder ante el juez, sería enervar (y casi anular) el significado normativo del principio democrático. Sería suponer a los jueces una especie de «conciencia correcta», «verdadera», capaz de corregir los dictados de la ley, haciendo de ellos oráculos de la verdad, seres «ilustrados» cuyo criterio valorativo es más racional o más adecuado que el que ha triunfado legislativamente. Si la enfática defensa del principio democrático frente a los lances legislativos del juez constitucional²¹ no se extiende también frente a los lances legislativos del juez ordinario podría entrar entonces por la ventana del juez ordinario lo que se ha querido sacar por la puerta del juez constitucional.

A modo de ejemplo: suele a veces criticarse la opción constitucional y legislativa del servicio militar obligatorio, e incluso del mantenimiento del Ejército con el argumento de que en las sociedades actuales (pacifistas, etc.) han cambiado las categorías valorativas sobre la guerra y los ejércitos. Sobre la base de esta argumentación, lo que los insumisos (o algunos de ellos) vienen a pedir al juez es que actúe al margen de la ley, que la «circunvale», en atención a un cambio en los puntos de vista de la

²⁰ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «No conviene “matar” al “notario”», en este volumen.

²¹ Que ZAGREBELSKY efectúa reiteradamente a través de la crítica a las actuaciones manipulativas del mismo.

sociedad. En suma, se pide al juez que otorgue eficacia jurídica a ciertos criterios axiológicos (los coincidentes con una moral pacifista) en virtud de que son la expresión de los «objetivos» criterios de valor en la actualidad. La pretensión, aun cuando valorativamente pudiera tenerse por «buena», es jurídicamente peligrosa. Los criterios axiológicos pacifistas, en caso de haber arraigado, tendrán que mostrar su eficacia jurídica a través del único procedimiento discursivo admisible en democracia: la ley, ordinaria o constitucional. El procedimiento judicial de adopción de decisiones no es esencialmente un procedimiento discursivo, aunque no falten quienes quieran ver en la decisión judicial el resultado de un proceso en el que las partes (la acusación y la defensa, por ejemplo) exponen y defienden sus pretensiones. En el procedimiento judicial esas pretensiones *no* pueden ser políticamente *libres*, sino fundadas en Derecho. Por ello, en sentido estricto, no hay nada sobre lo que discutir o ponerse de acuerdo, no hay nada de qué convencer, sino algo que descubrir: la respuesta normativa del ordenamiento. Ciertamente, sabemos que ese descubrimiento no es una tarea científica, lógica o empírica, sino una complicada operación que no puede prescindir de las valoraciones. Pero lo importante es el ideal regulativo: en el proceso legislativo se trata de discutir sobre la mejor ley; en el proceso judicial, de descubrir lo más ajustado a esa ley.

En suma, si quiere preservarse el principio democrático, el modelo que guía la actuación de los jueces debería ser la *búsqueda de la «verdad»*; pero no de una verdad prejurídica, al modo de los iusnaturalismos, sino de una verdad discursivamente obtenida a través del procedimiento legislativo, por más que, por respeto a otros principios estructurales del ordenamiento (como la independencia judicial), se admitan como válidas soluciones dispares. Los jueces del Derecho dúctil, por el contrario, parecen guiados por el modelo de la *búsqueda de la equidad*. Pero si esto fuera así, y habida cuenta que allí donde mayor es la discrecionalidad, mayor debe ser la exigencia de justificar la decisión, parece lógico esperar de estos jueces una esmerada motivación que ponga de manifiesto, y justifique, las opciones valorativas presentes en las sentencias. Aquí, en el ejercicio de la racionalidad y en el esfuerzo argumentativo quizá cabría obtener la compensación justificatoria al déficit de legitimidad democrática.

8. JUSTICIA VS. CERTEZA

El paso del modelo judicial de «búsqueda de la verdad», característico del «Derecho por reglas», al modelo judicial de «búsqueda de la equidad», propio del «Derecho por principios», comporta consecuencias muy poco tranquilizadoras por lo que se refiere a la certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales, valores en otro tiempo considerados irrenuncia-

bles. Con el modelo de la equidad se opera una sustitución de la certeza (que asume la eventual injusticia en el caso concreto) por la justicia (que asume la posible falta de certeza), como principal valor a garantizar.

El cambio de paradigma, en cualquier caso, no obedece sólo a una visión del Derecho que, recelosa de la capacidad de las reglas generales y abstractas para dar cuenta de las implicaciones del caso concreto, constituya una llamada de atención a las consecuencias prácticas del Derecho, pues la garantía de la certeza en la aplicación judicial del Derecho, (obtenida a través del principio de legalidad) no lleva necesariamente aparejada la injusticia en el caso concreto: el juez nunca ha sido un simple autómatas, sino que al aplicar la ley ha tenido siempre en su mano la posibilidad de «mitigar» las consecuencias más severas en función de las circunstancias del caso.

El cambio de paradigma se presenta más bien como la consecuencia de la instauración constitucional de un orden objetivo de justicia, bien que pluralista, que limita tanto la libertad de los sujetos como la del propio legislador y que, por tanto, sólo puede hacerse efectivo en vía judicial. Pero si la garantía de la certeza (mediante el principio de legalidad) no suponía necesariamente dejar de lado la justicia en el caso concreto, no parece que pueda decirse lo mismo de la garantía de la justicia respecto al valor de la certeza. Cuando se hace de la justicia del caso el valor esencial del Derecho y no se establecen a su vez mecanismos de uniformidad jurisprudencial, el valor de la certeza queda desamparado.

Ciertamente, a primera vista, el reconocimiento de principios de justicia aptos para contener la fuerza disgregadora de las libertades individuales se muestra conforme con los postulados de certeza y seguridad, pues tales principios, al tener carácter jurídico, evitan la imposición de puntos de vista particulares. Pero sólo a primera vista, porque al analizar las características del Derecho «por principios»²² puede resultar que, huyendo del despotismo de las asambleas políticas –siempre expresivas de intereses de parte– y en el afán de poner coto a la desbocada voluntad de las mismas, se termine introduciendo en el ordenamiento –a través de la constitucionalización de los principios– una fuerza (la de los jueces) capaz de imponer puntos de vista tan partidistas o más que los del legislador e incapaz, por contra, de asegurar la certeza. En otras palabras, se corre el peligro de que en el ordenamiento funcionen simultáneamente varios «puntos de vista», ninguno de los cuales necesariamente coincidente con el del legislador.

En opinión de Zagrebelsky, la razón de esta falta de «fijeza», de esta «explosión» subjetivista de la interpretación, no depende en realidad de la existencia de un Derecho por principios que al realizarse en base al patrón de la equidad lleve *necesariamente* aparejadas soluciones impre-

²² Recordemos que la labor del juez del Derecho dúctil difícilmente puede decirse que consista en una «aplicación» de una norma previa, sino de una norma «surgida» del contacto de los principios (interpretados judicialmente) con los hechos. La *normatividad previa* se sustituye por una *normatividad creada* en el contacto con el caso.

visibles. La falta de certeza obedece, una vez más, al carácter *pluralista* de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de juristas y operadores jurídicos (p. 145), quienes asumen puntos de vista distintos que inevitablemente terminarán reflejándose en su actuación.

Aparece aquí, de nuevo, la incidencia que tienen en el Derecho las condiciones reales en las que está llamado a operar. La condición pluralista de la sociedad, el agotamiento de una unidad de puntos de vista, es lo que explica que la falta de certeza sea no una anomalía, «sino la consecuencia de los sistemas jurídicos actuales» y sea además algo deseable, ya que postular la certeza como objetivo del Derecho «descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del Derecho vigente» (pp. 146-147).

Pues bien, en todo caso, y por más que se atribuya al pluralismo social la falta de certeza e incluso su visión como algo deseable, no puede negarse que esa falta de certeza da al traste con valores a los que el Derecho no debería renunciar, como la previsibilidad, la imparcialidad, la seguridad, la igualdad en la aplicación de la ley y el carácter no arbitrario de la actuación judicial. Valores que en el otro paradigma venían al menos mínimamente garantizados a través del principio de legalidad, que actuaba como dique de contención interpretativa, y que en éste se encuentran desamparados si no se asienta firmemente la exigencia de motivación (sobre todo, en materia de hechos, tan debilitada en la práctica y en muchos planteamientos teóricos) y si no se introducen, al propio tiempo, sólidos mecanismos de unificación jurisprudencial, tipo el *stare decisis*²³. En ausencia de tales mecanismos, la unidad y coherencia del ordenamiento (y derivadamente, los valores de certeza, previsibilidad, etc.), en otro tiempo garantizadas por una ley monocorde y en el actual obra de una Constitución interpretada y aplicada por los jueces, corren el riesgo de convertirse en un caos de decisiones contrastantes entre sí y cambiantes. El Derecho dúctil, de nuevo, y ahora por lo que se refiere a la garantía de la certeza, parece exigir profundas reformas jurídicas.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si hubiera que condensar en una frase la clave de la lúcida reflexión jurídica de *El Derecho dúctil*, creo que no sería exagerado escoger la siguiente: «el Derecho es una realidad práctica». Desde luego, una definición tal encierra numerosos e importantes matices, pero su significado básico podría resumirse en la idea de que los conceptos y los modelos jurídicos no son independientes del bagaje cultural y de la convicción ética de la comunidad que los produce y sobre la que se proyectan.

²³ El propio ZAGREBELSKY es consciente de este peligro cuando advierte que acaso deba pensarse «en organizar esa tendencia a la transformación intrínseca al ordenamiento» para que no destruya estos valores, p. 146.

En la sociedad europea actual, convulsionada en la segunda mitad de siglo por tantos elementos nuevos aparentemente bien absorbidos por un aparato conceptual surgido en una realidad distinta, el Derecho dúctil representa una apuesta por el cambio. No se trata de una simple fotografía de la vida actual del Derecho, como pudiera haber sido la intención de quien pretendiese criticar el funcionamiento de numerosas instituciones jurídicas, por no ajustarse al «modelo». Al contrario, entiendo que constituye una llamada de atención sobre la necesidad de operar de acuerdo a un modelo jurídico distinto, más conforme con su base social y con las propias transformaciones sufridas por el Derecho: el paso del Estado liberal al Estado constitucional las resume. Ésta es la razón por la cual lo que desde la perspectiva del simple diagnóstico podría considerarse una «denuncia» del anómalo funcionamiento de algunas instituciones jurídicas (singularmente los jueces), desde la óptica del Derecho dúctil es visto como el resultado inexorable de la transformación de la base sociocultural europea. «La culpa es del pluralismo» podría ser el *eslogan* de esta descripción.

Es verdad que al apostar por el modelo alternativo del Derecho dúctil se debilitan algunos valores (certeza, uniformidad, seguridad, racionalidad...) de los que el Derecho, en buena lógica, no debería abdicar. Pero tampoco el Derecho dúctil quiere hacerlo. Su enfoque, sin embargo, es que ello ya no puede hacerse apelando a una más ajustada realización de los conceptos que sustentaron el Estado liberal, porque eso ya no es posible, de acuerdo con la idea práctica del Derecho. Para garantizar esos valores son necesarias ahora profundas transformaciones jurídicas (orgánicas y procesales). Que ello sea o no posible, y a través de qué vías, es algo que constituye el punto de salida de análisis más detenidos que *El Derecho dúctil* no realiza, pero que deja apuntados a través de su estimulante reflexión.

El derecho por principios: algunas
precauciones necesarias
(Debate sobre *El Derecho dúctil*,
de Gustavo Zagrebelsky)

Por ENOCH ALBERTI

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Barcelona

En esta breve y modesta contribución al debate sobre el trabajo del profesor Zagrebelsky, al que fui amablemente invitado por la Facultad de Derecho de Albacete, quisiera simplemente referirme a uno de los temas que son abordados en el libro y que me parece central en el actual estadio de nuestro Derecho Constitucional: *el derecho por principios*. Esta es, entiendo, la cuestión sobre la que pivota por entero el provocador trabajo del profesor Zagrebelsky, en el que se ofrecen múltiples ángulos desde los que puede ser discutida, como corresponde a todo tratamiento inteligente, riguroso y atrevido de una realidad compleja como la que examina. Pero voy a limitarme a una sola de las posibles aproximaciones, aquella que se preocupa por la eventual eficacia de los principios constitucionales para generar reglas de aplicación directa, que se presentan generalmente como normas integradoras pero que fuerzan en muchas ocasiones, cuando no se oponen directa y frontalmente, a otras que se desprenden sin mayor esfuerzo interpretativo de la legislación ordinaria.

Me parece acertado y lúcido el diagnóstico del profesor Zagrebelsky sobre la actual situación del ordenamiento y del modo de operar los juristas en él y con él, caracterizada por la existencia de un *derecho por principios*, y su etiología me parece asimismo bien hallada, aunque quizá puedan también encontrarse factores diferenciales en los puntos de partida dogmáticos de Italia y España, que obligaran, en un examen más dete-

nido y minucioso, que aquí no es posible, a establecer también una cierta diversificación de causas. Pero en general me parece perfectamente atendible: la pérdida de la *idea* de soberanía conlleva la pérdida de la posición central de la ley, que se traduce en la doble separación de la ley respecto de los derechos y respecto de la justicia. La consecuencia es la muerte del positivismo (que recibe la crítica más cruel de nuestro tiempo: está anticuado) y la instalación en su lugar de un derecho por principios.

Quizá entre nosotros merezca destacarse aún otra causa posible de esta situación, que tiene que ver con la creciente complejidad de nuestro ordenamiento, complejidad que no nos es exclusiva, pero quizá sí más patente a la vista de la vertiginosa y profunda transformación que ha sufrido en los últimos quince o veinte años. Los principios, en efecto, permiten reducir el universo de normas positivas a unidades de manejo mucho más cómodo, para el que resultan innecesarias engorrosas operaciones y en las que todo adquiere un sentido lógico impecable, sin las molestas contradicciones de la realidad. No parece aventurado afirmar que la tentación del recurso a los principios crece de manera directamente proporcional a la complejidad del propio ordenamiento; o, lo que es lo mismo, que la complejidad constituye un factor que propicia el uso de los principios para tratar de evitar, precisamente, las dificultades a las que conduce la propia complejidad. Y ello no sólo por comodidad (o por incapacidad de los propios juristas), sino por una ley del propio ordenamiento, que exige una reducción a unidades simples que mantengan una relación de coherencia entre sí, en lo que podría llamarse la lógica de la reducción de la complejidad.

El manejo de un ordenamiento complejo a base de utilizar diestramente unos pocos principios presenta sin duda un gran atractivo, pero también enormes riesgos. Sobre ello quisiera hacer algunas observaciones.

La primera de ellas, acerca de la diversidad de los principios constitucionales, que, a mi juicio y en opinión que parece bastante extendida, no pueden ser incluidos sin más en una única categoría de la que se desprendan consecuencias homogéneas.

Para centrar la cuestión en nuestro propio texto constitucional, pródigo en la clase de proposiciones lingüísticas que identificamos *prima facie* con «principios», parece obvio que no cabe reconocer el mismo valor y efectos al artículo 1.1, primer inciso (Estado social y democrático de Derecho, como principios que la doctrina alemana reconoce como «estructurales»); al segundo inciso del mismo artículo (libertad, justicia, igualdad y pluralismo como «valores superiores» del ordenamiento); a los enumerados en el artículo 9.3 como principios del ordenamiento (legalidad, jerarquía, irretroactividad relativa, publicidad, seguridad jurídica, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad); al enunciado en el artículo 14, también como derecho fundamental (igualdad); a los contenidos en el artículo 25, bien de forma expresa (legalidad penal), bien implícita (*non bis in idem*), de tal forma que requieran el *afloramiento* por parte del Tribunal Constitucional; a los del capítulo III del título I, que la

propia Constitución une bajo la expresiva rúbrica de «Principios rectores de la política social y constitucional» y que, en general, establecen fines y orientaciones a la acción de los poderes públicos, y especialmente del legislador (bien sea marcándole objetivos que se considera deseable alcanzar —«los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos»—, bien estableciendo los criterios generales en los que deben inspirarse algunas de sus actuaciones —«la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad»—).

Sin que sea éste el lugar para entrar en la polémica sobre el valor y la eficacia de los principios, que entre nosotros iniciaron hace ya algún tiempo, y entre otros, los profesores Aragón y Parejo, no cabe duda, a mi juicio, que de los indicados más arriba se desprende sin dificultad una heterogeneidad de estructura, tratamiento y consecuencias: hay principios que son reglas directas, y que como tales, pueden fundamentar una decisión, sin más justificación que la que prestan ellos mismos; hay principios que, al establecer un mandato finalista, limitan y habilitan la acción pública en un cierto (aunque vaporoso) sentido; hay principios, en fin, que contienen valores y que pueden indicar la posición o la actitud general que deben adoptar el intérprete y el operador jurídico para realizar su labor, aunque los contornos de tal posición resulten sumamente difuminados.

Esta pluralidad de consecuencias, que aparece a simple vista, obliga a una diversificación de la categoría «principios», que no podrá remitir a un tipo homogéneo de normas a las que pueda reconocerse un valor y unas consecuencias determinadas. Y, a mi entender, esta labor de diferenciación y categorización está aún por hacer.

Ello me lleva a la segunda observación que quisiera realizar, sobre el uso que se puede hacer —legítimamente— de los principios. Establecer el *suelo dogmático* de esta cuestión, a partir de unas categorías diversas y específicas de principios, resulta, creo, una labor imprescindible si se desea evitar dos cosas (objetivo que me parece de todo punto deseable, y que, no obstante, creo que no es compartido por el profesor Zagrebelsky): primera, la absoluta libertad de configuración del legislador, en cuyo caso los principios, como normas constitucionales, nada significarían y pasarían a convertirse en meros recursos retóricos para justificar el establecimiento de cualquier norma (la Constitución desempeñaría aquí el papel de principal suministrador de argumentos retóricos de legitimidad); y, segunda, la absoluta libertad de actuación del intérprete para utilizar los principios del modo que más convenga a sus fines, produciéndose con ello una configuración del Derecho aplicable por parte de los principios, libremente manejados por el aplicador. Entiendo que los principios, como proposiciones contenidas en el texto de una norma, están dotados de un valor prescriptivo determinado (aunque diverso) que no puede disolverse en manos del operador, que es lo que ocurriría si todos estos principios se

entienden como parte de un conjunto inarticulado del que es posible extraer sin reglas ni criterios los elementos que mejor se acomodan a un argumento o a una decisión establecida según otros parámetros.

Creo que existe un consenso bastante general sobre alguna de las cosas que pueden hacerse con los principios: a su tradicional papel como fuente integradora de las lagunas hay que añadir también su valor interpretativo, por el que pueden orientar la búsqueda del sentido de una norma, al permitir, y justificar, una toma de posición frente a la misma. Y también podría, probablemente, establecerse un consenso sobre lo que no puede hacerse con los principios: fundamentalmente, a los efectos que aquí interesan, creo que no pueden sustentar una regla (obtenida por vía directa o por vía de interpretación de otra norma) contraria a otra de igual rango normativo. Puede resultar difícil en ocasiones determinar la concreta existencia de la antinomia, pero, producida o apreciada ésta, la cuestión debe resolverse en favor de la norma de mayor rango (lo cual obviamente no ofrece dudas), o bien, en caso de igual rango entre la norma expresa y la norma principal que ha generado la que entra en contradicción, en favor de la primera (lo cual sí puede ofrecer mayor discusión, pero que, a mí al menos, me parece bastante razonable, aunque sea por el argumento de la *lex specialis*).

Admitida la existencia de zonas blancas y negras (aunque pueda discutirse su extensión), hay que reconocer también la presencia de una ancha zona gris, donde la función de los principios resulta aún más difusa y sujeta a controversias. Los principios constitucionales (y todos ellos, además), como cualquier otra norma constitucional de cualquier tipo, disponen de un valor negativo: no toleran la existencia de normas inferiores contrarias, de tal modo que se presentan como un límite a las posibilidades de legítima actuación del legislador, que no podrá dictar leyes que entren en contradicción con los principios. La formulación general de este valor negativo no ofrece ninguna duda, y en este sentido no se enmarca en la zona gris, sino en la más relucientemente blanca. Las dificultades nacen ahí no tanto del valor general del principio (valor normativo que le confiere el hecho *externo* de formar parte de la Constitución), como de su propia configuración interna y de su «densidad normativa». Y es ahí donde cobra sentido la diferenciación que antes se reclamaba entre diversos tipos de principios: no puede apreciarse de igual modo una vulneración del principio de legalidad penal que otra del principio del Estado de Derecho u otra del valor libertad. Y no sólo por dificultades en la apreciación, que crecerán en proporción al grado de generalidad del enunciado prescriptivo (en la medida en que se ensanchan y difuminan sus límites), sino porque será preciso una técnica de enjuiciamiento distinta, un modo de razonar, y por tanto de examinar la eventual autonomía diferente.

A este valor negativo, cabe añadir aún otro, de carácter positivo: los principios disponen, a mi juicio de modo además principal, de una función habilitante, en la medida en que pueden justificar el sacrificio (con diver-

sos y *proporcionales* grados de intensidad) de derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos. En la argumentación constitucional, éste es el sentido que cobran, principalmente, los «principios rectores de la política social y económica», configurados como mandatos finalistas que fijan ciertos objetivos a los poderes públicos, cuya persecución justifica la limitación de otros derechos e intereses constitucionalmente garantizados (muy singularmente, el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa). Tales principios constituyen así la *justificación razonable* de medidas que, orientadas a lograr la satisfacción de los objetivos y finalidades que expresan, limitan, restringen, modulan o condicionan derechos constitucionales. En la moderna interpretación constitucionalista, que opera esencialmente con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad, los principios constitucionales juegan un papel de la máxima trascendencia, pues constituyen piezas clave del juicio de constitucionalidad, esto es, del modo de razonamiento a través del cual se dota de sentido a la Constitución y ésta se proyecta hacia el ordenamiento.

Esta función de los principios implica que debe ponderarse entre los objetivos y fines que los mismos indican y los derechos y otros intereses constitucionales que deben o pueden ser sacrificados para su obtención, y en qué medida. La cuestión reside en este punto, y en primer lugar, en determinar quien debe realizar tal ponderación: ¿el legislador o el juez? Y creo que puede fácilmente decirse que tal ponderación corresponde principalmente al legislador, como poder político, pues en ello consiste esencialmente la naturaleza de su función. Pero, en la medida en que los principios están (expresa o implícitamente) en la Constitución, éstos se erigen en límite de las posibilidades de actuación de los poderes políticos, y corresponde por tanto al Tribunal Constitucional la apreciación de dichos límites. Y para ello, tendrá también necesariamente que ponderar entre principios y derechos, o, lo que es lo mismo, justificar la restricción o la modulación de derechos en base a la consecución de ciertos objetivos indicados en normas principales. Pero el juicio de adecuación y proporcionalidad que da cauce a esta ponderación no es *ex novo*, sino simplemente revisor: el juez constitucional no tiene como misión encontrar la relación de adecuación y proporcionalidad más conveniente (que sólo puede establecerse desde parámetros políticos), sino que debe indagar si la que ha establecido el poder político resulta conforme a la Constitución, esto es, se mueve dentro de los límites que ella misma fija, recurriendo para ello a un doble juicio de razonabilidad y de proporcionalidad.

Pero no es ésta la posición en la que se encuentra el juez (en eso consiste su independencia y reside la fuerza de su poder), no puede revisar la ponderación realizada por el legislador. La sujeción directa e inmediata a la ley, consagrada entre nosotros en el artículo 117 de la Constitución, implica a los efectos que aquí interesa, que el juez ordinario no puede hacer entrar a los principios constitucionales en un proceso de debate con las reglas legales que conduzca a resultados interpretativos contrarios a los que se desprendan de manera directa de estas últimas. Los principios

constitucionales, que deben orientar la interpretación del ordenamiento por parte del juez, no pueden ser utilizados para obtener reglas que entren en contradicción con otras expresamente establecidas por el legislador. Ello sería tanto como sustituir la ponderación que la Constitución encomienda al poder político. Todo ello, desde luego, no significa volver a una trasnochada y siempre falsa concepción del juez como mera boca de la ley, como instrumento neutral en la aplicación del derecho, pero significa que tampoco resulta apropiada (y exacta) una concepción en la que el juez aparezca, para utilizar una expresión del profesor Zagrebelsky, como «señor del Derecho», como parece manifestarse, al menos tendencialmente, en los últimos tiempos, y de la mano precisamente de la concepción del *derecho por principios*, y de la consideración de éstos como el nuevo derecho natural. Hay que distinguir con claridad la función del juez ordinario de la del juez constitucional, y quizá ello deba hacerse en una línea que, por un lado, redibuje (probablemente en sentido restrictivo) el ámbito del primero y, por otro, desvincule al segundo de la función jurisdiccional en sentido estricto y pase a considerarle más como un *nuevo poder*, como una institución estatal de nuevo cuño que debe encontrar una formulación conceptual adecuada de su función, que no es, obviamente, reconducible a la jurisdicción.

Por ello, los principios presentan no sólo un valor diverso *intrínseco* en función de las también diversas categorías que en su seno puedan establecerse por su densidad normativa, sino también en función de su *destinatario*, del agente que opere con ellos: el legislador pondera, el Tribunal Constitucional revisa y el juez orienta la aplicación de la ley, sin contradecirla. Desde esta perspectiva, creo inadecuado establecer una función general de los principios, que no contemple esta doble diferenciación, y, muy especialmente, la existente entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. Los principios no pueden presentarse como criterios que se ponen a disposición de los jueces, en situación de libre concurrencia, para que éstos opten entre los mismos para adoptar una actitud ante el caso que deben resolver.

Cuestiones concretas:

1. Posibilidad y conveniencia de distinguir entre diversas categorías o tipos de principios, para establecer igualmente una diferenciación en cuanto a su concreto valor normativo. En su caso, criterios para una tal distinción.

2. Posibilidad y conveniencia de distinguir el valor de los principios en función del destinatario de la norma: legislador, Tribunal Constitucional y jueces ordinarios.

Albacete, diciembre de 1995

No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España)

Por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

«Hablamos de los jueces para no hablar de nosotros mismos».

G. ZAGREBELSKY¹

El Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky, no es un libro que –leído hoy en España– pueda suscitar indiferencia en el lector. Antes al contrario, tanto por la calidad de los problemas que aborda como por la forma en que lo hace, está destinado a ser polémico. En efecto, lo es ya desde su atípica *mise en scene* que incorpora, junto al texto, un epílogo encendido y discutidor.

No estoy en condiciones de pronunciarme sobre los quilates del positivismo de Zagrebelsky, si es o no *del bueno*; pero diré que el suyo me parece un libro que, tras un correcto diagnóstico de la realidad actual del derecho, convoca de la manera más eficaz al rigor en el uso de los instrumentos jurídicos, tomados como ahora son. Es también un libro del que se desprende una luminosa caracterización del modo de operar que tal derecho impone al juez, y una fuerte demanda de renovada e imaginativa atención a los elementos configuradores de la (en gran parte) nueva realidad profesional de éste, que tendría que ser atendida –como se pide– por una adecuada política de las reformas en la materia.

¹ G. ZAGREBELSKY, «I diritti fondamentali oggi», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 1/1992, p. 201.

Por otro lado, cuando identifica los rasgos de cierta cultura jurídica y denuncia en ella el contrapunto inadmisibles de la que hoy reclama el vigente Estado constitucional de derecho, a mi juicio, no resucita ningún fantasma del pasado para propiciar un fácil enfrentamiento, sino que contribuye con la misma eficacia a desmontar un universo de tópicos que lamentablemente ha gozado y goza hasta la fecha de bastante buena salud en un amplio sector de los operadores jurídicos. Desde luego, en el ámbito de la jurisdicción; pero mucho me temo que no solo.

Esa operación, en general, necesaria por razones de puro rigor conceptual, se presenta en nuestro país con un plus de necesidad en la medida que mucho de la desazón o el malestar objetivamente suscitado por el conjunto de fenómenos que configuran el actual orden jurídico-político, suele atribuirse, en un ejercicio de simplificación, a la (abusiva) ampliación del papel del juez como única causa. Olvidando o no queriendo ver que el desarrollo de ese modelo de juez, en algunos de sus rasgos estructurales más comprensiblemente inquietantes, no responde al capricho ni es fruto de una opción voluntarista de quienes son en este momento sus portadores. Y que, incluso, muchos de los aspectos nada modélicos de algún actuar judicial podrían estar resultando potenciados por la pobreza de un clima cultural, de cultura jurídica y política, que no tiene sus raíces en el palacio de justicia.

El juez a que me refiero no es necesariamente el denostado como «estelar». Tampoco su campo de operaciones tendría por qué ser uno de los muchos procesos «de portada», que, desde hace años, han invadido de manera estable el primer plano de la actualidad informativa. (Aunque es evidente que en esta clase de supuestos algunos de los trazos de los nuevos modos de manifestarse el fenómeno jurisdiccional aparecen de forma expresionista, con una extraordinaria plasticidad.) Y ni siquiera se precisa la emergencia de un «caso crítico», de uno de esos supuestos de frontera que interpelan dramáticamente al ordenamiento y al juez, para que el primero se manifieste, con toda la exuberancia, tal como –hoy– es.

El espacio judicial es, pues, en la actualidad aquel en el que con mayor nitidez se hace perceptible la *ductilidad* del derecho. Porque, en efecto, el *derecho dúctil* comparece a diario en la práctica de los juzgados, incluso en asuntos de escasísima relevancia mediática y en marcos procesales de lo más *normal*. No quiere esto decir que sea siempre, ni siquiera en la mayoría de los supuestos, reconocido como tal; y ello tanto por defecto de óptica como por razón de actitud e incluso de aptitudes de quienes operan con él. Pero la constatación de esa presencia está al alcance de un mediano esfuerzo de comprensión de algunos datos.

Veámoslo si no en un terreno poco proclive, en principio, a fluorescencias y originalidades de cualquier género: el de los contratos bancarios y de financiación y su cauce procesal privilegiado, el terrible juicio ejecutivo.

Como es bien sabido por quien tenga la experiencia de usuario de esa clase de servicios, los trámites mediante los que se instrumentan están,

como regla, tradicional y fuertemente aquejados de defectos de transparencia acerca de algunos aspectos relevantes e incluso de la trascendencia global en términos de costes de las propias operaciones y, de manera especial, en lo que se refiere a las drásticas y onerosas consecuencias finales de un eventual incumplimiento, por la inclusión de algunas cláusulas de difícil lectura y de más difícil contextualización.

Por otra parte, y como tampoco se ignora, el tipo de actividades de referencia se da en un campo de las relaciones mercantiles dominado por sujetos extraordinariamente fuertes, que, por lo general, tienen como contraparte a sujetos en posiciones extremadamente débiles. En él, donde el contrato de adhesión es la regla, prevalece una serie de rutinas que se expresan en cláusulas nunca cuestionadas en su validez, que han llegado a adquirir el más consistente vigor normativo.

Como prolongación *adjetiva* de este estado de cosas, se presenta una idea de la justicia civil de fuerte impregnación liberal, en la que el proceso no tendría más finalidad que posibilitar la libre confrontación de partes en el ejercicio de sus respectivas e iguales autonomías, a cuyo desenvolvimiento se trata de dar continuidad en otro plano. Este juego debe ser propiciado por un juez, árbitro externo de la contienda, ajeno a cualquier tentación de profundizar en el conocimiento de las pretensiones enfrentadas en su dimensión sustancial e impermeable a eventuales aspiraciones de justicia material.

Semejante concepción del proceso es la presente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885, vigente todavía hoy, si bien en el marco necesariamente redimensionado por la Constitución de 1978. Pues bien, queda fuera de duda que ésta plantea una clara exigencia de sustitución de tal marco procesal. Exigencia de la que el legislador –lamentablemente– no se ha hecho eco en lo más mínimo, después de tantos años. Tampoco, en términos relevantes, la inmensa mayoría de los jueces. Pero algunos sí² y ello les ha llevado a problematizar prácticas –en este caso bancarias– de gran arraigo en ese ámbito de la contratación que se consideran impuestas por o, al menos, compatibles con reglas que venían siendo objeto de interpretaciones pacíficas y no cuestionadas, y que ahora experimentan relecturas *alternativas* al amparo de *principios* constitucionales tan significativos como los de igualdad y el de tutela judicial efectiva.

Pero también el más simple juicio de faltas puede ser hoy escenario de arriesgadas operaciones de ponderación de intereses de relevancia constitucional, en asuntos de notable trascendencia para los implicados en ellos.

² Cfr. al respecto R. SARAZÁ JIMENA, «El pagaré en blanco: la historia interminable», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 18, pp. 63 ss., donde se lleva a cabo un lúcido análisis del uso abusivo de esa figura como instrumento de garantía de operaciones de crédito, por parte de entidades crediticias, y de su aceptación rutinaria en la práctica judicial, no obstante la ilegitimidad e incluso simple ilegalidad de esa práctica. También puede ser de utilidad, para una perspectiva empírica del fenómeno a que se alude en el texto, la consulta de las conclusiones del VI Congreso de Jueces para la Democracia (Logroño, 20-22 junio 1991), sobre «Mercado, jueces y derecho», en el *Boletín informativo de Jueces para la Democracia*, s.f.

Y, cuando estas páginas salgan a la luz, los jueces y tribunales criminales habrán visto potenciarse el ámbito de discrecionalidad de sus decisiones en materia de penas, debido a que el Código Penal de 1995 amplía sensiblemente los márgenes de apreciación para que las mismas puedan imponerse en la «extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», sustituyendo así, en buena parte, la vieja «aritmética punitiva» por el criterio *razonado* del juzgador³.

Hay, en fin, otros campos de actuación en el que se abren perspectivas de extraordinaria relevancia a la intervención judicial, condicionadas por la naturaleza de los intereses en juego y las limitadas posibilidades de una concreta y acabada regulación por el derecho. Es el área de la bioética y de los nuevos perfiles de la *privacy*, en los que la *ductilidad* de aquél viene impuesta *ratione materiae* y, consecuentemente, con ella, como ha señalado Rodotà, una revalorización del «modelo cultural de la jurisdicción en relación con el de la legislación», un modelo regulativo, el primero, en el que el actuar del juez no puede dejar de moverse con inevitable discrecionalidad en un marco de *principios*⁴.

Si, continuando con la experiencia jurisdiccional, desplazamos la atención del plano normativo estricto al de los hechos, advertiremos que en él se ha potenciado en un grado estimable el índice de problematicidad de los supuestos sometidos a la consideración judicial. Así, incluso en medios no urbanos, es fácil encontrar juzgados o tribunales que tienen sobre la mesa algunos asuntos de esos que rompen la *normalidad*, de los que dan fe de la forma más gráfica del «carácter “bipolar” de la interpretación»⁵, porque en ellos la realidad hace valer sus fueros como dato complejo y relativamente autónomo dentro de la experiencia jurídica y se resiste a ser tratada de la forma en que habitualmente venía siéndolo, como materia inerte y muda.

Es más, en el orden penal, la neta separación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* tradicionalmente tan respetada en casación, resulta relativizada cada vez con mayor frecuencia, como resultado de la imposibilidad de dejar de lado en esa instancia la dimensión fáctica de muchos casos. Ya por razón de las especiales particularidades de los mismos, o por modificaciones en la sensibilidad de quienes tienen que decidir sobre ellos⁶.

³ No es difícil ver en este hecho un reconocimiento de la imposibilidad de actuar por medio de automatismos legalistas con un fenómeno tan complejo y *extralegalmente* hiperpenalizador como la cárcel actual, que es lo que lleva a dar un paso hacia criterios individualizadores por la atribución al juez de una amplia discrecionalidad, siempre difícil de razonar, puesto que está destinada a operar con datos personales y valores de muy problemática objetivación. Esto, sintomáticamente, en un contexto de política legislativa presidido por la desconfianza hacia el juez.

⁴ Cfr. S. RODOTÀ, «Modelli culturali e orizzonti della bioetica» en S. Rodotà (ed.) *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 422.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, con epílogo de G. PECES-BARBA, Trotta, Madrid, 1995, p. 133.

⁶ Como escribe G. ZAGREBELSKY: «La separación entre juicios de hecho y juicios de derecho y la pretensión (por lo demás desmentida por la práctica) de erradicar los primeros de la actividad del Tribunal de Casación para concentrar ésta sobre la defensa “abstracta” de la ley frente a sus interpretaciones erróneas, son las hoy cada vez menos sostenibles consecuencias de aquella concepción». (En *El Derecho dúctil*, pp. 148-149). Al respecto, puede verse también E. BACIGALUPO, «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal.

Es cierto, que al mismo tiempo, la parte estadísticamente más significativa de la experiencia jurisdiccional se nutre de supuestos estándar que son resueltos mediante la reiteración de tópicos jurisprudenciales más o menos consolidados. Pero esta constatación no debe servir para restar importancia a la trascendencia y significación real de los datos nuevos a que antes he hecho referencia, en su capacidad de inducir transformaciones cualitativamente relevantes en la práctica judicial del derecho.

Aunque la Constitución en lo más noble y exigente de su jerarquía de valores no haya descendido sobre la judicatura en una especie de pentecostés laico capaz de modificar de raíz y de una vez sus actitudes jurídico-culturales; y aunque pudieran no ser tantos en términos porcentuales los jueces que han asumido reflexivamente y en la densidad de sus implicaciones la sustancial novedad del ordenamiento que aplican, cabe afirmar que, *de facto*, se ha producido un cambio significativo en el modo como el juez medio se relaciona con la ley que interpreta para aplicarla. Ello aunque muchas veces —como el burgués de Molière— no sea plenamente consciente de la naturaleza de la situación que protagoniza. Porque ocurre que, como apunta Zagrebelsky, las más de las veces «los jueces continúan cultivando una idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos, válidos, en cuanto tales»⁷. Esto debido a que, a pesar de tantas cosas como pueden haberse movido en el horizonte del derecho, aquéllos —en muchos casos— siguen teniendo una defectuosa percepción del propio papel, debido a que permanecen en gran medida presos de una cultura jurídica que no ha evolucionado al ritmo de su supuesto referente. Es la cultura del positivismo legalista que, si siempre había producido falsa conciencia sobre su objeto, hoy erige un verdadero muro cuando lo que se pretende es comprender, desde o a través de sus dogmas, la auténtica realidad de aquél en su dinamismo.

El resultado de este estado de cosas es ciertamente paradójico, porque se traduce en la gestación de un tipo de juez que habiendo ganado notablemente en desenvoltura en su relación con la ley por diversos motivos⁸, sin embargo, no ha desarrollado contemporáneamente la propia capacidad de (auto) comprensión reflexiva de esa situación, vivida, pues, desde una cierta inconsciencia o defecto de conocimiento.

Efectivamente, no es raro que decisiones propias de un (digamos que modesto) «Hércules» se presenten como la conclusión de un discurso *justificador* formalmente articulado *como si* en realidad hubiera sido linealmente subsuntivo. Hoy no es en absoluto excepcional que el juez opere

Reflexiones sobre un decenio de aplicación del artículo 24.2.º CE», en *Estudios de jurisprudencia*, núm. 1/junio 1992, pp. 52-53.

⁷ En *El Derecho dúctil*, p. 150.

⁸ Esencialmente por la asimilación como dato de la subordinación de la ley a la Constitución y de la consiguiente relativización de la fuerza vinculante de aquélla, sobre todo cuando se trata de ley preconstitucional. Este dato determina, aunque sólo sea intuitivamente, una nueva actitud —en general más libre— del intérprete.

con principios sin conciencia clara de la amplitud real de los márgenes recorridos en la construcción de la resolución, como quien tuviera el convencimiento ingenuo de estar haciéndolo con reglas. Porque —correctamente— persuadido del valor normativo vinculante de aquéllos, carece, sin embargo, de los recursos técnico-culturales adecuados para evaluar en todo su alcance los factores de innovación que introducen en la práctica jurisdiccional.

Tal situación es a mi juicio producto de un serio desfase entre las necesidades de formación que plantea la actual tarea jurisdiccional y la respuesta que éstas reciben a través del vigente régimen de selección de los *nuevos jueces*⁹, que sigue girando en torno al histórico reproductor orgánico del modelo convencional, *el preparador*. Este no sólo no ha sido eficazmente sustituido, sino que ni siquiera encuentra en momentos institucionales posteriores al ingreso en la magistratura un eficaz contrapunto cultural. En efecto, permanecen el tradicional preparador y también el programa tradicional, que si incorpora, como no podía ser de otro modo, contenidos derivados de la vigencia de la Constitución, habitualmente lo hace por simple yuxtaposición al acervo de los saberes heredados, que no tiene en ella, pese a lo que normativamente significa, un factor real de cambio profundo en el plano de la cualidad de las actuaciones profesionales.

Ni que decir tiene que éste tampoco se ha dado en el llamado hasta ahora Centro de Estudios Judiciales, donde la pretendida combinación de la teoría y la práctica se ha agotado, por lo general, en la mera superposición en paralelo de dos planos que raramente se encuentran: el de los *principios sin práctica*, administrado por teóricos, generalmente carentes de *experiencia jurisdiccional*; y el de la *práctica sin principios*, a cargo de jueces, naturalmente formados conforme al paradigma habitual.

Y es que, en efecto, no ha habido ni hay todavía una propuesta que articule ambos niveles, porque tampoco se ha reflexionado con algún rigor, y menos por quienes tendrían el deber institucional de hacerlo, sobre el inevitable nuevo modelo de juez, que en lo que pueda existir ha sido fruto de cierto desarrollo empírico en un lamentable clima de (auto)improvisación.

La política de la justicia producida en estos años no ha sido una política *para* la jurisdicción que el Estado constitucional de derecho reclama. Antes al contrario, se ha caracterizado por la reducción politicista de los problemas emergentes, presidida por el miedo al juez y la obsesión del control. Y en el orden formativo, por la promoción de modos de operar propios de la justicia propugnada por el positivismo dogmático.

En la generalidad de las tomas de posición registradas en estas materias han prevalecido actitudes netamente instrumentales, traducidas en

⁹ Otro tanto puede decirse del régimen de reciclaje de los antiguos, prácticamente inexistente hasta fechas recientes en que se ha iniciado una nueva política de formación, en la que sin embargo no parece estar presente de manera explícita una conciencia clara del problema que aquí se apunta.

medidas legislativas orientadas a producir rentabilidad política inmediata. Y lo mismo ha sucedido con los pronunciamientos críticos a propósito de las decisiones judiciales más polémicas. Dicho en pocas palabras, el grueso del debate sobre las nuevas dimensiones del fenómeno jurisdiccional se ha movido en una línea reductiva de fáciles simplificaciones, en la que al monopolio del discurso y principio de independencia por la derecha judicial y extrajudicial; la izquierda judicial y no judicial apenas ha opuesto otra cosa que una obsesiva y tediosa prédica sobre la necesidad del control político de la magistratura, con fundamento en su supuesta falta de legitimación democrática¹⁰.

Entre tanto ha sido ostensible –salvo casos muy excepcionales– la ausencia de una reflexión serena, de una preocupación productiva orientada a generar una buena cultura constitucional y técnico-jurídica de la jurisdicción, de manera que el juez, en un medio tensionado por las apuntadas dinámicas de signo contrario, ha tenido que hacer frente a una realidad conflictiva, muchas veces imprevisible, y siempre especialmente predispuesta a desbordarse bajo formas explosivas en los juzgados. Todo ello, con un apreciable déficit de formación y comprensión de los rasgos inéditos y las especificidades de su cometido actual, y, además, con extraordinarias dificultades prácticas para hacer efectivo el *iura novit curia* en un marco de legalidad frenética y a veces caóticamente cambiante.

A la negatividad de este panorama ha contribuido –sobre todo por omisión– la cultura académica; en la que también cabría reconocer excepciones, pocas. En ella, más allá de la extensa franja de los indiferentes prácticos, la distribución de papeles ha solido producirse con parecida división de actitudes a la observada en medios políticos: el de la tópica exaltación de la instancia judicial como reducto de esencias constitucionales y el de la denuncia monotemática de un juez sobredimensionado e hiperactivo como peligro¹¹.

Es cierto que de todo eso ha habido y sigue habiendo en nuestra experiencia jurisdiccional. Y es que, en efecto, el juez ha sido y es garante efectivo de derechos, principios y reglas conculcados; como ha sido y es asimismo invasivo e hiperprotagonista. A veces, es cierto, por exigencias

¹⁰ Para percatarse del desierto cultural dominante en la materia bastaría releer las sucesivas comparecencias de los presidentes del Consejo General del Poder Judicial en las cámaras. Ninguna preocupación por las cuestiones de que aquí se trata, mientras que, a partir de 1982, se reitera machaconamente el interés por el ejercicio de la potestad disciplinaria como una suerte de *deus ex machina* para la solución de las dificultades de la justicia. A veces esa preocupación carece de otro referente que un juez que habla por la radio (!). Por cierto, *bestia negra* también de autores de los que cabría esperar una mayor capacidad de identificación de los verdaderos problemas y de los centros de imputación de las evidentes responsabilidades políticas.

¹¹ Valdría la pena tomar como termómetro de las actitudes prodigadas ante los problemas de fondo de la jurisdicción, el grado y la calidad de la preocupación expresados en los medios de la cultura jurídica académica en un asunto tan paradigmático como el *caso Linaza* y el violento atropello de la juez Huerta en su irreprochable aplicación de la ley conforme a principios constitucionales, por parte de la mayoría política socialista. (Me he ocupado de este asunto en «Independencia del juez, pero autonomía de la guardia civil: a propósito del “caso Huerta”, en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Justicial/conflicto*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 206 ss.)

fundadas «del guión». Otras, sin que éste pudiera justificarlo. Pero ésas y otras vicisitudes judiciales, previsibles en las condiciones dadas, no se han visto precedidas de una reflexión teórica orientadora ni acompañadas por un discurso razonablemente crítico y a la vez generador de esos recursos teóricos cuya carencia se ha expresado tantas veces en la precariedad del resultado del trabajo jurisdiccional.

Leída ahora en el contexto que sumariamente acaba de describirse, la obra de Zagrebelsky —en especial el capítulo sobre «Los jueces y el derecho», que es el que, por razones obvias, tiene para mí y aquí más interés— se presenta con una notable eficacia descriptiva¹² en la identificación de los problemas y ofrece a la vez un hilo conductor utilísimo para profundizar en sus raíces. Porque, más allá de peculiaridades específicas de algunas particulares situaciones, lo cierto es que en los problemas del juez y en la cuestión del juez como problema concurren rasgos de fondo que se reiteran necesariamente allí donde se den determinados presupuestos estructurales, en concreto, los cambios derivados de la conversión del Estado liberal en constitucional de derecho, con las transformaciones que conlleva, tanto en el orden normativo, como en el orgánico judicial y, consecuentemente, en la práctica jurisprudencial.

De estos tres planos hay uno, el segundo, en el que, por razones fáciles de comprender dentro de la economía del texto, el autor se detiene en menor medida y al que se refiere para llamar la atención sobre la necesidad de repensar, en una perspectiva de reconstrucción, el sistema orgánico judicial para adaptarlo a las exigencias que emanan del nuevo perfil de la función. Se trata, dice, de «reducir la distancia que media entre la extraordinaria profundidad y creatividad de la función judicial actual y la organización en la que ésta se desarrolla, originariamente pensada para un cuerpo de funcionarios públicos cuya característica más apreciada era la apatía social y el hábito de ocultar las propias decisiones detrás de un burocrático *ita lex*»¹³.

La verdad es que, en España, en este terreno, se han dado algunos pasos dirigidos a potenciar la independencia judicial y con ello una cierta desburocratización por la flexibilización del encuadramiento jerárquico y la consiguiente reducción de la interferencia de este plano en el propiamente jurisdiccional. Este avance se operó mediante la separación del gobierno de la carrera y el vértice de la jurisdicción, que a partir de la Constitución pasarían a tener sedes institucionales distintas. Ciertamente que, como es bien patente, el problema del gobierno de la magistratura no está aquí —y menos hoy— precisamente resuelto, pero, ello no obstante, el cambio producido respecto de la situación anterior a 1980 ha tenido traducción en el reforzamiento de la independencia de los jueces y en un cam-

¹² «Aquí se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento», dice ZAGREBELSKY (*El Derecho dúctil*, p. 145), haciendo hincapié en una dimensión central del libro, a mi juicio no suficientemente tenida en cuenta en algunas apreciaciones.

¹³ *El Derecho dúctil*, p. 149.

bio de clima cultural dentro de la vieja *carrera* relativamente desactivada en algunos de sus peores tradicionales efectos.

El diseño jerárquico de estirpe napoleónica era, no cabe duda, *garantía* de determinada *certeza* del –de un cierto– derecho. inducida por la vía del férreo control ideológico. Éste tenía como cauce un tupido filtro de ese carácter en el acceso a la función, y la posterior administración de las expectativas de promoción interna por parte de la cúpula judicial (de directa designación política) en el uso de sus posiciones de poder – formal e informal– en el interior de la organización. Ello con el efecto de un indudable estímulo –extrajurídico y extrajurisprudencial– a la acomodación mecánica de los criterios de decisión a los postulados desde arriba. En último término por el gobierno, que en la práctica lo era también de la jurisdicción.

El modelo, no cabe duda, había *funcionado* y de ello da cuenta la sensible mayor homogeneidad jurisprudencial constatable en el marco judicial anterior a 1978. Pero es evidente que a ese resultado –abstracción hecha de su calidad en el plano valorativo– coadyuvaban factores no transplantables a una situación democrática, en la que, además, por efecto de la entrada en vigor de la Constitución y de los ulteriores desarrollos legislativos de ésta, era previsible, junto a inevitables relecturas de la normativa anterior, un potenciamiento sensible de la diversidad de las respuestas judiciales.

Todo esto entraba dentro de lo que puede considerarse la fisiología de un proceso de transición democrática, cuyos efectos negativos en el plano que se contempla podrían y deberían haber sido contrastados a través de la necesaria *rearticulación* del sistema judicial –ya sólo como *orden jurisdiccional*– conforme a nuevos y constitucionales criterios. Porque lo cierto es que si el paradigma organizativo precedente y su calidad de *certeza* no podían tener encaje en la nueva situación, ésta requería, no obstante, un esfuerzo explícito dirigido a propiciar el máximo de racionalidad y coherencia interna global del *modus operandi* judicial y de sus resultados.

El juez del Estado constitucional de derecho tenía que dejar de ser el burócrata que había sido –uno más entre los burócratas de la administración precedente– para ocupar ese papel de «intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales), que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionarios públicos»¹⁴. El tránsito –en una medida relevante– iba a producirse en todo caso y en él el déficit de articulación derivado de la (necesaria) atenuación del factor jerárquico y la difusión del pluralismo entre los jueces tendría que haber sido compensado eficazmente mediante la puesta a punto de un diseño orgánico y un sistema procesal adecuado. Es decir, a través de la búsqueda del deseable nuevo tipo de homogeneidad de la respuesta judicial por vías rigurosamente jurisdiccionales por respetuosas con el principio de independencia. Incidiendo, naturalmente sobre el régi-

¹⁴ *El Derecho dúctil*, p. 149.

men de selección y formación, pero también –de manera esencial– a través de las reformas orgánicas y procesales precisas.

En este punto hay un momento de la actividad jurisdiccional y un resorte organizativo a los que está asignado un papel fundamental en la perspectiva de garantizar el máximo de certeza –a tenor del nuevo modo de ser del ordenamiento– y el máximo también de calidad del *producto* judicial. Me refiero a la exigencia constitucional de motivación y al sistema de recursos.

La primera, de cuya relevancia da cuenta ya el solo dato de su consagración entre nosotros como imperativo constitucional (art. 120.3.º), adquiere un relieve de primera magnitud, tanto –o sobre todo– en materia de hechos, como por lo que se refiere a la *quaestio iuris*. Esto a consecuencia del papel actualmente reservado –y pacíficamente reconocido– a la razonabilidad en la aplicación del derecho, en el que también se reintroduce, de manera fisiológica, «un elemento de equidad»¹⁵.

A este respecto hay que decir que aunque el deber de motivar se ha convertido en un tópico sistemáticamente reiterado y que nadie cuestiona, el índice de exigencia en la práctica de los altos tribunales no es con mucho el que era lícito esperar a tenor de la extraordinaria importancia que el mismo tiene como dispositivo de garantía¹⁶. En efecto, hay una fuerte tendencia a admitir como válidas modalidades tenues, a veces casi sólo *pro forma*, de motivación y, cuando se trata de la fáctica, incluso se alimentan dudas acerca de que la misma pueda resultar realmente posible con cierta profundidad y rigor, habida cuenta, se dice, del papel que en la asunción de la prueba juegan instancias no racionalizables como la intuición y ese cierto «sexto sentido» que todo juzgador desarrolla¹⁷.

Por otra parte, es asunto que sigue sin suscitar una reflexión teórica de la amplitud que sería necesaria, lo que unido a tomas de posición del agnosticismo de la que acaba de ilustrarse, es claro exponente de un lamentable déficit de cultura en la materia, bien perceptible en medios judiciales. No obstante –insisto– ser la motivación, muy particularmente la de los hechos, de producirse con seriedad, un instrumento de autocontrol y de control de la racionalidad de la actividad decisional extraordinariamente eficaz y especialmente adecuado a las particularidades del actual orden jurídico¹⁸.

¹⁵ *El Derecho dúctil*, pp. 147-148.

¹⁶ Me he referido con algún pormenor a este asunto en «La sentencia penal», en *El juicio oral en el proceso penal*, de varios autores, Comares, Granada, 1995, pp. 555 ss.

¹⁷ Así la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en que se dice que la convicción que produce la llamada prueba directa «depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación» (12 de febrero de 1992, ponencia de Conde-Pumpido Ferreiro). Con lo que viene a postularse lisa y llanamente la legitimidad –por supuesta imposibilidad– de la falta de motivación de la *quaestio facti* en una gran parte de las resoluciones de la justicia criminal. He argumentado un punto de vista opuesto en «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 257 ss. También en *La sentencia penal*, de varios autores, CGPJ, Madrid 1992, pp. 117 ss.

¹⁸ Es un dato de mi experiencia como integrante de un tribunal colegiado que tiene, como parte relevante de su función, el cometido de revisar sentencias de titulares de juzgados de lo

También una eficaz articulación del sistema de instancias tiene en situaciones de profundas transformaciones jurídicas un papel notable, como instrumento favorecedor de la certeza y la deseable tendencia a la unidad en la respuesta judicial. El ideal en la materia pasaría por la concentración de los recursos de apelación en el menor número posible de órganos y por la universalización de la casación. Sin embargo, nuestra realidad práctica, a pesar de ser ésta una época de –previsibles– grandes incertidumbres jurídicas, ha seguido el camino inverso. Así, sólo en la justicia penal, hasta la fecha, hay tantos tribunales de apelación –y potencialmente tantos criterios jurisprudenciales– como tribunales constituidos en el marco de la totalidad de las audiencias provinciales de nuestro país. Y carecen de acceso a la casación la mayoría de los delitos.

Pues bien, dicho esto, hay que añadir que mientras medios de racionalización de la actividad jurisdiccional como los aludidos aparecen francamente infrautilizados e incluso, diría, ignorados en el discurso de los políticos responsables del tratamiento legislativo de la materia, sobrea-bundan la demandas demagógicas y oportunistas de un constitucionalmente imposible control político y de una reducción del radio de acción y la incisividad de la jurisdicción inviable en las condiciones dadas y, todavía más, a tenor de la evolución previsible del universo normativo. Evolución sobre la que, a mi juicio, con tanta lucidez se discurre en *El Derecho dúctil*.

Es decir, todo lo contrario de lo que exigiría una imaginativa salida al paso de las necesidades reales, en el respeto de las coordenadas constitucionales y de las constantes estructurales del actual orden jurídico. Por eso, las deficiencias de la presente situación jurisdiccional en nuestro país, después de producida una radical renovación generacional de sus cuadros –precisamente en su mayor proporción con posterioridad a 1982–, ya no pueden fácilmente valorarse como simple consecuencia del, hoy histórico, «pecado original» de esta magistratura. Son, más bien y sobre todo, efecto de la pobreza cultural y política de las reformas producidas y de la ausencia de una política de las reformas a la altura de las necesidades de la jurisdicción en esta fase del derecho.

En el contexto descrito, *El Derecho dúctil* me parece un libro francamente importante, porque trae a primer plano aspectos conflictivos de realidad político-constitucional y jurídica producidos entre nosotros en estos años y claramente desatendidos; y, además, aporta instrumentos de análisis que hacen aquí aún más patente ese lamentable vacío de respuestas. Y es también un libro útil para comprobar que las que se han dado lo han sido las más de las veces en un terreno impropio, de manera que las correspondientes medidas, más que salir en clave resolutive al paso de

penal, que muchas de éstas mal o nada motivadas, sobre todo en materia de hechos, expresan una auténtica falta de conocimiento del correspondiente *modus operandi*. Algo perfectamente explicable, puesto que se trata de una actividad que, inexplicablemente y hasta la fecha, no ha sido objeto –en su dimensión empírica– de una disciplina concreta, mientras en el plano doctrinal se dan posiciones como la de la sentencia de la Sala Segunda antes aludida.

los problemas, han contribuido objetivamente a profundizarlos y a darles un carácter, ahora ya, endémico.

El *miedo* –no tanto al juez *de derechas*, primero chivo expiatorio, después *descubierto* o añorados muchas veces sino, en el fondo– al nuevo papel constitucional del «poder judicial», pudo ser explicable. Pero no argumento justificador de la falta de racionalidad e incluso de lealtad constitucional con que se dio la espalda a la mejor cultura democrática de la jurisdicción en el Estado de derecho, al (mal)tratar los problemas reales planteados en el terreno que nos ocupa, no sólo ni sobre todo por el juez, como se ha visto.

Ahora no cabe ni desandar mecánicamente lo andado ni eludir la certeza de que el mal tratamiento de los problemas heredados ha añadido a lo que permanece de éstos todo un cúmulo de ulteriores consecuencias indeseables, contra los que también hay que reaccionar. Aunque sea tarde y mayores las dificultades objetivas en razón del nuevo contexto político, tendría que hacerse desde una actitud cultural como la que está en la base de *El Derecho dúctil*. Un libro que aquí suscitará desasosiego; pero no por sí mismo, sino por la inquietante evidencia de aquello sobre lo que –con descriptivo rigor notarial– ayuda a crear conciencia. Esto es, que no se dio en su momento *al derecho lo que es del derecho*, con todos los efectos de amplio espectro e imprevisible alcance negativo que hoy están bien a la vista.

La ley y el legislador ¹

Por ROBERTO L. BLANCO VALDÉS

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Santiago de Compostela

El profesor Rubio Llorente nos ha pedido que en este momento del debate nos refiramos a los aspectos descriptivos de la obra del profesor Zagrebelsky con los que existan discrepancias o que susciten entre nosotros la conveniencia de algún tipo de comentario o la necesidad de alguna precisión.

En tal sentido yo quisiera comenzar recordando la intervención del profesor Francisco Laporta con la que me parece que ayer cerrábamos nuestro debate vespertino. Destacaba Paco la, a su juicio, cierta minusvaloración del legislador democrático que en algunos pasajes de la obra cuyo comentario nos ha reunido aquí puede observarse. Creo, efectivamente, que el libro de Gustavo Zagrebelsky está recorrido todo él por una apreciable desconfianza hacia el legislador democrático, de la que podría ser una buena muestra el párrafo en el que el autor justifica su afirmación, que a algunos parecerá sorprendente, de que la ley ya no es garantía absoluta y última de estabilidad sino instrumento y causa de inestabilidad: «La amplia “contractualización” de la ley afirma en el segundo capítulo de su obra, da lugar a una situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida cada vez con más frecuencia, por cambiantes *coaliciones legislativas de intereses* que operan mediante sistemas de *do ut des*. La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del pro-

¹ Este texto constituye una reconstrucción, realizada a partir de mis propias notas, de mi intervención oral en el debate celebrado en la Facultad de Derecho de Albacete con motivo de la presentación de la obra del profesor GUSTAVO ZAGREBELSKY.

ducto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extiende a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras, y sobre todo expresan la idea de que –para conseguir el acuerdo– todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles»².

Más allá de la eventual certeza de esta descripción, creo que la dureza de la misma probablemente guarda alguna relación con la agudísima crisis del sistema político italiano y con el papel, digamos poco edificante, que en esa crisis han jugado algunas instituciones del Estado, entre las cuales habría que incluir también al propio Parlamento de la República. Pero al margen de estos elementos de explicación coyuntural, no parece incorrecto afirmar que el juicio –el profesor Zagrebelsky me permitirá que afirme que se trata de un juicio *prescriptivo*– de nuestro colega italiano se realiza a la vista de una determinada interpretación de los acontecimientos históricos o, si ustedes lo prefieren, por mantenerme en las indicaciones del profesor Rubio, de una cierta descripción de esos acontecimientos. Y es éste justamente el aspecto que querría subrayar en mi intervención.

El profesor Zagrebelsky parte de un hecho, cuya significación nadie podrá relativizar: la importancia que ha tenido la introducción del principio político del control de la constitucionalidad en la configuración del que él mismo llama «Estado constitucional»: «Las Constituciones contemporáneas –afirma nuestro colega italiano al referirse a la función unificadora de la Constitución y a la significación del principio de constitucionalidad– intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico –Zagrebelsky se refiere a la «tecnificación» y «mecanización» del derecho– mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido». Es justamente al servicio de esta necesidad como se produciría –según Zagrebelsky– el surgimiento del denominado por él, como antes señalaba, principio de constitucionalidad. Para decirlo de nuevo con sus propias palabras, «la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrentes. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí

² Cursivas y entrecorridos en el original.

misma, unida y pacífica. En la nueva situación –concluye nuestro colega– el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad».

Creo que ésta es, en efecto, una cuestión nuclear, no sólo desde la perspectiva histórica del funcionamiento de los diferentes Estados constitucionales, sino incluso desde el punto de vista de la teoría general de la Constitución, es decir, desde una óptica teórico-dogmática. Pedro Cruz Villalón ha subrayado entre nosotros –en su magnífica obra sobre *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, entre 1928 y 1939– y con una claridad a mi juicio inigualable, la profunda significación que ha tenido el paso de la Constitución «orgánica» a la Constitución «material» y la sustitución, que se produce de forma paralela e inescindible, de un sistema de garantía «política», por un sistema de garantía «jurisdiccional». Y ello hasta el punto de que –según sus propias palabras– «aunque la *idea* de la primacía de la Constitución ha sido inseparable, desde su origen, del concepto mismo de Constitución, sólo ha alcanzado a ser un “específico concepto dogmático” cuando de ella se han hecho derivar consecuencias jurídicas concretas para las normas con pretensiones de validez opuestas a aquélla»³.

Yo mismo he tenido ocasión de referirme de forma pormenorizada, muy recientemente –en mi libro sobre *El valor de la Constitución*– al proceso histórico complejo que acabará conduciendo al profundo contraste existente entre la experiencia norteamericana, en la que la Constitución se configura desde los momentos inmediatamente posteriores al nacimiento del Estado constitucional, como una norma jurídica indisponible para el legislador, y la experiencia europea continental –perfectamente simbolizada en la Revolución francesa– en la que, por el contrario, la Constitución se acaba considerando como un mero documento político, desprovisto de los elementos de garantía de una auténtica norma jurídica, y, por lo tanto, del que el legislador puede disponer con entera libertad y sin ningún tipo de limitación *jurídica*. Y ello pese a que, tanto en uno como en otro caso, la Constitución fuera concebida por los respectivos constituyentes como una norma «diferente» y «superior» por el hecho de proceder del poder constituyente. Es suficiente, a tal efecto, con consultar las reflexiones al respecto de Alexander Hamilton en *El Federalista*, para el caso americano, y de Emmanuel Sieyès, en su celeberrimo discurso sobre el veto real, para el caso francés, para comprobar hasta dónde algunos de los puntos de partida de los revolucionarios –pese haber dado lugar a consecuencias muy distintas por las razones que en mi libro he intentado explicar– eran realmente similares.

Y es que, como con notable precisión ha apuntado Javier Pérez Royo en su interesantísimo estudio sobre *Las fuentes del derecho*, la experiencia constitucional europea comparada –de la que la española no se separa ni un ápice en esta materia– demuestra que todo aquello en lo que el Par-

³ Cursivas y entrecorillados en el original.

lamento y el Rey estuviesen de acuerdo era automáticamente ley sin que se pudiese establecer limitación o elemento de control externo alguno: «Para la tradición constitucional española –recuerdo textualmente las palabras de Pérez Royo– que es básicamente la tradición monárquico-constitucional, ejemplificada por las Constituciones de 1845 y 1876, que cubren la casi totalidad de la historia constitucional de nuestro país previa al régimen del general Franco, la Constitución no era norma jurídica, documento jurídico, sino un documento político consistente casi exclusivamente en la institucionalización de los agentes básicos del proceso político: el Rey y las Cortes. Todo aquello en que estuvieran de acuerdo ambos agentes era jurídicamente legítimo, no existiendo límite jurídico alguno para su actuación conjunta. La Constitución no era, pues, norma jurídica que estuviera por encima de los poderes que ella misma organizaba, sino que la Constitución eran el Rey y las Cortes, la Constitución estaba permanentemente a disposición de estos dos órganos del Estado, titulares conjuntamente del poder legislativo.»

La constatación de la decisiva importancia del «principio de constitucionalidad» en el funcionamiento del conjunto del sistema jurídico lleva al profesor Zagrebelsky a concluir –conclusión que se configura como uno de los puntos centrales de su construcción en el espléndido libro que comentamos en estas jornadas– que en el Estado constitucional los derechos han adquirido un fundamento distinto de la ley. Nuestro colega lo plantea, con extraordinaria claridad y yo aun diría que con notable radicalidad, casi al principio de su obra, a partir de una «recreación», si me permitís la expresión, de la distinción de Thomas Hobbes entre *lex* y *ius*, distinción que en la actualidad dejaría de ser, según Zagrebelsky, exclusivamente una precisión conceptual: «Dicha distinción se convierte, por el contrario, en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias, quizás aún no todas afloradas. Teniendo presentes los catálogos de derechos establecidos en Constituciones rígidas, es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como “patrimonio jurídico” de sus titulares, independientemente de la ley.»

Y retoma la cuestión en el último de los capítulos del libro, referido a «Los jueces y el derecho», en el que, como una de las conclusiones básicas de su recorrido intelectual, Gustavo Zagrebelsky plantea que el puesto del legislador en el Estado constitucional ha cambiado como consecuencia, entre otros fenómenos, de la importancia creciente del papel del juez, de un juez protagonista de la defensa de unos derechos amparados no en la ley, sino directamente en la Constitución: «La unidad del derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales “señores

del derecho”, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos, la justicia. Habíamos comenzado nuestro recorrido en una época constitucional muy distinta, cuando el señor del derecho era el legislador y esos elementos que componen el derecho se encontraban todos reunidos en él, en la ley. La transformación del Estado de derecho legislativo decimonónico en el Estado constitucional del siglo XX parece haber comportado este cambio de mano, ciertamente al margen de las intenciones y de las previsiones de los autores de las Constituciones actuales.»

Esta conclusión, que en su formulación más general parece difícilmente discutible, lleva, a mi juicio, implícita una doble afirmación, que sí podría resultar quizás, sin embargo, objeto de debate: de un lado, la de que en el moderno Estado constitucional los derechos no se fundamentan en la ley; y de otro lado, la de que durante el período de vigencia del, digamos, Estado liberal, los derechos sí se habrían fundamentado en la ley, cambio éste que, supuestamente, simbolizaría la gran transformación que se ha producido con el tránsito del Estado liberal al constitucional. Mi posición es la de que ambas afirmaciones podrían ser matizadas. Y podrían serlo, a mi juicio, a partir sobre todo del análisis histórico de la evolución político-constitucional de la mayoría de los Estados europeos. En todo caso, a partir, desde luego, de la experiencia constitucional española.

La contemplación de tal evolución nos permite afirmar, en primer lugar, que los derechos se fundamentan en la actualidad, en los modernos Estados constitucionales, en la ley, como nunca se habían fundamentado en la misma en el pasado. Y ello, podría decirse, tanto desde un punto de vista cuantitativo, como cualitativo. Los poderes públicos, y entre ellos, el poder legislativo, llegan hoy a penetrar en los más remotos intersticios de la vida económica o social y esa penetración se produce en gran medida de la mano de la ley, que tiene un protagonismo en la vida del Estado y de la sociedad que creo no es exagerado afirmar que nunca había tenido. Es cierto, y con ello volvemos a la tesis de Gustavo Zagrebelsky, que esa acción del legislador se produce dentro de los límites de la Constitución, pero no lo es menos que el margen de autonomía del legislador es —y así debe serlo, a mi juicio— amplísimo, de forma tal que el control de constitucionalidad de la ley se configura como un límite exclusivamente de carácter jurídico, dentro del cual caben múltiples opciones desde el punto de vista político, en las que el controlador de la constitucionalidad no puede ni debe entrar «La interpretación “mejor” de la Constitución —ha escrito recientemente Javier Pérez Royo en su excelente *Curso de Derecho Constitucional*— es, por hipótesis, la que hace el legislador. El criterio de interpretación mejor o peor es un criterio exclusivamente político. Es la sociedad a través de sus representantes la que decide cual es la mejor interpretación de la Constitución. Y porque considera que es la mejor, es por lo que la sociedad elige una determinada mayoría parlamentaria y ésta aprueba las normas que considera adecuadas a las preferencias políticas manifestadas por los ciudadanos en las urnas».

Si traigo aquí a colación estas reflexiones de nuestro colega sevillano es porque creo que de una forma sintética, pero extraordinariamente clara, las mismas ponen de relieve cuáles son los límites al «principio de constitucionalidad», tal y como lo describe en su obra Gustavo Zagrebelsky, y, también, cuáles son los límites a los cambios que la introducción de tal principio en el sistema jurídico pueden producir en su interior. Es cierto que el legislador ya no podrá hacer todo lo que quiera –como sucedía durante el período de vigencia del Estado liberal, siempre que para ello contara con la anuencia del Rey titular de la facultad de sancionar y siempre que el legislador «existiera» físicamente, lo que sólo solía suceder de forma excepcional, como expondré de inmediato–, pero no lo es menos que su margen de maniobra sigue siendo –y así tiene que suceder en democracia– muy amplio, lo que le convierte en pieza esencial del sistema jurídico. Por expresarlo de nuevo con las palabras de Pérez Royo, «la Constitución opera *como un límite* para la interpretación constitucional y tiene, por tanto, que ser interpretada en cuanto tal. La interpretación efectuada por el legislador no tiene por qué ser la mejor desde una perspectiva racional. El Tribunal Constitucional puede considerar que no es la mejor, ni la que mejor responde a la letra y al espíritu de la Constitución. Y sin embargo, si la interpretación “cabe” centro de la Constitución, dicha interpretación no debe ser anulada, la ley tiene que ser declarada constitucional». Por ello, dice con toda razón, a mi juicio, Javier Pérez Royo que el legislador, que es el representante de los ciudadanos, la voluntad general, «no ejecuta derecho, ni siquiera la Constitución. El legislador crea derecho *a partir* de la Constitución y *con el límite* que la Constitución supone. Pero crea derecho. No interpreta una voluntad ajena, sino que expresa una voluntad propia».

En contraste con este panorama creo que puede afirmarse –y ésta sería la segunda de las matizaciones que antes apuntaba– que durante todo el período de vigencia del Estado liberal, que se caracterizó por afirmar el principio de la supremacía de la ley, la ley fue, sin embargo, un elemento secundario en el desarrollo de la vida estatal y social. En efecto, y pese a que desde la Revolución francesa se afirmaría el principio de la superioridad de la ley, como expresión de la *volonté générale* –principio que imposibilitaría el surgimiento de un sistema de control de la constitucionalidad de la ley– lo cierto es que en la práctica la ley fue siempre una norma de relativa importancia, en comparación con la normativa emanada del Gobierno. Pensemos que, en España, por ejemplo, el Código Civil lo elabora el gobierno, a partir de una ley de bases aprobada por el Parlamento, y que desde nuestro primer Código Penal, de 1822, aprobado por las Cortes del Trienio Liberal, el único texto que ha sido emanación directa del Parlamento es el Código Penal que acaba de aprobarse en las Cortes.

Aunque es cierto que en este aspecto la historia de España es ciertamente peculiar, nadie podrá acusarme de exagerado si afirmo que la historia de los derechos no es la historia de su regulación legal –es decir de su normación por el poder legislativo del Estado– sino la de sus instru-

mentos de limitación y suspensión. Hace ya muchos años, y en una obra pionera que hoy sigue siendo en mi opinión de mucha utilidad para acercarse a nuestra historia constitucional –*Constituciones y períodos constituyentes en España. 1808–1936*– Jordi Solé Tura y Eliseo Aja ponían de relieve que en nuestra historia constitucional prácticamente no había funcionado nunca un verdadero sistema de libertades públicas. Es muy probable que la desastrosa evolución española –que puede apreciarse en sus aspectos más dramáticos. en ese libro demoledor de Manuel Ballbé que es *Orden público y militarismo en la España constitucional. 1808-1983*– no tenga parangón en otros países, pero si hemos de ser rigurosos no lo es menos que el Estado liberal generó toda una serie de instrumentos destinados a que la práctica de los derechos no se basase tanto en la ley como en la normativa de procedencia gubernamental que tenía una finalidad básicamente, cuando no únicamente, limitadora: basta con leer a este respecto, para los momentos iniciales del proceso, el libro de Pedro Cruz Villalón sobre *El Estado de sitio y la Constitución*, en donde se contiene un análisis comparado de Inglaterra, Francia y España, que no deja lugar a dudas sobre lo que acabo de afirmar.

Por no extenderme más y para concluir, fijaría mi línea de discrepancia con las reflexiones en este ámbito de nuestro colega y amigo Gustavo Zagrebelsky en el espléndido libro cuyo comentario nos ha reunido aquí, debido a la magnífica iniciativa de su traductora, Marina Gascón, poniendo de relieve que en mi modestísima opinión ni los derechos están hoy tan alejados de la ley ni lo han estado históricamente tan cerca.

¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios

Por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Universidad de León

Comenzaremos nuestras consideraciones críticas sobre el libro del profesor Zagrebelsky¹ con una cita contenida en la primera página de texto y con cuyo sentido estamos muy de acuerdo:

«Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la “cosa” misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel. Y, al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho “positivo” se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confudentes para el público profano» (9).

Estoy, como digo, muy de acuerdo con esta idea, pero me pregunto en qué medida se inserta la obra que comentamos en ese mundo de ideas que determina los perfiles prácticos del derecho. Vaya por delante la afirmación de que estamos ante un libro hermoso, erudito sin desmesura y lleno de sugerencias e interpretaciones que enriquecerán a cualquier lector, jurista o no. Pero la crítica más respetuosa con una obra importante es

¹ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Madrid, Trotta, 1995, traducción de Marina Gascón, con epílogo de Gregorio Peces-Barba. En lo sucesivo las cifras entre paréntesis remitirán a páginas de esta edición.

la que trata de ir al fondo de sus planteamientos y no se conforma con recrearse en el detalle o con adobar el elogio genérico con discrepancias puntuales.

Si la vivencia social y práctica del derecho está determinada por la idea del derecho, por un sistema de creencias y visiones que se integran en el imaginario común y que se alimentan en gran medida de las construcciones doctrinales y teóricas, se torna dificultoso comprender el siguiente párrafo

«Se podría decir simplificadaamente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas» (10).

Las ideas, diríamos, no están a la altura o al nivel de la realidad jurídica. Serán las ideas de los juristas las que han quedado desfasadas, mientras que el derecho se haría verdad sobre la base de otras ideas o de otra idea, aunque no se sabe muy bien si perteneciente a la sociedad en general, al legislador o al poder constituyente. Pero, para empezar, cuesta creer que la «idea» determinante de la realidad práctica y vivencial del derecho no sea la «idea» que de éste profesan y enseñan los juristas.

Más concretamente, no creo que ningún derecho o ningún «Estado constitucional» «impliquen» en sí mismos nada distinto del modo como se entiendan, se vivan y se apliquen. No es lo mismo proponer nuevos paradigmas como moldes que determinan la «idea» del derecho y, con ello, los modos de su entendimiento y su práctica, que descubrir las implicaciones de un tipo de derecho o de Estado, como propiedades o efectos que éstos generan por sí mismos. En el primer caso la idea es constitutiva de la cosa; en el segundo, la cosa es determinante de la verdad o adecuación de la idea.

¿Cómo situamos, en ese contexto, el libro de Zagrebelsky? Yo diría que como la mayor parte de las obras de derecho constitucional (o de derecho en general) que quieren ser más que mera exégesis dogmática de artículos y capítulos. Se trata de obras que al proponer una idea de la Constitución tratan de cambiar (o, en su caso, mantener o defender) un modelo de práctica constitucional. Pensemos que aun ante la misma Constitución, la visión de Zagrebelsky y la visión positivista del tipo de la que (caricaturescamente) él critica, llevarán a prácticas jurídico-constitucionales diversas en cuestiones tales como los límites de la sumisión del juez a la ley, el alcance operativo de cláusulas del tipo de «valores superiores», «principios rectores», etc., la concreta articulación de la separación de poderes, los límites de la legitimación democrática y procedimental del legislador, los mecanismos para adaptar la ley y la Constitución a nuevas realidades sociales, etc.

Que Zagrebelsky quiera un modelo nuevo y distinto de práctica constitucional, con mayor protagonismo de jueces, mayor presencia de la equidad y el casuismo frente a la fría abstracción y generalidad de los derechos, me parece perfectamente legítimo. El problema está en ver

hasta qué punto consigue proponer un modelo más coherente que ese positivista que rechaza (y que el iusnaturalista que también parece rechazar) y en qué medida son sólidas las premisas sobre las que construye sus razonamientos.

En mi opinión, contra la solidez de algunas premisas básicas atenta lo que me atrevo a llamar su impronta «metafísica». Contra la coherencia del modelo cabría invocar determinadas contradicciones o ciertos intentos por alcanzar lo que, permítaseme la expresión, parece la *concordantia oppositorum* o la cuadratura del círculo. Veámoslo.

1. ELEMENTOS METAFÍSICOS (O TÉRMINOS CLAVE QUE PARECEN DECIR MUCHO PERO DIFÍCILMENTE SIGNIFICAN ALGO)

1.1 Metafísica del «devenir»

«... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La “política constitucional” mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva» (14).

Ciertamente, la doctrina jurídica difícilmente puede trabajar sin metáforas. La esencial incorporeidad del derecho, su condición de realidad pensada, de constructo intelectual, de «cosa hecha con palabras», requiere recurrir a la metáfora para ver en imagen, para representar figuradamente lo que sólo puede funcionar y ser operativo como idea. Pero la imagen refuerza la idea y hasta la determina en su modo de configurarse en cada momento². ¿Acaso puede alguien pensar que las normas poseen en sí mismas diferencias jerárquicas? Creer tal cosa es tan arriesgado como creer en jerarquías angélicas o en un orden de la creación que nos hace por naturaleza socialmente desiguales. Pero si la imagen de la jerarquía (de la pirámide o el triángulo) se impone en su aplicación a las normas, éstas se ordenarán efectivamente con arreglo a su grado jerárquico.

El problema se plantea cuando la metáfora lo es de una quimera. Si dijéramos, por ejemplo, que el derecho es como una pirámide, o como un círculo, o como un proceso de *feed-back*, estaríamos proponiendo imágenes aprehensibles como modelo más o menos útil para representar plásticamente la realidad del derecho o como forma de proponer un modelo de funcionamiento del derecho o de interrelación entre sus elementos. Pero si, por ejemplo, decimos que el derecho es como el ave fénix que renace

² La iconografía religiosa proporciona a este respecto un magnífico término de comparación. ¿Se representa a Dios tal como «es» o se le ve («es» para el creyente) tal como se le representa? ¿Sería igual de efectiva la idea de Dios sin las imágenes (y metáforas) de Dios?

de sus propias cenizas, o como el alma que anida en los castillos con fantasma, ya no proponemos imágenes «practicables», ni modelos operativos, sino que nos remitimos a licencias literarias que permiten pensar al derecho de cualquier manera: la imagen, por no poseer perfiles definidos y servir sólo para desencadenar asociaciones que en cada sujeto pueden ser diversas, es compatible con cualquier idea del derecho y de su organización y práctica. ¿No parece de este tipo esa afirmación de que la Constitución se realiza mediante «cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva»? Se nos representa el imposible lógico: una Constitución que «es», al mismo tiempo, ya realidad y todavía objetivo («centro a alcanzar»), que sin perder su realidad se puede realizar en distintos equilibrios, que además son cambiantes; que sólo es efectiva en las variables y diversas políticas constitucionales posibles, pero que sirve al mismo tiempo como centro cuya búsqueda orienta estas políticas. Una especie de realidad que no existe al margen de su devenir pero que es simultáneamente la guía de ese devenir. Una quimera metafísica.

1.2 Metafísica «inmanentista»

«La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla —como razona el positivismo jurídico—, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio» (118).

«... del ser —iluminado por los principios— nace el deber ser» (121).

En este párrafo se hace sentir un problema que trataremos más adelante, como es el de la realidad objetiva de los principios como pauta preexistente a la valoración y que objetivamente la guía. Pero no es sólo que los principios tengan existencia objetiva; además, se apropian de la realidad, la transforman por sí mismos en algo distinto, son como la piedra filosófica que transmuta con su mero contacto el «ser», en «deber ser». Y nuevamente la metáfora con ribetes de imposible: el principio «ilumina» la realidad y a su luz la modifica. El principio ilumina por sí mismo y su sola presencia cambia las cosas y hace surgir de los hechos la norma. Misteriosamente la realidad «aparece revestida de cualidades jurídicas propias». El derecho no se aporta, sino que está en el mundo real y los principios son como señal que imprime a esa realidad carácter y la convierte de inerte en jurídica. No es que los principios sirvan de instrumento para cambiar las cosas; las cosas son ya distintas porque existen los principios y éstos justamente sirven para poner límite a la transformación

posible de la realidad por obra de los operadores jurídicos. En el aire queda de momento la pregunta, que luego trataremos, sobre si acaso los principios pueden ser algo distinto de lo que de ellos piensen y de lo que como contingente contenido les atribuyan los operadores jurídicos. Tal parece que el legislador constituyente hubiera limitado la lista de los «mundos posibles» al pensar unos principios cuyos contenidos, sin embargo, nada son ni significan sin la concreción que de los mismos llevan a cabo el legislador ordinario y/o el juez.

2. *CONCORDANTIA Opositorum* (O LA DIALÉCTICA DE CÓMO CONTENTAR A TODOS ATENDIENDO DEMANDAS INCOMPATIBLES)

En el libro que comentamos se contienen abundantes elementos de una dialéctica habitual entre iusfilósofos, y en especial entre los que cultivan la filosofía de los derechos humanos. El esquema (o la caricatura) de ese tan frecuente modo de razonar se puede ilustrar con el siguiente ejemplo ficticio: libertad e igualdad constituyen dos demandas ineludibles de nuestro tiempo; libertad e igualdad son demandas que chocan, pues la libertad sólo puede realizarse a costa de la igualdad, y viceversa; luego la solución consiste en lograr entre ambas el adecuado equilibrio, en un sistema que permita la máxima libertad compatible con el mayor grado posible de igualdad y la máxima igualdad compatible con el mayor grado posible de libertad. Y problema resuelto.

Ese método de proponer la síntesis de los opuestos como vía para solventar dilemas teóricos de relevancia central para su doctrina lo deja ver Zagrebelsky al menos en tres cuestiones: la interrelación entre los principios, la importancia del caso y del ordenamiento como base para la sentencia y la tensión entre la letra de la ley y las exigencias de la justicia en la decisión jurídica.

2.1 **Dinámica de fluidos: todos los principios caben, ninguno prevalece**

Precisamente, según Zagrebelsky, la gran ventaja de los principios frente a las reglas consistiría en que nos permiten alejarnos de la lógica del *aut-aut*, del «esto o aquello» o del «dentro o fuera»³, de modo que en lugar de excluir un principio para que otro se imponga, cabe combinarlos en proporciones diversas que permitan la mejor acomodación conjunta de todos ellos. Lo que así se consigue es, ciertamente, fabuloso, el sueño de nuestra época:

«Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o

³ Cfr. p. 17.

valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad del trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc.» (16).

Nuestro autor es consciente de lo contradictorio de tales demandas simultáneas. Pero la salida ante ese inconveniente ya otros la transitaron antes, y vuelve a mostrársenos aquí: suprimamos el principio de contradicción. Los términos son claros:

«Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a *algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica*: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. *El imperativo teórico de no contradicción* –válido para la *scientia iuris*– *no debería obstaculizar la labor*, propia de la jurisprudencia, *de intentar realizar positivamente la “concordancia práctica” de las diversidades e incluso de las contradicciones* que, aun siendo tales en la teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. “Positivamente”: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto» (16. Los subrayados son nuestros).

Suena bonito, pero ¿se dice algo distinto, a efectos prácticos, de lo que supondría decir que dado que los principios entran en conflicto no hay por qué considerar relevante a ninguno de ellos⁴? ¿Serían distintas las decisiones que acaecerían en ese caso o serían exactamente las mismas? El problema, evidentemente, es que si ya de por sí los principios

⁴ Pensemos en una comparación bien simple: en un cierto espacio (un ascensor, una habitación, una nave espacial) sólo cabe una persona de cada vez. Hay que decidir quién puede entrar en un determinado momento. ¿Sería solución sostener que todos tienen por igual derecho a entrar, o que cada cual tiene un derecho proporcional a su peso sin que nadie pueda ser excluido, o que todos deben caber aunque no todos puedan entrar? Con cualquiera de esos criterios el ascensorista o portero de turno lo tendría muy claro: puede introducir a quien él desee, puede actuar discrecionalmente, pero, eso sí, respetando escrupulosamente el principio organizativo. Se dirá que la comparación no sirve, pues los principios no se individualizan como las personas y, además, pueden interpenetrarse sin dificultad. Ciertamente, pero con tal réplica lo que se hace es, precisamente, mostrar que el problema es aún más irresoluble: la prevalencia entre las personas puede determinarse con un criterio claro (que pase el más viejo, o el más alto, o el más inteligente); entre los principios, no cabe criterio de prioridad que no implique discrecionalidad, justamente porque los principios no tienen más perfil que el que les da quien quiere adaptarlos a un determinado criterio. Su drama es que son, precisamente, dúctiles sin límite intrínseco.

son fórmulas cuyo contenido unívoco previo a su determinación por el intérprete de turno es más que dudoso, y si, además, el intérprete no sólo tiene que decidir qué contenido relevante para un caso concreto va implicado en un principio, sino también conciliar ese principio en la proporción adecuada con un principio de contenido opuesto, no acierto a imaginarme que pueda existir en esas operaciones el más mínimo grado de objetividad y no la pura, simple y descarnada discrecionalidad, camuflada, eso sí, bajo ese elegante expediente metodológico de decir que la decisión recae como resultado de un objetivo e imparcial «pesaje» de los principios en pugna, de modo que hay de cada uno la proporción que corresponde a su peso en la balanza (que ni siquiera es una balanza idéntica para todos los casos, ya que es el propio caso el que determina el sistema métrico o la balanza con la que en esa ocasión los principios se van a medir; tercera vía de entrada de la discrecionalidad, por tanto).

Es acertada, en relación con sus premisas o imágenes, la propuesta que Zagrebelsky hace de una dogmática jurídica «líquida» o «fluida» (17). Dado que el elemento central de la dogmática constitucional pasa a estar constituido por los principios y puesto que se trata de conseguir que la oposición o contradicción entre éstos se reconduzca a una especie de equilibrio fluctuante, la imagen que se impone del trabajo jurídico-constitucional, tanto en la doctrina como en la práctica jurisprudencial, es la siguiente: los principios circulan y se equilibran en cada caso de modo similar a como los líquidos circulan y se equilibran a través de vasos comunicantes. La dinámica de fluidos sustituye, como imagen, a la lógica binaria del *aut-aut*. De este modo se enriquece la imagen, pero no la práctica, se gana en valor literario o en colorismo, pero no en operatividad. Si los principios representasen magnitudes objetivas, contenidos preestablecidos, tal vez pudiera tener algún sentido la imagen de dos principios combinando sus elementos y generando nuevos precipitados. Pero si, como veremos, los contenidos de los principios no están prefijados con la más mínima claridad, sino que son cambiantes y al menos en buena medida contingentes, el añadido que los colorea y los precisa se lo da el intérprete. Lo que fluye son sus mismos contornos y si pueden combinarse es por la misma razón por la que pueden constituirse aleatoriamente: porque en sí mismos no son más que términos vacíos⁵. Visto así el asunto, resulta que sortear su oposición y buscar su concordancia equivale a lo siguiente: a dar a esos términos en cada caso un significado o un alcance que no sean incompatibles. El intérprete, así, quita agudeza al conflicto y otorga coherencia al ordenamiento. El encuentro reemplaza al conflicto, la contradicción se resuelve retóricamente y la libertad decisoria, que es consecuencia inevitable de cualquier visión del derecho como entramado de normas contradictorias, se oculta bajo la apariencia de aplicación y ponderación de unos principios que ya no se enfrentan, sino que

⁵ Nos estamos refiriendo a los principios o fórmulas valorativas que no equivalgan a reglas o no sean directamente reconstruibles como reglas.

trabajan de consuno para ayudar al intérprete a alcanzar una solución del caso que no sólo sea justa sino que sea, además, jurídica. Lo mismo que tan vanamente pretendió para la ley el positivismo decimonónico se intenta ahora en relación con los principios: garantizar la juridicidad y la determinabilidad de toda decisión, así como la coherencia valorativa última de todo el ordenamiento. Se acabaron las lagunas, las antinomias y la discrecionalidad interpretativa: el derecho (con los principios constitucionales en su cúspide) lo resuelve todo y el juez es servidor del derecho (que es algo distinto de la ley) y no de su propia ideología. El mito de la racionalidad del legislador ordinario es reemplazado por el mito de la racionalidad del legislador constituyente (y del juez que, a diferencia del legislador, según parece, capta su sintonía sin distorsiones).

Lo curioso es que ese carácter fluido o líquido de los principios se combina con su carácter objetivo. Luego veremos que éste realmente no es tal. En realidad «todo fluye», con una única excepción:

«El único contenido “sólido” que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. El único valor “simple” es el de la atemperación necesaria y el único contenido constitucional que no se presta a ser “integrado” en otros más comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional “combatiente” es el de la necesaria coexistencia de los contenidos. Pero —más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías— el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional» (17).

¿Qué podemos entender aquí? Que bajo el manto de los principios y valores constitucionales cabe todo menos el intento de eliminar precisamente esa posibilidad de concreciones o realizaciones totalmente diversas. Por mucho que se diga, por ejemplo, que el principio de justicia ha de presidir la labor legislativa o judicial, cualquier decisión legislativa o judicial podrá acogerse a la justicia, salvo la que pretenda eliminar para siempre, para el futuro, políticas distintas u opuestas. Bajo el pluralismo como supravalue caben todas las realizaciones de los valores o principios constitucionales que no excluyan el pluralismo, que no cierren las puertas a políticas alternativas en el futuro.

Así pues, si todo cabe bajo los principios constitucionales⁶, hemos resuelto magníficamente el problema de la concordancia entre opuestos: habrá opuestas políticas constitucionales de realización de los principios, pero como éstos no son nada fuera o al margen de esas políticas, tenemos que los principios en sí no se oponen, sino que se concilian bajo el «equi-

⁶ Téngase en cuenta que aquí estamos pensando en los principios o valores del tipo de «justicia», «solidaridad», «paz», «igualdad», etc. Se puede argumentar, sin duda, que no todo cabe bajo la Constitución, pues precisamente existen sistemas de garantías constitucionales para que, por ejemplo, ciertos derechos fundamentales no puedan ser violados. Cierto. Pero esto lo que muestra es que no cabe todo bajo el régimen constitucional de los derechos, pero sí bajo el régimen constitucional de la justicia y demás principios similares.

librio» o proporción que encuentren en la política legislativa de turno o en la sentencia judicial del momento. Por obra de los principios, la Constitución se hace fluida, casi diríamos gaseosa. La Constitución se abandona a la política constitucional, y en vez de resaltar que el límite frente a las políticas posibles viene dado por los derechos cuya intangibilidad o mínima garantía se asegura, se hace hincapié en que cualquiera de esas políticas constitucionales es plasmación de la Constitución por ser realización o concreción posible de los principios y valores que presiden la Constitución. Difícilmente el intento por dotar de objetividad a la Constitución podrá desembocar en una mayor disolución de la misma; nunca una exaltación de los valores constitucionales podrá llevar aparejada mayor libertad del legislador y los jueces: el resultado de su libertad es por definición la plasmación real de la Constitución. ¿Y al constitucionalista qué le queda? Hacer de su ciencia una rama de la filosofía moral. El constitucionalista se convierte en moralista: es aquel que se encarga de hacer apelaciones morales a la superioridad e irrenunciabilidad del pluralismo, por ejemplo. Verdad es que la Constitución, se dice, encierra valores y principios objetivos cuyo contenido podría el constitucionalista tratar de averiguar. Pero esa objetividad que se postula como apriorística, sólo *a posteriori* se determina: en las políticas constitucionales y no en labores exegéticas o hermenéuticas de ningún tipo.

2.2 Conflicto de fidelidades: justicia del caso y respeto al ordenamiento

Tradicionalmente, y aún hoy, el debate metodológico oscila entre los polos opuestos de la fidelidad a la letra de la ley, es decir, del tenor literal como límite de la interpretación posible, y la justicia del caso. Cualquiera de las opciones tiene inconvenientes que son bien conocidos. Pero la cuadratura del círculo se pretende cuando se afirma que ambas metas son posibles: que la ley es frontera irrebachable de la decisión legítima que no quiera suplantar al legislador constitucionalmente habilitado y democráticamente legitimado, pero que las exigencias de justicia presentes en el caso pueden justificar que en la decisión se salte la letra de la ley.

El dilema de toda interpretación y decisión jurídica lo plantea Zagrebelsky con toda claridad:

«... la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. En esta definición se pone de relieve el carácter “bipolar” de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir en un resultado satisfactorio para ambas. El intérprete no está al servicio exclusivo ni de la una ni de la otra, sino, en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra» (133).

Se trata de la «lucha... entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley» (133). Y aquí mismo se apunta el factor llamado a proporcionar la salida: los

principios constitucionalizados permiten hacer justicia al caso aunque sea a costa de la voluntad legal.

«También la ley —dice Zagrebelsky— viene sometida a los principios constitucionales» (133).

Tenemos, así, que a diferencia de lo que ocurría en el Estado de derecho decimonónico, en el cual «era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación», de modo que «operaba la máxima *dura lex sed lex*» (planteamiento que tilda Zagrebelsky como «la quintaesencia del positivismo acrítico»), hoy tenemos que:

«Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla» (134).

Resulta, pues, que la justicia del caso puede prevalecer sobre el tenor de la ley. Aquí Zagrebelsky mezcla planteamientos que conviene distinguir. Hace hincapié en que la voluntad de la ley generalmente no es unívoca y que los distintos métodos interpretativos pueden llevar a otorgar a la ley sentidos diferentes⁷. Esto como constatación de hecho es difícilmente discutible. Pero se imponen dos precisiones. Por un lado, lo que da sentido a una metodología jurídica normativa y no meramente descriptiva es el intento de proporcionar criterios o pautas para que el manejo de los distintos métodos interpretativos no sea puro subterfugio encubridor de la subjetividad del que decide, sino procedimiento que sirva para la averiguación del mejor sentido de la ley en el marco del problema de que se trate. Si sobre tal posibilidad se impone el escepticismo, lo único que cabe es hacer de la metodología disciplina puramente descriptiva de los recursos de los que quien decide se vale para encubrir bajo ropaje legal sus verdaderos motivos. Así lo entiende, por ejemplo, el realismo jurídico de Ross.

Hay otra salida, que es la que insinúa Zagrebelsky. Se trata de entender que la pluralidad de métodos sirve para mostrar precisamente la incerteza de la ley como pauta decisoria, pero que no por ello está el que decide abocado a un simple decisionismo, a la imposición de sus valoraciones subjetivas. Cabría de todos modos objetividad, dado que los principios constitucionales acuden en auxilio del intérprete o juez y le dan la clave decisoria. Pero aquí es donde viene a cuento la segunda precisión que mencionábamos. Ese planteamiento presupone que los principios son objetivos y que su contenido es también objetivamente determinable. Habría que creer que frente a la «indeterminación de la naturaleza del derecho legislativo» (135) se cuenta con la determinación objetiva de los principios. Y, efectivamente, Zagrebelsky razona como si los principios proporcionaran criterios objetivos y no fueran mero encubrimiento de la

⁷ Cfr. p. 135.

subjetividad del llamado a decidir⁸. El problema es el siguiente: ¿cómo se averigua ese sentido objetivo de expresiones de principio o valor (justicia, libertad, solidaridad...) cuya ambigüedad e inconcreción es aún mayor que la de la mayor parte de las leyes⁹? Si los distintos métodos interpretativos no sirven para hacer prevalecer un determinado sentido como el significado objetivo de la ley, ¿acaso habrá algún método capaz de dotar a los principios y valores constitucionales de un significado que no sea perfectamente arbitrario y subjetivo?

Zagrebelsky es consciente de que su planteamiento puede ser acusado de perjudicar la certeza del derecho y de abrir «el camino al arbitrio de los intérpretes» (144-145). Y en este punto da un paso atrás y se escuda en que de hecho las cosas son así:

«Aquí no se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación... Aquí se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento» (145).

Lo que choca es que el propio Zagrebelsky se niegue a asumir esa realidad que supuestamente se describe y que pretenda hacer ver que en verdad no es la subjetividad decisoria lo que impera sino la imposición efectiva del «sentido» que objetivamente corresponde a la justicia de cada caso, bajo la guía de los principios constitucionales¹⁰.

La aporía llega a su apogeo cuando vemos que Zagrebelsky dice que lo que hace inviable el sentido objetivo de la ley es el carácter pluralista de la sociedad, para añadir luego que es ese mismo pluralismo social el que conlleva que la ley deba prevalecer sobre el puro judicialismo. Veamos por separado cada una de esas dos partes, tan difícilmente conciliables:

a) En cuanto a lo primero, dice Zagrebelsky que en el Estado liberal de derecho el contexto político y cultural era homogéneo y las situaciones sociales mucho más estables que hoy, con lo cual.

⁸ «Es importante señalar que el “sentido” y el “valor” que resultan relevantes desde el punto de vista de la aplicación judicial tienen un significado objetivo, no subjetivo» (137).

⁹ El propio Zagrebelsky reconoce expresamente que cuando la ley se compone de expresiones «elásticas» o «abiertas», como las cláusulas generales, está abriendo la puerta a la decisión puramente casuística, *cfr.* 136.

¹⁰ Sirva como ejemplo el comentario que el propio Zagrebelsky realiza de la decisión del caso Serena (140 ss). Entiende que dicho caso habría sido mejor resuelto con la aplicación del principio constitucional de solidaridad y dice: «El principio constitucional de solidaridad permite al menos situar el comienzo de la discusión en el ámbito de un valor *objetivo* y sustraerla a la pura pasión subjetiva» (144. El subrayado es nuestro). Lo que ocurre es que de inmediato esa supuesta objetividad se diluye en muy poca cosa, pues añade: «Con todo, el principio aún no encierra la solución, siendo evidente la importancia que tienen en ella las valoraciones concretas: sobre todo, la comparación del bien general que se quiere alcanzar con la entidad del bien individual puesto en peligro: El derecho “por principios” muestra así con claridad su esencial dimensión concreta y la ineludible llamada que contiene a la prudencia de quien debe hacerlo vivir sin embalsamarlo o hacerlo absoluto como un fetiche» (*ibid.*). En suma; la solución parece consistir en el simple replanteamiento del dilema entre objetividad del principio y prudencia de su interpretación y aplicación. Si la objetividad del principio es sólo una objetividad «de principio», no hemos avanzado mucho frente a aquellos defectos que se imputaban a la ley.

«La interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador (...). El derecho podría permitirse ser esencialmente un derecho “por reglas”, por cuanto ya estaba resuelto el problema de los valores fundamentadores» (145).

En cambio, esa homogeneidad social que hace que la legislación se atenga coherentemente a principios homogéneos ha desaparecido en nuestro siglo.

«Así pues, la razón de la temida “explosión” subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos» (145). Y continúa: «La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad» (146).

Estamos, así, ante la paradoja: lo que hace que la ley no determine con certeza las decisiones es que se ha perdido la homogeneidad y coherencia de sus principios inspiradores; sin embargo, es el recurso a esos principios, que ya no son unívocos ni coherentes, lo que evita el puro subjetivismo decisionista. Lo que hace que la ley pierda objetividad como criterio decisorio parece que tiene que dar objetividad a la decisión judicial. Concede Zagrebelsky que se ha perdido, en ese marco, la posibilidad de la certeza del derecho, pero no se ve por qué insiste en que la constitucionalización de los principios ha de evitar que la decisión que los invoca sea subjetiva o se aproveche del carácter heterogéneo y contradictorio de los mismos; no se entiende por qué la decisión que se ampara en la justicia contra el tenor literal de la ley deja de ser decisión subjetiva por el hecho de que el valor o principio de justicia esté constitucionalizado como «valor superior» del ordenamiento o cosa semejante. Oigamos nuevamente a Zagrebelsky a este respecto:

«Por otra parte, si se tienen en cuenta algunos hechos —que hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en “nociones de contenido variable” y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica— se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio» (146).

Curiosa manera de salvar la integridad del derecho a costa de disolverlo. Si la justicia o cualquier otro principio «de contenido variable» puede justificar cualquier decisión, incluso *contra legem*, esto no lleva a Zagrebelsky a entender que el derecho se diluye en puro decisionismo, sino a sostener que es verdadera realización del derecho por la simple razón de que la justicia y los demás principios y valores están constitucionalizados y por el hecho, reseñado con anterioridad, de que toda inter-

pretación y decisión jurídica es por definición búsqueda de la justicia del caso concreto. Ciertamente es que de ese modo queda expedito el camino para el cambio y el dinamismo en la vida jurídica, pero el problema grave, a mi entender, es que, por lo mismo, esa vida jurídica habrá quedado privada de toda referencia firme y estable, dado que la pretendida objetividad de los principios y valores acaba diluyéndose en la variabilidad y pluralidad de sus significados posibles en una sociedad pluralista¹¹. Y nuevamente, como colofón, la síntesis de los contrarios:

«La fijeza, que es un aspecto de la certeza, ya no es, por tanto, una característica de los actuales sistemas jurídicos y el *déficit* de certeza que de ello deriva no podría remediarse con una teoría de la interpretación más adecuada. Si acaso —pero esto es otra cuestión—, debe pensarse en organizar esa tendencia a la transformación intrínseca al ordenamiento *para que no destruya otros valores como la igualdad jurídica, la previsibilidad, la imparcialidad y el carácter no arbitrario de la actuación administrativa y judicial*» (146. El subrayado es nuestro).

¿Acaso hay otra manera de conseguir este objetivo que no sea la de elevar a supraprincipio o valor supremo el principio de legalidad? ¿Acaso se puede garantizar la igualdad jurídica, la previsibilidad, etc., de otra forma que no sea haciendo prevalecer la justicia de la ley (dentro de los márgenes de su tenor literal, todo lo amplio que se quiera, pero márgenes o límites al fin) sobre la justicia del caso o sobre las coyunturales lecturas que cada juez haga de la justicia o de cualquier otro valor «de contenido variable»?

¹¹ Y de nuevo se hace de la necesidad virtud: «Por otra parte, no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable. La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas» (147). Si esto es así lo que nos preguntamos es por qué conservar la figura del legislador. Si la certeza no tiene por qué ser su objetivo y si sirve mejor a las necesidades de la vida jurídica legislando fórmulas vagas o generales que estén abiertas a que el juez las concrete del modo que más convenga a cada momento, tal vez sería mejor prescindir de esa figura intermedia del legislador y que las constituciones habilitaran directamente al juez para la casuística resolución de cada problema a la luz de principios tan genéricos como el de justicia. Pero, como veremos a continuación, Zagrebelsky no quiere prescindir del legislador ni caer en el judicialismo, debido a que es el legislador el depositario de la legitimidad democrática. ¿Entonces?

Tal vez a todo el planteamiento de Zagrebelsky subyace una cierta idealización del juez, por contraste con las limitaciones que al legislador le imputa. Veámoslo, a título de ejemplo, a la luz del párrafo siguiente, continuación inmediata del que se acaba de citar: «Y ello sin tener en cuenta que muchos de los nuevos interrogantes planteados al derecho por el progreso tecnológico (piénsese en la tecnología genética) quizás puedan encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, que en asambleas políticas, donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista» (147). Curioso maniqueísmo institucional: parece como si sólo el legislador, y no el juez, pudiera ser partidista y como si sólo en el procedimiento judicial cupiera la confrontación y ponderación «prudente» de los principios. Tal parece que tengan los jueces, todos y por definición, el monopolio de la prudencia. De la imagen decimonónica del legislador racional se pasa a la imagen, igualmente gratuita, del juez racional. Ciertamente esa imagen del legislador partidista era la que presidía las críticas al parlamentarismo en algunos autores bien conocidos de la Alemania de Weimar, aun cuando, por lo demás, Zagrebelsky no coincida con ellos en ninguna otra cosa.

Dice Zagrebelsky que la ausencia en las actuales sociedades pluralistas de «un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad» conlleva la falta de «un único y seguro “horizonte de expectativa” en orden a los resultados de las operaciones de interpretación», con lo que la incerteza es inevitable (146). Esto sin duda es cierto. Pero en esa realidad la doctrina tiene su parte de responsabilidad. Si esa situación se asume y se eleva un cántico a la justicia del caso, al cambio del derecho por vía judicial y a los principios que misteriosamente combinan la objetividad con el contenido variable, se da por bueno que la mejor expectativa es que no se predeterminen las expectativas. Se difunde una ideología que sirve al puro decisionismo judicialista, se disfrace como se disfrace. En cambio, habría una manera de replantear críticamente esa situación y propugnar la vuelta a una mínima expectativa común: propugnar la vigencia y operatividad del principio de legalidad, del imperio de la ley, de la vinculación (matizada, flexible, nunca puro automatismo, por causa de la vaguedad congénita del lenguaje ordinario en que el legislador se expresa) del juez al legislador. Y, al fin y al cabo, tal propuesta no envuelve un puro voluntarismo o una opción tan gratuita como cualquier otra: en el caso español, el artículo 117 de la Constitución dice que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley», y el 9.3 contiene algo más concreto que una enumeración de «valores superiores» como la del artículo 1, pues dice que «La Constitución garantiza el principio de legalidad (...), la seguridad jurídica (...) y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». La arbitrariedad del poder judicial existe no sólo cuando el juez consciente y deliberadamente decide a su libre arbitrio, sino también cuando cada juez puede amparar cualquier decisión al margen de la ley y en nombre de algún valor o principio de «contenido variable», sin que la ley sirva de pauta común y límite infranqueable. El juez que de buena fe cree estar realizando la justicia frente a la ley no es menos arbitrario que el que cínicamente impone frente a la ley «sus» principios. Si la justicia (y los demás valores y principios) tuvieran un contenido objetivo, preciso y preestablecido, no sería así. Pero ya sabemos, y volveremos sobre ello, que no es ese el caso tampoco para Zagrebelsky. Una vez que se abren las compuertas a la libertad decisoria, no servirá de mucho pedir que la justicia que se aplique responda a «una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente», actitud consistente en querer que la solución que se imponga sea la «razonable» (147). ¿Es acaso lo «razonable» algo más concreto o preciso, más objetivo, que lo justo o lo equitativo¹²?

b) Como anteriormente anticipábamos, el pluralismo sirve también a Zagrebelsky para justificar algo que parece bastante contradictorio con

¹² También la razonabilidad acaba disolviéndose en el pluralismo, en la pluralidad de visiones de lo razonable: «Se trata, pues –dice Zagrebelsky respecto de la razonabilidad– no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (una y otras a la vez, en la medida en que sea posible)» (147).

lo que acabamos de ver: la necesidad de la ley y de su superioridad frente al juez. Merece la pena escucharlo por extenso:

«Aunque la vieja concepción de la ley como instrumento de autogobierno popular haya caído en descrédito bajo los embates de la crítica realista, sigue siendo verdad que en democracia esta concepción es menos infundada e ilusoria que en cualquier otro régimen. Por ello, en tanto que expresión de derechos democráticos, a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma, con independencia de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de los preceptos constitucionales. La ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva, aun cuando puede deslegitimarse por contradecir la Constitución. En otras palabras, la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga» (151).

Una lectura apresurada de lo anterior podría llevar ya a preguntar de qué otro modo puede prevalecer la ley si no es como determinación de la decisión del juez y de los demás poderes públicos. Pero cabría responder que esa prevalencia opera en tanto que la ley no contradiga la Constitución, que esa contradicción puede darse también respecto de los valores y principios constitucionalizados y que es el juez el guardián de éstos frente a los embates del legislador. Esto sería lo específico del «constitucionalismo» frente al «legalismo», según Zagrebelsky¹³. En el primero la legislación está envuelta en «una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales¹⁴», de modo que los jueces «se sentirán autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado» sobre todas las decisiones del legislador y en todos sus aspectos (151).

Ahora bien, sorprendentemente Zagrebelsky afirma ahora que el hecho de que los principios y valores constitucionales sean heterogéneos y abiertos opera como argumento en favor de la primacía de su concreción por el legislador¹⁵. Y si esa primacía es tal, mal podrá el juez enmendar la lectura legislativa de los mismos, con lo que no se justificaría la decisión *contra legem* amparada en los principios y valores constitucio-

¹³ Puntualiza que constituciones como la alemana o la española «pueden proporcionar argumentos para la tesis del “constitucionalismo”» (151). En el caso de la española tal ocurriría en virtud de la proclamación de los «valores superiores» en el artículo 1.

¹⁴ Creo que uno de los problemas que hacen equívocas las afirmaciones de Zagrebelsky es la tendencia a no distinguir entre jueces ordinarios y tribunales constitucionales, pues mucho de lo que podría asumirse en cuanto a la labor «de cierre» de éstos resulta más discutible, tanto en el plano teórico como en el propiamente técnico-jurídico, respecto de los primeros.

¹⁵ «El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga, *el pluralismo*, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo «holístico» de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia» (152. El subrayado es nuestro).

nales. En suma, lo contrario de lo que se venía diciendo hasta aquí. Más aún, afirma Zagrebelsky que

«se justifican así todas las reservas ante los diversos intentos puestos en marcha para desplazar la línea de confín de esta relación (entre legislación y jurisdicción) en favor de la jurisdicción y negar a la ley el valor que le pertenece en cuanto tal» (152).

Y como ejemplo de lo peligroso y desenfocado de derivar directamente de los principios constitucionales «reglas aplicables en sede judicial como alternativa, precisamente, a las establecidas por el legislador», menciona los intentos de «el llamado uso alternativo del derecho» (152).

Ahora, en la página final del libro, Zagrebelsky concede que la creación judicial de reglas jurídicas

«puede resultar necesaria para satisfacer en el caso concreto pretensiones fundadas en derechos reconocidos por normas constitucionales de principio, *cuan- do falten reglas legislativas acordes con tales principios. En ausencia de leyes* excluir la posibilidad de esa integración judicial del ordenamiento tendría como consecuencia el vaciamiento de derechos reconocidos en la Constitución» (152-153. El subrayado es nuestro).

¿Pero acaso discutiría esto alguno de los positivistas «legalistas» tan denostados por Zagrebelsky? La prevalencia de la ley es incompatible con la decisión *contra legem*, pero no con la aplicación directa de la Constitución en defecto de ley. Téngase en cuenta, además, otro sutil matiz. Si lo que los jueces pueden aplicar directamente son los principios constitucionales que otorgan derechos, ya no estamos hablando de genéricos principios o valores como la justicia o la solidaridad, sino de «principios» con un grado de concreción bastante mayor¹⁶.

Y aún da Zagrebelsky otra vuelta de tuerca tras este sorprendente giro favorable al legislador frente al juez:

«Las reservas más fundadas hacen referencia... al peligro de que el cuadro de principios constitucionales venga cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador¹⁷» (153).

¹⁶ En el sentido, por ejemplo, en el que Alexy entiende que son principios, y no reglas, la inmensa mayoría de las disposiciones constitucionales que confieren y protegen derechos fundamentales.

¹⁷ No parece que se gane ni en coherencia ni en precisión con el matiz siguiente: «Tal peligro no existe –añade Zagrebelsky inmediatamente al párrafo que se acaba de citar– cuando la derivación de la regla la hacen los jueces ordinarios, cuya jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades constitucionales. El peligro existe, en cambio, cuando es la Corte Constitucional la que impone la regla, presentándola como algo exigido por la Constitución». A parte de que esta distinción entre jueces ordinarios y Tribunal Constitucional debería haber estado más presente a lo largo del libro, como ya se ha señalado, parece evidente también que no es el legislador el que ha de estar al tanto de los excesos judiciales, sino el propio poder judicial en sus diversas instancias y el propio Tribunal Constitucional (a instancia de los correspondientes recursos) en la medida en que la actuación judicial pueda leerse como vulneradora de derechos fundamentales.

Anteriormente insistió nuestro autor en que el legislador ya no es el señor del derecho¹⁸; ahora dice que

«los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el siglo pasado» (153).

¿Habrá que concluir que el derecho ya no tiene señor? Difícil asunto, pues entonces estaría a merced de muchos, y no todos están igualmente legitimados, por obra justamente de los valores y principios constitucionales (soberanía popular...). Y nuevamente ganamos bien poco con la poco comprometida vía media en la que los contrarios se sintetizan: los jueces

«son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia» (153).

3. ORDEN OBJETIVO, PERO INDETERMINADO (O DE LA IMPORTANCIA DEL SER QUE NO PUEDE CONOCERSE)

En este punto se trata del problema que ya se ha anticipado repetidamente en las páginas anteriores: la evanescente objetividad de los principios.

Bajo las actuales constituciones «principalistas» el derecho ya no es mero producto de las voluntades que no tiene más límite que la necesidad de conciliar arbitrios bajo una ley general, al modo kantiano, sino

«el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguarda de intereses materiales no disponibles. Es un *orden objetivo* previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades» (94. El subrayado es nuestro).

Desde las constituciones, por tanto, se delimita

«un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal» (94. El subrayado es nuestro).

Hay pues,

«un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes» (95).

¹⁸ Cfr. p. 114.

No cabe duda de que las constituciones por el hecho de otorgar y garantizar derechos no se someten a la libre voluntad de los titulares de los mismos, pues esto sería tanto como entender que proponen su autodisolución en aras de la absolutización de los derechos frente a la propia Constitución que los confiere. En ese sentido, toda Constitución, y no sólo la que invoca principios de justicia, como parece entender Zagrebelsky, estaría «por encima de las voluntades individuales y de la voluntad de la mayoría». Si la mayoría se impone frente a los derechos reconocidos por la propia Constitución, ésta habrá muerto, ya sea por la vía de la reforma –si cabe en ese tema la reforma de la Constitución de que se trate– o por la vía de hecho. Ningún reconocimiento de derechos equivale a la consagración del imperio de un derecho de la libre voluntad incluso frente a los derechos constitucionalmente reconocidos.

Así pues, toda Constitución operativa¹⁹ delimita un orden objetivo. Pero tal orden puede entenderse de dos maneras: o bien en clave procedimental, como establecimiento de las reglas del juego cuyo respeto debe presidir el ejercicio de los derechos, su interrelación, la formación de la voluntad política, etc.; o bien en clave material, como prefiguración de un orden objetivo de justicia que se impone como límite irrebasable para cualquier voluntad jurídica y especialmente la del legislador. En el primer sentido la Constitución es un marco o campo de juego, con sus reglas pero con libertad de jugada dentro del respeto a las mismas y donde nadie es al mismo tiempo jugador y árbitro. En el segundo sentido la Constitución es programa a realizar, prefiguración de un modelo que a unos les obliga –el legislador– y a otros les convierte en árbitros o controladores de la fidelidad al guión, censores de las desviaciones del camino marcado y perfectamente señalado en el contenido material de los principios –los jueces.

El segundo modelo, que parece el preferido por Zagrebelsky y el que supuestamente se correspondería mejor con la mayoría de las constituciones actuales del tipo de la española, se topa, sin embargo, con un agudo problema: el grado de certeza y objetividad con que ese contenido de justicia se halla constitucionalmente prefijado o puede conocerse. Si esa certeza y objetividad no existen o no están definidos unívocamente en el propio texto constitucional, visibles con la misma claridad para el legislador y para los jueces, tendremos que tales principios de justicia no serán más que aquello que de ellos haga el controlador –el juez o tribunal– de turno. Si los principios no son nada antes de su concreción, la pregunta que surge es por qué ha de predominar su concreción en la mente del juez frente a su concreción en la obra y los propósitos del legislador. ¿Queremos decir con esto que la alternativa es hacer al legislador incontrolable frente a cualquier instancia judicial? No; simplemente que ese control

¹⁹ Toda Constitución que verdaderamente lo sea, en el sentido de Ignacio de Otto, es decir, que tenga su superioridad jerárquica garantizada. Cfr. De Otto, I. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2.^a ed., 1988, pp. 13 ss.

—que según la concreta articulación de cada ordenamiento realizarán los jueces ordinarios, la corte constitucional o ambos— habrá de hacerse en nombre de la protección de los derechos y los procedimientos constitucionalmente establecidos —las reglas del juego—, no en nombre de la justicia o sus equivalentes de principio. ¿Por qué? Porque si la justicia no se concreta más que en su mera mención como valor, si el pretendido orden material no posee más objetividad discernible que ésa, entonces cualquier cosa que el legislador haga es susceptible de revisión judicial en nombre de principios de tan variable contenido posible. ¿No sería mejor decir que la única justicia visible que el legislador constituyente instaura es precisamente la del cuerpo de derechos que asegura bajo garantías ciertas?

Pero volvamos con el asunto de la objetividad de los principios. Para Zagrebelsky, la justicia constitucionalizada va más allá de los derechos, pues impone deberes al margen de éstos, deberes que no son el mero resultado de la obligación de cada cual que corresponde a todo derecho de otro. Hay «un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes» (95). La justicia, pues, es algo más que un término vacío de contenido, es la objetividad de una idea. Ahora bien, no podrá tratarse de la objetividad que cualquier idea de lo justo alcanza por el hecho de que alguien la sustente, sino de un contenido de justicia preestablecido y que sirva, precisamente, para dirimir entre contrapuestas visiones de la justicia. De lo contrario no habremos avanzado nada, pues habría tantas ideas objetivas de justicia como subjetivas visiones de lo justo.

¿De dónde vendría la idea objetiva de justicia que en la Constitución se expresa? Del legislador constituyente:

«La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el derecho» (97).

Nuevamente la alquimia que concilia lo diverso en la objetividad de lo uniforme. Cada parte o grupo introduce sus principios (también podríamos decir su modo de entender cada principio); el que los principios sean plurales y heterogéneos, tanto en su número como en el entendimiento de cada cual, asegura que la Constitución no es imposición unilateral de un grupo y «amplía sus fundamentos consensuales» (97). Y sin embargo, de esa pluralidad y heterogeneidad nace un contenido material de justicia. ¿No sería más práctico y coherente entender que lo que desde el pluralismo se constitucionaliza son las reglas procedimentales (y los derechos como partes de ellas) que remiten precisamente al juego libre y plural (democrático) la fijación de lo que en cada momento haya de imperar jurídicamente como justo? Pero parece que Zagrebelsky rechaza esa visión²⁰.

²⁰ «La proclamación constitucional de los principios de justicia asume implícitamente, como premisa, que la suma de las pretensiones de los particulares tuteladas por el derecho, en las que se sustancian los derechos individuales, no produce por sí misma un orden o, por lo menos, un orden aceptable. La idea del “orden espontáneo” esto es, del orden que se forma sin

Los principios constitucionales no son derecho natural, según Zagrebelsky, puesto que se hallan positivados en el texto de la Constitución y son obra del legislador constituyente. Pero su objetividad no es menor y su función, la misma²¹.

«En presencia de los principios –dice nuestro autor– la realidad expresa valores y el derecho funciona *como si* rigiese un derecho natural» (119).

Y aquí nos atreveríamos a decir: si es así, frente a los principios caben las mismas críticas que Kelsen, por ejemplo, dirige al derecho natural como mera tapadera de pretensiones de poder y vía para la justificación de los más diversos modelos de orden.

En efecto, y volviendo al núcleo de la pregunta, ¿cuál es la objetividad de los principios? Tres indicaciones bastarán para comprobar en qué poca cosa se queda esa objetividad en nuestro autor: el contenido de los principios depende del contexto, los principios son plurales y no están jerarquizados y son nociones «de contenido variable». Veámoslo brevemente. En primer lugar, dice Zagrebelsky que

«el contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte» (124).

Hasta ahí no habría problema si pensamos que dentro de ese contexto cultural su sentido es unívoco. Pero no es ese el caso, pues a renglón seguido añade que

«tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc., pero el contenido de estos conceptos, es decir, su “concepción”, es

otras reglas que las exclusivamente procedimentales y a partir de la voluntad de los particulares orientada a la consecución de sus intereses y protegida por el derecho, es una idea extraña a las constituciones del siglo XX» (98). A la vista de este párrafo nos preguntamos si no está su autor confundiendo «orden espontáneo» con orden resultante del libre ejercicio de las voluntades bajo reglas que imponen límites concretos, en la forma de *derechos* constitucionalmente protegidos. Que los primeros derechos constitucionalizados estuvieran al servicio de la «mano invisible» y del orden espontáneo del mercado no tiene por qué ser razón para condenar a todos los derechos ulteriormente constitucionalizados como cómplices de una voluntad irrestricta que campa por sus fueros. ¿Acaso no es posible, desde los mismos derechos que, por ejemplo, nuestra Constitución establece, la construcción de un orden que vaya bastante más allá, en cuanto a contenidos «sociales», del puro liberalismo economicista? ¿Y acaso no cabría, por el contrario, acudir a la interpretación del principio constitucional de justicia para avalar planteamientos de esos que hoy se llaman «libertarios», en la línea de Nozick o Hayek? Si a esto último respondemos negativamente aduciendo que hay derechos constitucionalmente sancionados que excluyen tal exceso, habremos dado el paso que precisamente pretendo resaltar: el verdadero límite a los modelos posibles de «sociedad justa» está dado por los derechos, no por el principio de justicia en sí mismo. Ciertamente, Zagrebelsky habla de «derechos de justicia» para designar ciertos derechos constitucionales de nuevo cuño (salud, medio ambiente, paz, derechos de las generaciones futuras, etc.) (*cfr.* p. 103). Pero no se queda en tales derechos, sino en la idea objetiva de justicia que a su través se expresa o cristaliza: frente a los «aspectos más agresivos» de los derechos como «señorío de la voluntad» de un ser humano cuya naturaleza no es precisamente santa, actúan como «defensa» los «principios objetivos de justicia» (106).

²¹ *Cfr.* p. 116.

objeto de inagotables discusiones. Las concepciones ejercen su influencia sobre cada aplicación de los principios, porque las declaraciones constitucionales al respecto no son más que esbozos cuyo alcance concreto se mueve en el sentido de la evolución de las ideas» (124).

¿Cabe mayor disolución de la pretendida objetividad de los principios?

En segundo lugar, tenemos que

«la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación» (125).

Aquí apela Zagrebelsky a la idea de «optimización» de Alexy. Pero si el ponderar es cuestión de prudencia y no de reglas o criterios preestablecidos, la proporción que en cada caso se establezca será la que marque la balanza de la sensibilidad del juez, por mucho que se quiera razonabilidad objetiva. Los principios en sí mismos no pesan, no tienen un peso «objetivo», sino que reciben su magnitud respectiva de la conciencia del que en su mente los sopesa. La tan manida ponderación no puede ser más que subjetiva tasación.

Y, en tercer lugar, y como ya sabemos, los principios «consisten fundamentalmente en “nociones de contenido variable”» (146).

En resumidas cuentas, si ésa es toda la objetividad que los principios poseen como instrumento con que el juez cuenta para fiscalizar la fidelidad de la ley al orden constitucional «objetivo», habrá que concluir que constituyen un magnífico expediente para que en su nombre los jueces impongan como «constitucional» el modelo de orden que más les guste. Afortunadamente, hoy por hoy, los peligros de tal cambio de «paradigma» se apuntan en el horizonte pero no se han hecho aún plenamente reales. De la doctrina constitucional y jurídica en general dependerá en buena medida el que el derecho de los derechos no muera a manos de sus «justicieros».

El no positivismo principialista en *Il diritto mite* de Gustavo Zagrebelsky

Por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA
Universidad de Castilla-La Mancha

0. INTRODUCCIÓN

Hace unos años Bobbio¹ constataba que la cuestión de los principios se estaba «convirtiendo en un capítulo fundamental de la teoría general del derecho». Hoy en día esta tendencia se ha consolidado y el debate en torno a los principios en el derecho representa una cuestión central en el panorama iusfilosófico actual. Parece obvio que los principios deben en buena parte su «nueva edad de oro»² a las dificultades que origina su acomodo en el derecho bajo un planteamiento positivista. En este sentido, la simultaneidad del auge experimentado por el no positivismo jurídico y los principios obedece a algo más que la mera casualidad.

Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky³ (singularmente en su capítulo sexto) parece adherirse, desde el derecho constitucional, a una doctrina que se caracteriza por dos notas fundamentales: la censura del positivismo jurídico y el recurso a los principios como instrumento de tal crítica. Denominaré a esta teoría *no positivismo principialista*. Cabría sintetizar en los términos siguientes la tesis fundamental de esta doctrina: si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concep-

¹ BOBBIO, 1982, p. 889.

² PRIETO SANCHÍS, 1992, p. 17. *Vide* también la recensión a esta obra por SASTRE ARIZA, 1993.

³ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite* (en lo sucesivo IDM), Einaudi, Turín, 1992. Recientemente ha aparecido su traducción al español a cargo de MARINA GASCÓN ABELLÁN: *El derecho dúctil* (en lo sucesivo EDD), Trotta, Madrid, 1995, *Vide* especialmente el cap. VI.

ción positivista del derecho. No sería nada aventurado afirmar que hoy en día los dos máximos defensores de esta idea son Ronald Dworkin en la cultura jurídica angloamericana y Robert Alexy en la continental. Las tesis de ambos autores figuran en el arsenal teórico de que se sirve Zagrebelsky en *Il diritto mite* en su ataque al positivismo.

Dos palabras sobre la denominación propuesta: en primer lugar, hablo de *no positivismo* principialista y no de *iusnaturalismo* principialista, porque la contraposición positivismo-no positivismo es más funcional por analítica, esto es, permite dar cobertura a los teóricos no positivistas no iusnaturalistas. El caso más llamativo probablemente sea el de Dworkin, quien es explícitamente antipositivista, sin recurrir (al menos abiertamente) a una «caja de caudales trascendental»; aunque quizá constituya un caso más extremo el de Soper⁴, quien armoniza la crítica al positivismo con un cierto relativismo en materia ética. Por positivismo jurídico entenderé aquí aquella teoría que sostiene la ausencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral (positivismo jurídico como método) y por no positivismo la que se basa sobre la tesis contraria, es decir, la existencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral.

En segundo lugar, la calificación *principialista* obedece a la centralidad del recurso a los principios para explicar las insuficiencias del modelo positivista del derecho. Centralidad, empero, no significa exclusividad. Los autores referidos se han servido de otros argumentos contra el positivismo jurídico (por ejemplo, el argumento radbruchiano de la injusticia extrema en Alexy⁵) o incluso han llegado a prescindir del argumento de los principios en ciertas fases de sus obras (como ha sido el caso en Dworkin).

La tesis fundamental del no positivismo principialista puede adoptar formulaciones diversas. Así, Alexy⁶ afirma moderadamente que «la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral»; Dworkin opina que los positivistas, al ignorar la existencia de principios en el derecho y reducirlo a un conjunto de reglas, «tratan al derecho como si fuera béisbol»⁷ y concluye más tarde que «si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asuma la forma de una regla maestra»⁸; por su parte, Zagrebelsky⁹ advierte que «no sería posible pensar en una “recuperación” positivista de la temática de los principios, pasando de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios».

⁴ Vide SOPER, 1993.

⁵ ALEXY, 1993b; 1994, p. 53.

⁶ ALEXY, 1988, p. 144.

⁷ DWORKIN, 1984, p. 93.

⁸ DWORKIN, 1984, p. 99. Cuando Dworkin habla de «regla maestra» se refiere a criterios del estilo de la regla de reconocimiento hartiana para identificar el derecho.

⁹ EDD, p. 118; IDM, p. 161. Más tarde añade: «hoy sería imposible (...) un “positivismo de los principios”» (EDD, p. 124; IDM, p. 169).

Este estudio parte de la convicción de que esta tesis, en sus diferentes manifestaciones, no es correcta. A mi juicio, el papel de los principios es mucho más modesto del que aparentemente desempeñan incluso entre sus propios valedores y pueden en todo caso ser contemplados y explicados bajo una perspectiva positivista.

Una justificación adecuada de ambas afirmaciones requeriría un examen que excedería ampliamente el espacio disponible. Quede constancia de la importancia que reviste el esclarecimiento de la relevancia real de los principios en el no positivismo principialista como paso previo a una explicación en clave positivista de los principios en el derecho. Un análisis tal debería responder al menos a las tres cuestiones siguientes:

1) ¿Tienen los principios realmente la importancia que aparentan en estas teorías? Este trabajo parte de la plausibilidad de una respuesta negativa. Una crítica interna a las teorías de Dworkin y Alexy demuestra que estas teorías resultan a veces incoherentes con el argumento de los principios y otras lo justifican de manera insatisfactoria desde sus propios presupuestos, por no hablar de cuando lo ignoran abiertamente. Me referiré a estos extremos muy brevemente en el apartado 1.

2) ¿Aportan alguna novedad al planteamiento de la polémica entre positivismo y no positivismo o, por el contrario, más bien traducen y aglutinan, bajo una rúbrica distinta, cuestiones como, por ejemplo, la de la discreción judicial, el razonamiento jurídico o las repercusiones del constitucionalismo en el positivismo jurídico? Este estudio parte de una matizada inclinación por la segunda alternativa. Creo que es posible interpretar en este sentido las siguientes palabras de Juan Ramón de Páramo: «la conocida distinción entre reglas y principios se puede reducir a diferentes prácticas interpretativas-aplicativas que, a su vez, presuponen una teoría del razonamiento jurídico como tipo especial del razonamiento práctico»¹⁰.

3) ¿A qué responde el éxito del no positivismo principialista en el panorama iusfilosófico actual? La respuesta a esta pregunta constituye lo que podríamos denominar el «contexto de descubrimiento del no positivismo principialista». En el apartado 2 se ofrecerán algunas de las posibles motivaciones del auge del no positivismo principialista, tomando como referencia la obra de Zagrebelsky.

1. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS PARA EL NO POSITIVISMO

Como he señalado anteriormente, los máximos representantes del actual no positivismo principialista son R. Dworkin¹¹ en la filosofía del

¹⁰ PÁRAMO, 1988, p. 108; en el mismo sentido, *vide* STROLZ, 1991, p. 67.

¹¹ DWORKIN, 1984, caps. 2 y 3.

derecho angloamericano y R. Alexy¹² en la continental. Sus ideas acerca de los principios han generado intensos debates¹³. Desde luego, no se trata de una cuestión nueva, pero quizá sí de una nueva manera de plantearla, que tiene sus precedentes en Pound¹⁴, Esser¹⁵ o Del Vecchio¹⁶.

Tradicionalmente algunos autores habían insistido en distinguir a los principios por un cúmulo de rasgos tales como su elevado grado de generalidad o de vaguedad, su fundamentalidad, su alta jerarquía, su vinculación a la «idea del derecho», etc. Este tipo de caracterizaciones solía impulsar una distinción gradual entre principios y reglas: los principios serían más generales que las reglas, pero las reglas también podrían ser generales; los principios podrían ser más vagos que las reglas, pero también las reglas serían vagas, y así sucesivamente. Frente a este planteamiento, primero Dworkin y más tarde Alexy, siguiendo y superando los planteamientos del autor norteamericano, insisten en que entre principios y reglas existe una diferencia genuinamente cualitativa y no meramente de grado.

Se configuran de esta manera tres posiciones básicas en torno a la distinción entre reglas y principios: la tesis débil de la separación de reglas y principios (*schwache Trennungsthese*), la tesis fuerte de la separación (*strenge Trennungsthese*) y, finalmente, la tesis de la conformidad (*Übereinstimmungsthese*)¹⁷. La tesis débil de la separación afirma que entre reglas y principios existen diferencias, pero de carácter meramente gradual. La tesis fuerte de la separación sostiene que hay una distinción cualitativa, una diferencia «lógica»¹⁸, y no sólo de carácter gradual. Finalmente, según la tesis de la conformidad, no cabe establecer diferencias relevantes en ningún sentido.

La asunción de la tesis fuerte de la separación constituye un *prius* lógico del no positivismo principialista. Si se pretende criticar al positivismo sobre la base de la particular estructura de los principios, debe mantenerse que existe algún rasgo que especifique a los principios respecto de las reglas de manera cualitativa. Por esta razón, la primera

¹² Vide ALEXY, 1979; 1985; 1988; 1993a, cap. 3.º; 1994 pp. 73 ss.

¹³ Además de las obras de ALEXY y DWORKIN citadas, *vide*, entre otras: ATIENZA/RUIZ MANERO, 1991, 1992, 1993; BAYÓN, 1991, pp. 321 ss.; CARRIÓ, 1990, cap. IV; GUASTINI, 1992b cap. XII; MACCORMICK, 1978 caps. VII y IX; NINO, 1993; PECZENIK, 1992; PRIETO SANCHÍS, 1992, 1993a, 1993b; RAZ, 1984; SIECKMANN, 1990.

¹⁴ Vide POUND, 1994. COTTERRELL ha destacado la influencia de POUND sobre la obra de DWORKIN, a pesar de las pocas referencias que la obra de éste prodiga a la de aquél, y ha analizado conjuntamente las tesis de ambos autores. Esta influencia se hace evidente en el común rechazo del modelo de reglas por parte de los dos autores norteamericanos. Por el contrario, la principal divergencia en este aspecto quizá resida en la diversa orientación que dan estos autores a la crítica del modelo de reglas: la centralidad de los *intereses* en la teoría de POUND se ve desplazada en DWORKIN por la de *derechos* (*vide* COTTERRELL, 1989, cap. 6, especialmente pp. 166 ss.).

¹⁵ Vide ESSER, 1961.

¹⁶ Vide VECCHIO, 1948.

¹⁷ ALEXY, 1979, pp. 64-65; ALEXY, 1993a, pp. 85-86; SIECKMANN, 1990, p. 53.

¹⁸ DWORKIN, 1984, pp. 74-75.

respuesta que podría ofrecer el positivismo al no positivismo principialista podría consistir en la falsación de la tesis fuerte de la separación. En este estudio no se intentará esta vía, que exige un espacio muy superior al disponible.

Sí me referiré muy brevemente a algunos indicios para una crítica interna al no positivismo jurídico, destacando la falta de armonía y peso real del argumento de los principios en las propias teorías defensoras del no positivismo principialista.

Todo parece indicar que Dworkin trata los principios como un instrumento más retórico que propiamente justificatorio. Esta afirmación se apoya sobre los siguientes indicios: 1) desarrolla un análisis insuficiente de los principios en relación con la relevancia de éstos en su teoría¹⁹; 2) caracteriza los principios de una manera equívoca, según criterios formales y materiales simultáneamente²⁰; 3) presta una atención desigual al argumento de los principios²¹ (éste goza de protagonismo en parte de *Los derechos en serio*, pero es ignorado en *El imperio de la justicia*²²); 4) Liga los principios a ciertos derechos individuales e introduce la categoría de las *policies*, siendo ambas operaciones innecesarias²³.

Sobre la relevancia del argumento de los principios en Alexy cabe destacar las siguientes circunstancias: 1) el alcance del argumento de los principios contra el positivismo jurídico es muy restringido por dos razones: *a)* el argumento sólo es válido desde el punto de vista del participante, no del observador, y *b)* tiene una eficacia cualificante, no clasificante²⁴; 2) toda la virtualidad del argumento de los principios en Alexy descansa sobre la plausibilidad de la «tesis de la corrección»²⁵. Si no se considera que todo acto de habla normativo incorpora una pretensión de corrección (*Anspruch auf Richtigkeit*)²⁶ a partir de una fundamentación

¹⁹ En este aspecto ha insistido PÉREZ LUÑO, 1993a, p. 139. Este artículo aparece también, bajo el epígrafe «Itinerarios doctrinales de las fuentes del derecho», en PÉREZ LUÑO, 1993b, pp. 13-67.

²⁰ Sobre este aspecto insiste NINO, 1985 p. 154, quien ha puesto de manifiesto la ineficacia de críticas como las de CARRIÓ, 1981, pp. 39-40; RAZ, 1984, pp. 73-87, o HART, 1980, pp. 7-8, por intentar la compatibilización con el modelo positivista del derecho de los principios dworkinianos, estipulativamente incompatibles con la regla de reconocimiento hartiana.

²¹ Vide, p. ej., COTTERRELL, 1989, p. 173; RAZ, 1984, pp. 81-82; PINTORE, 1982, p. 5; PINTORE, 1990, pp. 147-148.

²² DWORKIN, 1992.

²³ Ésta es una crítica de ALEXY, 1993a, p. 111. Debo llamar la atención del lector sobre lo que, sin duda, es una errata en esa misma página: donde dice «Las normas que se refieren a derechos *individuales* las llama (Dworkin) «policies», debe decir: «Las normas que se refieren a derechos *colectivos* las llama «policies» (las cursivas me pertenecen). En contra de esta crítica ATIENZA, 1994, pp. 245-246.

²⁴ ALEXY, 1994, p. 74. Que el argumento de los principios tiene sólo eficacia cualificante y no clasificante significa que la no adecuación del derecho a los requisitos del argumento de los principios no priva de juridicidad al derecho, sino que le afecta sólo en grado. En otras palabras, el argumento tiene una eficacia deontológica y no ontológica.

²⁵ ALEXY, 1994, p. 85.

²⁶ Vide las diversas pretensiones de validez de los actos de habla: HABERMAS, 1972, pp. 121 ss.

pragmático-universal²⁷ o pragmático-trascendental²⁸, entonces el argumento de los principios se derrumba²⁹.

2. DOS CIRCUNSTANCIAS FAVORECEDORAS DEL NO POSITIVISMO PRINCIPIALISTA: EL CONSTITUCIONALISMO Y UN POSITIVISMO DEFORMADO

Bajo el presupuesto de que los principios en Dworkin y en Alexy, en el propio corazón del no positivismo principialista actual, no son tan relevantes como pudiera parecer a primera vista, cabe preguntarse por qué, a pesar de todo, el no positivismo principialista ha gozado de tanta fortuna. A continuación expondré algunas de las posibles razones explicativas de esta situación. Para ello tomaré como referencia algunas de las ideas vertidas por Zagrebelsky en *El derecho dúctil*, si bien no con carácter exclusivo. En lo que sigue señalaré, desde luego desprovisto de ánimo exhaustivo, como circunstancias favorecedoras del no positivismo principialista: el constitucionalismo y la inadecuada descripción del positivismo jurídico.

2.1 El tránsito del Estado de derecho liberal al Estado de derecho constitucional

Según Guastini³⁰, el sintagma «Estado de derecho» tiene tres significados fundamentales: 1) es Estado de derecho aquel que garantiza ciertos derechos individuales frente al Estado (función garantista del Estado de derecho); 2) es también aquel en el que el poder político del Estado se encuentra limitado por el derecho. Los medios utilizados en orden a tal control han sido diversos: la fragmentación del poder, la creación de contrapoderes o la sumisión del poder a reglas y a controles jurisdiccionales. Este último instrumento de limitación del poder constituye la esencia del principio de legalidad, el cual, a su vez, determina el tercer significado de Estado de derecho: 3) es Estado de derecho aquel en el que todo ejercicio de poder político se halla sujeto al principio de legalidad.

²⁷ Vide HABERMAS, 1976.

²⁸ Vide sobre la teoría de K.O. APPEL, CORTINA, 1985.

²⁹ Éste, como otros elementos fundamentales del planteamiento general de la obra de ALEXY, ha generado un debate muy extenso, imposible de mostrar siquiera en síntesis. Tan sólo apuntaré que, curiosamente, su obra ha sido criticada desde las posiciones más encontradas, como el cognoscitivismo y el escepticismo o el relativismo éticos. Ejemplo de lo primero son: AMATO MANGIAMELI, 1994; RENNTO, 1991. Por otro lado, uno de los críticos más destacados desde el no cognoscitivismo ético ha sido OTA WEINBERGER: WEINBERGER, 1981; 1983; 1993.

³⁰ GUASTINI, 1992a, pp. 170-177. El profesor GUASTINI ha tratado esta problemática en otras sedes: GUASTINI, 1990 y GUASTINI, 1992b, cap. XVI. Con posterioridad se ha referido a esta cuestión en GUASTINI, 1993, pp. 249-250.

Guastini³¹ distingue dos sentidos básicos de principio de legalidad: en sentido débil («legalidad formal»), el derecho se limita a otorgar competencias a ciertos órganos y a trazar a lo sumo procedimientos que encaucen la actividad normativa de dichos órganos. En sentido fuerte («legalidad material»), el principio de legalidad no sólo confiere competencias y marca procedimientos, sino que determina límites materiales a la actividad normativa del poder político. En este caso se controla el contenido de las normas promulgadas. Esta doble vertiente del principio de legalidad determina dos tipos de Estado de derecho: el Estado de derecho en sentido débil y el Estado de derecho en sentido fuerte, dependiendo del sentido en que rija el principio de legalidad en su caso. El principio de legalidad en sentido fuerte puede tener una extensión variable. En este punto Guastini diferencia el «Estado de derecho sin ulteriores especificaciones» del «Estado de derecho constitucional». En el primero, el principio de legalidad material no afecta al poder legislativo, que es, en consecuencia, omnipotente; en el segundo, el principio de legalidad material se extiende también sobre el legislativo³².

En definitiva, la diferencia fundamental entre el Estado de derecho sin más y el Estado de derecho constitucional reside en que en éste el poder legislativo se encuentra vinculado por normas que restringen materialmente su actividad normativa. El constitucionalismo es la doctrina que sirve de base al Estado de derecho constitucional.

A partir de estas precisiones, podría decirse que el paso de un «Estado de derecho sin ulteriores consideraciones» a un «Estado de derecho constitucional» favorece el desarrollo de un no positivismo principialista por dos razones fundamentales:

2.1.1 *Constitucionalismo y no positivismo*

El constitucionalismo favorece el *no positivismo* porque, si existe un límite material al poder normativo del legislador, tal límite debe provenir de alguna instancia que le sea ajena. Dicho en otros términos, la palabra derecho debe contener algún excedente respecto de la mera voluntad del legislador si la expresión «Estado de derecho» quiere no ser autorreferencial. Este excedente puede ser fácilmente identificado con la idea de ciertos derechos morales de las personas o con los dictados del derecho natural³³. De ahí que el constitucionalismo haya favorecido el no positivismo jurídico.

Es interesante observar que el legislador, bajo un Estado de derecho sin ulteriores especificaciones, sólo se somete a la legalidad formal y ello significa que es omnipotente dentro de sus competencias. Bajo un

³¹ Vide GUASTINI, 1992a, pp. 174-175.

³² GUASTINI, 1992a, p. 176.

³³ Vide en este sentido las contribuciones de MONTANARI, 1992a; AMATO, 1992; D'AGOSTINO, 1992, y COTTA, 1992.

Estado de derecho sin ulteriores especificaciones y por lo que respecta al legislativo predomina por ello el principio dinámico al que se refiriera Kelsen en su *Teoría pura del derecho*³⁴, en tanto que un Estado de derecho constitucional confiere una particular relevancia al principio estático. La moral sigue en lo esencial el principio estático, mientras que lo específico del derecho es su carácter dinámico. Por esta razón, el constitucionalismo, al potenciar el principio estático en las relaciones entre la constitución y la ley, favorece la aproximación estructural del derecho a la moral. En este sentido, afirma Prieto Sanchís³⁵, anticipándonos el siguiente punto de esta exposición:

«La creciente presencia de principios puede entenderse como un cierto acercamiento del sistema dinámico al estático, como un intento de que toda norma o decisión jurídica resulte congruente con el conjunto de un ordenamiento que se considera dotado de sentido gracias precisamente a los principios. En suma, los principios apuntan a la idea de sistema; idea que no garantiza la bondad moral del Derecho, pero que sí hace de él un orden normativo donde el criterio estático o de la derivación material tenga siempre un papel que desempeñar.»

La coherencia, en efecto, no garantiza la bondad moral del sistema. Para conseguirla nacen precisamente instrumentos tales como la pretensión de corrección de Alexy³⁶, la pretensión de sinceridad de Soper³⁷ o el rechazo a la fragmentación del discurso práctico de Nino³⁸.

2.1.2 *El constitucionalismo y el principialismo*

El constitucionalismo favorece que el no positivismo sea *principialista* porque las normas constitucionales referidas a derechos se expresan fundamentalmente en forma de principio. En este sentido escribe Zagrebelsky³⁹:

«Si el derecho actual está compuesto de reglas y de principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (...) Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.»

³⁴ Vide Kelsen, 1991, pp. 203 ss.

³⁵ Prieto Sanchís, 1992, pp. 24-25. Vide, en el mismo sentido, Prieto Sanchís, 1995a, pp. 78-79; 1995b, pp. 50 ss.

³⁶ Alexy, 1989, pp. 208 ss.; 274 ss., 313 ss.; Alexy, 1994, pp. 81 ss.

³⁷ Soper sostiene que el derecho obedece a una pretensión de aceptabilidad enraizada en el lenguaje y basada en la sinceridad, Soper, 1993, pp. 150, 181, 183 ss., 232. En contra, vide Prieto Sanchís, 1995a, p. 64, y, de este mismo autor, la recensión a la obra de Soper citada: Prieto, 1994.

³⁸ Nino sostiene, en línea con el planteamiento de Alexy, la tesis de la «no insularidad del discurso jurídico» (Nino, 1994, pp. 79 ss.). En contra, vide Moreso/Navarro/Redondo, 1992, p. 256.

³⁹ EDD, p. 110, IDM, p. 148.

De este modo, el constitucionalismo se muestra como un lugar de encuentro en el que no positivismo y principialismo confluyen armónicamente y, por esta razón, ha representado un inmejorable «banco de pruebas para la nueva teoría del derecho y ésta, a su vez (...) una óptima justificación del modo de actuar de aquél (el constitucionalismo)»⁴⁰.

En la teoría de Zagrebelsky se aprecia la relación entre el constitucionalismo y el no positivismo principialista con claridad. Con razón, Prieto Sanchís⁴¹ se ha referido a ella como una expresión de un «constitucionalismo por principios». El autor italiano insiste en poner de relieve la «igualdad de estilo argumentativo “en derecho constitucional” y “en derecho natural”⁴² y en destacar que los derechos constitucionales «se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural»⁴³. Zagrebelsky parece concentrar la virtualidad del constitucionalismo contra el positivismo jurídico en estas particularidades estructurales y funcionales de los principios y no en los propios contenidos de la constitución y reconoce que la plasmación jurídico-constitucional de ciertos «derechos naturales» representa nada menos que el «máximo acto de orgullo del derecho positivo»⁴⁴, de suerte que «la constitución no es derecho natural sino, antes bien, la manifestación más alta de derecho positivo»⁴⁵, afirmaciones éstas que modulan el (quizá sólo aparente) antipositivismo del profesor de Turín.

Los principios no parecen de por sí un nexo entre el derecho y la moral. La vinculación surge del proceso de ponderación asociado necesariamente a los principios. La pluralidad de principios y la ausencia de jerarquía⁴⁶ confieren a su aplicación un «carácter inevitablemente creativo»⁴⁷. En este punto Zagrebelsky acude a la concepción de Alexy⁴⁸ de los principios como mandatos de optimización, los que remiten invariablemente a una teoría ética y política.

En definitiva, a juicio de Zagrebelsky, el tránsito del Estado de derecho decimonónico al constitucional contemporáneo equivale al paso de un «derecho por reglas» a un «derecho por principios»⁴⁹, que reflejaría «la sustitución de la soberanía concreta de la ley por la soberanía abstracta de la Constitución», como lo ha expresado Prieto Sanchís⁵⁰. Zagrebelsky introduce en este punto una interesante traducción política y

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, 1995a, p. 68.

⁴¹ PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 1.

⁴² *EDD*, pp. 119 y 116; *IDM*, pp. 163 y 157.

⁴³ *EDD*, p. 115; *IDM*, p. 156.

⁴⁴ Excepcionalmente me aparto de la excelente traducción de la profesora Marina Gascón, para traducir literalmente «il massimo atto di orgoglio del diritto positivo» (*IDM*, p. 155) como «el máximo acto de orgullo del derecho positivo» en lugar de «el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo» (*EDD*, p. 114).

⁴⁵ *EDD*, p. 116; *IDM*, p. 157.

⁴⁶ *Vide EDD*, p. 125; *IDM*, p. 170.

⁴⁷ *Vide EDD*, p. 112; *IDM*, p. 151.

⁴⁸ *Vide EDD*, p. 125; *IDM*, p. 171.

⁴⁹ *Vide EDD*, p. 112; *IDM*, p. 151.

⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, 1995a, p. 38.

aun sociológica del fenómeno. En el Estado de derecho del siglo pasado se percibe un cierto monismo que se concreta en una estructura jurídico-política monolítica asentada sobre una concepción nítida de lo que significa la soberanía. Por el contrario, en la actualidad ese esquema no parece corresponderse con la realidad. Asistimos a una relativización de conceptos como la soberanía (hacia el exterior y hacia el interior), así como a una serie de transformaciones políticas que están presididas por el pluralismo y que se plasman jurídicamente en lo que Pérez Luño ha denominado expresivamente el «desbordamiento de las fuentes del derecho»⁵¹. No se puede concebir el derecho a partir de un principio político dominante que ofrezca una unidad al ordenamiento, según la rígida lógica del *aut-aut* (de las reglas), sino que se impone una unidad dúctil (*unità mite*) que, regida por la lógica del *et-et* (propia de los principios), contempla la multiplicidad ideológica y política que encierra la constitución⁵², reforzando la dimensión moral del derecho. La idea de la *mitezza* se halla así íntimamente ligada a la dimensión principal del derecho y a la inadecuación de un modelo positivista de éste.

El diagnóstico que ofrece Zagrebelsky acerca de las transformaciones del derecho actual parece adecuado. Sin embargo, no comparto que el remedio para dar respuesta a las nuevas situaciones que enfrenta la ciencia del derecho sea una concepción no positivista. La creciente complejidad del derecho no parece un argumento suficiente para abandonar radicalmente la perspectiva positivista. Que el derecho se transforme, incluso si, como asegura Zagrebelsky, el advenimiento del Estado constitucional hubiese representado un auténtico «cambio genético»⁵³, no debe significar que los métodos para conocerlo estén equivocados. Esto sería tanto como afirmar que deberíamos transformar la biología cada vez que un virus experimentara una mutación⁵⁴. El positivismo jurídico es fundamentalmente una actitud, un método. Por esta razón, el tránsito desde el Estado de derecho hacia el Estado de derecho constitucional no tiene por qué alterar el modo en que el estudioso del derecho deba aproximarse a ese objeto. En el sintagma «teoría pura del derecho» (abstrayendo estos términos de su concreta formulación kelseniana) la pureza se predica de la teoría y no del derecho. Muchos críticos del positivismo jurídico parecen no tener en cuenta este extremo.

Quizá deba buscarse la raíz de este problema en la concepción excesivamente rígida y trasnochada del positivismo que Zagrebelsky toma

⁵¹ Vide PÉREZ LUÑO, 1993b.

⁵² Vide IDM, p. 15 ss.; EDD, p. 17 ss.

⁵³ EDD, p. 33; IDM, p. 39 («*un vero e proprio mutamento genetico*»).

⁵⁴ El argumento de la mutación genética del derecho moderno cae en un error semejante al que cometiera KIRCHMANN (vide KIRCHMANN, 1983) cuando impugnó el *status* científico para la jurisprudencia precisamente a causa de su mutabilidad. CALSAMIGLIA, cuando examina las debilidades del planteamiento de KIRCHMANN, se pregunta precisamente: «¿serían incognoscibles los virus porque mutan?» (CALSAMIGLIA, 1986, p. 57). La misma pregunta podemos, así pues, plantearnos en este caso: ¿sería imposible el conocimiento neutral del derecho porque éste haya cambiado de manera más o menos sustancial?

(aunque no siempre) como referencia en su obra. La tendencia de los críticos del positivismo a deformar al adversario, gravándole con cargas que naturalmente no le corresponden, se ha convertido ya en una estrategia habitual, que ha sido puesta de relieve con frecuencia en el caso de Dworkin. Que Zagrebelsky incurre claramente en esta tentadora práctica es evidente a poco que se examine la caracterización del positivismo en *El derecho dúctil*. Lectores de esta obra como Gregorio Peces-Barba⁵⁵ en el epílogo a la edición española de la obra del constitucionalista italiano Luis Prieto Sanchís⁵⁶ o Francisco Javier Ansuátegui Roig⁵⁷ han insistido ya en esta cuestión. La enriquecedora precedencia de sus aportaciones no precluirá una referencia a este asunto, aunque sí la hará más breve.

2.2 El modelo positivista de referencia de los no positivistas es excesivamente estrecho

La configuración de un positivismo estrecho ha permitido, así pues, incompatibilizar principios y positivismo y restringir la versatilidad del positivismo jurídico para contemplar el Estado de derecho constitucional. Sin embargo, ello tiene lugar a cambio de una consecuencia intolerable: la desactivación de la propia capacidad crítica del no positivismo, pues esta estrategia conduce inevitablemente a «errar el blanco»⁵⁸.

Para dar cuenta de esta situación conviene antes que nada constatar la pluralidad de significados de «positivismo jurídico». Inspirado por lo que Carrió⁵⁹ denominara el «espíritu de Bellagio», Bobbio⁶⁰ distinguió tres acepciones básicas de positivismo jurídico de uso hoy común en el ámbito de la filosofía del derecho: positivismo jurídico como enfoque o método, positivismo jurídico como teoría y positivismo jurídico como ideología. En síntesis, el positivismo jurídico como enfoque sostiene que no existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. El positivismo jurídico como teoría afirma que el derecho constituye una entidad perfecta, sin fisuras. El derecho no adolecería de lagunas, antinomias o imprecisiones lingüísticas y, en el caso de que las tuviera, siempre disfrutaría de algún recurso para ofrecer una solución jurídica correcta. Finalmente, el positivismo jurídico como ideología establece que se debe obedecer al derecho positivo por el mero hecho de ser tal.

La tesis fundamental del positivismo jurídico en vigor es la sostenida por el positivismo como enfoque, la que nos exhorta a distinguir cuidadosamente el derecho que es del derecho que debe ser; a pesar de

⁵⁵ Vide PECES-BARBA, 1995, pp. 162 ss.

⁵⁶ Vide PRIETO SANCHÍS, 1995b.

⁵⁷ Vide ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, especialmente pp. 128 ss.

⁵⁸ NINO, 1985, p. 145.

⁵⁹ CARRIÓ, 1981, p. 6.

⁶⁰ Vide BOBBIO, 1993, parte II. ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, PECES-BARBA, 1995, y PRIETO SANCHÍS, 1995b toman la clasificación de BOBBIO como punto de partida de sus críticas al planteamiento de ZAGREBELSKY.

todo lo cual, es frecuente que los críticos del positivismo tiendan a vincular esencialmente la noción de positivismo a sus acepciones segunda y tercera, acepciones hoy independientes y aun contradictorias con la primera.

Numerosas afirmaciones de Zagrebelsky en *Il diritto mite* tienden a persuadirnos de que el autor italiano procede de esta manera cuando manifiesta su no positivismo. Zagrebelsky concentra su crítica en las concepciones del positivismo como teoría (2.2.1) y como ideología (2.2.2) a la hora de criticar el positivismo y presta poca atención al positivismo como enfoque (2.2.3). El resultado es que «los embates de Zagrebelsky se dirigen contra un positivismo que ya nadie sostiene»⁶¹. Veámoslo con más detenimiento.

2.2.1 *El positivismo como teoría en Il diritto mite*

En primer lugar, Zagrebelsky parece considerar como central la tesis del positivismo como teoría al imputar al positivismo jurídico *in toto* la tesis del silogismo en el ámbito de la teoría de la interpretación: si el derecho es una entidad perfecta, entonces no puede tener lugar discreción alguna en la aplicación del derecho. Zagrebelsky afirma que la idea de la aplicación mecánica del derecho es «típicamente positivista»⁶² y que esta exclusión de la discreción judicial es propia de «la concepción positivista tradicional»⁶³; por ello, a juicio de Zagrebelsky, la «mentalidad del positivismo» no es proclive a las «normas de principio»⁶⁴ o «elásticas» o «abiertas»⁶⁵, en cuanto que generarían una especie de *horror vacui* jurídico intolerable para la seguridad jurídica tan estimada por el positivismo.

Creo que estas ideas no son exactas y el propio Zagrebelsky termina por reconocer que hoy en día está fuera de discusión que el ordenamiento jurídico no constituye una entidad perfecta como se había pretendido desde el positivismo como teoría y que la teoría de la subsunción no es compartida por nadie⁶⁶. El positivismo vigente mantiene fundamentalmente la llamada «tesis de la discreción». Según ésta, cuando el operador jurídico se halla ante un caso difícil, cuando el ordenamiento no le brinda una respuesta a la controversia, entonces debe recurrir a la discreción. La tesis de la discreción presupone, claro está, que los sistemas jurídicos no son perfectos. Sólo un formalismo trasnochado se aventuraría a defender un positivismo como teoría y una concepción silogística de la interpretación jurídica.

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 47.

⁶² *EDD*, p. 111; *IDM*, pp. 149-150.

⁶³ *EDD*, p. 131; *IDM*, p. 180.

⁶⁴ *EDD*, p. 112; *IDM*, p. 152.

⁶⁵ *EDD*, p. 136; *IDM*, p. 186.

⁶⁶ *EDD*, p. 134; *IDM*, p. 184. En efecto, nadie defiende la teoría de la aplicación silogística del derecho. Tampoco el positivismo jurídico actual.

Paradójicamente, sí encontramos entre ciertos no positivistas una tendencia a concebir el derecho como una entidad perfecta⁶⁷. El positivismo como teoría parece haber dejado paso a lo que podríamos denominar un *no positivismo como teoría*, pues éste pretende determinar siempre una única respuesta correcta a través de la moralización del derecho. La teoría de Dworkin sería un caso paradigmático. Dworkin⁶⁸ mantiene que existe una única respuesta correcta a nuestros interrogantes prácticos y ello incluye las controversias jurídicas, si bien sólo un juez ideal, al que Dworkin llama Hércules, tendría la posibilidad de acceder a tal respuesta.

El resultado de estas reflexiones es bastante curioso, puesto que todas estas circunstancias ponen de manifiesto que Zagrebelsky «(malgré lui) no resulta tan antipositivista»⁶⁹: el positivismo actual rechaza con vigor lo que Zagrebelsky le ha imputado injustamente y, por si ello fuera poco, es precisamente el no positivismo de Dworkin, el que defiende el planteamiento criticado por Zagrebelsky.

2.2.2 *El positivismo como ideología en Il diritto mite*

En un momento de su obra, Zagrebelsky hace referencia a los crímenes perpetrados por el *Tercer Reich* y de sus palabras parece desprenderse esa vieja denuncia que acusa al positivismo jurídico (o al menos al no cognoscitivismo ético) de complicidad con los regímenes totalitarios⁷⁰. Zagrebelsky procede de nuevo metonímicamente y critica al todo por una de sus partes (si es que puede considerarse que positivismo como método y como ideología son especies de un mismo género, lo cual no parece acertado) cuando descalifica el positivismo en general por las deficiencias de la concepción del positivismo jurídico como ideología. Esta confusión de positivismo como enfoque y positivismo como ideología ha representado, como es sabido, un elemento fundamental en el desarrollo del no positivismo de la posguerra que atribuyó al positivismo jurídico buena parte de la responsabilidad en el surgimiento de regímenes totalitarios. Se decía que la concepción avalorativa del derecho legitimaba cualquier régimen por injusto que fuera. Zagrebelsky habla en este sentido, una vez más, de la «reducción de la justicia a la ley»⁷¹.

Esta crítica sería adecuada si el positivismo sostuviera el llamado positivismo como ideología. Pero la realidad es que muy pocos autores la han mantenido. De entre los relevantes, quizá solamente Hobbes⁷² aun-

⁶⁷ Vide PRIETO SANCHÍS, 1995a, p. 12.

⁶⁸ Vide especialmente DWORKIN, 1977.

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, 1995b, pp. 30-31.

⁷⁰ EDD, p. 106; IDM, p. 143.

⁷¹ EDD, p. 96; IDM, p. 127.

⁷² Vide BOBBIO, 1993, p. 147; PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 9; ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, pp. 130-132.

que también, en opinión de Nino⁷³, Radbruch «antes de su conversión al iusnaturalismo». El positivismo actual no propugna de ningún modo un positivismo como ideología y, es más, si alguna teoría puede ser acusada de haber legitimado órdenes injustos ésa es la iusnaturalista⁷⁴.

2.2.3 *El positivismo como método en Il diritto mite*

El positivismo de hoy en día rechaza, como he señalado, tanto el positivismo teórico como el ideológico. Se aleja del teórico mediante la tesis de la discreción y evita (y combate) el ideológico mediante la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, entre el derecho vigente y la moral crítica. La pretensión normativa más importante del positivismo consiste precisamente en evitar que la moral sea legalizada y que la obediencia al derecho se convierta en una práctica incuestionable.

Se suelen señalar dos tesis sustanciales del positivismo jurídico como método: la «tesis de las fuentes sociales» y la «tesis de la falibilidad moral»⁷⁵. Según la primera, el derecho tiene un origen social que lo hace susceptible de un análisis independiente de la moral; de acuerdo con la segunda, la validez jurídica no implica la corrección moral del derecho.

En realidad, cabría observar un nexo entre ambas tesis, porque si el derecho tiene su origen en los hombres (tesis de las fuentes sociales) no es de extrañar que sea falible, y no sólo moralmente (tesis de la falibilidad moral), sino en cualquier otro sentido (técnicamente, por ejemplo, en contra del positivismo como teoría). El positivismo jurídico (como método) no idealiza el derecho, no exige de éste más de lo que cabe esperar de él, porque el positivismo jurídico es plenamente consciente de que el derecho es obra de los hombres. Esto le diferencia del iusnaturalismo y, en general, del no positivismo. Éste busca siempre una cierta alteridad respecto a la voluntad de los hombres que proporcione al derecho un momento de incondicionalidad⁷⁶, basado en lo sacro o lo divino, en la historia o en la pragmática lingüística, que tiende a idealizarlo. Por todo ello, creo que las posiciones no positivistas conducen invariablemente a una forma de platonismo, pues se vincula el concepto de derecho a un supuesto derecho del mundo de las ideas de cuyas esencias aquél no puede prescindir sino muy matizadamente. Este tipo de posiciones «asume el punto de vista del *good man* (en este caso del *legal man*) y descuida considerar el punto de vista del *bad man*»⁷⁷ y, por ello, «en el mejor de los casos da cuenta de la fisiología y no de la patología del fenómeno jurídico»⁷⁸.

⁷³ NINO, 1993, p. 527.

⁷⁴ Vide sobre este asunto GARZÓN VALDÉS, 1970 y 1988.

⁷⁵ Vide, por ejemplo, BAYÓN, 1991, pp. 18-19; RAZ, 1982, pp. 52 ss.

⁷⁶ HABERMAS, 1988, pp. 25, 28, 34.

⁷⁷ COMANDUCCI (1994, p. 116) se expresa en estos términos al referirse a la teoría de AARNIO. Creo que esta crítica es extensible al no positivismo en general y singularmente al propugnado por la dogmática.

⁷⁸ COMANDUCCI, 1994, p. 117.

Estas reflexiones tienen un carácter general, pero veamos cómo pueden afectar al modelo de Zagrebelsky. En este constitucionalista italiano se observan, junto a rotundas afirmaciones antipositivistas, indicios de que su afán por separarse del positivismo «es más bien estético y retórico»⁷⁹ e incluso de que «el más vigoroso hilo conductor de *El derecho dúctil* constituye un magnífico ejemplo del positivismo»⁸⁰.

En principio, esta ambigüedad parece difícil de explicar. Sin embargo, creo que responde a un fenómeno ampliamente extendido en la dogmática jurídica: el rechazo del positivismo como medio de legitimación de la propia actividad dogmática. Se reviste al derecho con un halo de justicia (contra el positivismo *como método*), que sirve posteriormente para estudiar y aplicar el derecho a la manera del positivismo (esta vez *ideológico*)⁸¹. Ésta es una práctica que suele advertirse con sólo hojear ciertos manuales de derecho civil. La introducción de este tipo de obras puede ser profundamente iusnaturalista y ofrecer una visión platónica del derecho, pero el desarrollo posterior no suele ser coherente y con frecuencia llega aparentemente a abjurar del iusnaturalismo solemnemente declarado en las páginas introductorias. Se produce «una clara separación entre el concepto (de derecho objetivo) filosófico y el práctico»⁸². La explicación de esta disociación se halla, a mi juicio, en el punto de vista interno que el dogmático, como el juez⁸³, adopta al abordar la tarea de describir el derecho.

El punto de vista interno es, fundamentalmente, el propio del participante. El punto de vista externo representa la perspectiva del observador. La dogmática es una disciplina «marcadamente nacional»⁸⁴, que se desarrolla por lo general al amor de un texto articulado y que estudia el derecho desde su propio interior. Por todo ello, el punto de vista interno del dogmático presupone cierta aceptación del sistema jurídico, mientras que la perspectiva externa pretende ser neutral al describir el objeto en presencia. Pues bien, la asunción moral del derecho desde el punto de vista interno tiende a ser legitimada mediante la creación de un fuerte vínculo entre el derecho y la teoría de la justicia, esto es, merced a la adscripción conceptual necesaria de la corrección moral al derecho.

El resultado de este proceder por parte de la dogmática representa una forma de «pensamiento confundente»⁸⁵, porque se confunde la relación de identidad con la relación de «tener que ver». Es claro que el derecho *tiene que ver* con la justicia, pero el derecho no *es* la justicia, ni es

⁷⁹ PECES-BARBA, 1995, p. 167.

⁸⁰ «... en una de sus modalidades más descarnadas, que es una cierta versión del sociologismo historicista», concluye PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 46.

⁸¹ Las críticas de las que es objeto la ciencia jurídica desde el marxismo suelen destacar de ésta precisamente su dimensión legitimadora. *Vide*, por ejemplo, BARCELONA/HART/MÜCHENBERGER, 1988.

⁸² ASÍS ROIG, 1987, p. 140.

⁸³ *Vide* AARNIO, 1991, pp. 50-51.

⁸⁴ ATIENZA, 1991a, pp. 185-186.

⁸⁵ La expresión es de ORTEGA Y GASSET, citado por MARÍAS, 1986, p. 33.

necesariamente justo o moralmente correcto. Sin embargo, el dogmático, como el no positivista en general, parece dispuesto a afrontar este tipo de problemas con tal de preservar el platonismo al que conduce el punto de vista interno desde el que estudian el derecho.

Pienso que es incluso posible reconstruir el *iter* de esta confusión en el seno de la dogmática. Me parece que la dogmática suele defender un concepto platónico del derecho, que nace de la confusión de dos nuevos términos: lo general y lo ideal. La dogmática suele trabajar con una parte del derecho nacional y cuando debe determinar un concepto general de derecho, entonces confunde lo *general* con lo *ideal* y tiende a incorporar en el concepto general de derecho notas propias del derecho ideal o, como se ha dado en llamar en Alemania, desde los tiempos de Stamm-ler⁸⁶ y Radbruch⁸⁷, de la «idea del derecho» (*Rechtsidee*). Esto explica que cuando un dogmático escribe sobre teoría general del derecho, sostenga normalmente una perspectiva no positivista.

Con el auxilio de un pasaje del *Fragmento sobre el gobierno* de Bentham quizá se pueda apreciar mejor este modo de operar: «el ser del derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que debe ser es, en todos los países, muy semejante»⁸⁸. Pues bien, cuando un dogmático, habituado a moverse en el ámbito concreto del defectuoso derecho positivo vigente, en «el ser del derecho», debe emprender la tarea de definir el concepto general de derecho («lo semejante», lo común a todo derecho) se encuentra ante el derecho justo, el derecho ideal [el «deber ser del derecho (que) es en todos los países muy semejante»]. Entonces sólo un paso separa al dogmático de la identificación del ser en abstracto del derecho con su deber ser, del concepto de derecho general con el derecho justo, un paso que da decididamente, coherente con el punto de vista interno característico de la dogmática.

Ahora bien, ¿cuál es el derecho ideal de Zagrebelsky? o, dicho de otro modo, ¿cuál es la moral correcta, que propone el autor italiano? No creo que pueda darse una respuesta definitiva a esta cuestión. Sin embargo, debe tomarse en consideración que si se rechaza el axioma fundamental del positivismo jurídico (la distinción entre el derecho que es y el que debe ser), suele ser en virtud de una concepción metaética descriptivista. Zagrebelsky rechaza de una manera un tanto oscura la división estricta de ser y deber ser⁸⁹ y parece conferir un gran protagonismo a los postulados éticos normativos del humanismo cristiano, que se plasmarían en el desarrollo de los derechos fundamentales. En el epílogo a la obra de Zagrebelsky, Peces-Barba insiste en que la vinculación del desarrollo de los derechos humanos a la doctrina cristiana que propone el autor italiano es históricamente incorrecta y, lo que es más importante,

⁸⁶ STAMMLER, 1980, pp. 4, 5, 20, 37, 46, 217, 259 ss., 311, 314, 362, 370.

⁸⁷ RADBRUCH, 1959, pp. 11-12, 47, 70, 95.

⁸⁸ BENTHAM, 1973, p. 9.

⁸⁹ EDD, p. 118; IDM, p. 160.

ocasiona un agravio comparativo a las ideas que verdaderamente han impulsado los derechos fundamentales, singularmente la tradición socialista. En realidad, la historia de los derechos humanos es la historia de una lucha, cuyos orígenes están muy relacionados con la modernidad, el laicismo y el pluralismo, unos valores por los que la Iglesia católica no ha mostrado especial interés⁹⁰.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los días 20 y 21 de diciembre de 1995 se celebró en la Facultad de Derecho de Albacete un encuentro de constitucionalistas y filósofos del derecho con motivo de la presentación de la traducción al castellano de *Il diritto mite* a cargo de la profesora Marina Gascón Abellán. Este acto permitió a Zagrebelsky matizar algunos de sus planteamientos. Las conclusiones que siguen se escriben justamente a la luz de esas precisiones. Aquí se ha considerado *El derecho dúctil* como una expresión más de lo que he denominado no positivismo principialista. Expondré, pues, primero algunas conclusiones sobre su no positivismo y, en segundo término, otras acerca de su principialismo.

3.1 En el curso del referido encuentro, Zagrebelsky moderó aparentemente su antipositivismo y admitió la necesidad de un punto de vista externo como requisito necesario en orden a la preservación de la moral crítica como instancia evaluadora del derecho. Esto no obstante, reivindicó al mismo tiempo el punto de vista interno desde su perspectiva de constitucionalista. En suma, Zagrebelsky fue nuevamente ambiguo: por un lado, admitió la necesidad de un punto de vista externo y, por otro, lo rechazó, apoyándose en una aristotélica y estricta separación de las ciencias de la naturaleza y del espíritu; lo cual, en este contexto, es tanto como adherirse a la corriente hermenéutica frente a la analítica y a la comprensión (*verstehen*) frente a la explicación (*erklären*)⁹¹. Creo que la ambigüedad descrita tiene mucho que ver, en definitiva, con la condición de dogmático del autor italiano, en el sentido aquí señalado⁹².

La primera parte de *El derecho dúctil* describe el tránsito desde el Estado de derecho liberal al Estado de derecho constitucional en unos términos que tuvieron buena acogida entre los constitucionalistas. Sin embargo, inferir, como propone Zagrebelsky, la inadecuación del positivismo jurídico a partir de esta transformación es muy discutible. El positivismo jurídico es, por encima de todo, una actitud y, por ello, que el objeto de estudio se modifique no debería alterar el modo de aproximarse a él. El derecho puede cambiar, puede adoptar formas diversas más o

⁹⁰ Vide PECES-BARBA, 1995, pp. 159-161 y 169 ss. En el mismo sentido, ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, pp. 129 y 136.

⁹¹ Vide WRIGHT, 1987.

⁹² *Supra* 2.2.3.

menos complejas, pero el talante avalorativo de quien lo describa no debería experimentar alteración alguna por esa causa. Dicho de otro modo, la transformación del derecho a la que alude Zagrebelsky es una razón explicativa, no justificatoria, de la crisis del positivismo jurídico. Que el derecho de hoy sea diferente del decimonónico *explica* que ciertos autores se hayan visto tentados de abandonar los postulados positivistas, pero no *justifica* que lo hayan hecho. Las razones de Zagrebelsky en contra del positivismo se sitúan, dicho en otros términos, en el *contexto de descubrimiento* y no en el de *justificación*⁹³. Sin embargo, esta confusión quizá no constituya sino una derivación del punto de vista interno propugnado por este y otros autores.

3.2 En este trabajo he partido del presupuesto de que los principios han representado en la mayoría de los casos un instrumento redundante para expresar una cuestión mucho más amplia y de mayor alcance: la de la teoría de la argumentación jurídica. Una de las intervenciones de Zagrebelsky en el encuentro de Albacete es reveladora de esta situación. El profesor italiano recurre a los principios para la resolución de lo que Maccormick⁹⁴ denomina «problemas de hecho secundarios» o «de calificación». Los llamados casos difíciles exigen el recurso a una teoría de la argumentación jurídica, pero no se entiende bien por qué deba ser necesariamente a través de principios, salvo acaso porque sean identificados indiscriminadamente con el conjunto de mecanismos que operan en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. Si mi impresión es correcta, esta posición presupone entonces una visión un tanto imprecisa del concepto de principio y, como señaló Atienza, pone de manifiesto una cierta «falta de análisis».

Al margen de este tipo de consideraciones, creo que lo más destacable de la concepción de los principios del autor italiano consiste en la atractiva traducción constitucional e incluso sociológica del auge de los

⁹³ La distinción entre *contexto de descubrimiento* (*context of discovery*) y *contexto de justificación* (*context of justification*) se desarrolla en la filosofía de la ciencia (*vide* REICHENBARCH, 1967, p. 240). En el contexto de descubrimiento se analizan los condicionamientos de orden psicológico o sociológico que han dado lugar a una teoría, esto es, las causas, motivos o razones explicativas. En el contexto de justificación se hallan, en cambio, las razones justificatorias que se ofrecen en apoyo de una teoría. Esta distinción ha gozado de una especial fortuna en la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY y de MACCORMICK (*vide*, por ejemplo, ATIENZA, 1991b, pp. 22 ss.).

Algunos autores han cuestionado la validez de la tajante separación de ambos contextos (*vide* CALSAMIGLIA, 1986, pp. 35 ss.). En cualquier caso, adoptamos la distinción bien útil para nuestros fines.

⁹⁴ MACCORMICK, 1978, pp. 93 ss. El autor escocés toma como ejemplo el caso MacLennan contra MacLennan. El señor MacLennan había estado fuera de casa durante más de un año. A su vuelta encuentra a su mujer embarazada. La señora MacLennan admite que el hijo que espera no es de su marido, pero al tiempo afirma que es fruto de una inseminación artificial. El problema de hecho secundario surge porque, fijados los hechos primarios (que la señora MacLennan fue inseminada artificialmente), debe determinarse si en este caso rige o no la calificación de tales hechos primarios como adulterio. No se entiende claramente el modo en que los principios deban resolver de por sí este tipo de conflictos, salvo que se estipule que todos los recursos de la teoría de la argumentación jurídica constituyen razonamientos por principios, lo cual no parece satisfactorio.

principios como un reflejo del pluralismo imperante. Un pluralismo, por cierto, que parece entrar en colisión con el monismo de una doctrina como la de la Iglesia católica.

En la obra de Dworkin los principios parecen ser un recurso retórico más en su proyecto antiutilitarista de política jurídica (que no de teoría del derecho) y en el planteamiento de Alexy la noción de principio asemeja más una mera comparsa de la tesis de la pretensión de corrección, que un argumento antipositivista de plena autonomía. En el caso de Zagrebelsky, como en otros autores, los principios presentan dos problemas: en primer lugar, constituyen una reformulación afortunada de un problema que, sin embargo, les excede completamente: la cuestión de la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica o, en términos análogos, de una metodología jurídica, como el profesor García Amado pusiera de relieve durante su intervención en las repetidas jornadas en Albacete; en segundo lugar, los principios consagran, paradójicamente, una concepción silogística de la actividad judicial contra la que aparentemente se revelan, pues la existencia de principios presupone la de las reglas y éstas no son sino expresión de la aplicación mecánica del derecho.

En todo caso, *El derecho dúctil* no se agota en el no positivismo principialista examinado aquí. Es una cuestión de justicia destacar precisamente la pretensión integradora de sus propuestas. Ésta representa, a juicio de Rubio Llorente⁹⁵, su mayor mérito. Este talante ha posibilitado un diálogo interdisciplinar⁹⁶ entre áreas de la reflexión jurídica como el derecho constitucional y la filosofía del derecho, que seguramente debe intensificarse.

OBRAS CITADAS

- AARNIO, A: «Lo racional como razonable», trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- ALEXY, R., «Zum Begriff des Rechtsprinzips», en *Rechtstheorie*, cuaderno 1 (1979), pp. 59-88. Este artículo ha sido publicado de nuevo en un reciente volumen recopilatorio: ALEXY, 1995, pp. 177-212.
- «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», en MacCormick, D.N.; Panon, S., y Lombardi Vallauri, L. (comps.), *Geltungs und Erkenntnis-Bedingungen im modernen Rechtsdenken*, en ARSP, cuaderno 25 (1985), pp. 13-29.
- «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», trad. de Manuel Atienza, *Doxa*, núm. 5 (1988), pp. 139-151.
- «Teoría de la argumentación jurídica» (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

⁹⁵ Vide RUBIO LLORENTE, 1994, p. 432: «(su) mayor mérito está (...) no tanto en la aportación de elementos nuevos como en el intento de construir lo que casi podríamos llamar una nueva Teoría del Estado y del Derecho con elementos ya conocidos, pero hasta ahora presentados como fenómenos aislados, sin conexión entre sí».

⁹⁶ Un diálogo que, desde el punto de vista del filósofo del derecho, sería bueno se rigiera por algunas directrices que nos ofrece GIANFORMAGGIO, 1991, pp. 3-4.

- 1993a: «Teoría de los derechos fundamentales», trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- 1993b: «Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit», Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1993,
- «El concepto y la validez del derecho», trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
- «Recht, Vernunft, Diskurs», *Suhrkamp*, Frankfurt del Meno, 1995.
- AMATO S., «Diritto dello Stato e Stato di diritto», en MONTANARI 1992, pp. 37-71.
- AMATO MANGIAMELI, A. C., «Varizioni positivistiche e giusnaturalistiche sulla dialettica fra diritto e morale. Osservazioni in margine a “Begriff und Geltung des Rechts” di Robert Alexy», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (enero/febrero 1994), pp. 3-35.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», en *Derechos y Libertades*, núm. 2 (1994), pp. 113-151.
- ASÍS ROIG, R. DE, «El derecho y la moral en la doctrina civil española», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2 (1987), pp. 119-147.
- ATIENZA, M. (1991a): «Introducción al derecho», Barcanova, Barcelona, 1991, pp. 185-186.
- (1991b) «Las razones del derecho», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- «Recensión a Alexy 1993a», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 17 (1994), pp. 241-246.
- ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», en *Doxa*, núm. 10 (1991), pp. 101-120.
- «Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís», en *Doxa*, núm. 12 (1992), pp. 333-352.
- «Tres enfoques de los principios jurídicos», en SQUELLA, 1993, pp. 329-356.
- BARCELONA, P./HART, D./MÜCKENBERGER, U., «La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica», trad. de Carlos Lasarte Álvarez, Civitas, Madrid, 1988.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C., «La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BENTHAM, J., «Fragmento sobre el gobierno» (1776), trad. de Julián Larios Ramos, Aguilar, Madrid, 1973.
- BOBBIO, N., voz «Principi generali di diritto», en *Novissimo Digesto Italiano XII*, UTET, Turín, 1982 (reimpr.), pp. 887-896.
- «El positivismo jurídico», trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- CALSAMIGLIA, A., «Introducción a la ciencia jurídica», Ariel, Barcelona, 1986, p. 57.
- CARRIÓ, G. R., «Dworkin y el positivismo jurídico», Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1981.
- «Notas sobre derecho y lenguaje», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990 (4.^a ed.).
- COMANDUCCI, P., «Aarnio ed il problema della certezza del diritto», en Comanducci, P. y Guastini, R (comps.), *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 111-129. Recientemente ha sido publicada su traducción al inglés: «Aarnio and the problem of legal certainty», en *Rechtstheorie*, núm. 26 (1995), pp. 27-44.
- CORTINA, A., «Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en K. O. Apel», Sígueme, Salamanca, 1985.

- COTTA, S., «E per finire un'ipotesi antropologica», en MONTANARI 1992, pp. 229-237.
- COTTERRELL, R., «The politics of jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy», Butterworths, Londres-Edimburgo, 1989.
- D'AGOSTINO, F., «Lo Stato di diritto e il disagio del giurista», en MONTANARI, 1992, pp. 183-192.
- DWORKIN, R. M., «Is There Really No Right Answer in Hard Cases», en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Oxford, 1977, pp. 119-145. Existe traducción española a cargo de Maribel Narvéez Mora, en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (comps.), «El ámbito de lo jurídico», Crítica, Barcelona, 1994, pp. 475-512.
- «Los derechos en serio», trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- «El imperio de la justicia», trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.
- ESSER, J., «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho», trad. de Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961.
- GARZÓN VALDÉS, E., «Derecho y naturaleza de las cosas», Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1970, dos tomos.
- «Introducción, en Garzón Valdés, E.» (comp.), *Derecho y filosofía*, trad. de Carlos de Santiago, Barcelona/Caracas, 1988, pp. 5-41.
- GIANFORMAGGIO, L., «Il filosofo del diritto e il diritto positivo», en Zaccaria, G. (comp.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Turín, 1991, pp. 3-23.
- GUASTINI, R., «Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione», en Comanducci, P. y Guastini, R. (comps.), *Analisi e diritto 1990, ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 99-114.
- (1992a) «Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico», en MONTANARI, 1992, pp. 169-182.
- (1992b) *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1992.
- «La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana», trad. de Andrea Greppi, en *Derechos y Libertades*, núm. 1 (1993), pp. 237-250.
- HABERMAS, J., «Wahrheitstheorien», en Fahrenbach (ed.) *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfullingen, 1973, pp. 211-266. Cito por la traducción española: «Teorías de la verdad», en HABERMAS 1994, pp. 113-158.
- «Was heisst Universalpragmatik?», en Apel, K. O., *Sprachpragmatik und Philosophie*, Francfort, 1976, pp. 174-272. Cito por la traducción española: «¿Qué significa pragmática universal?», en HABERMAS, 1994, pp. 299-368.
- «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», trad. de Manuel Jiménez Redondo, *Doxa*, núm. 5 (1988), pp. 21-45. Este artículo aparece recogido en HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1991, pp. 131-172.
- «Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos», trad. de Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1994.
- HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, en *Sistema*, núm. 36 (mayo 1980), pp. 3-18.
- KELSEN, H., «La teoría pura del derecho» (1960), trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México D. F., 1991.
- KIRCHMANN, J. H. VON, «La jurisprudencia no es ciencia (1847)», trad. y estudio preliminar de Antonio Truyol, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- MACCORMICK, D. N., «Legal Reasoning and Legal Theory», Clarendon Press, Oxford, 1978.
- MARÍAS, J., «Biografía de la filosofía» (1954), Alianza, Madrid, 1986.

- MONTANARI, B. (comp.), «Stato di diritto e trasformazione della politica», Giapichelli, Turín, 1992.
- (1992a) «Stato di diritto e trasformazione della politica. Per una introduzione», en Montanari 1992, pp. 7-17.
- MORESO, J. J./NAVARRO, P./REDONDO, M. C., «Argumentación jurídica lógica y decisión judicial», en *Doxa*, núm. 11 (1992), pp. 247-262.
- NINO, C. S., «La validez del Derecho», Astrea, Buenos Aires, 1985.
- «Dworkin y la disolución de la controversia “positivismo vs. iusnaturalismo”», en SQUELLA 1993, pp. 495-528.
- «Derecho, moral y política», Ariel, Barcelona, 1994.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. DE, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22 (enero-abril 1988), pp. 89-119.
- PECES-BARBA, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo a ZAGREBELSKY 1995 (*EDD*), pp. 157-173.
- PECZENIK, A., «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», en *Doxa*, núm. 12 (1992), pp. 327-331.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1993a), «Las fuentes del Derecho y la teoría de Ronald Dworkin», en SQUELLA 1993, pp. 115-159.
- «(1993b) El desbordamiento de las fuentes del derecho», *Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, Sevilla, 1993.
- «Norme e principi. Una critica a Dworkin», Giuffrè, Milán, 1982.
- «La teoria analitica dei concetti giuridici», Jovene, Nápoles, 1990.
- POUND, R., «Mi filosofía del derecho», trad. de Pompeu Casanovas, en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J., «El ámbito de lo jurídico», Crítica, Barcelona, 1994, pp. 303-315.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- (1993a) «Cuatro preguntas a propósito de Dworkin», en SQUELLA 1993, pp. 69-100.
- (1993b) «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», en *Doxa*, núm. 13 (1993), pp. 315-325.
- «Recensión a Soper 1993», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 18 (mayo-agosto 1994), pp. 233-242.
- (1995a) «Constitucionalismo y positivismo», texto mecanografiado de próxima publicación en *Fontamara*.
- (1995b) «El constitucionalismo de principios, entre el positivismo y el iusnaturalismo (a propósito de “El derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)», texto mecanografiado, del que dispongo, como en el caso de PRIETO 1995a, por gentileza de su autor.
- RADBRUCH, G., «Filosofía del derecho (1914)», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959.
- RAZ, J., «La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral», trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D. F., 1982.
- «Legal Principles and the Limits of Law», en Cohen, M. (comp.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984, pp. 73-87.
- REICHENBACH, H., «La filosofía científica», trad. de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1967 (2.^a ed.).
- RENNTO, J. P., «Aquinas and Alexy: a Perennial View to Discursive Ethics», en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 36 (1991), Natural Law Institute, Notre Dame Law School, pp. 157-175.

- RUBIO LLORENTE, F., Comentario a «Il diritto mite», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40 (enero-abril 1994), pp. 427-435.
- SASTRE ARIZA, S., «Recensión a Prieto Sanchís 1992», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 80 (1993), pp. 383-390.
- SIECKMANN, J. R., «Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems», Nomos, Baden-Baden, 1990.
- SOPER, P., «Una teoría del derecho», trad. de Ricardo Caracciolo con la colaboración de Silvia Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SQUELLA, A. (comp.), «Ronald Dworkin. Estudios en homenaje», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38 (1993), Valparaíso.
- STAMMLER, R., «Tratado de filosofía del derecho», trad. de W. Roces, Editora Nacional, México, 1980.
- STROLZ, M. M., «Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB», Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991.
- VECCHIO, G. DEL, «Los principios generales del Derecho», trad. de Juan Ossorio Morales, Bosch, Barcelona, 1948.
- WEINBERGER, O., «Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik», en Aarnio, A.; Niiniluoto, J., y Uusitalo, J. (comps.), *Methodologie und Erkenntnistheorie in der juristischen Argumentation*, Rechts- theorie, cuaderno núm. 2 (1981), pp. 147-165.
- «Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation», en Krawietz, W., y Alexy, R. (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, pp. 159-232.
- «Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie», en Alexy, R., y Dreier, R. (comps.), *Rechtssystem und praktische Vernunft*, ARSP, cuaderno núm. 51 (1993), pp. 30-46.
- WRIGHT, G. H. VON, «Explicación y comprensión», trad. de Luis Vega Reñón, Alianza, Madrid, 1987 (reimpr.).
- ZAGREBELSKY, G., «Il diritto mite» (*IDM*), Einaudi, Turín, 1992. Recientemente se ha publicado su traducción al español a cargo de Marina Gascón Abellán, «El derecho dúctil» (*EDD*), Trotta, Madrid, 1995.

Derecho dúctil, Derecho incierto ¹

Por RICCARDO GUASTINI

Facoltà di Giurisprudenza. Universidad de Génova

El *Derecho dúctil* ², pese a sus reducidas dimensiones, es un libro teóricamente complejo. No intentaré aquí discutirlo en su conjunto. El discurso que sigue se circunscribe a tres órdenes de cuestiones: (i) el anti-positivismo; (ii) la doctrina de los principios; (iii) la doctrina de la interpretación.

1. DERECHO DÚCTIL Y POSITIVISMO JURÍDICO

El Derecho dúctil está envuelto en una atmósfera antipositivista, cuando no abiertamente iusnaturalista. Zagrebelsky, en efecto, rechaza claramente el positivismo jurídico como teoría del derecho; insinúa (aun sin afirmarlo expresamente) que las constituciones contemporáneas son una especie de derecho natural vigente y abraza sin más una doctrina antipositivista de la ciencia jurídica.

(1) Según Zagrebelsky, el positivismo jurídico ya no es más que un residuo histórico: una doctrina que, surgida en el Estado de derecho decimonónico, aún se proyecta con esfuerzo en el Estado constitucional, incapaz sin embargo de comprender su naturaleza ³.

¹ Traducción castellana de Marina Gascón.

² G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil* (1992), Madrid, 1995.

³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., esp. p. 33.

La inadecuación del positivismo jurídico para dar cuenta del Estado constitucional contemporáneo derivaría, por así decirlo, de su obsesivo «legicentrismo». Según Zagrebelsky, en efecto, el positivismo jurídico se caracteriza: de un lado, por la identificación del derecho con la ley⁴; de otro, por la reducción de la justicia a la ley⁵. La identificación del derecho con la ley implica, entre otras cosas, que los derechos subjetivos sólo pueden encontrar reconocimiento en la ley, y que por lo tanto tales derechos pueden ser protegidos *por la ley* (contra la administración), pero no *contra la ley* (por la Constitución). Por su parte, la reducción de la justicia a la ley implica, como es obvio, que la ley no podrá ser injusta en ningún caso.

Zagrebelsky opone a estas tesis que en el Estado constitucional contemporáneo: *a)* los derechos subjetivos (inviolables) son completamente independientes de la ley; es más, son previos y supraordenados a la ley, y protegidos contra ella, porque encuentran su fuente en la Constitución⁶; *b)* los principios de justicia positivizados en la Constitución son igualmente independientes de la ley, previos y supraordenados a ésta, y por tanto inviolables para el legislador⁷.

Esta (sumaria) descripción de las peculiaridades del Estado constitucional es impecable, pero no se ve cómo y por qué haya de poner en cuestión el positivismo jurídico. En realidad, en el libro de Zagrebelsky, el rechazo del positivismo jurídico parece ligado a un doble equívoco: de las dos tesis que Zagrebelsky atribuye al positivismo jurídico, la primera es malentendida por el propio autor; la segunda es, sin más, ajena al positivismo jurídico.

(1.1) El positivismo jurídico es, dicho muy simplemente, una concepción según la cual las normas jurídicas nacen de actos humanos de voluntad (en última instancia, de actos de lenguaje), y no de «cosas» ni del conocimiento de las cosas⁸.

Acaso pueda decirse que esta concepción se resuelve en una identificación del derecho con la «ley», pero sólo a condición de que el término «ley» se entienda en su llamado sentido «material», es decir, en su significado genérico de acto normativo, y no en el sentido de acto del parlamento y/o decisión normativa de la mayoría. Es evidente que, en este sentido material de «ley», son leyes no sólo las leyes formales ordinarias (o sea, los actos normativos que llevan el *nomen juris* de «ley» y que son el fruto de ocasionales mayorías políticas), sino también las leyes «fundamentales» —como a veces se les llama— es decir, las constituciones.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 96.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 96.

⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 47 ss.

⁷ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 93 ss.

⁸ Cfr. H. KELSEN, «Derecho y lógica» (1965), trad. cast. en H. KELSEN y U. KLUG, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988, pp. 92 ss. A mi juicio, éste es el núcleo común a todas las variantes teóricas y doctrinales que se comprenden bajo el nombre de «positivismo jurídico» (sobre el particular, cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965).

Desde luego, es verdad que la dogmática positivista decimonónica identificaba el derecho con la ley formal⁹ (si se hace abstracción de la doctrina de la ley material¹⁰). Pero esta identificación es históricamente contingente: no depende de los postulados del positivismo jurídico, sino simplemente del hecho de que la ley formal era en aquella época –en Europa, y en régimen de Constitución flexible– la fuente suprema del derecho.

(1.2) Uno de los rasgos constitutivos del positivismo jurídico es la tesis de la separación entre derecho y moral¹¹. En realidad, se trata de una tesis bastante compleja y llena de implicaciones (más adelante aludiremos a una de ellas), que exigiría un desarrollo más detenido. En esta sede, sin embargo, es suficiente con lo que sigue: desde el punto de vista del positivismo jurídico, ni las normas jurídicas son, sólo por ello, justas ni las normas justas son, sólo por ello, jurídicas. Esto significa, entre otras cosas, que no existe obligación moral de obedecer las normas jurídicas, ni obligación jurídica de obedecer las normas morales.

Identificar ley y justicia es, por tanto, confundir derecho y moral. Así pues, contrariamente a la opinión de Zagrebelsky, la identificación de la justicia con la ley –lo que se conoce como legalismo (o formalismo) ético– es algo ajeno al positivismo jurídico. Es más bien una forma de iusnaturalismo o, en la terminología de Alf Ross, un «cuasi positivismo»: en suma, un falso positivismo¹².

Como también es una variante del iusnaturalismo la identificación –con la que también Zagrebelsky se muestra indulgente– de la justicia con la Constitución. Se trata de una forma de neolegalismo ético, en virtud del cual la Constitución (¿cualquier Constitución?) aparece como una especie de derecho natural vigente: intrínsecamente justo, merecedor de obediencia e inmodificable (al menos, en los principios y valores que lo caracterizan). Desde el punto de vista del positivismo jurídico, el hecho de que la Constitución incorpore determinados principios de justicia no excluye que pueda ser considerada injusta por cualquiera que acepte otras concepciones de justicia distintas. En efecto, los principios de justicia positivizados en la Constitución no son «la justicia», sino tan sólo la cristalización de algunas opiniones, controvertibles, sobre lo que es justo.

(2) Zagrebelsky no afirma expresamente en ninguna parte que los derechos subjetivos y los principios de justicia incorporados en las constituciones sean principios y derechos «naturales». Sin embargo, esta tesis

⁹ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico* (1979), Madrid, 1993, pp. 169 ss.

¹⁰ Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931; I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, II ed., Barcelona, 1988, cap. VIII.

¹¹ H. L. A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958), ahora en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 49 ss.; L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón* (1989), Madrid, 1995, pp. 213 ss., 218 ss. y 225 ss.

¹² A. ROSS, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural» (1961), trad. cast. en A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, 1991, pp. 21 ss.

es sugerida por él repetidamente y de diversas formas. Por ejemplo, él niega –por lo demás, sin argumentarlo– que la relación entre Constitución (rígida) y ley pueda ser configurada como una simple extensión del principio de legalidad también a la legislación, y sostiene en cambio que tal relación es asimilable a la que media entre el derecho natural y la ley positiva¹³.

Ahora bien, es verdad que muchas constituciones contemporáneas incorporan –mediante disposiciones que proclaman principios y atribuyen derechos– doctrinas políticas iusnaturalistas preexistentes. Pero también parece obvio que los derechos y principios incorporados en las constituciones, cualquiera que sea su origen histórico, son ya –precisamente en virtud de su constitucionalización– derecho *positivo*¹⁴. Las constituciones, como cualquier otra «ley», son precisamente derecho positivo: actos de voluntad (no actos de conocimiento de las «cosas»). Por tanto, puede convenirse con Zagrebelsky que el Estado constitucional se caracteriza por la «separación» de los derechos de la ley, pero a condición de entender esta expresión no ya en el sentido de que los derechos constitucionales sean derechos no-positivos, naturales, sino sólo en el sentido de que –en régimen de Constitución rígida– los derechos constitucionales ya no están a disponibilidad de la mayoría.

Por otro lado, una vez que ciertos derechos y principios han sido constitucionalizados, y por tanto han pasado a ser derecho positivo, ¿para qué insistir en que se trata en todo caso de derechos y principios «naturales», por su origen, si no incluso por su *status* actual? A mi entender, esta tesis responde a objetivos sutilmente políticos (de política jurídica, se entiende), entre los que se encuentran los siguientes:

a) En primer lugar, con esta afirmación se acredita la idea de que existe un (no mejor identificado) conjunto de normas llamado «derecho natural», y que el ordenamiento vigente lo incorpora en su conjunto. Esta idea, a su vez, justifica la tesis de que los principios y derechos vigentes en el ordenamiento no son sólo los expresamente formulados en la constitución, sino también todos los principios y derechos «naturales» que los constituyentes no han formulado¹⁵. De este modo, se legitima la integración del derecho constitucional escrito mediante la elaboración, por parte de los intérpretes (y singularmente del juez constitucional), de principios y derechos «naturales» inexpresos.

b) En segundo lugar, con esta afirmación se acredita la idea de que los principios y derechos constitucionales son –por cuanto «naturales»– absolutamente inmodificables, esto es, no susceptibles de revisión constitucional, incluso si no existe una norma constitucional que expresamente prohíba su revisión. De este modo, se justifica la actuación y la praxis de todos los tribunales constitucionales inclinados a reconocer límites inex-

¹³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 34, 115, 116, 119, 120.

¹⁴ Así también G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, pp. 97, 114, 116, 146.

¹⁵ Así, G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 56, con referencia a los derechos.

presos y/o lógicos a la revisión constitucional, con la consiguiente anulación de las leyes de revisión que pretendan rebasar tales límites.

c) En tercer lugar, se sugiere a los tribunales constitucionales la adopción de estilos discursivos y técnicas argumentativas de «derecho natural». Concretamente, se estimula a los tribunales constitucionales a ir más allá de la interpretación del texto constitucional y a evaluar la «justicia» de las leyes, con independencia de la constitución vigente¹⁶.

(3) Las ideas de Zagrebelsky sobre la ciencia jurídica pueden sintetizarse en tres tesis:

a) Ante todo, Zagrebelsky sostiene que la «ciencia del derecho positivo» —así la llama— debe ser una «ciencia práctica»¹⁷. Con ello entiende que la ciencia jurídica no debe ser un discurso meramente descriptivo; el discurso de la ciencia jurídica debe incluir también valoraciones y prescripciones.

b) Además, Zagrebelsky rechaza la idea —ya avanzada por Hans Kelsen¹⁸— de que la ciencia jurídica deba limitarse a inventariar los posibles significados de los textos normativos, dejando a los órganos de aplicación la elección de uno de los significados frente a otros. A su entender, es tarea de la ciencia jurídica sugerir a los jueces la interpretación correcta¹⁹.

c) Por último, Zagrebelsky entiende que la ciencia jurídica no debe limitarse a hacer interpretación «en abstracto» de los textos normativos (cosa, según él, carente de interés), sino que debe proponer la solución a los casos concretos²⁰.

Ahora bien, a decir verdad, la expresión «ciencia jurídica» es ambigua. A veces se usa para referirse al conocimiento del derecho vigente, o ciencia jurídica en sentido estricto (aunque, naturalmente, hay muchos modos de concebir esta ciencia). Otras veces se usa la misma expresión para designar (con un noble nombre) a la doctrina, esto es, al discurso de los juristas. Estas dos cosas son bastante diferentes. El conocimiento del derecho es —en virtud del significado mismo del término «conocimiento»— algo puramente descriptivo. La doctrina, por el contrario, es claramente una mezcla de discursos descriptivos, valorativos y prescriptivos: los juristas —más que ciencia del derecho— hacen *política* del derecho.

A causa de la ambigüedad de la expresión «ciencia jurídica», también las tesis de Zagrebelsky pueden entenderse de dos modos. Si se entienden como tesis relativas a la doctrina, entonces no tienen otro sentido que el de legitimar el trabajo habitual de los juristas, tal y como es. Si se entienden, por el contrario, como tesis relativas al conocimiento del derecho,

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 116, 134, 142, 144, 146, es bastante explícito a este respecto.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 121.

¹⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), México, 1983, pp. 355 ss.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 133 ss., p. 145.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 131 ss., p. 145.

contrastan radicalmente con el ideal positivista de ciencia jurídica como discurso *avalorativo*²¹.

Conviene distinguir al menos cuatro tipos de discursos sobre el derecho: (i) la descripción del derecho vigente; (ii) el inventario de las posibilidades interpretativas de los textos normativos; (iii) las propuestas de *sententia ferenda*; (iv) la valoración ético-política del derecho vigente.

Pues bien, desde el punto de vista del positivismo jurídico, sólo los discursos del primer y segundo tipo tienen carácter cognoscitivo y forman parte de la ciencia jurídica estrictamente entendida; los del segundo tipo son (no ciencia, sino) política jurídica; los del cuarto tipo son discursos *lato sensu* morales.

2. DERECHO DÚCTIL Y PRINCIPIOS

Hablando en términos generales, puede decirse que el positivismo jurídico concibe el derecho como un conjunto de normas, y las normas como enunciados que atribuyen consecuencias jurídicas precisas (por ejemplo, el nacimiento de obligaciones y derechos) a no menos precisas circunstancias fácticas o supuestos de hecho. Es ésta una de las razones que inducen a Zagrebelsky –siguiendo los mismos pasos de Ronald Dworkin²²– a sostener que el positivismo jurídico es una teoría inadecuada para dar cuenta del derecho contemporáneo. Según Zagrebelsky, en efecto, los ordenamientos de los Estados constitucionales están llenos de principios, y los principios son distintos a las normas.

Por otra parte, en el corto espacio de dos o tres páginas, Zagrebelsky ofrece al menos cuatro caracterizaciones diferentes (aunque no incompatibles) de los principios²³.

a) En primer lugar, los principios no guían los comportamientos, sino que orientan las actitudes; no son reglas de conducta, sino criterios de valoración de la conducta. Lo cual parece querer decir que los principios no son prescripciones, sino juicios de valor.

b) En segundo lugar, los principios carecen de «supuesto de hecho», de manera que no pueden ser aplicados mediante simple subsunción (no existe un supuesto de hecho abstracto al que puedan reconducirse los distintos supuestos de hecho concretos).

c) En tercer lugar, los principios son normas materialmente constitucionales, o «constitutivas» del ordenamiento; lo que significa –si entiendo bien– que son normas que caracterizan la identidad axiológica del ordenamiento.

²¹ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 105 ss., 121 ss., 141 ss. Es ésta una de las implicaciones de la tesis de la separación entre Derecho y moral.

²² R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, 1984, esp. pp. 31 ss.

²³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 110 ss.

d) En cuarto lugar, los principios no se prestan a una interpretación «en abstracto», pues: por un lado, su formulación no plantea dudas interpretativas (su significado es autoevidente); por otro lado, adquieren sentido sólo reaccionando ante los casos concretos.

Este esfuerzo definatorio se me antoja admirable, pero no estoy seguro de que haya logrado su objetivo. No hay que censurar a Zagrebelsky por esto. Su dificultad para definir con rigor la noción de principio es sólo testimonio de un problema que preocupa, puede decirse, a toda la teoría del derecho contemporánea²⁴.

(1) No pretendo contestar la tesis, a primera vista plausible, de que el derecho esté compuesto de normas y principios. Quisiera sólo resaltar algunas dificultades conceptuales.

¿Cómo distinguir entre normas y principios? Si no me equivoco, esta distinción ha sido trazada al menos de cinco modos distintos (aun cuando algunos de ellos puedan entenderse como distintas formulaciones de una misma tesis)²⁵.

(i) Una primera teoría pretende distinguir los principios en virtud de su formulación: las disposiciones que contienen principios están formuladas en un lenguaje extremadamente vago, indeterminado. Zagrebelsky, por el contrario, parece pensar que la formulación de los principios es tan clara que ni siquiera requiere interpretación.

(ii) Una segunda teoría pretende distinguir los principios en virtud de su contenido normativo. Esta teoría conoce al menos dos variantes: a) Algunos entienden que los principios se distinguen por su generalidad, esto es, por la amplitud de su campo de aplicación. b) Otros –y entre ellos Zagrebelsky– piensan que los principios, a diferencia de las normas, dirigen no los comportamientos, sino las actitudes.

(iii) Una tercera teoría pretende distinguir los principios en virtud de su estructura: los principios no son reconducibles a la forma estándar de las normas, que conectan una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho condicionante («Si se da el supuesto de hecho H, entonces se sigue la consecuencia jurídica J»), porque o carecen totalmente de supuesto de hecho o, cuando menos, presentan un supuesto de hecho abierto. Este punto de vista, por lo demás, es susceptible de dos interpretaciones: a) Primera: los principios son normas (no hipotéticas, sino) categóricas. b) Segunda: los principios son normas que carecen de un campo de aplicación preciso (o, quizá, carecen de cualquier campo de aplicación). No está clara cuál sea la opinión de Zagrebelsky en este punto.

²⁴ Cfr., por ejemplo, R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit.; G. R. CARRIÓ, «Principi di diritto e positivismo giuridico» (1970), en R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, pp. 75 ss.; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, cap. III; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milán, 1990, pp. 258 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Turín, 1992, pp. 143 ss.; L. PRIETO, *Sobre principios y normas*, Madrid, 1992; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Tre approcci ai principi di diritto», en *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9 ss.

²⁵ Cfr. R. GUASTINI, «I principi nel diritto vigente», en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *La regola del caso*, Padua, 1995, pp. 113 ss.

(iv) Una cuarta teoría pretende distinguir los principios en virtud de la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. También esta teoría conoce dos variantes: *a)* Según algunos, los principios son normas «fundamentales», esto es, constituyen el fundamento, la justificación axiológica, de otras normas. *b)* Según otros, los principios son normas que caracterizan la identidad «material» —es decir, axiológica— del ordenamiento, de manera que al alterar los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento. Zagrebelsky parece compartir esta última idea.

(v) Por último, una quinta teoría pretende distinguir los principios en virtud del modo en que funcionan en la interpretación y en el razonamiento. En particular: *a)* los principios no admiten una interpretación literal; *b)* los principios orientan la interpretación del resto de las normas del ordenamiento (las normas de detalle deben ser interpretadas de modo que sean coherentes con los principios); *c)* la aplicación de los principios no puede asumir la forma de la subsunción; *d)* los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la «ponderación». Zagrebelsky comparte claramente las dos últimas tesis; probablemente comparta también las dos primeras.

Desgraciadamente, sin embargo, ninguna de estas teorías es del todo persuasiva²⁶.

Para empezar, todas ellas comparten un defecto, a mi juicio, fatal: asumen que hay un único tipo de principios, o que en cualquier caso todos los principios poseen una o más propiedades comunes, y que por tanto todos pueden ser reconducidos a un concepto unitario. Este planteamiento, claramente, olvida la gran variedad tipológica de los principios²⁷.

Además, ninguna de estas teorías permite identificar los principios de forma rigurosa. No pretendo desarrollar este punto exhaustivamente: me contentaré con ofrecer algún detalle.

Es dudoso que la vaguedad de la formulación sea un rasgo característico de los principios: por el contrario, puede sostenerse que la vaguedad es un elemento común a cualquier enunciado prescriptivo, se trate de una norma o de un principio. Como mucho, podría decirse que los principios son formulados de modo relativamente más vago que las otras normas. Pero, desde este punto de vista, la indeterminación es sólo cuestión de

²⁶ Mientras escribo esto, me encuentro con una decisión de la Corte constitucional italiana (Corte cost. 79/1996), en la que se atribuye el *status* de «principio fundamental», vinculante para la legislación regional, al artículo 3 bis del Decreto-ley 361/1987 (introducido mediante ley de conversión 441/1987), que dispone lo siguiente: la junta regional aprueba los proyectos de nuevas plantas de tratamiento y almacenaje de residuos, sobre la base de los resultados de una conferencia, en la que participarán los responsables de los departamentos regionales competentes y los representantes de los entes locales interesados; la conferencia determinará y valorará todos los elementos relativos a la compatibilidad del proyecto con las exigencias ambientales y territoriales; la aprobación del proyecto constituirá, si fuera preciso, una variante del instrumento urbanístico general. Sería interesante interrogar al respecto a cuantos teorizan sobre la distinción entre normas y principios, porque la disposición mencionada no parece satisfacer ninguna de las definiciones de principio habituales en la literatura jurídica.

²⁷ Cfr. R. GUASTINI, «Su i principi di diritto», en *Diritto e società*, 1986, pp. 601 ss.; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Tre approcci ai principi di diritto», cit.

grado. Y, lamentablemente, no disponemos de una unidad de medida de la indeterminación.

Resulta igualmente dudoso que todos los principios padezcan de indeterminación. Por ejemplo, el principio *lex posterior derogat priori*, el principio de irretroactividad de la ley penal o el principio de sujeción del juez a la ley no parecen en modo alguno indeterminados: en todo caso, no más que cualquier otra norma.

La tesis de que todos los principios carecen de supuesto de hecho, o tienen un supuesto de hecho abierto, produce perplejidad. Por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, si se entiende en el sentido de que es constitucionalmente ilegítima cualquier ley que discrimine entre los ciudadanos (en función del sexo, la raza, las creencias religiosas, etc.), no parece en absoluto carente de supuesto de hecho. Desde luego, es cuestión de interpretación: una misma disposición puede entenderse como norma específica (provista de supuesto de hecho) o como principio (carente de supuesto de hecho). Pero, si esto es así, entonces debemos concluir que la interpretación es capaz de transformar los principios en normas y las normas en principios. De este modo, la distinción entre normas y principios desaparece completamente. Ya no podrá decirse, a nivel de teoría del derecho, que el derecho está compuesto de normas y principios. Tan sólo podrá decirse, a nivel de metajurisprudencia descriptiva o de historia de las doctrinas jurídicas, que algunos juristas interpretan ciertas disposiciones como normas y otras como principios.

También la tesis de que los principios son normas «fundamentales» o «caracterizadoras» confía la identificación de los principios a un subjetivo juicio de valor de los intérpretes, desde el momento en que «fundamental» y «caracterizador» no denotan propiedades empíricas. De nuevo, no podrá decirse que en el derecho existan normas y principios, sino que deberá afirmarse, más modestamente, que algunos juristas algunas veces tratan algunas disposiciones como principios y otras como normas.

En cuanto a la idea, propia de Zagrebelsky, de que los principios no requieren interpretación «en abstracto» porque su significado resulta evidente, es una idea insostenible. La interpretación en abstracto —es decir, la interpretación textual— es una operación lógicamente necesaria para, y previa a, cualquier interpretación en el caso concreto. Esta tesis parece no tener más sentido que el de legitimar una interpretación *variable* de las disposiciones de principio, con claros resultados de inseguridad jurídica e imprevisibilidad de las decisiones judiciales.

(2) Zagrebelsky es partidario de la doctrina —por lo demás, compartida por muchos tribunales constitucionales— según la cual los conflictos (las antinomias) entre principios constitucionales deben resolverse mediante la llamada técnica de la «ponderación»²⁸.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 124. Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit.; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III. Un análisis de la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milán, 1992.

Puede suceder (en realidad, sucede con frecuencia) que dos principios –igual que les ocurre a las normas– entren en conflicto. Sin embargo, según la doctrina en cuestión, los conflictos entre principios, y en particular los conflictos entre principios constitucionales, no pueden o no deben resolverse con las mismas técnicas usadas habitualmente para resolver conflictos entre normas.

La solución de los conflictos entre normas está gobernada, en el ordenamiento italiano como en tantos otros, por tres reglas o criterios de solución:

(i) *Lex superior derogat inferiori*: la norma superior prevalece sobre la inferior, en el sentido de que esta última es inválida.

(ii) *Lex posterior derogat priori*: la norma más reciente prevalece sobre la más antigua, en el sentido de que esta última es (no inválida, sino) derogada.

(iii) *Lex specialis derogat generali*: la norma (relativamente) más específica excepciona a la (relativamente) más general; ambas son válidas y vigentes, pero la norma general no encuentra aplicación (resulta derogada) allí donde es aplicable la norma particular.

Pero ninguna de estas reglas –se dice– es idónea para resolver los conflictos entre principios, particularmente entre principios constitucionales. Desde luego no es aplicable la regla *lex superior*, pues se está hablando, en hipótesis, de principios entre los que no existe ninguna relación jerárquica, al situarse ambos a nivel constitucional. Tampoco es aplicable la regla *lex posterior*, pues se está hablando de principios establecidos, en hipótesis, por un mismo documento normativo, y por tanto coetáneos.

No se comprende, en cambio, por qué no puede aplicarse la regla *lex specialis*, que es precisamente el criterio de resolución de antinomias comúnmente empleado para resolver conflictos –meramente aparentes, como suele decirse– entre normas contiguas, contenidas en un mismo documento normativo, y por tanto coetáneas y pari-ordenadas.

Supongamos que un primer principio P_1 establece que «Si H_1 , entonces J», y que un segundo principio P_2 establece que «Si H_2 , entonces no-J». Supongamos además que las circunstancias H_1 y H_2 se presentan juntas (lo que equivale a decir que estamos en presencia de un supuesto de hecho que cae en el campo de aplicación de ambos principios). De aquí deriva que ambos principios son aplicables: pero, aplicando P_1 , la consecuencia jurídica debería ser J; mientras que, aplicando P_2 , la consecuencia jurídica sería no-J.

Pues bien, usando la regla *lex specialis*, el conflicto podría resolverse, sencillamente, reformulando en sede interpretativa uno de los dos principios, en concreto introduciendo en él una cláusula de excepción o exclusión. Por ejemplo: P_1 debe entenderse en el sentido de que «Si H_1 y no- H_2 , entonces J». De este modo, la consecuencia jurídica J no se sigue del supuesto de hecho H_1 cuando éste se presenta conjuntamente con H_2 . En

presencia de H_2 , la consecuencia jurídica es no-J, a pesar de la presencia de H_1 .

Sin embargo, según la doctrina que estamos examinando, los conflictos entre principios no se resuelven mediante el criterio de la *lex specialis*, sino mediante la «ponderación» de los propios principios *en el caso concreto*. Con ello se alude a una operación intelectual que, desde el punto de vista del análisis lógico, presenta tres características notorias:

a) La primera característica de la ponderación consiste en una peculiar *interpretación* de los principios en juego (o de las disposiciones que los contienen).

Para aclarar este punto es preciso retomar previamente la clasificación de las antinomias propuesta por Alf Ross²⁹. A veces, dos normas, N_1 y N_2 , establecen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen totalmente, de manera que todo supuesto de hecho que caiga en el campo de aplicación de N_1 caerá también en el campo de aplicación de N_2 («*antinomia total-total*»). Otras veces, la clase de supuestos de hecho disciplinada por una de las normas, N_1 , está enteramente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho disciplinada de forma incompatible por la otra norma, N_2 , de manera que el conflicto sólo se produce en los supuestos de hecho disciplinados (también) por N_1 («*antinomia total-parcial*»). Por último, otras veces, las dos normas disciplinan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente: algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho disciplinados por N_1 coinciden con algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho disciplinados de forma incompatible por N_2 , de manera que sólo en estos casos se presenta el conflicto («*antinomia parcial-parcial*»).

Ahora bien, la ponderación de principios presupone ante todo que los dos principios implicados, P_1 y P_2 , se interpreten en el sentido de que las clases de supuestos de hecho disciplinados por ellos se superpongan sólo parcialmente, de manera que la antinomia resultante sea del tipo «parcial-parcial». En efecto, si la antinomia fuese del tipo «total-total», sería sencillamente irresoluble. Si fuese del tipo «total-parcial», podría —más aún, debería— resolverse mediante el criterio de especialidad.

b) La segunda característica notable de la ponderación es la institución de una jerarquía *axiológica* entre los principios en juego. Una jerarquía *axiológica* es una relación de valor establecida (no por las propias fuentes, sino) por el intérprete: precisamente, mediante un juicio de valor³⁰.

Para resolver una antinomia del tipo «parcial-parcial» no hay otro modo que atribuir a una de las normas en conflicto mayor «peso», o sea mayor «valor», que a la otra. La norma dotada de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma *axiológicamente* inferior sucumbe, en el sentido en que es dejada de lado.

²⁹ A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, § 26.

³⁰ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, pp. 42 ss.

c) La tercera característica relevante de la ponderación consiste en lo siguiente: para establecer la jerarquía *axiológica*, el juez no evalúa los dos principios en abstracto, sino que evalúa el posible impacto de su aplicación *al caso concreto*. Si el resultado que, en el caso concreto, produciría la aplicación del principio P₁ le parece *más justo* (o menos injusto) que el resultado que derivaría de aplicar el principio P₂, entonces el principio P₂ será, en el caso concreto, dejado de lado, mientras que el principio P₁ será, en el caso concreto, aplicado.

Nótese, «en el caso concreto». Con esta precisión quiere señalarse que no está en absoluto excluido que, en un caso distinto, sea la aplicación de P₂ la que produzca resultados estimados más justos (o menos injustos) que los producidos por la aplicación de P₁, y que, por tanto, en este caso, P₁ sea dejado de lado y P₂ aplicado. En otras palabras, la jerarquía establecida entre los dos principios en conflicto es una jerarquía *móvil*, cambiante: en un caso se atribuye mayor peso o valor a P₁, en otro caso distinto se atribuirá mayor peso o valor a P₂.

La ponderación de principios se funda, por tanto, en una peculiar interpretación de los principios en juego, así como en un subjetivo juicio de valor (un juicio en términos de «justicia») del juez. De este modo, el juez impone su propia valoración frente a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente). Además, el conflicto no es resuelto *de manera estable*, de una vez para siempre, dando prevalencia, sin más, a uno de los dos principios en conflicto sobre el otro (como, en cambio, ocurriría si se adoptase el criterio de la *lex specialis*); cada solución al conflicto vale sólo para el caso concreto, con lo cual sigue siendo imprevisible la solución que recibirá el mismo conflicto en casos futuros.

3. DERECHO DÚCTIL E INTERPRETACIÓN

La doctrina de la interpretación de Zagrebelsky puede ser resumida en dos simples tesis³¹:

(i) Por «interpretación» debe entenderse la búsqueda de la regla adecuada al caso.

(ii) El caso determina la interpretación del derecho, o bien: el significado de los textos normativos depende de las «exigencias del caso concreto». En otras palabras, el intérprete debe proceder del caso a la norma, y no a la inversa: primero debe dar un «sentido» o «valor» al caso, luego buscar la norma adecuada.

Estas tesis suscitan no poca perplejidad.

La tesis que reduce la interpretación a la búsqueda de la regla adecuada al caso, en sí misma, constituye tanto una indebida reducción de la

³¹ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 131 ss. y 136 ss.

interpretación en general a la interpretación específicamente judicial, cuanto una total devaluación de la interpretación en abstracto. Esta posición, como ya se ha dicho, forma parte de una concepción antipositivista de la ciencia jurídica. No es preciso añadir nada más al respecto.

Por el contrario, la tesis de la «prioridad del caso concreto sobre la norma» —así podríamos llamarla— merece un breve comentario adicional. Esta tesis constituye el núcleo de una doctrina prescriptivista³² de la interpretación y de la decisión judicial, cuyo contenido parece ser el siguiente.

El juez, según Zagrebelsky, debe adaptar el significado de los textos normativos a las exigencias de justicia «sustantiva»³³ del caso concreto, con independencia de «la letra» de los textos normativos³⁴ (es decir, con independencia del significado común de las palabras) e incluso contra la voluntad del legislador³⁵. En otras palabras, el juez debe —primero— decidir el caso en justicia (esto es, de acuerdo con sus propias ideas de justicia) y —después— buscar en el ordenamiento la norma idónea para justificar su decisión: reinterpretando, si fuera preciso, los textos normativos existentes a fin de recabar a partir de ellos la norma adecuada. Cualquier método de interpretación es válido para este objetivo³⁶.

En cuanto doctrina de la interpretación, esta concepción desacredita radicalmente el valor liberal de la estabilidad de la interpretación y de la uniformidad jurisprudencial. Según esta doctrina, el significado de los textos normativos no debe ser constante, determinado de una vez para siempre por una jurisprudencia constante y uniforme, sino que, por el contrario, debe ser flexible, cambiante, en concordancia con las cambiantes exigencias de justicia: con evidente menoscabo del principio constitucional de igualdad³⁷.

En cuanto doctrina de la decisión judicial, esta concepción subordina el valor liberal de la certeza y previsibilidad de las decisiones al valor de la justicia en el caso concreto.

³² No es ésta, sin embargo, la opinión de G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 145, quien escribe que «aquí no se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación. [...] Aquí se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento».

³³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 148.

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 146.

³⁵ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 134: «las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla».

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 134.

³⁷ Cfr., por ejemplo, en la jurisprudencia italiana reciente, *Cass.pen.*, sez. III, 23 febr. 1994, DI CHIARA: «La interpretación uniforme de la ley significa igualdad de trato para los ciudadanos ante la ley, de modo que la nomofiláctica es expresión directa de un principio de la Constitución» (*Cass.pen.* 1995, 1264).

El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)

Por LUIS PRIETO SANCHÍS

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. *El manifiesto antipositivista del constitucionalismo.* 2. *Las tesis fundamentales del positivismo.* 3. *Principios constitucionales y principios generales del Derecho.* 4. *Los principios y la estructura de la norma.* 5. *Los principios y las fuentes del Derecho.* 6. *Los principios y la teoría de la interpretación.* 7. *Constitucionalismo y teoría del Derecho. El positivismo metodológico: a) algunas claves de una nueva cultura jurídica; b) Zagrebelsky y el positivismo metodológico.* 8. *En favor de un constitucionalismo moderadamente positivista.* 9. *Observación final.*

1. EL MANIFIESTO ANTIPOSITIVISTA DEL CONSTITUCIONALISMO

La obra de Gustavo Zagrebelsky se muestra como uno de los más vigorosos y provocativos testimonios de un Derecho y de toda una cultura jurídica que se proclaman nuevos y que tal vez pudieran sintetizarse en dos palabras: constitucionalismo de principios. Cuáles sean los rasgos característicos y las implicaciones de este constitucionalismo no es cuestión que pueda resumirse en un puñado de afirmaciones categóricas, pero acaso Robert Alexy, un autor cuyo pensamiento presenta más de una analogía con el de Zagrebelsky, nos ofrezca una primera aproximación bastante orientativa: valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en

lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución (R. Alexy, 1994, p.160). *El Derecho dúctil*, que es un manifiesto sobre el fin del Estado de Derecho decimonónico, sin duda integra y desarrolla cada uno de estos elementos, que son otros tantos síntomas de la profunda enfermedad del modelo político alumbrado por el liberalismo. Ciertamente, el constitucionalismo de principios, a diferencia de los totalitarismos que ha conocido el siglo XX europeo, no sería la negación del viejo Estado de Derecho, sino su superación positiva y enriquecedora.

Ahora bien, con independencia de lo acertado del diagnóstico aquí tan sólo esbozado, ¿en qué medida la transformación del orden jurídico, por lo demás no radical o negadora, puede o debe proyectarse sobre la concepción del Derecho?

No creo que ningún positivista o iusnaturalista consecuente aceptase de manera pacífica dicha proyección, pues tradicionalmente las tesis de uno y otro pretenden tener que ver con el concepto de Derecho, de todo Derecho, con independencia de las formas o manifestaciones contingentes que pueda adoptar: que lo jurídico sea un fenómeno social empírico o una realidad metafísica, que requiera o no satisfacer alguna pretensión de justicia, que genere o no una obligación moral de obediencia, etc., son afirmaciones que pueden mantenerse (o que desean poder hacerlo) tanto para el simple Derecho primitivo como para el complejo orden jurídico contemporáneo, lo mismo en el Estado alemán del nacionalsocialismo que en el Estado liberal democrático. Y, sin embargo, el constitucionalismo de principios sostiene como evidente que el particular sistema jurídico que él mismo encarna ha de influir en la concepción del Derecho; más concretamente, que exige ensayar una tercera vía entre el viejo Derecho natural racionalista, abstracto y sistematizador y un positivismo que se presenta como la filosofía jurídica necesariamente unida a un modelo de Derecho ya hoy en clara bancarrota.

Si he entendido bien, Zagrebelsky concibe en íntima relación sociedad política, Derecho e ideología jurídica. En pocas palabras éste sería su hilo conductor: la Europa del siglo XIX fue una sociedad «monista», presidida de manera exclusiva por los valores de la burguesía liberal; dicha sociedad dio lugar al Estado de Derecho basado en una idea fuerte de soberanía y en la omnipotencia de la ley; y, a su vez, esta organización política alentó una particular cultura jurídica, el positivismo. Hoy, en cambio, vivimos en una sociedad pluralista que reclama una coexistencia de valores; esa exigencia ha quedado plasmada en las Constituciones de la postguerra; y son estas Constituciones las que requieren un Derecho y una ideología jurídica dúctil que sirva de alternativa al positivismo. Hay que reconocer que la tesis se apoya en una de las paradojas que encierra la ambigua expresión «positivismo», pues hacer depender una concepción del Derecho del Derecho mismo y, a la postre, del tipo de sociedad política, implica reconocer implícitamente que no hay proposición científica neutra o no comprometida, lo que se

aviene con un cierto positivismo histórico-sociológico o, quizás más exactamente, con la sociología del conocimiento. Pero, a su vez, si fuera cierto que el positivismo jurídico no es capaz de sobrevivir en el Estado constitucional, es que habría fracasado en su postulado más básico: construir una explicación del Derecho al margen de las formas y contenidos que el mismo adopta.

Pero en la denuncia de esta presunta incompatibilidad entre constitucionalismo y positivismo hay que reconocer que Zagrebelsky no está solo.

Pese al victimismo de algunos antipositivistas que se complacen en ser minoría, creo que no es aventurado decir que hoy es precisamente el positivismo quien se bate en retirada. A veces, el argumento se muestra de forma expresa, aunque no muy desarrollada: ya hace más de treinta años escribía Matteucci que «el constitucionalismo, en la medida en que afirma la exigencia de dotar de superioridad y hacer inmodificables las normas superiores, no hace sino retomar un motivo propio de la tradición iusnaturalista» (N. Matteucci, 1963, p. 1046). Y más recientemente se sigue escuchando que «es claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo, resulta del todo incompatible con el constitucionalismo» (M. Troper, 1988, p. 63); o bien que «el constitucionalismo contemporáneo renueva el círculo con las doctrinas racionalistas del derecho natural que parecía disuelto de manera irreparable a causa de la mala voluntad del positivismo» (M. La Torre, 1993, p. 92).

Pero en Zagrebelsky no sólo se denuncian contradicciones entre constitucionalismo y positivismo, sino que se pretende construir todo un modelo de Derecho constitucional abiertamente superador del positivismo: el nuevo Derecho constitucional no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho del XIX, sino su transformación superadora, y tal transformación no puede dejar de afectar a la filosofía jurídica nacida a su abrigo (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, pp. 51 ss.); por eso, la «supervivencia “ideológica” del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado» (*Ibidem*, p. 65). La supervivencia inercial del positivismo sería, pues, un ejemplo de cómo la realidad camina más deprisa que las ideas, pero también de cómo éstas, al final, han de rendirse ante la realidad. Una rendición de la que, al parecer, ya no sólo levantan acta los constitucionalistas más perspicaces e inquietos, sino también toda una filosofía del Derecho que, precisamente tomando como base al Derecho constitucional, se muestra decididamente antipositivista; éste es el caso de autores tan renombrados como Habermas, Dworkin, Alexy, Nino o Soper. Pero ¿en qué medida el constitucionalismo de principios resulta incompatible con el positivismo?, ¿qué clase de filosofía del Derecho reclama? La respuesta no es en modo alguno sencilla ni, por cierto, rotunda; y ello aunque sólo sea porque los dos términos que componen la pre-

sunta contradicción se muestran sumamente ambiguos y sus distintos significados pueden combinarse de muy diversas maneras. De un lado, en efecto, el de principios es un concepto jurídico lável y escurridizo en torno al cual se han tejido distintas polémicas sobre la naturaleza del Derecho, la estructura de la norma, la teoría de las fuentes y de la interpretación, la pervivencia del Derecho natural, etc. De otra parte, algo parecido ocurre con el positivismo; son varios los significados que adopta esta expresión en el lenguaje de los juristas que se reclaman positivistas y me temo que muchos más en el de los antipositivistas. A fin de ir desbrozando el camino, analizaremos primero en qué sentido se puede ser positivista, para estudiar más tarde qué características o requerimientos del constitucionalismo de principios se muestran en algún sentido antipositivistas.

2. LAS TESIS FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO

De las numerosas caracterizaciones del positivismo tal vez una de las más divulgadas y clarificadoras sea la propuesta por Bobbio: positivismo jurídico como metodología o forma de aproximarse al Derecho; positivismo jurídico como teoría o modo de entender el Derecho, que a su vez comprende una serie de tesis independientes acerca de la naturaleza de la norma, del sistema jurídico y de la interpretación; y, por último, positivismo jurídico como ideología, que supone un cierto punto de vista acerca de la justicia del Derecho y de la obligación moral de obediencia al mismo y que, al menos en sus versiones más extremas, creo que resulta incompatible con la primera acepción (N. Bobbio, 1961, pp. 151 ss.)

La tesis central del positivismo como metodología es la que Hoerster denomina de la neutralidad. Neutralidad significa aquí una aproximación avalorativa al concepto de Derecho, entendiendo que éste puede ser definido como un hecho, no como un valor (N. Hoerster, 1992, pp. 9 ss.; también R. Guastini, 1990, p. 227) y, por tanto, con independencia de la valoración que merezca su contenido. De aquí derivan al menos tres consecuencias importantes: *a)* que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; *b)* que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del Derecho; *c)* que, por tanto, la definición del Derecho no dice nada, ni a favor ni en contra, acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia (*vid.* R. Guastini, 1990, pp. 288 ss.). En definitiva, el contenido mínimo del positivismo metodológico se compone de estas dos ideas: que la existencia de las normas no depende de que satisfagan algún particular valor moral, y que el Derecho es siempre obra de decisiones humanas o, como suele decirse, que tiene un origen social (*vid.* J. Raz, 1979, pp. 75 ss.; N. MacCormick, 1982, pp. 159 ss.)

Bajo la denominación de positivismo teórico suelen reunirse una serie de tesis independientes entre sí acerca de lo que suele llamarse «naturaleza» del Derecho. Aunque no resulte del todo claro cuáles sean concretamente esas tesis, cabe formular las siguientes: *a)* la vinculación del Derecho con la fuerza, bien en el sentido de que las normas necesitan del respaldo de la fuerza, bien en el sentido de que regulan y organizan dicha fuerza; *b)* una concepción rigurosamente estatalista del Derecho que atribuye a la ley el cuasi monopolio de la producción jurídica (legalismo); *c)* una teoría imperativista de la norma jurídica, que concibe principalmente a ésta como norma de conducta dirigida a los ciudadanos; *d)* la idea del Derecho como sistema, es decir, como conjunto ordenado de normas que forman una unidad plena y carente de contradicciones; *e)* finalmente, una teoría mecanicista de la interpretación, según la cual la aplicación del Derecho se ajusta al método de la subsunción donde el juez desempeña una función «neutra» o de simple autómatas.

Si bien, como he dicho, estas tesis han sido interpretadas y defendidas de distintas maneras e incluso algunas pueden considerarse hoy abandonadas, me interesa subrayar que la citada en último lugar no es asumida en la actualidad por ningún positivista, sino acaso paradójicamente por algún antipositivista como Dworkin (me remito a mis trabajos de 1985, pp. 353 ss., y de 1993, pp. 69 ss.). Al contrario, hace décadas que el positivismo defiende la tesis opuesta de la discrecionalidad judicial, que considera la interpretación como una actividad más o menos sujeta a las normas, pero donde se mantiene siempre un espacio de libertad o discrecionalidad. Todo ello tiene una importante consecuencia, y es que el juez se convierte en un órgano de creación jurídica; sin duda, en un órgano peculiar cuyo *modus operandi* le distingue del legislador, pero en un órgano que, al fin y al cabo, asume al menos en parte la responsabilidad creadora por la decisión que adopta (*vid.* L. Prieto, 1987, pp. 108 ss.)

Finalmente, el positivismo como ideología suele presentarse en dos versiones. En una primera, más radical, viene a decir que el Derecho representa el criterio inapelable de lo justo y de lo injusto, de donde se deduce una obligación moral incondicionada de obediencia al Derecho. Parece que, como dice Hoerster, ésta es una de esas tesis insostenibles que han sido «reiteradamente imputadas a los iuspositivistas por sus adversarios pero nunca han sido sostenidas por los propios iuspositivistas» (N. Hoerster, 1992, p. 10), salvo acaso —cabría decir— por Hobbes, si es que Hobbes merece el calificativo de positivista (*vid.* T. Hobbes, 1642, cap. XXII, p. 192). A su vez, en la versión más moderada, el positivismo ideológico sostiene que el Derecho, por el mero hecho de ser un orden regular de convivencia, garantiza ciertos valores morales, como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, etc. Con todo, en cualquiera de sus versiones, creo que el positivismo ético resulta ser una tesis muy poco positivista, pues traiciona uno de sus postulados básicos, que es la aproximación neutral al Derecho en la que no tienen cabida planteamientos de obligatoriedad moral.

3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Si el constitucionalismo de principios se declara hoy decididamente antipositivista, en justa reciprocidad tampoco puede decirse que la tradición positivista se haya mostrado muy benévola con la idea de principios. Sin embargo, aquí conviene introducir una distinción importante: los principios constitucionales no plantean, o no plantean necesariamente, los mismos problemas que los viejos principios generales del Derecho y, aunque su falta de simpatía con el positivismo es igualmente clara, responde a motivos muy diferentes. La diferencia estriba en lo siguiente: los principios generales del Derecho son, por definición, normas implícitas o normas que se obtienen a partir de otras normas según «un procedimiento lógicamente arbitrario» (R. Guastini, 1986, pp. 173 ss.), mientras que los principios constitucionales son o suelen ser normas explícitas, esto es, el significado de enunciados lingüísticos.

En efecto, la aceptación de los principios generales del Derecho en cuanto que normas implícitas depende de la aceptación de estas dos afirmaciones: primera, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener una norma que es considerada premisa o consecuencia de normas vigentes; y segunda, que la regla así obtenida constituye de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple «repetición» acaso los principios servirían para ofrecer una descripción más simple o resumida del Derecho o de algún sector normativo, pero evidentemente no servirían como «fuente» que se aplica en defecto de ley o de costumbre (*vid.* J. Wroblewsky, 1989, p. 154). Por tanto, los principios a los que se refiere el Código Civil suponen un presunto Derecho latente, un Derecho que no se capta del mismo modo que se captan la ley o la costumbre, pero que, no obstante, al parecer existiría. En suma, algo bastante difícil de comprender desde una perspectiva no metafísica.

Por eso, los principios generales del Derecho nunca han resultado muy populares (*vid.*, por ejemplo, la opinión de Sánchez Román, en F. C. de Diego, 1979, p. 28). Algunos los califican de oscuros (F. Ezquiaga, 1987, p. 69), denuncian la existencia de un *pôtpourri* de concepciones dispares a propósito de los mismos (L. Díez Picazo, 1973, p. 206) o muestran su perplejidad ante las «distintas entidades, reales o imaginarias, calificadas por las más disparatadas propiedades» (P. Salvador, 1985, p. 444); otros, más categóricos, ironizan diciendo que tales principios «constituyen para este relator una realidad impenetrable acerca de la cual no se siente calificado para razonar» (F. Rubio, 1986, p. 110). Tampoco Tarello se muestra complaciente: «el argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve de vez en cuando para cubrir disparatadas operaciones» (G. Tarello, 1980, p. 385). Y, en fin, no falta quien afirma sin más que «los principios jurídicos no existen» y que «si existiesen, no podrían en ningún caso ser generales» (R. Hernández Marín, 1986, p. 311).

Ciertamente, estos reproches podrían hacerse extensibles a determinadas concepciones de los principios constitucionales. Tal vez este sea el caso de Dworkin, sobre el que más tarde volveremos, pero me parece que no el de Zagrebelsky. Con toda rotundidad escribe el profesor italiano que los principios constitucionales representan «el mayor rasgo de orgullo del Derecho positivo... La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 178). Si lo entiendo bien, ello significa que los principios constitucionales o bien se expresan en forma de enunciados lingüísticos emitidos por órganos creadores de Derecho (leyes en sentido amplio, sentencias), o bien representan una práctica social verificable (costumbres), únicas formas de manifestarse la experiencia jurídica; luego entonces estos principios son plenamente inteligibles desde una óptica positivista. ¿Dónde se halla, pues, el punto de discordia?

4. LOS PRINCIPIOS Y LA ESTRUCTURA DE LA NORMA

Los principios constitucionales han sido muchas veces criticados o, simplemente, se les ha negado valor normativo por su carácter ambiguo, vago, elástico, incompleto, etc., que representaría una invitación al desbordamiento del activismo judicial. Esta actitud se puede descubrir ya en la famosa polémica entre Schmitt y Kelsen a propósito de la justicia constitucional, donde por una vez ambos juristas coinciden: para Schmitt, los principios sólo «abusivamente (pueden ser) designados como normas» (C. Schmitt, 1931, p. 45); y, en opinión de Kelsen, resultan muy peligrosos pues «podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes», si bien «esta interpretación sería evidentemente equivocada» (H. Kelsen, 1928, p. 142). Lo curioso es que esta desconfianza pudiese ser compartida por un iusnaturalista retórico y positivista práctico, como Federico de Castro (1949, p. 424), o que llegase a los albores mismos del régimen constitucional español (*vid.*, por ejemplo, F. Garrido Falla, 1979, p. 176; J. M. Chico Ortiz, 1979, p. 602).

Zagrebelsky es perfectamente conocedor de esta desconfianza hacia los principios, pero piensa, creo que acertadamente, que sus peculiaridades no son razón para negarles valor normativo, sino, al contrario, para modificar la concepción tradicional acerca de la norma jurídica: «no mirar a la realidad para evitar ver sus aspectos menos tranquilizadores no la transforma de acuerdo con nuestros deseos» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 173). Aunque carezca de una exposición articulada, la argumentación

de Zagrebelsky desgrana los cuatro principales criterios que suelen formularse en la distinción entre reglas y principios:

a) La cualidad «todo o nada» que se predica de las reglas, frente al «peso» o importancia relativa de los principios: si una regla es aplicable, resuelve el caso y, si no resuelve el caso, es que no resulta en modo alguno aplicable; en cambio, los principios nos ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios (*Ibidem*, p. 199).

b) El carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios o, lo que es lo mismo, la ausencia en estos últimos de un verdadero «supuesto de hecho»: en las reglas podemos conocer *a priori* los casos en que procede su aplicación y, por tanto, también sus excepciones, lo que resulta imposible en presencia de un principio (*ibidem*, p. 169).

c) La idea de que las reglas sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible: «mientras que el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, toda-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno...» (*ibidem*, p. 194).

d) Finalmente, la tesis según la cual el conflicto entre reglas se resuelve o bien mediante la declaración de invalidez de una ellas, o bien concibiendo a una como excepción de la otra, mientras que un conflicto entre principios requiere poderación, esto es, supone el triunfo de uno de ellos, pero sólo para el caso concreto (*ibidem*, p. 197).

Mucho se ha discutido sobre el acierto de esta caracterización como fundamento de una presunta distinción fuerte o cualitativa entre reglas y principios, pero creo que no procede ahora un análisis pormenorizado (ya lo intenté en mis trabajos de 1992, p. 32 ss., y 1994, p. 187 ss.). Baste decir que, a mi juicio, los principios constitucionales no presentan unos perfiles uniformes, ni en su estructura ni en su concreta aplicación. Por ejemplo, un principio puede funcionar a la manera de «todo o nada» cuando constituye el único criterio para resolver el caso; es verdad que muchos principios carecen de supuesto de hecho, pero no todos, y así sabemos que el contenido del artículo 49 CE se aplica a los minusválidos, aunque, por ser un mandato de optimización, desconozcamos a ciencia cierta cuál es la acción debida; al contrario, en el principio de igualdad del artículo 14 CE no encontramos el supuesto de hecho, pero, decididos a aplicarlo, la consecuencia jurídica está clara y no admite optimización alguna, pues la idea del mandato de optimización conviene sólo a los llamados principios programáticos; y, en fin, que el conflicto entre reglas y entre principios se resuelva de distinta forma es correcto, pero estipulativo, pues algunas normas que habitualmente llamamos principios pueden colisionar como reglas, y algunas otras que los juristas suelen llamar reglas pueden funcionar como principios.

En cualquier caso, parece evidente que la estructura tradicional de la norma jurídica, donde un supuesto de hecho mejor o peor delimitado se enlaza mediante el nexo deóntico a una consecuencia jurídica también clara, resulta inadecuada para dar cuenta de buena parte de las normas constitucionales. Éstas suelen calificarse de incompletas, vagas, abstractas, generales, de aplicación diferida, etc. (*vid.*, por ejemplo, A. Nieto, 1983; M. Aragón, 1986, pp. 106 ss.), rasgos que, sin duda, pueden hallarse también en los preceptos legales, pero que resultan casi definidores del tipo de normas que se encuentra en las Constituciones contemporáneas. Y la estructura de estas normas se aparta claramente del esquema un tanto simplista que acuñó el positivismo: muchas veces, ni sabemos con exactitud cuándo han de aplicarse, ni en qué medida, ni con qué consecuencias. Acaso ello suceda porque la incorporación de preceptos materiales o sustantivos a las Constituciones «ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre creación requiere en muchos casos (aunque no, claro, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas» (F. Rubio, 1984, p. XXI). Sea como fuere, lo cierto es que la formulación de las normas constitucionales parece premeditadamente abierta a distintos y aun contradictorios desarrollos y ejecuciones.

La cuestión se complica aún más cuando las Constituciones, además de principios, contienen valores, como es el caso de la Constitución española y de sus «valores superiores» del artículo 1.1. Ciertamente, parece que la distinción entre valores y principios se cifra en un criterio cuantitativo o de mayor o menor concreción (*vid.*, por todos, A. E. Pérez Luño, 1984, pp. 291 ss.), pero esa falta de concreción de los valores resulta tan acusada que se ha llegado a hablar de impredecibilidad: «los valores son enunciados que podríamos situar en el campo de la impredecibilidad, en cuanto su proyección normativa se rige por criterios subjetivos... que la oportunidad política suministra. Los principios son enunciados que pertenecerían al campo de la indeterminación, en cuanto su proyección normativa se rige por criterios objetivos que el propio Derecho proporciona» (M. Aragón, 1989, p. 94). No discutiremos si se trata de un problema de impredecibilidad o de escasa «densidad prescriptiva» (L. Parejo, 1990, p. 144); basta con decir que algunas normas constitucionales, los valores, ni siquiera describen mínimamente ninguno de los elementos que se consideran típicos de la norma jurídica, presentando, por tanto, en su forma más pura o radical las características atribuidas a los principios.

Por eso, el triunfo indiscutible de los principios y su aplicación constante por parte de los jueces ordinarios y constitucionales obliga a un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica. En la medida en que los principios ya no son pura retórica constitucional, sino normas jurídicas en sentido estricto, la idea de que la norma es un enunciado que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica a través de una cópula de deber ser parece que requiere ser revisada; al

igual que ha de revisarse la tesis de que toda contradicción normativa ha de saldarse o bien con la pérdida de validez de una de las normas, o bien concibiendo que una de ellas opera siempre como excepción de la otra.

5. LOS PRINCIPIOS Y LAS FUENTES DEL DERECHO

Tal vez sea en este capítulo donde menos costoso resulte mostrar que el constitucionalismo somete a profunda revisión una de las tesis más frecuentemente atribuidas al positivismo teórico: la supremacía absoluta de la ley como expresión de la soberanía representada en el Parlamento. Bien es cierto que no es la primera vez que se anuncia la muerte de la ley, pues sobre este argumento se desarrolló una amplia literatura hace algunas décadas (*vid.*, por ejemplo, G. Ripert, 1949; F. Carnelutti, 1930 y 1946; AA.VV., 1953), aunque sólo en parte coincidente con los nuevos síntomas de la enfermedad. Sin duda, la muerte de la ley puede parecer obvia desde el instante en que se afirma la superioridad constitucional; pero, en realidad, no es así o, al menos, no basta dicha superioridad, y Zagrebelsky insiste en que las Constituciones principialistas contemporáneas representan algo completamente distinto de una simple ley constitucional o ley reforzada. De entrada, lo decisivo es la «sustancialización» o, como dice La Torre, la «rematerialización» de los documentos constitucionales (M. La Torre, 1993, pp. 70 ss.), algo que viene a expresar una idea consolidada en la jurisprudencia alemana, la idea de que la Constitución encarna un «orden de valores» o una «unidad material», que incluso a veces se califican de previos al ordenamiento jurídico positivo (*vid.*, por ejemplo, K. Hesse, 1966, p. 5).

Como es sabido, dicha «rematerialización» supone que la Constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos, que condicionan la validez de las normas inferiores: la Constitución en términos rigurosos «es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes» (F. Rubio, 1979, p. 62). A partir de aquí se ha podido decir que «el conflicto entre derecho y moral se desplaza al ámbito del Derecho positivo» (R. Dreier, 1981, p. 74) o, como observa Ferrajoli, que el constitucionalismo moderno «ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado», lo que ha propiciado un acercamiento «entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico» (L. Ferrajoli, 1989, p. 360). Aunque suene algo exagerado, «difícilmente se podrá repetir que *auctoritas non veritas facit legem*» (M. La Torre, 1993, p. 73); y es que, efectivamente, la ley sigue siendo expresión de una autoridad, pero de una autoridad sometida a la verdad, siquiera sea una peculiar «verdad» normativa.

Las consecuencias que este fenómeno tiene para el modelo del Estado de Derecho legislativo son de primera magnitud: «la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas y concurrenciales» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 63). El Estado decimonónico aseguraba su homogeneidad gracias a la unidad política de la fuerza social (la burguesía) a la que servía. Algo muy distinto ocurre en el Estado constitucional, cuya homogeneidad o coherencia ha de reposar en la conciliación de valores contrapuestos que son reflejo de una sociedad pluralista; y de ahí la necesidad de un Derecho dúctil.

Esa ruptura del «monismo» y esa exigencia de hacer compatibles tendencias contradictorias encuentra su reflejo en la disociación de los componentes del Derecho que en el siglo XIX se hallaban unificados o reducidos a la ley: los derechos humanos y la justicia (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, cap. 3 y 4). Que los derechos y la justicia se separan de la ley significa, obviamente, la recuperación del significado primigenio de la Constitución y, por tanto, el sometimiento del legislador a un orden superior. Que los derechos y la justicia se separan entre sí supone la aparición de un foco de tensión entre dos polos tendencialmente contradictorios (el subjetivista e individualista de los derechos y el objetivista y fundamentador de deberes que corresponde a la justicia) que han de conjugarse y armonizarse, pero no sólo a través de la ley, sino también en la actuación administrativa y en las sentencias de los jueces. La Constitución no ha venido simplemente a ocupar el papel de la ley, sino a diseñar un modelo de producción normativa notablemente más complejo, donde todos los sujetos encuentran, no un orden jerárquico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación. En cierto modo, cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado de Derecho liberal burgués, y ello tiene su reflejo normativo en la Constitución; nos complazca o nos disguste, ni siquiera la libertad es un valor absoluto: el añejo principio de que «todo lo que no está prohibido, está permitido» sufre hoy numerosas excepciones merced a un entramado normativo lleno de especialidades mejor o peor respaldadas por la Constitución, donde la «previa autorización» se impone a la regla general de libertad (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, p. 53)

Por otro lado, si la concepción ideológica del liberalismo ya no representa el único criterio de justicia, la ley ha dejado de ser también su único instrumento. En realidad, no es cierto que para el positivismo teórico la ley constituya la encarnación de la justicia, como parece llegar a decir Zagrebelsky (1992, p. 51), pero sí es verdad que en el modelo del Estado liberal decimonónico la ley se concibió como la expresión de las decisiones políticas básicas y, por tanto, como expresión única de la *justicia legal*. La Constitución se opone al puro legalismo en cuanto que norma

superior, pero también en cuanto que, merced a su contenido material, dota a otros centros de producción jurídica de una justificación más o menos independiente.

En este sentido, la erosión de la ley también responde a la mayor complejidad y extensión del Estado contemporáneo, donde se hace inviable la idea de leyes generales y abstractas capaces de preverlo todo y de vincular así la actuación administrativa. Y es que, si en el Estado liberal «los grupos sociales habían desarrollado sus antagonismos fuera y por debajo del firme marco del orden estatal, ahora dirigen sus aspiraciones y expectativas de forma inmediata al poder político y a su centro, el Estado gobernante y administrador» (K. Hesse, 1966, p. 11). La creación de las leyes se escapa al menos materialmente del ámbito parlamentario para ser asumida por el Ejecutivo (*vid.*, por ejemplo, M. García Pelayo, 1977, p. 115); el decisionismo de la norma particular se impone sobre la generalidad y abstracción de los viejos Códigos; todo deviene Derecho público, es decir, cada vez resulta menor el ámbito de autonomía y libre disposición de los particulares (*vid.* G. Ripert, 1949, pp. 37 ss.).

De este modo, la relación entre la ley y la Administración se ha visto alterada. Los reglamentos no sólo son las normas más abundantes, «sino también las que mayor incidencia práctica tienen sobre la vida de los ciudadanos» (F. Rubio, 1986, p. 106), pues las nuevas funciones del Estado relacionadas con la gestión de los grandes servicios públicos o con la satisfacción de derechos sociales ya no son tareas del Estado legislativo simplemente ejecutadas por la Administración, sino tareas que suponen una amplia discrecionalidad: «el principio de legalidad, es decir, la pre-determinación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinada a retroceder» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 54).

Por si fuese poco, la competencia universal de la ley para regular cualquier aspecto se ve desplazada en un doble sentido. De un lado, por el protagonismo de los llamados agentes sociales, más favorables a dotarse de reglas pactadas y transitorias, condicionadas a los cambios en la relación de fuerzas, que a someterse a leyes «heterónomas» con vocación de generalidad y permanencia (*vid.* N. Bobbio, 1980); lo que tiene su reflejo en la propia elaboración de las leyes (de «contractualización» de los contenidos de la ley habla Zagrebelsky, 1992, p. 58). De otra parte, en los países dotados de una organización territorial federal o autonómica, ni siquiera existe *el* legislador, sino una multiplicidad de legisladores, cada uno con una competencia propia y, sobre todo, portador de una legitimidad política en definitiva independiente y conflictiva.

En resumen, si es cierto que «el iusnaturalismo responde a un enfoque pluralista y horizontal de las fuentes del Derecho» (A. E. Pérez Luño, 1993, p. 52), todo parece indicar que el constitucionalismo representa, al menos en este capítulo, una revitalización del viejo Derecho natural. Lo que incluso obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad del ordenamiento; unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta recons-

truirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia. Pero, a su vez, esa tarea reconstructora tampoco puede obtener los mismos resultados de antaño, pues el orden jerárquico ha sido sustituido o intenta armonizarse con la concurrencia de distintas fuentes y, al mismo tiempo, la relativa coherencia de la decisión legislativa de cada momento se ha visto reemplazada por los principios tendencialmente contradictorios de la Constitución. Por eso, dice Zagrebelsky, las nuevas fuentes «expresan autonomías que no son ideas para insertarse en un único y centralizado proceso normativo», de manera que «hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 62).

6. LOS PRINCIPIOS Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Como sabemos, el positivismo ha defendido (o se le han atribuido) dos concepciones de la interpretación abiertamente contradictorias. Según la primera, el Derecho es un sistema pleno o, al menos, completa-ble y la aplicación de la norma al caso representa una tarea mecánica o subsuntiva, de manera que el juez puede presentarse como un autómatas, como un sujeto «neutro», moral y políticamente irresponsable de la decisión que adopta. De acuerdo con la segunda, el Derecho no sólo presenta lagunas y contradicciones internas, sino que además toda norma adolece de una vaguedad congénita, de una zona de penumbra en la que siempre resultará dudosa la correcta subsunción del caso, con lo que el juez goza de una relativa pero irremediable discrecionalidad. Creo que el constitucionalismo, aunque parezca paradójico, ofrece argumentos en contra de ambas tesis.

Por lo que se refiere a la primera, Zagrebelsky lo expresa con toda rotundidad: «sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 170). Acaso nuestro autor llegue demasiado lejos en su entusiasmo por la hermenéutica y por sus un tanto misteriosas apelaciones al «sentido» normativo de los casos, al «círculo interpretativo» de preguntas y respuestas de la realidad al Derecho y de éste a la realidad, al «horizonte de expectativa» de consenso, etc. (tópicos que confieso no haber logrado entender, ni en Zagrebelsky ni, mucho menos, en Gadamer o Esser) pero, de todas maneras, sus críticas a la concepción paleopositivista de la interpretación siembran sobre terreno abonado, especialmente en el ámbito de la interpretación constitucional.

Basta pensar en el juego que hoy ofrece el concepto de razonabilidad, que bien podría ser el lema de la justicia constitucional de nuestros días y que, como bien advierte Zagrebelsky (1992, p. 232) reintroduce el tema

de la equidad en la vida del Derecho. Un ejemplo paradigmático es la aplicación del principio de igualdad: la Constitución proclama la igualdad, pero obviamente no establece (sino sólo por aproximación y discutible vía de ejemplo, art. 14 CE) cuándo una determinada circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa; esto es algo que hace el Tribunal Constitucional, pero no con base en la Constitución que nada dice de forma concluyente, sino a partir de su propio razonamiento acerca de lo que merece ser tratado de manera igual o desigual.

Ahora bien, entonces parece evidente que «no es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o la ilicitud de la diferenciación, y ese otro lugar resulta ser algo tan evanescente como la conciencia jurídica de la comunidad» (F. Rubio, 1991, p. 30); en otras palabras, en la aplicación de la igualdad no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional. En realidad, la razonabilidad en que se resuelve el mandato de igualdad encierra un conflicto entre principios, pues actúa siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas.

El conflicto entre principios o entre derechos fundamentales se traduce, pues, en una exigencia que recibe nombres diferentes (razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, prohibición de exceso, interdicción de la arbitrariedad, etc.), pero que encierra un idéntico rechazo de la subsunción o de cualquier planteamiento simplista o mecánico de la aplicación del Derecho. Por ejemplo, en la frecuente colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, no existe una jerarquía *a priori* sino sólo la obligación de mostrar el camino argumentativo que conduce a la solución del caso concreto. Por eso, «una vez realizada por los jueces... esta ponderación... el Tribunal poco tendría que decir... a no ser en el supuesto de que tal apreciación... hubiese sido claramente irrazonable» (STC 104/1986). Dicho simplificado, lo que resulta inconstitucional es conformarse con subsumir la conducta, ya en la norma de libertad de expresión, ya en el tipo penal que tutela el derecho al honor. Bien es cierto que, dejando a un lado los resultados abiertamente irracionales o arbitrarios, el ejercicio de tal ponderación puede dar lugar a cualquier decisión fundada, pero éste es otro problema derivado de los límites de la argumentación práctica. Lo importante es justamente que se hace del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles, esto es, obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción.

En otras palabras, el modelo paleopositivista de interpretación se muestra incapaz de dar cuenta del tipo de interpretación requerido por el constitucionalismo.

Sin embargo, cabe decir también que el constitucionalismo de principios se opone a la segunda y más moderna tesis del positivismo, que es la tesis de la discrecionalidad judicial. Se ha escrito que para Kelsen el juez constituye una especie de «caja negra» (R. Vernengo, 1977, p. 11), en el sentido de que los procesos cognoscitivos y volitivos que ocurren en la mente del intérprete y que son el «puente» entre la norma y el fallo, resultan en gran parte misteriosos e inaccesibles para la teoría del Derecho; por eso, cuanto más se acerca la norma al esquema de los principios, más imprevisible y arbitraria será su decisión (*vid.* H. Kelsen, 1928, p. 143). Ciertamente, el positivismo no acaba en Kelsen, pero en líneas generales es cierto que sus seguidores se han situado a medio camino entre el escepticismo de los realistas y el cognoscitismo extremo de, por ejemplo, un Dworkin, confiando más en la claridad de la norma que en las virtudes de la argumentación. Éste es el caso de Hart y de su búsqueda de un punto de conciliación entre la «pesadilla» de la visión realista del Derecho y el «noble sueño» de aquellos que imaginan el ordenamiento como un sistema capaz de ofrecer solución unívoca a todo conflicto (*vid.* H. Hart, 1977, pp. 969 ss.; también, por ejemplo, R. Guastini, 1993, p. 338).

Zagrebelky es muy consciente de que los principios ponen en cuestión la idea de la discrecionalidad: «las tesis positivistas más estrictas se limitaban a afirmar la ausencia de derecho y la libertad del intérprete para recurrir a criterios morales, en todo caso extrajurídicos». Algo muy distinto ocurre ahora: los principios, «con su fuerza directiva tanto más vinculante por cuanto vienen recogidos en la Constitución», perfeccionan el ordenamiento (G. Zagrebelsky, 1992, p. 183) y vienen así a iluminar la oscuridad en que se movía el modelo interpretativo del positivismo. Por tanto, los principios aparecen como un factor de racionalización que limita el arbitrio judicial; como observa Ferrajoli, si las opciones o elecciones son inevitables, «y tanto más discrecionales cuanto más amplio es el poder judicial de disposición, representa cuando menos una condición de su control, si no cognoscitivo, al menos político y moral, que aquéllas sean conscientes, explícitas e informadas por principios en lugar de acrílicas o enmascaradas o en cualquier forma arbitrarias» (L. Ferrajoli, 1989, p. 156). Acaso esto explique por qué hoy se insiste en que «la doctrina de la interpretación es... el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional» (F. Rubio, 1988, p. 40).

Sin duda, no es un mérito exclusivo del constitucionalismo, pero el extraordinario desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica (*vid.* M. Atienza, 1991) pone de relieve el empeño actual en la superación de la tesis positivista de la discrecionalidad, esto es, el empeño por ampliar las fronteras de la racionalidad jurídica; una racionalidad que justamente resulta tanto más necesaria cuanto más nos alejamos de las reglas y nos acercamos a los principios, pues ante ellos el papel que asume el intérpre-

te «sólo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional» (M. Taruffo, 1989, p. 315). De manera que los principios constitucionales limitan la discrecionalidad al menos por dos motivos entrelazados: primero, porque suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían —entonces sí— que ser creados por los jueces; y, segundo, porque requieren o se identifican con un género de razonamiento mucho más complejo que el tradicional de la subsunción, un razonamiento que se instala allí donde antes se suponía que reinaba la discrecionalidad.

Así pues, si en el Estado de Derecho la legitimidad del intérprete reposaba en su carácter «neutro» y pasivo, todo parece indicar que en el Estado constitucional reposa en el ejercicio de la racionalidad: lo que antes era una «caja negra» ahora se propone como un ejemplo de transparencia. No cabe duda que todo ello obliga a revisar el modelo de interpretación un tanto simplista presentado por algún positivismo, pero ¿significa un golpe mortal a la tesis de la discrecionalidad judicial? Una primera respuesta negativa podría aducir que no en todos los sistemas jurídicos históricos los jueces se han comportado racionalmente, ni siquiera bajo el ideal de la racionalidad; o también que incluso hoy una buena justificación es un rasgo que califica pero no define a la función judicial (*vid.* R. Alexy, 1989, p. 55). Con todo, creo que desde un plano normativo la suerte de la tesis de la discrecionalidad en el marco de nuestros sistemas jurídicos, dominados por la exigencia de racionalidad, depende de si se asume o no la idea de «unidad de solución justa», esto es, la idea según la cual el Derecho y las reglas de argumentación proporcionan siempre una respuesta intersubjetivamente válida ante cualquier problema práctico.

En verdad, no faltan respuestas afirmativas, como las de Dworkin [1977, *b*]; 1986, p. 266] o Habermas (1992, pp. 267 ss.), pero, a mi juicio, no constituyen un resultado necesario (ni acertado) de ninguna teoría de la argumentación o del razonamiento jurídico y, por tanto, tampoco del abandono del modelo positivista (me remito a mis trabajos de 1992, pp. 115 ss.; 1993, pp. 88 ss.). Quiero decir, en suma, que se puede postular que la interpretación del Derecho constituye una actividad racional e intersubjetiva, sin tener que sostener también que el ejercicio de la misma conduce siempre a una única solución aceptable, ni desde la perspectiva del marco normativo aplicable, ni desde la óptica de la racionalidad argumentativa; pues, como dice Alexy, «la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto» (R. Alexy, 1994, p. 176). Esto explica la posición de autores como N. McCormick (1986, pp. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) o el propio Alexy (1978, pp. 33 ss. y 302; 1988, pp. 145 ss.), cultivadores todos ellos de la teoría de la argumentación y, sin embargo escépticos respecto a la unidad de solución justa; posición por lo demás plenamente asumible desde la perspectiva de la interpretación constitucional, donde la decisión «nunca puede ser racionalizada totalmente» [K. Hesse, 1966, *b*), p. 51]. Me parece que ésta es también la posición de Zagrebelsky. Su rechazo de

la tesis de «unidad de respuesta», que por cierto parece atribuir a los positivistas, se manifiesta de forma explícita (G. Zagrebelsky, 1992, p. 207). Con todo, aun cabe dudar si sus palabras se refieren sólo al Derecho en cuanto que norma abstracta o también al Derecho una vez interpretado «desde» el caso; pues, en efecto, al rechazar la tesis comentada se puede querer decir únicamente que la normatividad jurídica no basta, y éste sería un sentido débil, o también que en algunas circunstancias, a la vista del caso y pertrechados del Derecho, de los métodos de interpretación e incluso de la «actitud hermenéutica», tampoco es posible asegurar la única respuesta correcta, y éste sería un sentido fuerte y, a mi juicio, el más acertado.

Sea como fuere, y asumiendo posiciones claramente positivistas, Zagrebelsky no tiene inconveniente en reconocer que en algunos supuestos «quien aplica el derecho se encontrará sin otros parámetros que los que él mismo pueda darse». La aspiración a la objetividad cederá paso entonces a las visiones subjetivas (*Ibidem*, p. 213). O en reconocer asimismo que el modelo constitucional principialista provoca incerteza, de manera que «los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el “principal” de los “desviados”» (*Ibidem*, p. 228); algo que no depende de una u otra concepción de la interpretación, sino del «carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos» (*Ibidem*, p. 227).

Ahora bien, si ésta es la interpretación correcta del pensamiento de Zagrebelsky, resulta que (*malgré lui*) no resulta tan antipositivista. Reconocer que el Derecho no siempre ofrece una y sólo una respuesta correcta, que en su aplicación puede tener algún peso la subjetividad del intérprete o que las distintas opciones jurisprudenciales resultan inevitables y dependen del pluralismo social, es algo perfectamente asumible desde la perspectiva, por ejemplo, de Hart o Bobbio (de este último *vid.*, por ejemplo, 1971). Es más, el judicialismo de que hacen gala los verdaderos antipositivistas como Dworkin, se encuentra ausente del Derecho dúctil: el juez de Zagrebelsky no es Hércules, no es «el señor del Derecho» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 236) y debe actuar con cautela a fin de no invadir la esfera del legislativo (de ahí la crítica a las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional, *ibidem*, p. 240) y de evitar la soberbia de suponer que su respuesta es la única posible: ¿qué otra cosa se pide al juez del caso Serena salvo que argumente lealmente? (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, pp. 218 ss.)

Así pues, el constitucionalismo y el género de teoría interpretativa que éste requiere pueden considerarse abiertamente contradictorios con el mecanicismo de los primeros positivistas, pero no con la tesis de la discrecionalidad, al menos en tanto no llegue a sostenerse la idea de unidad de solución correcta. Por ello, el juez del constitucionalismo «dúctil» no difiere, sino que más bien matiza y enriquece el modelo de juez parcialmente discrecional propuesto por el positivismo de Kelsen o Hart. Este

último es una figura moral y políticamente responsable en la medida en que, dentro del marco más o menos amplio de discrecionalidad, su decisión responde a sus propios criterios de justicia o moralidad. Lo mismo, pero de forma más compleja, viene a ocurrir con el juez del constitucionalismo: primero, porque a él le corresponde reproducir las condiciones de racionalidad intersubjetiva que son las que permiten hacer del Derecho un discurso moral (J. Habermas, 1992, p. 278). Y segundo, también porque, mientras exista algún grado de subjetividad, él es el responsable de la opción, jurídica pero también moral, que escoge en cada caso, al menos en los «casos críticos».

7. CONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DEL DERECHO. EL POSITIVISMO METODOLÓGICO

a) **Algunas claves de una nueva cultura jurídica**

Recordemos que el aspecto central del positivismo metodológico se resumía en la tesis de la separación entre Derecho y moral o, más exactamente, en la tesis de que no existe una conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral, aunque, eso sí, entendiendo por moral no las meras convicciones sociales vigentes, sino la moral «buena», correcta o racional. Pues bien, este modelo de teoría del Derecho es hoy objeto de ataques desde los más diversos frentes, si bien –paradójicamente– tal vez al precio de renunciar a una teoría de verdad «general» del Derecho. El nuevo enfoque creo que se asienta sobre tres pilares: primero, el conocimiento del Derecho requiere asumir el llamado punto de vista interno o propio del participante en el sistema; segundo, este punto de vista presenta un carácter normativo y no sólo descriptivo, donde la obligatoriedad de las normas ha de reposar en un fundamento moral; tercero, esto supone la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral, conexión que se produce por lo general, no «norma a norma», sino a través de los criterios de identificación del sistema, es decir, precisamente a través de las normas constitucionales.

Seguramente, R. Dworkin puede ser calificado como el campeón del punto de vista interno. Como he desarrollado en otro lugar, para el autor norteamericano tan absurdo parece un canonista ateo como un constitucionalista que no asuma los presupuestos morales del sistema jurídico; es más, dado que entre tales presupuestos y las normas explícitas no existe ninguna frontera nítida, el jurista tiene que ser capaz de transitar de la moral al Derecho, y lógicamente sentirse obligado por ambos. Las normas jurídicas, si así puede decirse, no son más que la punta de un iceberg, la expresión institucionalizada, pero parcial, de un sistema de normatividad mucho más amplio dentro del cual no cabe trazar fronteras rigurosas, y para cuya plena comprensión es preciso un compromiso, una acepta-

ción moral. En palabras de Pintore, la actitud del jurista dworkiano está «comprometida con las instituciones de las que se ocupa» (A. Pintore, 1990, p. 152). Pero, desde luego, Dworkin no está solo en esta empresa. Para Soper, una teoría del Derecho que no hunda sus raíces en la teoría política y que no esté al servicio de la misma, tratando de mostrar por qué debemos obedecer a las normas jurídicas, es una teoría vacía que ni siquiera resulta capaz de cumplir cabalmente su propósito descriptivo (*vid.* Ph. Soper, 1984). Del mismo modo, Carlos Nino proclama «la primacía lógica del punto de vista interno sobre el externo» (C. Nino, 1994, p. 47), lo que significa, no sólo que no se pueden describir creencias sin que alguien previamente sea creyente, sino que tampoco puede hacerse si en alguna medida no se incluye en la teoría aquello en lo que se cree. Y, en fin, también Alexy ofrece una definición del Derecho y de la validez desde la perspectiva del participante «y, por tanto, una definición jurídica del Derecho» (R. Alexy, 1994, p. 123).

La adopción del punto de vista interno en la teoría del Derecho presenta algunas consecuencias importantes, que aquí tan sólo podemos esbozar. Así, en primer término, la idea de que el concepto de Derecho requiere contar con la aceptación moral de los destinatarios: no puede existir «apatilandia», no puede existir un sistema donde nadie se haya preguntado acerca del «por qué» moral de su actuación, donde nadie crea en la corrección moral de la Constitución (E. Garzón, 1992, pp. 323 ss.). Por eso, en segundo lugar, todo sistema jurídico engendra una pretensión de corrección o de justicia: «se requiere, al menos, el vínculo recíproco entre gobernantes y gobernados, lo que es implicado por la defensa de buena fe de que el sistema se encuentra establecido en interés de todos» (Ph. Soper, 1984, p. 96); el orden del Derecho se distingue, pues, de la amenaza del bandido en que, por principio, aquel cuenta con una pretensión de sinceridad y buena fe por parte de quienes mandan que genera en los súbditos una obligación *prima facie* de obediencia. Es más, por sorprendente que parezca, «también los esclavos pueden tener obligación *prima facie* de obedecer al derecho», aunque, eso sí, siempre que «los funcionarios crean sinceramente que ese tratamiento se puede justificar moralmente» (*ibidem*, p. 187).

Sobre este punto insiste particularmente Alexy. La pretensión de corrección es un elemento esencial al concepto de Derecho y, por eso, «hay dos tipos de órdenes sociales que, por razones conceptuales, con total independencia del hecho de que puedan lograr una vigencia duradera o no, no son sistemas jurídicos: los órdenes absurdos y los depredatorios o de bandidos» (R. Alexy, 1994, p. 38). Lo que ocurre es que al final esa pretensión se traduce en muy poco más que en una exigencia de eficacia y regularidad en la aplicación del Derecho, pues también los pistoleros pueden estar animados por una pretensión de justicia y entonces sólo les separa del Derecho la falta de exclusividad y efectividad en el uso de la fuerza: «la muerte y el saqueo de los dominados siguen siendo en él (sistema jurídico) siempre posibles» (R. Alexy, 1994, p. 40). O sea,

tras tan amplio rodeo, se termina en Kelsen o, mejor dicho, en la hobbesiana obligación moral de obediencia a todo Derecho.

Ahora bien, es interesante advertir que la conexión entre Derecho y moral no se presenta en los términos tradicionales del iusnaturalismo, esto es, en relación con singulares normas de conducta. Al contrario, por lo común la conexión se predica o del sistema en su conjunto o de sus normas secundarias que establecen los requisitos de pertenencia (de legitimidad constitucional, cabe decir) de las demás normas. Nino lo expresa con claridad: ¿por qué los jueces aplican ciertas normas?; no, ciertamente, porque realicen un escrutinio singular de la moralidad de cada una de ellas, sino porque aceptan la *autoridad* de la que proceden, aceptan la autoridad o vinculatoriedad de una regla de reconocimiento, y esto supone, ni más ni menos, que «la identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales» (C. S. Nino, 1994, p. 59). Lo mismo ocurre en Habermas: la presencia de la moral ya no se establece «norma a norma», sino que queda «sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles» (J. Habermas, 1987, p. 168). Por consiguiente, quienes exigen fundamentación racional no son las normas individuales, sino el sistema en su conjunto o, mejor, las bases del sistema jurídico» (*vid.* J. Habermas, 1981, I, p. 338); esto es, la moralidad se conecta al Derecho en la Constitución material.

De este modo, el constitucionalismo aparece como el mejor banco de pruebas de la nueva teoría del Derecho y ésta, a su vez, como una óptima justificación del modo de actuar de aquél. El constitucionalismo, en efecto, acostumbrado a trabajar con valores y principios, que son jurídicos pero también morales, así como a escrutar la validez/justicia de las normas a la luz de los mismos, permite confirmar (al menos en los países donde existe Constitución pluralista, pero esto a veces se olvida) lo acertado de una ciencia del Derecho desde el punto de vista interno. Por su parte la teoría del Derecho del participante justifica y estimula al constitucionalista en la búsqueda de las mejores respuestas morales a los problemas jurídicos, otorgando carta de naturaleza a lo que, por lo demás, ya era sabido: la función justificadora y no meramente descriptiva de la dogmática. No debe extrañar, por ello, que Dworkin propugne una teoría del Derecho abiertamente comprometida con la cultura jurídica del momento, es decir, con el constitucionalismo, más concretamente que propugne la «fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética» (R. Dworkin, 1977, p. 233).

Pero el moderno antipositivismo puede llegar también más lejos; no se trata sólo de concebir a la Constitución «como si» fuese un nuevo Derecho natural que exigiese del jurista una actitud comprometida con los valores morales que aquella encarna; ni siquiera de intentar constatar una «pretensión de justicia» en cualquier sistema jurídico, por inicuo que sea. En algunos casos, la conexión necesaria entre Derecho y moral desemboca en la venerable tesis de la *corruptio legis*: las leyes injustas o,

al menos, las leyes insoportablemente injustas, no serían verdaderas leyes. Esta es la tesis de Alexy: para el participante en el sistema, incluso para el participante en el sistema nazi a quien se le debe suponer alguna aceptación moral de los valores del sistema, «cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico» (R. Alexy, 1994, p. 45). El argumento de Dworkin es, en parte semejante, pues supone negar la aplicabilidad de las normas manifiestamente injustas: si el juez fuera llamado a la aplicación de una ley profundamente inmoral «tendría que considerar... si debería mentir y decir que aquello no era Derecho» (R. Dworkin, 1986, p. 219; 1977, p. 451)

b) Zagrebelsky y el positivismo metodológico

No cabe duda que *El Derecho dúctil* forma parte de la cultura jurídica que acabamos de describir, pero acaso resulte todavía compatible con el positivismo metodológico, al menos entendido éste como el enfoque más adecuado para la elaboración de una teoría con pretensiones de validez explicativa para todo Derecho. Aunque Zagrebelsky no aborda de forma expresa los problemas del punto de vista, de la pretensión de corrección o de la presunta obligatoriedad moral del Derecho, es evidente que algunos de sus argumentos enlazan con las corrientes antipositivistas que acabamos de comentar. Es más, no duda en invocar con complacencia a un Derecho natural presuntamente encarnado en la Constitución: «el derecho por principios encuentra al derecho natural» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 187), la Constitución expresa un «equilibrio objetivo», asemejándose «en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural» (*ibidem*, p. 180); y, a partir de aquí, «la ciencia del Derecho se convierte en una ciencia práctica que no puede obviar la dimensión moral de las decisiones constitucionales básicas: desde el punto de vista interno de un sistema jurídico positivo, cuando en él rijan principios la situación es completamente análoga a la del derecho natural... (por eso) la ciencia del derecho positivo en un ordenamiento jurídico “por principios” debe considerarse una ciencia práctica» (*ibidem*, p. 191). Ahora bien, la adopción del punto de vista interno, al menos si no se lleva demasiado lejos, resulta habitual en toda dogmática, máxime en una dogmática a propósito de las Constituciones contemporáneas. El Derecho se expresa en un lenguaje prescriptivo, de prohibiciones, mandatos y permisos, y el lenguaje del jurista reproduce ese mismo modelo sin que ello suponga mantener que existe una obligación moral de obediencia; decir que una cierta acción es debida significa que, en el marco del sistema jurídico, esa acción opera «como» lo haría en un sistema moral (que es donde nacen las verdaderas obligaciones), no que el deber moral se trasmite al mundo del Derecho. Por lo demás, las Constituciones «rematerializadas» obligan al uso continuo de principios que son a un tiempo morales y jurídicos, de

manera que su mera descripción requiere comprender y tener en cuenta el orden de valores en que aquéllos descansan.

Sin embargo, en ningún momento Zagrebelsky sostiene que esa actitud tenga implicaciones morales en relación con cualquier tipo de Derecho, ni siquiera que resulte igualmente necesaria para toda dogmática. Por lo que se refiere a lo primero, es clara la simpatía política del autor hacia las Constituciones contemporáneas, entendidas como pacto y marco de convivencia fluida y dúctil de una sociedad pluralista, pero es claro también que dicho modelo se concibe como histórico y contingente y que en ningún momento se pretende elevar a nivel conceptual o relativo a todo Derecho: «una cosa es razonar sobre el plano teórico y otra razonar sobre el plano de las características de un ordenamiento jurídico concreto, esto es –como suele decirse– sobre el plano dogmático. Puede suceder que lo que resulta insostenible teóricamente sea viable dogmáticamente» (*ibidem*, pp. 186 ss.). Y en relación con lo segundo, parece también indiscutible que el constitucionalista del XIX podía mantener una actitud aparentemente más externa, aunque sólo fuese porque su objeto de trabajo era de modo preferente un instrumento formal de distribución del poder y de ordenación de las fuentes del Derecho.

Tampoco las referencias al Derecho natural encierran el antipositivismo que pudiera suponerse, pues cuando no son meramente retóricas o metafóricas, parecen exclusivamente funcionales: la Constitución opera frente a la ley del mismo modo que lo hacía el Derecho natural, esto es, ofreciendo criterios sustantivos de legitimidad, lo que en modo alguno es equivalente a la existencia de un Derecho suprapositivo en el sentido de supraempírico o al margen de las convenciones humanas. Al contrario, «las Constituciones reflejan el “orden natural” histórico concreto de las sociedades secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural con fundamento teológico ni racionalista» (*ibidem*, p. 180); más rotundamente, «el derecho natural... no sería compatible con la democracia en su sentido actual» (*ibidem*, p. 108).

Incluso cabría decir que pocas obras como la de Zagrebelsky expresan con mayor fuerza una de las ideas clave del positivismo metodológico, que es la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho, según la cual todo orden jurídico es un artificio humano, que nace de la sociedad y que se transforma con ella. Desde las primeras páginas de *El Derecho dúctil* se insiste, en efecto, en que lo mismo el constitucionalismo de nuestros días que el Estado de Derecho del siglo XIX representan un resultado cultural de una determinada relación de fuerzas constitutiva del sistema político que, a su vez, es reflejo o se conecta a un cierto modelo económico y social. Sin incurrir en ninguna vulgarización mecanicista o seudomarxista, para Zagrebelsky el tipo de Derecho, del único Derecho que es el Derecho positivo, depende del tipo de sociedad.

A mi juicio, el núcleo del problema se halla en la famosa conexión necesaria entre Derecho y moral. ¿Se produce esa conexión en la obra de

Zagrebelsky? De entrada, es claro que no de la misma forma que en el iusnaturalismo, pues desde que se reconoce la historicidad del Derecho y de sus contenidos, lo único que cabe postular es la conexión con la moral social, con las concepciones asumidas por cierto grupo, pero en modo alguno con la moral crítica o racional, que es a la que siempre se han referido tanto los iusnaturalistas como los positivistas. Que esto es así lo prueban los siguientes fragmentos: «El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte» (*ibidem*, p. 196), es decir, no depende de una determinada moral tenida por buena o racional, sino sólo del «contexto»; de ahí «que el derecho no puede alejarse del ambiente cultural» (*ibidem*, p. 215) y que, así como la regla moral «expresa un valor absoluto», la «regla jurídica, en cambio,... no aspira a una justicia abstracta e inmóvil» (*ibidem*, p. 216); en suma, «los axiomas de las ciencias prácticas están sometidos al efecto del tiempo» (*ibidem*, p. 196). Ninguna de estas afirmaciones resulta incompatible con la concepción positivista del Derecho.

Finalmente, cabría suponer que la moral se conecta al Derecho a través de los principios constitucionales. Dicha conexión puede ser vista desde dos perspectivas diferentes. La primera es la representada por Dworkin, para quien los principios tienen un origen un tanto misterioso, ya que «no se basan en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad» (R. Dworkin, 1977, p. 94); todo parece indicar que para el autor norteamericano los principios morales son principios jurídicos en virtud de su propia moralidad, aunque nadie los haya establecido o aplicado (*vid.* más ampliamente L. Prieto, 1993). Pero esta no es la tesis de Zagrebelsky, quien, acertadamente, no parece encontrar más principios que los establecidos en la Constitución o, en todo caso, aquellos que gozan de una existencia empírica en el Derecho positivo.

La segunda forma de entender la conexión entre Derecho y moral a través de los principios ofrece, a su vez, dos modalidades. La primera supone considerar que los principios, ahora ya indubitadamente constitucionales o positivos, representan o, mejor aún, coinciden con principios morales. La segunda modalidad, algo más sutil, consiste en mantener que la utilización de los principios por parte de los operadores jurídicos propicia el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica. Ambas proposiciones son ciertas y ambas son sostenidas por Zagrebelsky, pero creo que no representan tampoco ningún desmentido del positivismo.

Que los principios expresan valores morales parece evidente, pero que tales valores pueden pertenecer a cualquier moral, incluso a una profundamente injusta, no parece menos cierto. Dice Zagrebelsky que los principios «expresan importantes conceptos dotados de gran valor, como la igualdad, la libertad, la justicia...» (*ibidem*, p. 196), pero acaso ha olvidado que principios son también la xenofobia o la discriminación racial, la aristocracia, el poder omnímodo del padre de familia, etc. Y hemos de suponer que, allí

donde han estado vigentes, estos principios han desempeñado el mismo papel que los principios «buenos» de nuestras Constituciones.

Alexy es consciente del problema, pero parece dudoso que sea capaz de desentrañarlo. Para empezar, sostiene que la conexión entre Derecho y moral en el nivel de los principios es cualificante y no clasificante, esto es, el sistema que no satisfaga las exigencias de los principios será un sistema deficiente, pero no dejará de ser jurídico. Por otra parte, y tras citar un texto alemán de los años treinta en defensa del racismo, aduce que el mismo no cumple las exigencias mínimas de una fundamentación racional. Pero, a renglón seguido, acepta que el juez nazi que aplica el principio de la raza «formula con su decisión una pretensión de corrección... (que) se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por tanto, de una moral correcta» (R. Alexy, 1994, p. 82). La conclusión es la que cabe imaginar: la presencia del principio «no conduce a una conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta, pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada» (R. Alexy, 1994, p. 84).

Esta última afirmación de Alexy nos conduce a una segunda forma de ver la conexión: no es que los principios encarnen necesariamente unos valores morales correctos, sino que su juego en el proceso interpretativo hace nacer en la argumentación jurídica una argumentación moral, es decir, una exigencia de fundamentación racional de la decisión más allá del esquema simple y «mecánico» de las reglas. Por eso, dice Zagrebelsky, «el estilo, el modo de argumentar en “derecho constitucional” se asemeja... al estilo, al modo de argumentar en “derecho natural”... Las modalidades argumentativas del derecho constitucional se “abren” así a los discursos metajurídicos...» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 181). Y es que, en efecto, el juicio de ponderación que se requiere para superar la colisión de principios y armonizar su simultánea existencia dentro del sistema es un juicio que se desarrolla a partir de conceptos sustantivos que pertenecen al Derecho, pero también a la moralidad, y es un juicio, además, que ha de tener en cuenta las circunstancias del caso, sopesar la importancia relativa de los valores en pugna, etc. En suma, que la posición del sujeto llamado a dirimir un conflicto entre principios morales no es muy distinta a la del juez llamado a dirimir ese mismo conflicto entre principios jurídicos; tan sólo cabría decir que la argumentación del juez se muestra más formalizada y padece algunas restricciones institucionales, pero no que es sustancialmente distinta. Todo ello, sin duda, representa una superación del positivismo teórico, pero no del positivismo metodológico, que nada dice a propósito de los modelos de argumentación en el seno del Derecho; salvo que tales modelos no garantizan necesariamente la presencia de la moral correcta: moral fundamentada no es más que decisión argumentada, aunque esa argumentación parta de una moral aberrante; y esto sin olvidar que, cualquiera que sean las premisas morales, la argumentación tampoco asegura la unidad de solución justa.

En resumen, aunque Zagrebelsky comparte algunos temas y argumentos propios del Derecho natural, no creo que sus tesis fundamentales resulten incompatibles con el positivismo metodológico. Es verdad que su modelo de jurista parece comprometido con el horizonte de valores constitucionales, si bien esta perspectiva interna característica de la dogmática tampoco impide el desarrollo de un punto de vista externo en el ámbito de la teoría del Derecho, e incluso de dogmáticas inmersas en contextos menos «sustancialistas». Asimismo, sus alusiones a una realidad que se vivifica y adquiere valor en contacto con los principios (*ibidem*, p. 184), hasta el punto de que «las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla» (*ibidem*, p. 207) (eso sí, merced a la Constitución) acaso parezcan algo sorprendentes para un positivista que no tuviera en cuenta las consecuencias del régimen constitucional de principios. O, en fin, su insistencia en que todo en los principios recuerda al Derecho natural tal vez termine siendo algo excesiva, si es que sólo pretende establecer una analogía funcional.

Sin embargo, nada hay en la obra de Zagrebelsky que represente un ataque al corazón mismo del positivismo metodológico: ni un Derecho metafísico o supraempírico, sino la constante referencia a la sociedad como fuente de todo sistema; ni tampoco una confianza ciega en la razón para descubrir una moral correcta y universal, sino más bien un relativismo sociológico que apela a las convicciones morales del tiempo histórico; ni tampoco, en fin, el sometimiento de la validez a la justicia según la vieja fórmula de la *corruptio legis*: sin duda, en la medida en que una cierta concepción de la justicia se incorpora a la Constitución, las normas que se aparten de la misma serán normas inválidas, pero sólo y exclusivamente en esa medida; no hay, como parece haber en Alexy o Dworkin (*vid.* más ampliamente L. Prieto, 1995), injusticias notorias o insoportables que no sean inconstitucionalidades manifiestas.

8. EN FAVOR DE UN CONSTITUCIONALISMO MODERADAMENTE POSITIVISTA

Es sabido que en la vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo algunas veces se pretende debilitar al adversario poniendo en su boca palabras insostenibles que nunca pronunció o simplificando hasta la caricatura sus ideas fundamentales. No digo que este sea el caso de Zagrebelsky, quien por otra parte no pretende analizar los términos de dicha polémica, pero sí creo que su reiterada crítica al positivismo hubiera requerido algunas matizaciones, pues ni toda la rica cultura jurídica alentada por el constitucionalismo resulta incompatible con la concepción positivista del Derecho ni, sobre todo, su conexión con el venerable Derecho natural puede ir mucho más allá de una licencia literaria. Es más, pienso que el más vigoroso hilo conductor de *El Derecho dúctil*

constituye un magnífico ejemplo del positivismo en una de sus modalidades más descarnadas, que es una cierta versión del sociologismo historicista: para Zagrebelsky las claves de un sistema jurídico sólo se explican desde su contexto social y político, los enunciados lingüísticos casi permanecen mudos mientras no se vivifican y adquieren sentido en su tiempo y en presencia de los «casos»; y estos elementos extrajurídicos se muestran a la postre más poderosos que la propia norma. Acaso el problema resida en que, como hemos visto, bajo la etiqueta de positivismo se presentan tesis muy diferentes, no implicadas entre sí e incluso, en ocasiones, abiertamente contradictorias. Sin embargo, si entendemos que positivistas son Kelsen, Bobbio, Ross o Hart resulta que, en líneas generales, la doctrina en cuestión se reduce a un método, en parte a una teoría y de ninguna manera a una ideología. Más concretamente, en opinión de Hart, éstas serían las tres tesis fundamentales del positivismo: primera, que, si bien existen relaciones contingentes entre el Derecho y la moralidad, aquél puede y debe ser definido con independencia del juicio moral que nos merezca o, como suele decirse, que es preciso diferenciar entre el Derecho *que es* y el Derecho *que debería ser*; de donde se deduce —añadimos nosotros— que la existencia del Derecho en principio no nos dice nada, ni a favor ni en contra, sobre la obligación de obediencia al mismo. Segunda, que el Derecho encarna una práctica social verificable, ya en forma de enunciados lingüísticos, ya en forma de costumbres; no encierra nada metafísico ni misterioso y, por eso, puede captarse como cualquier fenómeno social. Tercera, que lo que pudiéramos llamar el Derecho legislativo resulta vago, ambiguo, lagunoso, contradictorio, etc., de manera que en su aplicación existe siempre un mayor o menor grado de discrecionalidad (*vid.* H. Hart, 1979, pp. 3 ss.).

Pues bien, no se trata de defender o de criticar un *nombre* prestigioso o desprestigiado, pero la verdad es que los principales embates de Zagrebelsky se dirigen contra un positivismo que ya nadie sostiene. Nadie sostiene, en primer lugar, que el único esquema posible de norma jurídica sea aquel donde se conecta un supuesto de hecho a una consecuencia o resultado mediante un nexo deóntico. Nadie sostiene el monopolio de la ley como fuente del Derecho, sino que más bien se reconoce su profunda crisis. Nadie sostiene tampoco la concepción mecanicista de la interpretación. Y, en fin, resultaría aún mucho más sorprendente que un positivista tratara hoy de identificar la ley con la justicia.

Pero prescindamos de los *nombres* y acudamos a las ideas. ¿Es el Derecho un producto social, histórico y cambiante, que sólo puede ser explicado en función de su contexto y de su tiempo? Creo que pocos autores ofrecerían una respuesta afirmativa más rotunda que Zagrebelsky. ¿Es el Derecho una construcción abierta y porosa que permite siempre un margen de discrecionalidad donde el intérprete se erige en responsable jurídico, pero también moral y político, de la decisión que adopta? De nuevo, pienso que nuestro autor respondería afirmativamente e incluso lo haría con un ejemplo: el caso Serena.

Nos queda, por tanto, un último y amplio interrogante, que en verdad Zagrebelsky no llega a plantear de forma minuciosa: para comprender el Derecho, ¿hemos de asumir o sentirnos comprometidos con su horizonte axiológico?; si la Constitución desempeña frente a las demás fuentes del Derecho la misma función que antaño desempeñó el Derecho natural en relación con el orden positivo, ¿hemos de dar por cerrada la discusión sobre la justicia más allá o por encima de la Constitución?; finalmente, al margen de sus cualidades «científicas» desde el punto de vista de la explicación del Derecho, ¿qué actitud resulta «cívicamente» más meritoria o plausible? Procuraremos dar sucinta respuesta a estas preguntas.

Como hemos indicado, Zagrebelsky no entra en polémicas acerca del famoso «punto de vista» que, en cambio, tanto entretiene a los filósofos del Derecho. Sin embargo, fácilmente se podría interpretar que el constitucionalista de la *mitezza*, que es un sujeto activo en la recreación del Derecho Constitucional, no sólo debe conocer perfectamente el sistema de valores en que descansa el orden jurídico, sino que también ha de compartirlo y sentirse obligado por el mismo. Es más, nuestro constitucionalista se muestra capaz de distinguir la simple ley constitucional o reforzada de la Constitución material o, según dice el autor, aquello que opera realmente como fundamento, que ni siquiera precisa hallarse en los textos normativos (G. Zagrebelsky, 1992, p. 5), de aquello otro que, aun recogido en la ley o en la Constitución, resulta accesorio susceptible de negociación por las sucesivas mayorías; con la particularidad de que «lo que es verdaderamente importante» aparece una y otra vez revestido con los ornamentos del Derecho natural, es decir, como criterio inapelable de lo justo y de lo injusto.

Esta última es una afirmación fuerte que, en mi opinión, únicamente puede ser mantenida si por justicia entendemos sólo la justicia legal o positiva. El problema es que en la cultura jurídica que hoy se abre paso la alusión a la justicia presenta, como hemos visto, una indubitada dimensión moral; cuando Dworkin dice que los principios constitucionales encarnan criterios de justicia se refiere, sin discusión, a una justicia plenamente imbricada en la moralidad, que reclama aceptación moral sentimientos de obligatoriedad. Y esto conduce a una suerte de «absolutización» de la Constitución, a una legalización de la moral o, lo que es lo mismo, a la peor versión del positivismo, que es el positivismo ético o ideológico: si la Constitución es el Derecho natural fácilmente puede sentir la tentación de compartir con éste su pretendido carácter –históricamente siempre desmentido– de «verdad indiscutible».

Pero no creo que Zagrebelsky llegue tan lejos, entre otras cosas porque se muestra muy poco proclive a las verdades indiscutibles: «el único contenido “sólido” que la ciencia de una constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de los valores y principios» (*ibidem*, p. 21). Por otra parte, es cierto que el constitucionalista que propugna nuestro autor dista de ser un formalista sólo preocupado por las jerarquías y las competencias, pero tampoco necesita convertirse en un mojigato del sistema. Su

modelo de ciencia del Derecho bien puede aproximarse al propuesto por Ferrajoli, que, de un lado, asume la perspectiva ilustrada y positivista a propósito de la separación entre Derecho y moral y que, precisamente por ello, admite una *crítica externa* al Derecho (y a la Constitución) desde la perspectiva de la moralidad (*vid.* L. Ferrajoli, 1989, p. 197); pero también que, de otro lado, permite desarrollar una *crítica interna*, es decir, una denuncia de las infracciones o de los cumplimientos insatisfactorios de los principios y reglas constitucionales (*ibidem*, pp. 158 ss., y 892 ss.).

Tal vez aquí sea procedente recordar la distinción kelseniana entre sistemas estáticos y dinámicos. Como es sabido, desde un punto de vista dinámico la validez de una norma residiría exclusivamente en el hecho de haber sido dictada por un órgano competente habilitado por el sistema; mientras que desde el criterio estático la validez vendría dada por la conformidad con el contenido de una norma superior (*vid.* H. Kelsen, 1960, pp. 203 ss.). Kelsen pensaba —y pensaba con razón en su tiempo— que el juicio de validez jurídico era un juicio dinámico, lo que en verdad no excluye la actitud «crítica» que predica Ferrajoli, pero la reduce al mínimo, dado que función del jurista sería simplemente comprobar que la norma en cuestión ha sido dictada por el órgano competente. El «principlismo» de las Constituciones modernas trae a primer plano el criterio estático y aquí la actitud «crítica» cobra todo su valor, pues afirmar que cierta norma o decisión vulnera, por ejemplo, el principio jurídico de igualdad no difiere sustancialmente de afirmar que vulnera el principio moral de igualdad. Cabe decir, en palabras de Gianformaggio, que «el nexo dinámico entre las normas, es decir, la apelación al poder, tan sólo puede *informar* de la validez de una norma; mientras que el nexo de tipo estático, es decir, el recurso a la razón, está en condiciones de *justificarla*» (L. Gianformaggio, 1991, p. 470). Y justificar significa aquí desarrollar una argumentación donde el principio constitucional actúa *como si* fuese un principio moral, sin ser necesariamente un principio moral «bueno» y, desde luego, sin poner fin al debate sobre la justicia a propósito tanto del principio como de la norma enjuiciada.

Pero la «absolutización» de la Constitución puede tener, también desde la óptica del enjuiciamiento externo de la norma, otra consecuencia negativa, y es que el debate sobre la justicia o injusticia material de las leyes queda adormecido y casi por completo desplazado al momento constituyente. Esto sucede en Habermas (*vid.* 1981, I, p. 338; y II, p. 252) y también en Nino o Kriele. De la democracia entendida como sucedáneo del discurso moral se deduce: primero, «que las prescripciones jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de que haya razones para actuar»; y segundo, que dicho origen «permite fundamentar la observancia de las prescripciones democráticas aun en aquellos casos particulares en los que nuestra reflexión individual nos da la certeza de que son moralmente incorrectas» (C.S. Nino, 1994, pp. 188 ss.); es decir, que «por paradójico que suene, (hay) razones morales para obedecer una ley que desaprobamos por razones morales» (M. Kriele, 1975, p. 24).

La conclusión no deja de ser desconcertante: si hacemos caso a Dworkin o Alexy, resulta que las leyes «muy» injustas no son Derecho; pero si atendemos a estos otros autores, que comparten sus mismas premisas, resulta que las leyes que juzgamos injustas en conciencia generan, sin embargo, un deber moral de obediencia. Por eso, coincido aquí con las palabras de Laporta: «si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de “autoridad” y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral: es decir, se trata de una autoridad cuya mera existencia trata de establecer una restricción *a priori* a la discusión racional del contenido de las normas o supone que tal restricción es necesaria para la existencia misma del derecho» (F. Laporta, 1993, p. 120). Con lo cual, la famosa conexión con la moralidad sería parcial y formal: lo primero porque se circunscribiría a los criterios de reconocimiento, y lo segundo porque éstos se remiten principalmente al concepto de autoridad, en nuestro caso, de autoridad democrática. La moral estaría presente en el derecho pero, a diferencia del viejo iusnaturalismo, rehusaría el enjuiciamiento del contenido de las normas; sería una moral puramente procedimental (*vid.* J. Habermas, 1987, p. 168).

En este aspecto, escribe Zagrebelsky, que «la ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva», si bien «puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 239); la moral juridificada se agota, pues, en la Constitución porque, más allá, la ley puede tener cualquier contenido. Pero ¿«valer» en qué sentido?, ¿en sentido jurídico o también moral?, ¿en el sentido de «perteneciente al sistema» o en el sentido de «moralmente obligatoria»? Si es lo primero no hay nada que objetar, pero si es también lo segundo, la proposición resulta mucho más discutible: que el juez no esté llamado a escrutar la moralidad de las normas que aplica y que se conforme con examinar su constitucionalidad no impide que tal escrutinio se realice por un observador algo más externo, por ejemplo, por cualquier ciudadano, quien acaso puede rehusar su cumplimiento como deber moral. Un motivo más para mantener separadas la moral legalizada de la moral crítica o racional (subjetiva si se quiere, pero a la postre la única válida para cada sujeto), o sea, para mantener el tipo de aproximación que propugna el positivismo metodológico.

9. OBSERVACIÓN FINAL

Parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido. Tal vez pueda decirse que numerosas críticas parten de una visión equivocada o parcial de lo que el positivismo significa y que, tomando la parte por el todo, dan por muerto al adversario prematura-

mente. Pero, sea como fuere, la superación del positivismo parece haberse convertido en el lema del actual pensamiento jurídico, desde las dogmáticas más apegadas a la exégesis de textos a las concepciones de filosofía política y del Derecho pretendidamente más generales, pasando desde luego por el constitucionalismo, que acaso represente el punto de intersección de todas estas voces; el punto donde las dogmáticas pueden enlazar con una moral positivizada, y donde las filosofías pueden encontrar un banco de pruebas para la verificación de sus tesis.

A mi juicio, el gran mérito del antipositivismo es que ha sabido actuar como saludable revulsivo de un conocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalistas, autosuficientes, anclados en el modelo legalista del Estado liberal decimonónico y, sobre todo, alejados tanto de las demás ciencias sociales como de la filosofía moral y política. De entrada, y como hemos visto, hoy resulta muy difícil mantener buena parte de las tesis atribuidas al positivismo teórico, capítulo en que ha sido mayor la incidencia del nuevo constitucionalismo. Seguramente, y creo coincidir aquí con Zagrebelsky, sólo la tesis de la discrecionalidad sigue contando con mejores razones que la tesis contraria de la unidad de solución correcta.

También la crítica a la tesis de la neutralidad o de la no conexión necesaria entre Derecho y moral resulta comprensible, aunque me parezca desenfocada. Y es comprensible porque las ideas tradicionales entre los juristas del foro y de la Universidad han supuesto durante décadas una premeditada postergación de la dimensión moral y política del Derecho; en parte, debido a una errónea comprensión de la famosa tesis positivista de la separación conceptual, pero en gran parte también por comodidad y por el deseo de mantener la ficticia vitola de científicidad profesional, los juristas han contribuido muchas veces a ocultar que los problemas jurídicos eran al mismo tiempo problemas de moralidad y de poder. Sospecho, sin embargo, que todos han estado persuadidos de que la predicada autonomía de su objeto y de su saber reposaba en una pequeña mentira; han sido conscientes de que su lema favorito, «la ley es la ley», era una verdad a medias que ocultaba que la ley es además expresión de la voluntad del poder y que encarna un cierto punto de vista sobre la justicia. De manera que el constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad, ofreciendo apoyo teórico para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían.

Sin embargo, este constitucionalismo a medio camino entre la dogmática y la filosofía política acaso se haya limitado a sustituir una ficción por otra. Seguramente, ésta es una crítica que no debe dirigirse a Zagrebelsky, pero creo que sí al conjunto de la literatura jurídica de la que forma parte *El Derecho dúctil*. Y es que, en efecto, hoy todos parecen ser conscientes de que con el Derecho estricto y las viejas herramientas interpretativas no es posible mantener la venerable imagen de neutralidad y científicidad, pero, en lugar de abandonarla, prefieren aferrarse a ella e

intentar resolver los problemas invocando los principios de una moralidad más o menos objetiva y cognoscible; con lo cual, en fin, esa moralidad viene a desempeñar la misma función sedante sobre la conciencia de los juristas que antes satisfacía sólo el Derecho. La teoría de los principios no representa así un llamamiento a la responsabilidad moral y política del intérprete, sino el bálsamo de su carencia. Todo sigue casi igual que antes: la profesión de jurista se ha salvado, e incluso ya no hace falta mentir acerca de la autosuficiencia del Derecho, ni ocultar el papel de las concepciones morales. La cuestión es precisamente si merece la pena mantener esa imagen o si, por el contrario, no será preferible mostrar todas las cartas y confesar que los operadores jurídicos son titulares de un poder de decisión, aunque de un poder de naturaleza distinta a la que encarna el legislador.

Y este poder de decisión del legislador y de los jueces, por más que se ejerza en el marco de un modelo constitucional basado en el respeto a los derechos fundamentales y a la soberanía popular, no deja de ser un poder de decisión enjuiciable desde la perspectiva externa de una moral crítica. El lema de que hoy *veritas, non auctoritas, facit legem* representa una exageración, acaso útil para mostrar la distancia con el Estado de Derecho decimonónico, pero que no se puede aceptar en términos literales. El Derecho sigue siendo, ahora como antes, más el fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad. Por ello, incluso ante sistemas que nos parezcan globalmente justos, cualquier presunción a propósito de la moralidad intrínseca de sus normas ha de tomarse con suma cautela; al menos, con tanta cautela como ancha es la distancia que separa el horizonte moral que figura en el frontispicio de la Constitución española de 1978 y la realidad cotidiana de nuestro Derecho en acción.

En suma, la tesis positivista de que no existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral no queda desmentida por el hecho de que circunstancialmente pueda darse esa relación, como ocurre en el Estado constitucional. Pero, a su vez, ese mismo positivismo que nos sitúa en el punto de vista externo y que nos permite mantener en su integridad las exigencias de la moral crítica, sigue representando la mejor posición para comprender y, sobre todo, para enjuiciar el valor o la falta de valor moral del Derecho y de cada una de sus normas, también en el marco de sistemas relativamente justos; enfoque externo que, por otro lado, tampoco impide una crítica interna a partir de los parámetros constitucionales. Ningún fetichismo es bueno y, si antes triunfó el fetichismo de la ley, hoy parece imponerse el de la democracia representativa; si antes se partía de la ficción de que el Estado liberal era la implantación terrenal del Derecho de naturaleza, hoy se presume con no mejores argumentos que la democracia representativa, sustentada en una Constitución integradora del pluralismo, es la realización de alguna suerte de ética comunicativa. Ni qué decir tiene, por último, que el punto de vista externo del positivismo sigue resultando indispensable para cualquier teoría del Derecho que pretenda explicar el fenómeno jurídico en contextos diferentes al del Estado constitucional.

OBRAS CITADAS

- AAVV (1953), *La crisi del Diritto*, CEDAM, Padova. Hay traducción de M. Cheret, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- AARNIO, A. (1987), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1991.
- (1990), «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, 8.
- ALEXY, R. (1978), *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989.
- (1988), «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5.
- (1989), «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral», trad. de P. Larrañaga, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993.
- (1994), *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- ARAGÓN, M. (1986), «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17.
- (1989), *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid.
- ATIENZA, M. (1991), *Las razones de Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
- BOBBIO, N. (1961), *Il positivismo giuridico*. Giapichelli, Torino, 1979.
- (1971), «Quale giustizia, quale legge, quale giudice», en *Quale Giustizia*, II, 8.
- (1980), *Contratto Sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli.
- CARNELUTTI, F. (1930), «La crisis della legge», en *Discorsi intorno al Diritto*, CEDAM, Padova, 1937.
- (1946), «La crisi del Diritto», en *Discorsi intorno al Diritto*, II, CEDAM, Padova, 1953.
- CHICO ORTIZ, J. M. (1979), «Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- DE CASTRO, F. (1949), *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- DE DIEGO, F. C. (1979), Prólogo al libro de G. del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona.
- DÍEZ PICAZO, L. (1973), *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- DREIER, R. (1981), «Derecho y Moral» en *Derecho y filosofía*, E. Garzón Valdés (compilador), Ed. Alfa, Barcelona, 1985.
- DWORKIN, R. (1977), *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- (1977), (b), «No Right Answer?», en *Law Morality and Society: Essays in honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford.
- (1986), *Law's Empire*, Fontana Press, London. Hay traducción de L. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- EZQUIAGA, F. (1987), *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati.
- FERRAJOLI, L. (1989), *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2.^a ed., 1990.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1977), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

- GARRIDO FALLA, F. (1979), «El artículo 53 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21.
- GARZÓN, E. (1992), «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», en *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid.
- GIANFORMAGGIO, L. (1991), «Cosa resta nella Allgemeine.Theorie der Normen dei sistemi normativo statici e dinamici?», en *Sistemi normative statici e dinamici. Analisi de una tipologia kelseniana*, Giapichelli, Torino.
- GUASTINI, R. (1986), «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo a l'analisi del ragionamento giuridico», en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e Diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, pp. 173 y s.
- (1990), *Dalle fonti alle norme*, Giapichelli, Torino.
- (1993), *Le fonti del Diritto e L'interpretazione*, Guiffré, Milano.
- HABERMAS, J. (1981), *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, 2 vols., Taurus, Madrid, 1987.
- (1987), «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. e introducción de M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991.
- (1992), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt.
- HART, H. (1977), «American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, 11.
- (1979), «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *Sistema*, núm. 36, 1980.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1986), *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid.
- HESSE, K. (1966), «Concepto y cualidad de la Constitución», en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.
- (1966) (b), «La interpretación constitucional», en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.
- HOBBS, T. (1642), *Del ciudadano*, trad. de A. Catrysse, con introducción de N. Bobbio, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966.
- HOERSTER, N. (1992), *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- KELSEN, H. (1928), «La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)», trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
- (1960), *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo de la 2.^a ed. alemana, UNAM, México, 5.^a ed, 1986.
- KRIELE, M. (1975), *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LAPORTA, F. (1993), *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México.
- LA TORRE, M. (1993), «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16.
- MACCORMICK, N. (1982), «Law, Morality and Positivism» en N. MacCormick y O. Weinberger, *Il Diritto come istituzione*, a cura de M. La Torre, Giuffré, Milano.
- (1986), «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», trad. de M. Atienza y J. Ruiz Manero, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J. R. de Páramo (coords.), Ariel, Barcelona, 1990.
- MATTEUCCI, N. (1963), «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, XVII, núm. 3.

- NIETO, A. (1983), «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I.
- NINO, C. S. (1994), *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.
- PAREJO, L. (1990), *Constitución y valores del ordenamiento*, Ramón Areces, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1984), *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- (1993), *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
- PINTORE, A. (1990), *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli.
- PRIETO, L. (1985), «Teoría del Derecho y filosofía política en R. Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14.
- (1987), *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid.
- (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid.
- (1993), «Cuatro preguntas a propósito de Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 38.
- (1994), «La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas», en J. Betegón y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Castilla-La Mancha.
- (1995), *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México (en prensa).
- RAZ, J. (1979), *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. de M. Tamayo, UNAM, México, 1982.
- RIPERT, G. (1949), *Le declin du Droit*, LGDJ, París.
- RUBIO, F. (1979), «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- (1984), «Prólogo» al libro de E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid.
- (1986), «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 16.
- (1988), «Problemas de la interpretación constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4.
- (1991), «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31.
- SALVADOR CODERCH, P. (1985), *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Bosch, Barcelona.
- SCHMITT, C. (1931), *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983.
- SOPER, P. H. (1984), *Una teoría del Derecho*, trad. de R. Caracciolo, CEC, Madrid, 1993.
- TARELLO, G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano.
- TARUFFO, M. (1989), «La giustificazione delle decisioni fondate su standar», en *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giapichelli, Torino.
- TROPER, M. (1988), «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del Diritto», trad. de P. Comanducci, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII, núm. 1.
- VERNENGO, R. (1977), *La interpretación jurídica*, UNAM, México.
- ZAGREBELSKY, G. (1992), *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 1995 (en prensa, cito por el original mecanográfico).
- WROBLEWSKY, J. (1989), «Sentido» y «hecho» en el Derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián.

Del dúctil derecho y la virtuosa necesidad

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

EL DERECHO DÚCTIL Y SUS AMBIVALENCIAS

Entre las diversas dificultades que Marina Gascón ha tenido que sortear en la traducción de *Il diritto mite* de Gustavo Zagrebelsky sospecho que una de las mayores ha debido ser la del propio título, *El Derecho dúctil*. El término italiano, junto a su gran riqueza de significados —que aluden tanto a la apacibilidad, mansedumbre, paciencia e indulgencia de las personas y los animales, como a la ductilidad y moderación de ciertas situaciones e incluso a la bonancibilidad del clima—, contiene una ambivalencia en sus connotaciones valorativas que convierte en empresa prácticamente imposible encontrar un perfecto equivalente en castellano. En efecto, al componente significativo básico, de carácter puramente *descriptivo* de ciertos rasgos humanos o del mundo, por los que la palabra puede aplicarse a la persona que es tranquila y propensa a tolerar los errores ajenos o a un invierno en que no hace frío ni llueve, se suele añadir una u otra *carga valorativa* que, según el contexto, puede ser opuesta: favorable, cuando la apacibilidad o la indulgencia en las personas se estiman virtuosas o cuando el tiempo cálido en invierno se agradece, pero también —aunque seguramente con bastante menos frecuencia— desfavorable, cuando la mansedumbre o la flexibilidad se reputan cesión y renuncia por debilidad o cuando la insistencia del sol inclina a lamentar el

clima moderado como indeseable sequía¹. El término castellano «dúctil», que a la idea de maleabilidad une la de condescendencia, ha sido una muy buena elección, aunque en él, de un lado, tal vez domina el sentido descriptivo sobre el valorativo y, de otro lado, seguramente contiene una carga valorativa más inclinada al polo negativo que al positivo, justo lo contrario que el término italiano.

Aunque sólo fuera por solidaridad de traductor —que conoce en carne propia la inevitable traición de toda traducción—, no habría yo señalado la anterior dificultad si no fuera por considerarlo imprescindible para ilustrar el núcleo del presente comentario. Y es que el título de este libro es una feliz condensación de su contenido, y lo es, precisamente, gracias a las ambivalencias que traspasan a uno y a otro, al título y al libro mismo, que también es «dúctil». Tales ambivalencias no sólo corren entre el alcance meramente descriptivo de las transformaciones que atribuye al Derecho actual y la valoración en conjunto positiva que de ellas ofrece, sino también entre las distintas interpretaciones que tanto su descripción como su valoración sugieren. Para no incurrir yo mismo en ambigüedades, sin embargo, diré que entre las ambivalencias que voy a destacar las hay por indeterminación, sea por vaguedad o sea, incluso, por ambigüedad en los argumentos desarrollados, y las hay por oposición o antinomia entre unas y otras afirmaciones del libro. Advierto también que mi análisis se limitará a considerar algunos temas sustantivos importantes, sin pretender rozar siquiera la discusión en torno a etiquetas tan polivalentes como iusnaturalismo o positivismo jurídico². Me referiré a continuación a la primera ambivalencia para centrarme en otras más específicas en los dos apartados siguientes, uno relativo a la descripción ofrecida en el libro y otro a sus valoraciones.

La primera ambivalencia se presenta como ambigüedad entre, de un lado, el alcance meramente descriptivo del rasgo de apertura al compromiso con diferentes y flexibles principios que, según Zagrebelsky, caracteriza esencialmente a los actuales sistemas jurídicos, y, de otro lado, la superior estimación que para él alcanza ese criterio del pluralismo y la coexistencia entre distintos principios, que es configurado como el único meta-valor absoluto. Zagrebelsky asevera en un momento, en referencia al tema de la interpretación judicial, para él central en la construcción del Derecho actual, que «aquí no se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación. [...] Aquí se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento» (p. 200, t. c. p. 144). Y sin embargo, en las primeras pági-

¹ Esta ambigüedad valorativa es la que explica que ZAGREBELSKY deba recordar la distinción entre la *aurea mediocritas* y la *aurea medietas* para adscribir a esta última los valores «positivos y constructivos» de la actitud de apertura, moderación y compromiso entre principios con la que allí identifica, precisamente, la «mitezza costituzionale» (cap. 1, núm. 3).

² Sobre ello, además del «Epílogo» de GREGORIO PECES-BARBA a «El derecho dúctil», puede verse Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, «¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», *Derechos y libertades*, núm. 2, 1994, pp. 113 ss.

nas del libro proclama que la «ductilidad» en que resulta el Derecho actual configura «una mayor plenitud de vida constitucional que no debe mantenerse con la actitud resignada de quien se pliega a una necesidad» (pp. 12-3, t. c. p. 15). Las preguntas que este contraste sugiere son básicamente dos: una relativa a la descripción del Derecho actual que se hace en el libro y a su adecuación a la realidad y otra sobre el juicio valorativo que merece la situación descrita tanto en el libro como desde un punto de vista crítico.

La descripción —a salvo de las precisiones que después haré— me parece en su conjunto perceptiva y acertada, como tantas cosas en el libro, lleno de sólida cultura jurídica y de agudas percepciones. Pero además, lo descrito resulta en el libro también prescrito, y hasta ensalzado, cuando, desde mi punto de vista al menos, en el aspecto valorativo contiene más bien luces y sombras y, lo que es peor, aquel ensalzamiento comporta el riesgo de aumentar algunos de los aspectos para mí más oscuros y desalentadores de las actuales tendencias del Derecho contemporáneo. Dicho en otras palabras, el libro de Zagrebelsky se complace en considerar a la necesidad virtud, cuando en este caso lo necesario no es precisamente tan virtuoso y, sobre todo, tenerlo por tal contribuye no sólo a consolidar su perduración sino, lo que me parece más grave, a ampliar su alcance más allá de lo que podría ser estrictamente inevitable.

AMBIVALENCIAS EN LA DESCRIPCIÓN DEL DERECHO ACTUAL

¿Cuál es, a grandes rasgos, la descripción que propone *El Derecho dúctil*? El libro juega con la constante contraposición entre dos visiones del Derecho, una que suele ser calificada como positivista y otra que no recibe una calificación precisa ni uniforme, pero que se identifica perfectamente como la actual, que se corresponden con dos distintas formas de organización del Derecho mismo, estas sí claramente contrapuestas como Estado de Derecho frente a Estado constitucional. La concepción positivista, y el sistema jurídico-estatal mismo que refleja, se sitúa en el siglo XIX y una parte del XX y viene caracterizada por tres rasgos fundamentales, trabados entre sí, que contrastan netamente con los rasgos correspondientes al sistema actual: legalismo frente a constitucionalismo, reglamentismo frente a principialismo³ y logicismo interpretativo frente a acomodación mutua entre ordenamiento y caso.

³ Las dos denominaciones son de mi responsabilidad. Pido excusas sobre todo por no haber encontrado una palabra mejor que «reglamentismo» para expresar la noción que en seguida glosaré, pero era desde luego excluible la alternativa de «normativismo». Y ello no sólo porque el término «norma» sea oportunamente utilizado por ZAGREBELSKY como una categoría general que incluye reglas y principios, sino sobre todo porque sería enormemente distorsionador con la amplia corriente que de KELSEN a BOBBIO o HART se suele denominar normativismo, corriente que me parece sustancialmente ajena a las dos posiciones consideradas por ZAGREBELSKY.

En primer lugar, el legalismo, como primacía efectiva de la ley y del parlamento ante el carácter meramente programático de los principios y derechos constitucionales, contrasta con el actual constitucionalismo (del que, no obstante, en este punto como en el siguiente, el Reino Unido sigue siendo una significativa excepción no suficientemente destacada en el libro). En el constitucionalismo, en cambio, las reglas y, sobre todo, los principios constitucionales priman de manera efectiva sobre la ley, con dos efectos, uno material y otro procedimental. Materialmente, mediante una aplicabilidad mucho más inmediata de las normas constitucionales y, procedimentalmente, porque tales normas son jurídicamente aplicables mediante la institucionalización de un control judicial de la constitucionalidad de las leyes que ha legado a permear al conjunto del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, esa primacía efectiva de la Constitución ha tenido como primer efecto la superación del reglamentismo tradicional de la visión y la práctica positivistas. Y no es sólo que en el reglamentismo los derechos básicos y los principios constitucionales no pudieran realizarse en tanto no se encontrasen específicamente consagrados en normas, o reglas, como prefiere llamarlas Zagrebelsky, para contrastarlas con los principios, respectivamente caracterizados al modo de Dworkin. Es que, en el principialismo, los principios, precisamente porque «desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico» (p. 148, t. c. p. 110), además de permitir una realización efectiva de los derechos de libertad y de justicia⁴, sirven en general como criterios de orientación para superar una mecánica y pasiva aplicación (especialmente judicial) de las reglas, que son la materia dominante de las meras leyes. Es decir, que los principios no son una mera fuente de inspiración interpretativa incluso con capacidades supletorias sino que sirven también como instrumentos de rectificación de las reglas. De esta forma el reglamentismo sería diferente al principialismo por dos razones diferentes: por facilitar la obstaculización de la realización efectiva de los principios y derechos constitucionales y por propiciar una aplicación del Derecho limitada a una obediencia de las reglas sin inspiración ni corrección sustantiva basadas en los principios constitucionales.

En tercer lugar, el logicismo interpretativo, con la clásica imagen del silogismo judicial propia de la teoría de la subsunción, era el método de interpretación y aplicación del Derecho correspondiente al legalismo y al reglamentismo positivistas, a su vez coherentes con una visión de la dogmática jurídica cortada con los patrones del racionalismo, caracterizados

⁴ ZAGREBELSKY dedica el capítulo 4 a diferenciar los derechos de libertad y los derechos de justicia en una forma que no comparto en dos aspectos: en primer lugar, en lo que se refiere a su respectiva fundamentación en la tradición liberal y en la católica, sobre lo que suscribo la crítica de GREGORIO PECES-BARBA (cf. «Epílogo» cit., pp. 159-61), a la que únicamente añadiría que, entendiéndose que aquel capítulo haya sido escrito en la católica Italia, resultaría inverosímil en un libro, por ejemplo, británico; en segundo lugar, en lo que atañe a la tajante separación conceptual entre ambos tipos de derechos, sobre lo que remito a mi artículo «Derechos liberales y derechos sociales», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16 (Homenaje a Elías Díaz), vol. II, 1994, pp. 651-74.

por una consideración apriorística y deductiva de los criterios jurídicos bajo el canon logicista de la *demonstratio*. En cambio, la concepción interpretativa correspondiente al modelo constitucionalista y principialista es la del ajuste entre el caso concreto y el ordenamiento jurídico mediante un modelo de *argumentatio* que prefiere la *prudentia* a la *scientia* (cf. p. 169, t. c. pp. 123-4). Aquí la decisión judicial no puede ya ser vista como el fruto de la subsunción de los hechos en una premisa mayor normativa simplemente extraída del Derecho, sino que tal premisa ha de construirse de forma compleja —la alusión a la hermenéutica es aquí obligada— en un equilibrio entre las exigencias del caso, que proceden de una realidad interpretada a la luz de los valores constitucionales, y la regulación normativa abstracta (en este punto hay algunas ambigüedades en el planteamiento de Zagrebelsky sobre las que habré de volver, sirviendo lo anterior como aproximación lo más fidedigna posible a su descripción).

Hasta aquí, la descripción del contraste entre el sistema jurídico liberal tradicional y el de la mayoría de los Estados de bienestar contemporáneos rastrea líneas a grandes rasgos bien reconocibles. Pero aunque el diseño global sea fiel al modelo real, es disputable si, más allá de las detalladas pinceladas que el libro sin duda contiene, de la visión en perspectiva del hilo argumental y del conjunto de la descripción no se desprende un cuadro con cierto grado de exageración latente, especialmente para un lector que se deje llevar por el persuasivo pero considerablemente vago lenguaje del pluralismo, el compromiso y la flexibilidad tan propios de una época como la nuestra, de pensamiento y de Derecho efectivamente más dúctiles que otras pasadas. Indicaré dos o tres puntos en los que la vaguedad de las formulaciones de Zagrebelsky fomenta este riesgo de una comprensión distorsionada del Derecho actual.

En primer lugar, frente al agudo y genérico contraste que el libro presenta entre el legalismo del Estado liberal y el constitucionalismo del Estado constitucional, es claro que, algo más en concreto, la realización efectiva de los principios de justicia social proclamados en las constituciones sigue dependiendo hoy de la intermediación de la ley, y parece difícil que vaya a dejar de ser así si no se producen cambios políticos y jurídicos muy radicales en el futuro. Naturalmente, no es que Zagrebelsky desconozca esta obviedad, sino que en el diseño de su libro no se destaca en ningún momento cómo la interposición del legislador, que según el capítulo 3 constituyó rasgo esencial del Estado decimonónico para la realización jurídica de los derechos de libertad, sigue siendo un rasgo característico del Estado de bienestar. De este último se han querido destacar otros rasgos, ciertamente pertinentes, pero todos compatibles con un buen grado de realización práctica a pesar de la inaplicabilidad directa de las constituciones contemporáneas en la materia (véase el cap. 5). Y ello puede servir para recordar cómo, alternativamente, según lo muestra el sistema jurídico británico, tampoco es de la esencia del Estado de Derecho frente al constitucional —en la terminología de Zagrebelsky— el garantizar más endeble o aleatoriamente los derechos de libertad (en todo caso,

el factor de la primacía de la Constitución y la existencia de Tribunales Constitucionales puede que no sea tan decisivo como el hilo de los primeros capítulos del libro tiende a sugerir).

En segundo lugar, frente a la pintura de una aplicación actual del Derecho tendencialmente principialista, hoy todavía perdura un volumen incuantificable, pero sin duda cuantitativa y cualitativamente muy importante, de obediencia y de aplicación esencialmente mecánicas, como me parece que lo prueba suficientemente el que sin un cumplimiento literal y sencillo de muchas de las muy numerosas reglas jurídicas existentes nuestras sociedades serían irreconocibles por su grado de conflicto y de desestructuración. Si esto es así, la tesis de que la «influencia del caso no se puede eliminar» (p. 200, t. c. p. 145) debería encuadrarse en una explicación de su alcance al limitado campo de la aplicación judicial del Derecho. Junto a ello, la afirmación encadenada a la anterior de que tal influencia está presente no sólo en los casos difíciles sino también, «silenciosa e inadvertidamente», en los de rutina, merecería una prueba analítica o, al menos, alguna ejemplificación más allá de su mera aseveración. Entretanto, me inclino a poner de relieve que, como ha visto bien Frederick Schauer, por dúctiles que sean las reglas, nadie sostiene, ni a la luz del caso ni sin ella, que los presidentes de Estados Unidos pueden tener tres mandatos ordinarios, que el Derecho inglés permite el matrimonio entre hermanos o que los evasores de impuestos pueden ser condenados a muerte bajo el Derecho noruego⁵.

Por lo demás, incluso en el restringido sector de la normativa jurídica que se sustancia en conflictos judiciales, la función inspiradora y correctora de los principios no parece un fenómeno general que abarque profusa y profundamente a todos los casos: aunque lo avanzo como hipótesis que debería comprobarse con más detalle, una primera limitación procede de que no es verosímil pensar que todas las materias en pleito admitan y reciban una igual carga de interpretación en función de principios constitucionales (sugiero a riesgo de equivocarme que el Derecho sucesorio y el mercantil, así como el urbanístico o el fiscal, están menos grávidos de principios constitucionales que el Derecho de familia o el laboral); y, segunda y más importante limitación, la apelación directa a la interpretación conforme a principios seguramente varía en intensidad según la jerarquía judicial, en especial porque los criterios sentados por los tribunales superiores tienden a adquirir un carácter de casi-reglas para ocasiones futuras, y no sólo para los tribunales inferiores (por poner un ejemplo del Derecho español, el criterio a seguir ante las huelgas de hambre de presos, que estuvo sometido a oscilaciones conforme a distintas interpretaciones, ha sido fijado de manera estable por el Tribunal Constitucional de modo similar a como si se hubiera dictado una ley⁶).

⁵ Cf., «Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life», Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 192-3.

⁶ Cuando digo «similar» no digo «igual», pues una diferencia muy relevante con la ley es que el Tribunal Constitucional no puede cambiar de criterio como lo hace el Parlamento, pues

En síntesis, en lo que dice y, en todo caso, en lo que, sin decirlo, puede inducir a entender, el problema de la descripción del Derecho actual ofrecida en *El Derecho dúctil* no es sólo que pueda generar una percepción más o menos exagerada o distorsionada de la realidad jurídica que sugiera como ya existente algo que en realidad no es (y no digo que «todavía no es» porque, además de indeseable, no me parece inevitable). Su mayor peligro es que, tras el halo valorativamente favorable en que el libro sitúa su descripción del Derecho actual, nos suscite una cierta familiarización con la posibilidad de que las actuales tendencias, tan certeramente descritas como tales tendencias generales por Zagrebelsky, se confirmen en los hechos hasta, no digo cumplir ni todavía menos dejar corta, pero sí aproximarse a los puntos de exageración a los que hoy puede animar una lectura poco avisada del libro.

AMBIVALENCIAS EN LAS VIRTUDES DE LA DUCTILIDAD JURÍDICA

Con exageraciones o sin ellas, la descripción del Derecho actual merece de Zagrebelsky una valoración eminentemente positiva. Como ya he dicho más allá de una aislada protesta de que su pretensión es sólo descriptiva, en distintos momentos clave expresa una clara valoración favorable de las tendencias del Derecho actual, confirmando así el juicio de las primeras páginas del libro sobre la «mayor plenitud de vida constitucional» de la «ductilidad» en la interpretación jurídica (pp. 12-3, t. c. p. 15): así, cuando expresa su tajante preferencia por el Derecho en acción o viviente frente al Derecho literalmente entendido o «en los libros» (pp. 166-7, t. c. p. 122), cuando defiende una decidida interpretación no legalista y apegada a las llamadas exigencias del caso (p. 181, t. c. pp. 132-3), cuando afirma que la existencia de múltiples métodos de interpretación sin jerarquización entre sí es una virtud (p. 186, t. c. 135-6) o, en fin, cuando pone en duda que la certeza como fijeza sea deseable (pp. 202-3, t. c. pp. 146-7).

Para hacer un juicio crítico de la valoración favorable de Zagrebelsky sobre el Derecho actual, me detendré en dos temas cruciales ante los que caben interpretaciones alternativas de consecuencias muy diferentes: la relación entre ordenamiento jurídico y realidad y la relación entre constitucionalidad y legalidad. En una y otra el libro de Zagrebelsky mantiene en puntos decisivos ambivalencias o indeterminaciones entre distintas posibilidades que, por más congeniales que aparezcan a la luz de la aper-

no sólo no podrá cambiarlo cuando lo considere oportuno, ya que siempre habrá de esperar a que le llegue un caso (lo que podría tardar en ocurrir si el criterio previo se tiene por firme), sino que cuando lo haga normalmente deberá retrotraer su nuevo criterio para el caso concreto en que lo cambia (salvo que utilice el discutido mecanismo del *prospective overruling*, por el que el Tribunal avisa de que en casos futuros, pero no en el presente, utilizará un nuevo criterio).

tura y el compromiso propios de la ductilidad del Derecho moderno, han de analizarse críticamente. En especial cuando tales ambivalencias derivan en tensiones irresolubles que, contra los repetidos deseos de Zagrebelsky, no pueden someterse a «la ley fundamental intrínseca del Derecho constitucional actual [...], la del *et-et*» (p. 15, t. c. p. 17). Si esto es así, en el propio libro se vendría a poner de manifiesto una cierta tensión entre diferentes valores, de modo que mi crítica no sería únicamente externa —en cuanto que, respecto de cualquier sistema democrático, tomo partido más bien por los valores de legalidad y seguridad frente a los de flexibilidad y ductilidad—, sino que tendría también un cierto alcance de crítica interna a algunas de las valoraciones del libro de Zagrebelsky.

ORDENAMIENTO JURÍDICO Y REALIDAD

En *El Derecho dúctil*, como he venido diciendo, la interpretación judicial se proclama llamada a salvar, en una especie de síntesis superadora, las tensiones entre ley y derechos y entre reglas y principios, dos oposiciones que aparecen también como tensión entre el ordenamiento jurídico y la realidad tal y como aparece en los casos concretos. La primera ambivalencia que estas formulaciones presentan afecta al sentido de la expresión «ordenamiento jurídico», que no se sabe si es utilizada en su sentido usual, como equivalente a conjunto de normas jurídicas de un determinado derecho, incluidos en él los principios constitucionales, o si más bien es restrictivamente entendida, en alusión al conjunto de leyes ordinarias y reglas inferiores con exclusión de la Constitución y sus principios.

Según la primera versión, en la que «la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento» (p. 182, t. c. p. 133)⁷, este último vendría contrapuesto a la realidad con dos consecuencias extravagantes: por un lado, la interpretación judicial se pondría como instancia superior tanto respecto del Derecho como de la realidad y, por otro lado, las «exigencias de carácter jurídico que la realidad lleva consigo» (p. 163, t. c. p. 120) quedarían completamente desconectadas de los principios constitucionales incluidos en el ordenamiento. Si se excluyen como irrazonables ambas consecuencias, queda la opción de entender que el contraste a que se alude no es entre todo el ordenamiento y la realidad de los casos, sino sólo de las leyes y reglas como partes del ordenamiento. Esta versión, por lo demás, no sólo viene avalada por las ocasiones en las que el contraste que aparece en el libro

⁷ En similar sentido dice: «Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple “casuística”, incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro» (p. 181, t. c. p. 132).

es entre la realidad y la ley, o entre el caso y la ley (así, cf. pp. 181-2, t. c. pp. 132-3), sino que es la única interpretación que permite salvar la coherencia con la propuesta de Zagrebelsky de acudir a los plurales y dúctiles principios constitucionales como criterios no sólo orientadores sino incluso correctores de la ley.

Si la tensión entre los dos «señores» a los que debe servir la actividad judicial se sitúa en «la ley y la realidad», los principios la resuelven en una síntesis de juridicidad y de realidad. ¿Cómo es posible esto? Los principios constitucionales parecen tener la virtud de permitir salvar la distancia entre el hecho y valor, de modo que, según Zagrebelsky, adoptarían una existencia dual pero no por ella conflictiva: por un lado, estarían incorporados como deber ser constitucional a modo de referente ideal para las leyes a la vez que como «razón de ser autónoma respecto de la realidad» (p. 160, t. c. p. 118), pero, por otro lado —si no he entendido mal las algo tortuosas páginas dedicadas a la relación entre hechos y valores—, los principios permitirían extraer de la realidad misma los criterios para resolver la tensión que el caso plantea entre ley y realidad (cf. pp. 160-3, t. c. pp. 118-20).

La anterior me parece, efectivamente, la única explicación sensata de por qué en *El Derecho dúctil* se habla de la tensión o lucha «entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley» (p. 182, t. c. p. 133), y no más bien de la tensión entre la *ratio* superadora de la ley, abstracta y ciega, y la *voluntas* (o las *voluntates*) del caso, siempre expresivo de distintos intereses sociales en pugna. Los casos sólo pueden tener *ratio* si, liberados de los intereses conflictivos que los configuran, se interpretan como expresión de exigencias valorativas unitarias y coherentes que surgen de su especial comercio con los principios. Ahora bien, ¿cómo los dúctiles y abiertos principios pueden llegar a concretarse en el contacto con el caso? Aquí aparece de nuevo, me temo, una indeterminación en el libro que una vez más puede formularse en términos de otra ambivalencia: los principios constitucionales remiten y se concretan en la realidad o bien mediante la aceptación por parte del juez de los criterios empíricamente dominantes o mayoritarios de hecho en la sociedad de que se trate o bien mediante el descubrimiento inmediato directo por parte del juez de la mejor interpretación posible (y en este último caso, de nuevo se abre una indeterminación sobre si se patrocina la vetusta línea de la doctrina naturaleza de las cosas, la más actual versión dworkiniana o alguna otra, como la remisión a los criterios de mayor prestigio en la cultura jurídica).

En favor de la primera opción podría hablar la alusión del libro a la «comprensión» del sentido y valor del caso a la luz del «contexto cultural objetivo» (cf. pp. 187-9, t. c. pp. 136-8), la referencia a que «el derecho no puede separarse del ambiente cultural en que está inmerso» (p. 190, t. c. p. 138)⁸ o, en fin, la propuesta de apertura «a una visión de sociolo-

⁸ El texto italiano («il diritto non ha la forza di distaccarse...») es más fuerte que la traducción castellana, donde la fuerte ambigüedad del término «puede» admite una interpretación puramente valorativa, cuando lo que ZAGREBELSKY parece defender es una tesis ontológica.

gía jurídica» a la que llamaría la relevancia de Derecho viviente o en acción (p. 167, t. c. p. 122). En favor de la segunda opción, en cambio, parece militar la extensa apelación de Zagrebelsky al «carácter práctico de la ciencia del derecho», que frente a la *scientia* propone la *prudentia* como conocimiento jurídico razonable suficientemente objetivo (pp. 163 ss., t. c. pp. 120 ss.), así como la defensa de la razón práctica, entendida como «predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor» (p. 168, t. c. p. 122). Sea una u otra la posición favorecida por Zagrebelsky, o alguna otra versión mixta o diferente que yo no haya alcanzado a captar, en el libro me parece que faltan argumentos sustantivos en favor de la entrega a los jueces de un poder de decisión que permite invalidar una ley que se oponga a las exigencias del caso (p. 189, t. c. p. 138; en el mismo sentido, también p. 183, p. 134).

LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

El anterior problema puede ser considerado más en detalle desde la óptica de la relación entre legalidad y constitucionalidad. Como ya he comentado antes, esta relación es vista en *El Derecho dúctil* a modo de dicotomía histórica y conceptual para diferenciar los dos modelos de ordenamiento jurídico que siguen a la Revolución Francesa: el decimonónico del «Estado de derecho» y el actual del «Estado constitucional». Tal dicotomía parece operar también valorativamente, siempre en favor del segundo término, cuando se deposita en los principios constitucionales –garantizadores sobre todo de los derechos de libertad y de justicia– el peso no sólo de la inspiración del resto de las normas del ordenamiento, sino también de su flexibilización hasta la corrección de las reglas meramente legales mediante la correspondiente interpretación judicial. En el libro nunca queda dicho explícitamente, ni por lo tanto claro, si el recurso a los principios constitucionales es un camino expedito para cualquier juez o si se acepta algún tipo de restricción, sea por la vía de la revisión jurisprudencial por parte de los tribunales superiores sea por la vía de la atribución en exclusiva de tal competencia a órganos judiciales muy específicos, en especial a los tribunales constitucionales. Ésa, con todo, no es la única indeterminación en la relación entre legalidad y constitucionalidad.

La relación entre legalidad y constitucionalidad puede ser considerada en dos ámbitos distintos: el estructural y el sustantivo. Desde el punto de vista estructural, la jerarquía entre el nivel normativo constitucional y el legislativo puede verse en los dos tipos ideales extremos de la mera ejecución frente al desarrollo creativo. Mientras en el primer caso, la Constitución es aplicable por la ley únicamente a través de una única respuesta, en el segundo aquélla no es más que un marco de límites entre los

que caben distintas posibilidades a elegir libremente por el legislador. Aunque en algunas materias especialmente garantizadas por la Constitución —en especial en algunos derechos básicos, en ocasiones de detallada regulación constitucional—, la ley prácticamente carece de margen para ir más allá de la mera ejecución, parece doctrina pacífica que en general puede manifestar libremente alguna de las varias combinaciones entre los distintos principios constitucionales. En todo caso, tal es la tesis que explícitamente recoge Zagrebelsky, que en este punto no insinúa un cambio sustancial respecto de la doctrina tradicional (p. 129, t. c. p. 97, así como cap. 7, núm. 7).

En el entendimiento anterior, el juez constitucional no tiene otra función que calibrar si la ley ha traspasado los amplios límites de los principios constitucionales, mientras que al juez ordinario no le cabe más que solucionar sus dudas sobre el alcance de la ley, interpretándola a la luz de alguna de las combinaciones posibles de los principios constitucionales. Ahora bien, si el libro de Zagrebelsky confiere a los jueces (así genérica e indeterminadamente denominados) un protagonismo notablemente mayor del que esta pintura sugiere, ello se debe a que a la anterior relación estructural entre constitución y ley se superpone, por así decirlo, un entendimiento sustantivo de la idea de «legalidad» que parece imponer un cambio de rumbo drástico sobre el diseño que se acaba de comentar. Como para Zagrebelsky, según hemos visto, la norma jurídica judicialmente interpretada es el destilado de una regla (generalmente legal) a la luz de uno o varios principios (constitucionales) en la operación de ajustamiento entre ordenamiento y caso concreto, resulta que, sustantivamente, y tras la operación interpretativa del caso concreto, la relación entre constitucionalidad y legalidad ya no permite considerar a las leyes como el resultado de una combinación libérrimamente elegida por el legislador dentro de las varias «combinaciones posibles entre los principios constitucionales» (p. 129, t. c. p. 97).

Si se toma en serio la concepción sustantiva de la interpretación defendida por Zagrebelsky, la primacía y autonomía del legislador —dentro del marco constitucional— tiene que decaer en favor de lo que podría denominarse un condominio con los jueces en competencia por el «señorío» sobre el derecho. De nuevo aparece aquí la ambivalencia valorativa, el intento de soluciones *et-et* cuando sólo son posibles las soluciones *aut-aut*: por un lado, Zagrebelsky critica severamente a los juristas actuales que, apurando los residuos de un positivismo según él ya sin razón de ser y vivo por pura inercia de ideología jurídica, todavía «continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la “ley constitucional”» (p. 50, t. c. p. 41); pero, por otro lado, concluye afirmando en un contexto claramente valorativo que «los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo» (p. 213, t. c. p. 153).

¿Qué lugar ocupa, pues, el principio de legalidad en esta gran construcción tan favorable a los principios? ¿Es un simple principio más,

sometido a la ponderación pluralista y dúctil junto con otros principios en competencia o tiene alguna preeminencia especial para los jueces? Si el principio de legalidad se entiende, según creo que ha de hacerse en un sistema democrático, como consagración de la supremacía del Parlamento en su ámbito, la concepción sobre el alcance y extensión de tal ámbito que propone Zagrebelsky es todo menos unívoca: ciertamente, reconoce al «positivismo legislativo [...] algún punto a su favor», en cuanto que acepta que «la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga» (p. 210, t. c. p. 151), llegando incluso a situarse críticamente frente a las sentencias constitucionales interpretativas y a las fundamentaciones excesivamente restrictivas con la libertad de elección del legislador (cf. pp. 211-212, t. c. p. 152); sin embargo, la llamada final a que el legislador se resigne «a ver sus leyes tratadas como “partes” del derecho y no como “todo el derecho”» (p. 212, t. c. p. 153) remacha una concepción sustantiva de la interpretación que, bajo el designio de la adecuación entre la regla y el caso concreto a la luz de los principios, viene a situar al juez ordinario en el mismo plano que al legislador, y no sólo en el plano práctico, sino también en el de los principios.

Es muy significativo a este respecto que Zagrebelsky no vea mayor problema en las interpretaciones «creativas» de los jueces ordinarios —porque, dice, su «jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades constitucionales» (p. 212, t. c. p. 153)—, sin caer en la cuenta de que la capacidad del legislador de corregir al juez es en su concepción perfectamente reversible. De tal modo, la supremacía de la ley puede terminar reducida, dicho sea provocativamente, a la ardua posibilidad de que el legislador *intente* corregir mediante nuevas leyes las distorsiones que sus mismas leyes anteriores hayan venido recibiendo en la interpretación judicial. Una posibilidad, en fin, tanto más ardua, y hasta sisífica, cuanto más se aliente teóricamente la capacidad de los jueces de corregir la ley. Se dirá, seguramente con razón, que la teoría jurídica es de escasa relevancia ante un fenómeno como el de la autonomía judicial, pero por poca relevancia que tenga no veo razones ético-políticas de peso para adoptar una concepción sustantiva que tiende a tirar algunas de las paredes de la casa por el hecho de que no es posible en la práctica cerrar todas las puertas.

Para calibrar más específicamente la discusión anterior, puede ser útil distinguir tres distintos tipos de casos, aunque sea en la forma algo tosca de dos posiciones extremas y una posición intermedia. En un extremo se sitúan los casos cuya resolución viene preestablecida por criterios normativos pacíficamente considerados de significado razonablemente claro y unívoco. En el otro extremo se sitúan los casos ante los que no hay criterios normativos claramente preestablecidos, bien porque se carezca de ellos (casos sorprendentes, como los debidos a innovaciones médicas), bien porque existan en exceso por pugnar diferentes principios en conflicto (casos disputados, como los relativos al aborto o la eutanasia). El contraste entre uno y otro extremo es bien neto, pues mientras en el pri-

mer tipo de casos sería forzado introducir un análisis de principios que modifique el criterio preestablecido, en el segundo parece no haber más remedio que introducir un criterio. Sólo en este segundo tipo de casos tiene sentido discutir el problema valorativo de si tal criterio debería obtenerse acudiendo a una reflexión sobre los principios o mediante otros mecanismos —p. ej., el *referé* legislativo, el azar, la opinión pública mayoritaria, etc.— y, en caso de resolverlo mediante los principios, intentando soluciones conciliatorias, o tratando de desentrañar la mejor respuesta posible en general o alguna otra fórmula diferente (y a este aspecto específico me referiré en el próximo epígrafe).

Ahora bien, entre uno y otro tipo de casos hay una zona intermedia, sin duda la más interesante teóricamente, en la que la disputa misma gira sobre si estamos ante un caso con o sin criterios específicos preestablecidos. Por ejemplo, el caso antes citado del estatus normativo de las huelgas de hambre de presos en el Derecho español puede ser hoy considerado, según la doctrina que se mantenga, como un caso en el que hay criterios claramente predeterminados por obra de una repetida interpretación del Tribunal Constitucional, o como un caso en el que sigue abierta la apelación a principios constitucionales en pugna con los previamente elegidos por el Tribunal Constitucional. Pues bien, lo que me preocupa es que una visión como la del libro de Zagrebelsky, al describir y ensalzar un modelo jurídico de interpretación muy creacionista, induce a interpretar los casos intermedios, en los que la apelación a principios es sólo *posible*, como si pertenecieran a la categoría extrema de los casos en los que tal apelación es *inevitable*.

Insisto en que no estoy afirmando que en *El Derecho dúctil* haya una explícita e inequívoca defensa de este tipo de extensiones, pero es claro que tampoco se expresan las, a mi juicio, debidas cautelas ante una hiperdilatación del poder judicial que, en cuanto ejercido por órganos formalmente independientes entre sí y en todo caso limitadamente jerarquizados de hecho, ha de tender a multiplicar entrópicamente los criterios jurídicos, hasta configurar una situación en ciertos aspectos similar a la del *Antiguo Régimen*, caracterizada no sólo por la ausencia de códigos sino también por la superposición irresuelta entre distintas fuentes jurídicas en conflicto entre sí⁹.

La falta de preocupación que el libro de Zagrebelsky muestra por la interpretación judicial como causa de inseguridad jurídica contrasta con su fina sensibilidad ante el aumento de un tipo de legislación que, por renunciar al grado debido de abstracción y generalidad, ha perdido la capacidad de ordenación, aumentando más que reduciendo la imprevisibilidad de las conductas sociales (cf. pp. 43-45, t. c. pp. 36-37). Si el resultado, que todos parecemos compartir como deplorable, es en uno y

⁹ RUBIO LLORENTE, en su reseña a «Il diritto mite», también comparte estos temores cuando pone de manifiesto que el lugar central en que se sitúa al juez en el libro pone gravemente en riesgo la seguridad jurídica y la supremacía de la ley (cf. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, enero-abril 1994, pp. 431-433).

otro caso el mismo, ¿por qué las causas, estén en el legislador o en el juez, no merecen un tratamiento igual? ¿O es que hay que suponer que son (o deben ser) los jueces quienes vienen a poner remedio en el desorden que ha introducido el legislador? A mi modo de ver, es muy verosímil afirmar que la tela que el actual Estado teje por el día como legislador no siempre es de factura coherente y completa, pero depositar en los jueces una confianza sin reservas para que adopten principios o patrones plurales y superiores a la ley es arriesgarse a que la tela, lejos de embellecerse y mejorar, simplemente vaya siendo deshecha, al modo de Penélope, durante la noche¹⁰.

Por descender de las abstracciones hasta lo que incluso puede parecer trivial, pero que no obstante es ilustrativo, concluiré con una anécdota que tal vez sirva para poner de relieve la naturaleza de las reglas, entendidas como criterios fijos preestablecidos, y el alcance de su posible corrección a través de principios. En mayo de 1994 hice un viaje en avión de Madrid a Barcelona con vuelta el mismo día. Por la mañana había dejado mi coche en el aparcamiento del aeropuerto de Barajas y al volver por la noche fui incapaz de encontrar el *ticket*, por lo que tuve que pagar cinco días de estancia. Tras una reclamación a la empresa correspondiente en la que envié copias de mi billete y de las dos tarjetas de embarque, recibí una amable contestación, que conservo, en la que me decían que el asunto estaba regulado por la Orden de 16 de julio de 1992 (*BOE* 29 de junio), en la que se establecía lo siguiente: «En el caso de no poder presentar el *ticket* de aparcamiento en el momento de la retirada del vehículo, la tarifa por el estacionamiento será la equivalente a cinco días de estancia». En la contestación añadían: «Se ha procedido, por lo tanto, correctamente a lo establecido en la ley, ya que la misma no contempla como válida ninguna otra documentación sustitutiva del *ticket*. [...] Dado que reclamaciones similares a la suya son bastante frecuentes y no es discutible la veracidad de la misma, se ha procedido a indicar a las esferas competentes [...] la posibilidad de establecer el concepto de documentación sustitutiva del *ticket*, en la actualización de precios que próximamente será publicada en el *BOE*».

Como se observará, se trata de un caso en la zona intermedia o dudosa a que me refería hace un momento. Si hubiera acudido a un juez reclamando la devolución de cuatro de los cinco días cobrados, muy probablemente me habría dado la razón en el fondo del asunto. Pero, bien pensado, no estoy nada seguro de que esa actitud judicial esté libre de graves inconvenientes, de los que carece en cambio el camino alternativo de rectificar la norma por el órgano creador correspondiente. El único inconveniente de esta segunda posibilidad es que no se llegue de hecho a la recti-

¹⁰ La metáfora del día y la noche, como todas imperfecta, no debe llevarse más lejos que a la sugerencia del contraste entre la publicidad que suelen recibir las leyes y el mayor desconocimiento –tanto en el sentido de falta de conocimiento, especialmente por parte del público en general, cuanto en el de falta de seguimiento, especialmente por parte de otros órganos judiciales– de los criterios elaborados o adoptados en las sentencias judiciales.

ficación. Y se dirá quizá que, precisamente por esa razón, al menos para casos no triviales, es preferible el pájaro en mano de la solución judicial que los ciento volando de la reforma legislativa. Cabe también sospechar, sin embargo, que el riesgo de que las reglas inadecuadas no se reformen es tanto mayor cuanto más se teoricen como abiertas a la corrección por los jueces conforme a principios. Esa es, a fin de cuentas, la principal preocupación que condensa el punto de vista valorativo que ha inspirado las observaciones precedentes.

II

ESTUDIOS

Hacia un *tractatus* deóntico-*philosophicus*

Por CARLOS ALARCÓN CABRERA

Universidad de Sevilla

PRÓLOGO

En el presente ensayo no pretendo exponer fragmentos de *lo que sería* un pensamiento filosófico propio, ni de *lo que es* un pensamiento filosófico ajeno. Pretendo exponer fragmentos de *lo que podría haber sido* y no fue: la filosofía *deóntica* del primer Wittgenstein.

El presente ensayo se compone de noventa proposiciones, construidas a partir de las quinientas veintiséis de las que consta el *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein, cuya primera edición cumple precisamente ahora *setenta y cinco años*. En ellas, se reformulan, se reordenan y se renumeran las proposiciones del *Tractatus* pasando a referirse, en cada uno de los cinco epígrafes generales, al mundo deóntico, a la representación de la realidad deóntica, al lenguaje deóntico, a la lógica deóntica y a la metalógica y la metacrítica deóntica, respectivamente. Se trata, en definitiva, de una tentativa de transposición en *tonalidad deóntica* del *Tractatus*.

SUMARIO: 1. *Ontología deóntica*. 2. *Epistemología deóntica*. 3. *Filosofía del lenguaje deóntico*. 4. *Lógica deóntica*. 5. *Metadeóntica*.

1. ONTOLOGÍA DEÓNTICA

1.0 El mundo deóntico es todo lo que acaece deónticamente.

1.1 Lo que acaece deónticamente son los hechos deónticos. El mundo deóntico es la totalidad de los hechos deónticos.

La realidad deóntica en su totalidad es el mundo deóntico.

1.2 El hecho deóntico es la presencia de estados de cosas deónticos. El campo de ocurrencia de estados de cosas deónticos determina la realidad deóntica.

1.2.1 La ocurrencia de un estado de cosas deóntico no puede implicar la ocurrencia o la no-ocurrencia de otro estado de cosas deóntico; la no-ocurrencia de un estado de cosas deóntico no puede implicar la ocurrencia o no-ocurrencia de otro estado de cosas deóntico. Los estados de cosas deónticos no están en una relación de dependencia.

Sin embargo, en su conjunto, el conocimiento de los estados de cosas deónticos que acaecen (el conocimiento del mundo deóntico) permite el conocimiento de los estados de cosas deónticos que no acaecen, de mundos deónticos alternativos.

1.3 El estado de cosas deóntico está constituido por entidades deónticas.

La totalidad de las entidades deónticas no completa el mundo deóntico. Lo completa la totalidad de los hechos deónticos.

1.3.1 En una entidad deóntica presente en un estado de cosas deóntico la posibilidad del estado de cosas es un «prejuicio» de la propia entidad deóntica. (Contra intuitivamente, la correspondencia del estado de cosas deóntico con la entidad deóntica no es nunca posterior a la propia entidad deóntica. Debe ser inherente a la entidad deóntica la posibilidad de que pueda hallarse en los estados de cosas deónticos correspondientes.)

Este prejuicio (lógico) está al margen de lo casual.

1.3.2 Una entidad deóntica concebible en el contexto de un estado de cosas deóntico es inconcebible fuera de la posibilidad de ese contexto.

No podemos concebir ninguna entidad deóntica al margen de la posibilidad de su relación con otras entidades deónticas. La independencia de la entidad deóntica, entendida como posibilidad, es, asimismo, paradójicamente, una forma de no-independencia respecto al estado de cosas deóntico.

Toda entidad deóntica se halla en un espacio deóntico, compuesto de los posibles estados de cosas deónticos, que podrá ser o no vacío, pero que en cualquier caso es condición de concebibilidad de la entidad deóntica.

1.3.3 Si conocemos las propiedades internas de una entidad deóntica, conocemos su *contenido*, conocemos todas las posibilidades de que se halle en diferentes estados de cosas deónticos (posibilidades *determinadas* por la naturaleza de la entidad deóntica, y que *determinan* la forma de la entidad deóntica). A través del conocimiento de las propiedades internas de todas las entidades deónticas accedemos al universo de estados de cosas deónticos que son posibles.

1.3.4 La materia deóntica viene dada por cómo se conforman las entidades deónticas. Este modo de conformarse *forma* el estado de cosas deóntico.

La estructura del estado de cosas deóntico es el modo de interconexión entre las entidades deónticas, y su forma es la posibilidad de la estructura.

A su vez, la estructura del hecho deóntico integra las estructuras de los estados de cosas deónticos.

1.4 Las entidades deónticas no son compuestas, ya que forman la sustancia única del mundo deóntico, la sustancia deóntica, sustancia cuya subsistencia no depende de que acaezcan unos u otros hechos deónticos.

Aunque *es* forma y contenido, la sustancia deóntica no es determinante de la materia deóntica, sino de la forma deóntica.

1.5 La entidad deóntica es simple. Es la forma fija que comparte el mundo deóntico real con todos los eventuales mundos deónticos alternativos. La existencia de entidades deónticas es condición necesaria de existencia de una forma fija del mundo deóntico.

2. EPISTEMOLOGÍA DEÓNTICA

2.0 Hacemos figuras de los hechos deónticos.

2.1 La identidad entre figura y figurado condiciona la propia esencia de la figura. La figura contiene la posibilidad de la situación que figura.

2.1.1 La figura representa lo que figura a través de la forma de la figuración, y representa su propio sentido.

2.1.2 La figura puede figurar todo lo que tenga su forma, excepto su propia forma de figuración. La forma de figuración no es, en sí misma, figurada, sino *exhibida*.

2.2 Mediante la figuración de los hechos deónticos, la figura representa la realidad deóntica, la situación que se da en el espacio deóntico. Así se figura el campo de ocurrencia de estados de cosas deónticos, su acaecer o no-acaeer.

2.3 La comunidad, al menos parcial, de rasgos entre hecho deóntico y figurado condiciona que el hecho pueda ser figura.

En particular, tal comunidad debe abarcar la forma de figuración propia de figura. La figura puede figurar cualquier realidad deóntica cuya forma tenga.

2.4 La figuración de la realidad deóntica por medio de la representación de una posibilidad del acaecer o no-acaeer de estados de cosas deónticos puede ser correcta o incorrecta, según el sentido de la figura concuerde o no concuerde con la realidad deóntica. Pero, en cualquier caso, la figura es representativa de su propio sentido a través de la forma de la figuración.

2.4.1 La figura en sí misma no ofrece indicios de su verdad o falsedad. Para saber si es verdadera o falsa es necesario compararla con la realidad deóntica.

Las figuras verdaderas a priori no existen.

2.5 La figura lógica de los hechos es el pensamiento.

2.5.1 El mundo es figurado por la totalidad de los pensamientos verdaderos.

Lo pensable es posible. En el pensamiento se incluye la posibilidad de la situación pensada.

2.5.1.1 No pensamos ilógicamente, no pensamos nada no-lógico. No podemos pensar nada incompatible con la lógica, ni tampoco expresarlo lingüísticamente. (No podríamos expresar cómo es un mundo ilógico.)

De hecho, los únicos límites a la acción divina son las leyes lógicas.

2.5.2 Pensar un estado de cosas deóntico significa la posibilidad de figurarlo.

2.6 No hay figuras verdaderas a priori.

Los únicos pensamientos verdaderos a priori son los pensamientos en los que su posibilidad es condición de su verdad; es decir, cuya verdad se conoce por el propio pensamiento, sin objeto de comparación.

3. FILOSOFÍA DEL LENGUAJE DEÓNTICO

3.0 La expresión del pensamiento es perceptible por los sentidos mediante la proposición.

La proposición transforma el pensamiento cambiando su forma externa, pero sin intención de acceder a su forma interna.

3.0.1 El pensamiento se expresa con signos. El signo proyecta la situación posible pensando el sentido de la proposición, que es expresado a través de la recíproca posición en el espacio de los objetos representados por los signos.

3.0.1.1 Los signos representan a los objetos, pero éstos sólo son *mencionados*, mientras que la situación no es mencionada, sino descrita.

3.0.1.2 Así pues, los objetos no pueden ser expresados, sino nombrados. La proposición habla del aspecto del objeto (de *cómo* es el objeto), no de su esencia (de *qué* es el objeto).

3.0.2 El signo gráfico es más frecuente que el signo fónico, lo que puede hacer olvidar algo incuestionable; a saber, que el signo proposicional es en todo caso un hecho.

3.0.3 El signo es lo que perciben los sentidos del símbolo.

3.0.3.1 Símbolos diferentes comparten con frecuencia el signo. Entonces, un mismo signo designa realidades diferentes.

Por ejemplo, la palabra «competencia» es expresión de aptitud, es expresión de capacidad competitiva y es expresión de autorización formal de un órgano; la palabra «fuente» es expresión de causa, es expresión

de origen o principio y es expresión de cauce por donde fluye algo (un líquido, el conocimiento, una norma).

En la proposición deóntica «La bandera de Cabo Verde debe ser verde y roja», la palabra «verde» no sólo tiene dos significados, sino que es un símbolo diferente en cada uno de los dos casos. «Verde» es parte del nombre de un país; «verde» es un adjetivo.

3.0.3.2 La filosofía está repleta de confusiones derivadas de la polivalencia significativa y/o simbólica de los signos.

3.0.3.2.1 Estas confusiones se evitarían si utilizáramos un lenguaje sígnico que nunca empleara el mismo signo en símbolos diferentes; un lenguaje sígnico que siguiera la gramática «lógica», la sintaxis «lógica».

3.0.3.3 La sintaxis lógica debe presuponer sólo la descripción de las expresiones, prescindiendo de los significados de los signos, que nunca cumplirán función alguna.

El lenguaje sígnico debe ser traducible a otros lenguajes siguiendo las reglas de la traducción, que no son sino definiciones.

3.0.3.4 Como sabemos desde Bertrand Russell y su «teoría de los tipos», una proposición carece de significado si atribuye un predicado a una expresión construida en un determinado lenguaje haciendo uso de otra expresión construida en el mismo lenguaje, y no en un lenguaje de orden superior, en un metalenguaje. Una sucesión de objetos puede contener miembros sólo definibles mediante la sucesión en su totalidad.

Así pues, ninguna proposición puede expresar algo sobre sí misma, ya que el signo proposicional no puede contenerse a sí mismo. Es el caso de proposiciones como «las normas del presente código se interpretarán conforme a los siguientes criterios...», «las normas de la presente Constitución se reformarán siguiendo este procedimiento...».

Pero el error de Russell consistió en tener que hablar del significado de los signos al establecer las reglas de los propios signos.

3.1 El pensamiento es la proposición provista de sentido.

3.1.1 La totalidad de las proposiciones es el lenguaje. La totalidad de las proposiciones deónticas es el lenguaje deóntico.

3.1.1.1 Igual que no es necesario conocer las causas de producción de los sonidos fónicos para poder hablar, tampoco es necesario conocer *cómo* y *qué* significa cada palabra para poder expresar cualquier sentido mediante una construcción humana (una construcción compleja en tanto que es parte del organismo humano) como el lenguaje deóntico.

3.1.1.2 La mayoría de los denominados «problemas filosóficos» son sinsentidos, que no requieren una solución, una respuesta, sino la mera constatación de su carencia de sentido.

Ante ello, lo decisivo es comprender la lógica del lenguaje deóntico. La filosofía deóntica es crítica del lenguaje deóntico.

3.1.1.2.1 La filosofía deóntica no es una teoría, sino una práctica.

3.1.1.2.2 La filosofía deóntica es una actividad que no consiste en la formulación de proposiciones, sino en la clarificación lógica de los pensamientos.

La totalidad de las proposiciones verdaderas equivale al conjunto de las ciencias naturales. Pero la filosofía deóntica no es una ciencia natural.

3.1.1.2.3 La filosofía deóntica se dirige a la clarificación lógica de los pensamientos deónticos.

La filosofía deóntica debe delimitar en su interior lo deónticamente impensable a través de lo deónticamente pensable.

Todo lo deóntico que pueda ser pensado, puede ser pensado claramente. Todo lo deóntico que pueda expresarse, puede expresarse claramente.

3.2 La proposición es una figura de la realidad que trata, es un modelo de nuestra realidad.

3.2.1 Que toda proposición sea una figura de la realidad, un modelo de la realidad que pensamos, puede parecer tan extraño como que la notación musical sea una figura de la música, o como que las luces de colores del semáforo sean una figura del derecho, o como que el alfabeto sea una figura de los sonidos lingüísticos.

3.2.1.1 Sin embargo, la notación musical representa a la música figurándola, las luces de colores del semáforo representan al derecho figurándolo, el alfabeto representa a los sonidos lingüísticos figurándolos. Podrá parecer que existen irregularidades (el uso de los semitonos en la notación musical, el uso de la luz naranja intermitente en el semáforo), pero no afectan al carácter figurativo de lenguajes sígnicos como el musical o el jurídico, porque también las supuestas irregularidades figuran, aunque diversamente, lo que expresan lingüísticamente.

3.2.1.2 El pensamiento jurídico, las grafías impresas en el código y en el parte de multa, el semáforo, los movimientos de las manos del agente de tráfico, las señales de tráfico, etc., forman una unidad en tanto que comparten la estructura lógica. Mantienen recíprocamente la relación interna figurativa propia de la conexión mundo-lenguaje-mundo.

El conductor de un vehículo sabe que debe pararse ante el color rojo del semáforo, ante la mano en alto del agente o ante la señal de tráfico en la que se lee «stop», e, inversamente, también puede deducir que vuelve a iluminarse la luz verde, aunque no vea el semáforo, del hecho de que el vehículo delantero reanuda la marcha. A los papeles encuadernados con el título de «Código de Circulación» les da el valor de norma jurídica. Y sabe que el papel firmado por el agente que encuentra en el cristal de su vehículo le provoca una determinada obligación económica.

3.2.1.3 Estas reglas generales de interpretación, como muchísimas otras, vienen determinadas por la semejanza interna de entidades heterogéneas (algunas ideales y otras factuales, algunas lingüísticas y otras extralingüísticas) conectadas mediante la figuración. Son reglas *projecti-*

vas de traducción lingüística (p. ej., *proyectan* la norma en el lenguaje visual del semáforo o en el lenguaje gestual al del guardia).

3.2.2 Así pues, aunque pueda parecer en ocasiones contraintuitivo, la proposición figura la realidad: la representa y ello posibilita que la realidad se conozca si *comprendemos el sentido* del signo proposicional (su sentido se *comprende* aunque no haya sido *explicado*).

3.2.2.1 El sentido del signo proposicional es comprendido al ser *mostrado*. La proposición muestra *cómo* están las cosas en la hipótesis de que sea verdadera, y afirma *que* las cosas están así.

3.2.2.2 La escritura alfabética es heredera de la jeroglífica, en la que era más patente la *comprensión sin explicación* de su sentido. Una figuración de los hechos descritos como la figuración jeroglífica la encontramos en normas como la permisión de fumar, figurada por el cigarrillo encendido, o la obligación de conducir con precaución, figurada por la línea curva en el interior de la señal de tráfico, que a su vez describe la próxima curva de la carretera.

3.2.3 La proposición describe la realidad (los estados de cosas) en su globalidad, de acuerdo con las propiedades internas de la propia realidad.

En la proposición verdadera se refleja la lógica. Pero la *lógica* de la realidad no puede representarse.

3.2.3.1 La realidad se representa en las proposiciones gracias a lo que tienen en común realidad y proposición: la forma lógica.

3.2.3.2 Sin embargo, la forma lógica sólo sería representable proposicionalmente desde fuera del mundo, desde fuera de la propia lógica.

3.2.3.3 Por consiguiente, aunque la proposición verdadera es un espejo de la lógica (es más, por ello mismo), la forma lógica no puede ser representada por la proposición.

3.2.3.4 La proposición sólo *muestra* cómo están las cosas si ella es verdadera. Muestra la forma lógica de la realidad, no la representa.

3.2.4 Como tal, la circunstancia de que una proposición niegue no es un rasgo característico de su sentido.

Como proposición que es, la proposición negada puede a su vez ser negada.

3.2.4.1 $\neg\neg Op = Op$. En palabras, «*no es que no es* obligatorio p» es igual a «obligatorio p». (Es más, $O\neg\neg p = Op$. En palabras, «obligatorio que *no sea* que *no sea* p» es igual a «obligatorio p».)

3.2.4.2 La negación deóntica hace referencia al lugar deóntico señalado por la proposición negada, y señala un lugar deóntico distinto.

3.2.4.3 La proposición deóntica que niega y la proposición deóntica negada están en correspondencia con la misma realidad, pero tienen sentido opuesto.

4. LÓGICA DEÓNTICA

4.0 La proposición deóntica elemental afirma o niega la presencia de un estado de cosas deóntico. La proposición verdadera lo afirma; la proposición falsa lo niega.

El mundo deóntico es descrito por la determinación de todas las proposiciones deónticas verdaderas y de todas las proposiciones deónticas falsas.

4.1.1 Si hay n estados de cosas deónticos, hay 2^n posibilidades de que se den o no efectivamente cada uno de ellos.

4.1.2 Asimismo, para n estados de cosas deónticos, hay 2^n posibilidades de verdad /falsedad de las n proposiciones deónticas elementales correspondientes:

	Op	Oq	Or		Op	Oq		Op
	V	V	V		V	V		V
	F	V	V		F	V		F
V	F	V		V	F			
	V	V	F		F	F		
	F	F	V					
	F	V	F					
	V	F	F					
	F	F	F					

4.1.3 El sentido de la proposición deóntica es su concordancia o no-concordancia con las posibilidades veritativas, que son las condiciones de verdad y de falsedad proposicional.

4.1.3.1 Así,

«Op	Oq	
V	V	V
F	V	V
V	F	
F	F	V»

es un signo proposicional que viene dado por las posibilidades veritativas.

Cuando la última columna sirve para expresar las condiciones veritativas, el signo, proposicional deóntico puede quedar como «(V V F V) (Op,Oq)».

4.1.3.2 Los dos polos opuestos de los posibles grupos de condiciones veritativas son las tautologías deónticas y las contradicciones deónticas, según sea la proposición deóntica verdadera o falsa, respectivamente, para todas y cada una de las posibilidades veritativas de las proposiciones deónticas elementales.

4.1.3.2.1 Tautología deóntica y contradicción deóntica carecen de sentido, no representan ninguna situación posible de la realidad deóntica. (P. ej., nada sé sobre el derecho penal si sé que el adulterio está penado o el adulterio no está penado.)

La tautología deóntica admite *toda* posible situación.

La contradicción deóntica no admite *ninguna* posible situación.

Así como toda proposición deóntica muestra lo que dice, la tautología deóntica y la contradicción deóntica muestran que no dicen nada.

4.1.3.2.2 Ni la tautología deóntica ni la contradicción deóntica determinan la realidad deóntica.

La tautología deóntica deja a la realidad deóntica *todos* los puntos del espacio deóntico. Las condiciones de concordancia con el mundo deóntico se anulan entre sí.

La contradicción deóntica no deja a la realidad deóntica *ningún* punto del espacio deóntico. La contradicción deóntica colma el espacio deóntico.

La *necesidad* caracteriza al valor de verdad de la tautología deóntica. La *imposibilidad* caracteriza al valor de verdad de la contradicción deóntica. Entre una y otra se ubica la *posibilidad* de toda la gama restante de proposiciones deónticas.

4.2 Dados dos estados de cosas deónticos, Op y Oq , tenemos las siguientes dieciséis funciones veritativas:

(V V V V) (Op, Oq) Tautología deóntica (Si Op , entonces Op ; y si Oq , entonces Oq) ($Op \rightarrow Op \ \& \ Oq \rightarrow Oq$).

(F V V V) (Op, Oq) En palabras: No ambas Op y Oq [$\neg (Op \ \& \ Oq)$].

(V F V V) (Op, Oq) En palabras: Si Oq , entonces Op ($Oq \rightarrow Op$).

(V V F V) (Op, Oq) En palabras: Si Op , entonces Oq ($Op \rightarrow Oq$).

(V V V F) (Op, Oq) En palabras: Op o Oq ($Op \vee Oq$).

(F F V V) (Op, Oq) En palabras: No Oq ($\neg Oq$).

(F V F V) (Op, Oq) En palabras: No Op ($\neg Op$).

(F V V F) (Op, Oq) En palabras: Op , o Oq , pero no ambas ($Op \ \& \ Oq \vee (Oq \ \& \ Op)$).

(V F F V) (Op, Oq) En palabras: Si Op , entonces Oq ; y si Oq , entonces Op . ($Op \ _ \ Oq$).

(V F V F) (Op, Oq) En palabras: Op .

(V V F F) (Op, Oq) En palabras: Oq .

(F F F V) (Op, Oq) En palabras: Ni Op ni Oq ($\neg Op \ \& \ \neg Oq$) o ($Op \ _ \ Oq$).

(F F V F) (Op, Oq) En palabras: Op y no Oq . ($Op \ \& \ \neg Oq$).

(F V F F) (Op, Oq) En palabras: Oq y no Op . ($Oq \ \& \ \neg Op$).

(V F F F) (Op, Oq) En palabras: Oq y Op ($Oq \ \& \ Op$).

(F F F F) (Op, Oq) Contradicción deóntica (Op y no Op ; y Oq y no Oq) [$(Op \ \& \ \neg Op) \ \& \ (Oq \ \& \ \neg Oq)$].

4.2.1 La verdad de « Oq » implica la verdad de « Op » si todas las posibilidades veritativas de los argumentos veritativos de « Oq » que veri-

fican «Oq» (esto es, todos sus *fundamentos* veritativos) son posibilidades veritativas de los argumentos veritativos de «Op» que verifican «Op» (esto es, si todos son *fundamentos* veritativos de «Op»).

Si, recíprocamente, la verdad de «Op» implica también la verdad de «Oq» porque todos los fundamentos veritativos de «Op» son también fundamentos veritativos de «Oq», entonces «Op» y «Oq» son equivalentes.

4.2.1.1 Si una proposición deóntica implica otra proposición deóntica, el sentido de la primera *contiene* el sentido de la segunda.

4.2.1.2 En el mundo deóntico son verdaderas todas las proposiciones deónticas implicadas por proposiciones deónticas verdaderas.

4.2.1.3 Que la verdad de «Oq» implique la verdad de «Op» es algo que queda *mostrado* por la estructura de «Oq» y «Op».

4.2.2 La combinación veritativa a partir de «Op» y «Oq» podría expresarse así:

VOpF VOqF

```

+-----+
+-----+
  +-----+
  +-----+
  
```

Podemos representar ahora proposiciones como $Op \rightarrow Oq$ y $\neg Op$:

VOpF VOqF VOp \rightarrow OqF V-OpF

```

+-----+-----+-----+
+-----+-----+-----+
  +-----+-----+-----+
  +-----+-----+-----+
  
```

Y, finalmente, la proposición tautológica $\neg(Op \ \& \ \neg Op)$:

VOpF VOqF V- $(Op \ \& \ \neg Op)$ F

```

+-----+-----+
+-----+-----+
  -+-----+-----+
  -+-----+-----+
  
```

La verdad de la proposición tautológica $\neg(Op \ \& \ \neg Op)$ está coordinada con todas las combinaciones veritativas de su argumento.

La falsedad de $\neg(Op \ \& \ \neg Op)$ no está coordinada con ninguna de las combinaciones veritativas de su argumento.

4.2.3 La verdad de «Op» implica la falsedad de « $\neg Op$ ». (La deducción de la falsedad de « $\neg Op$ » a partir de la verdad de «Op» también es *mostrada* por la estructura de «OP» y «O-P».)

4.2.3.1 La afirmación deóntica «Op» «prejuzga» la posibilidad de la negación deóntica «-Op».

Una prueba de ello es que la negación de la negación deóntica «-Op» es la doble negación deóntica «- -Op», que se deduce de la afirmación deóntica «Op».

4.2.3.2 La única diferencia entre la afirmación deóntica «Op» y la doble negación deóntica «- -Op» es la presencia en esta última de «-».

Pero «-» no es un objeto, por lo que tal diferencia es irrelevante. En «-Op» no niega «-»; niegan los rasgos que comparten todos los signos lógicos que niegan «Op».

5. METADEÓNTICA

5.0 Las proposiciones de la lógica deóntica no *añaden* nada al mundo. La experiencia no puede respaldarlas ni desmentirlas. Toda proposición lógica es analítica.

5.0.1 Las proposiciones de la lógica deóntica conforman el marco de posibilidad del mundo deóntico, al que trascienden.

Las proposiciones de la lógica deóntica son tautologías, y su carácter tautológico *muestra* las propiedades formales –lógicas– del lenguaje deóntico, del mundo deóntico. Un signo lógico no puede tener un sentido distinto del suyo propio.

Las leyes de la lógica deóntica, en sí mismas, no pueden estar sometidas a su vez a leyes lógicas.

5.0.2 Es imposible pensar nada deónticamente ilógico porque la lógica es *a priori*.

5.0.3 La lógica deóntica debe fundamentar la existencia de sus signos primitivos y explicar cómo debe a ellos su propio sentido. No es una teoría, sino una figura en la que se refleja el mundo deóntico.

5.0.4 La «experiencia normativa» a través de la cual comprendemos la lógica deóntica no es la experiencia de que un «deber ser» es de un determinado modo, sino la experiencia de que un «debe ser» *es*: Pero esto, paradójicamente, *no* es una experiencia.

La lógica es *anterior* a toda experiencia concreta. Viene dada por la explicación de *qué* es el mundo, pero es previa a *cómo* (físicamente) es el mundo.

5.1 Todas y cada una de las experiencias normativas son *a priori*. Todo orden normativo es *a priori*.

5.2 La ética trasciende al lenguaje.

5.2.1 Una voluntad que cambia aspectos del mundo no cambia hechos (que son expresables lingüísticamente), sino que modifica los límites del propio mundo.

5.2.1.1 Una voluntad que cambia aspectos del mundo no cambia *algo en el mundo*, sino que cambia *el mundo* hasta entonces existente por un nuevo mundo: agranda o empequeñece el mundo.

5.2.1.2 La voluntad no es la base de lo ético.

5.2.2 La solución de nuestros problemas vitales, la explicación (mística) de que el mundo exista (sea como sea), es independiente de que se pudiera responder a todas las cuestiones científicas.

La única respuesta que quedaría por dar sería: no queda pregunta alguna.

5.2.2.1 Las proposiciones filosóficas no pueden aportar nada más allá de lo aportado por las proposiciones de la ciencia natural.

Lo que está más allá de lo físico, lo metafísico, es inexpresable. En sus proposiciones, numerosos signos no tendrían significado.

5.2.3 Lo deónticamente inexpresable debe no ser expresado.

EPÍLOGO BIBLIOGRÁFICO

1. LUDWIG WITTGENSTEIN (1889-1951) comienza a escribir el «Tractatus logico-philosophicus» durante su participación en la I Guerra Mundial (1914-1918) como subteniente (tras haberse enrolado como voluntario) del ejército del ya moribundo Imperio austriaco. Tras perder la guerra, pone el punto final a la obra en el verano de 1918 en el campo de internamento de Monte Cassino, donde es prisionero de guerra, y desde donde ya escribe a BERTRAND RUSSELL para comunicárselo.

Todavía en 1918, WITTGENSTEIN propone por primera vez la publicación del «Tractatus» a una editorial, la editorial austriaca Jahoda & Siegel, que no acepta. Ante las dificultades de publicación que prevé, Wittgenstein pide a Russell que realice una introducción al «Tractatus» que sirva como carta de presentación en las editoriales. Ya en 1920, y con la introducción de Russell (respecto a la que Wittgenstein muestra ciertos desacuerdos teóricos), ofrece el manuscrito a la editorial alemana Reclam, que también desestima la edición.

Finalmente, Russell sugiere la publicación del «Tractatus» con su introducción a WILHELM OSTWALD, editor de la revista *Annalen der Naturphilosophie* en cuyo número 14 (pp. 185-262), correspondiente a 1921, aparece por primera vez. El «Tractatus» es también traducido del alemán al inglés (por C. K. OGDEN Y F. P. RAMSEY) y publicado en Inglaterra un año después (Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner, and Co., 1922).

Además de las ediciones alemana e inglesa, el «Tractatus» es sólo publicado en chino durante la vida de WITTGENSTEIN (en la revista *Che-hsüeh ping-lun*, en 1927-1928). Tras su muerte, es publicado en italiano (1954), en castellano (traducción de ENRIQUE TIerno GALVÁN, *Revista de Occidente*, 1957) y, sucesivamente, en más de treinta idiomas.

En castellano, la edición de 1957 se reimprime en 1973 (Alianza Editorial) con una breve nota añadida de TIerno GALVÁN, y en 1987 se publica una nueva traducción a cargo de JACOBO MUÑOZ e ISIDORO REGUERA (Madrid, Alianza Edi-

torial, 1987). El «Tractatus» también se traduce al catalán (Barcelona, Laia, 1981) y al vasco (Bilbao, Euskal Herriko Unibertsitatea. Argitarapen Zerbitzua, 1990).

(Conozco algunos de estos datos gracias a GEORG H. von WRIGHT y AMEDEO G. CONTE, a quienes expreso mi agradecimiento por tal motivo.)

2. Ninguno de los ensayos que conozco sobre deóntica o historia de la deóntica hacen referencia explícita a supuestas anticipaciones de problemas de deóntica en el «Tractatus logico-philosophicus».

Sí existen al respecto, sin embargo, referencias a otras obras (todas ellas póstumas) de WITTGENSTEIN:

«Philosophische Untersuchungen. Philosophical Investigations» (Oxford, Blackwell, 1953).

«Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik. Remarks on the Foundations of Mathematics» (Oxford, Blackwell, 1956).

«The Blue and Brown Books» (Oxford, Blackwell, 1958).

«Philosophische Bemerkungen. Philosophical Remarks» (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1964; Oxford, Blackwell, 1964).

«Zette» (Oxford, Blackwell, 1967).

«Philosophische Grammatik. Philosophical Grammar» (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969; Oxford, Blackwell, 1969)

«Über Gewissheit. On Certainty» (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969; Oxford, Blackwell, 1969).

3. Una buena parte de estas referencias se encuentra en ensayos de Amedeo G. Conte, quien precisamente es el principal traductor al italiano de Ludwig Wittgenstein. Entre las obras traducidas por Conte destacan el «Tractatus logico-philosophicus» «Some Remarks on Logical Form», «Notes on Logic» «The Blue and Brown Books», y «Tagebücher» 1914-1916».

No en vano, CONTE, tras conceptualizar la deóntica filosófica como «teoría del *deber ser* en tanto que *deber ser* como teoría que estudia el *deber ser* en su «constitutiva deonticidad» (análogamente a como Aristóteles consideraba la metafísica como «teoría del *ser* en tanto que *ser*», como teoría que estudia el *ser* en su «constitutiva onticidad»), ha analizado con profundidad la más relevante contribución de WITTGENSTEIN a la deóntica, su teoría de la constitutividad derivada de los conceptos de *Sprachspiel* (juego lingüístico) y, sobre todo, *Lebensform* (forma de vida)

En efecto, la *Lebensform* puede caracterizarse como el conjunto de *reglas constitutivas* que *constituyen* su propio sentido, y *constituyen* el sentido de los juegos lingüísticos que hay en ella.

4. Cito a continuación los ensayos en los que encuentro referencias explícitas a Wittgenstein como teórico *ante litteram* de la deóntica:

AZZONI, GIAMPAOLO M.: *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam, 1988.

AZZONI, GIAMPAOLO, M.: «Cognitivo e normativo». Milano, Franco Angeli, 1991.

BAKER, GORDON, P.: «Following Wittgenstein» «Some Signposts for “Philosophical Investigations” 143-242». En: Holtzman, Steven H. / Leich, Christopher M. (eds.), *Wittgenstein: to Follow a Rule*. London, Routledge and Kegan Paul, 1981, pp. 31-71.

BARBERIS, MAURO: *Il diritto come comportamento*. Torino, Giappichelli, 1988.

- CASTAÑEDA, HÉCTOR-NERI: «The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to All of Them in One Fell Swoop». En: Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht, Reidel, 1981, pp. 37-85.
- CONTE, AMEDEO G.: «Variationen über Wittgensteins Regelbegriff». En: Haller, Rudolf (ed.), *Sprache und Erkenntnis*. Wien, Hölder-Pichler-Tempsky, 1981, pp. 69-78.
- «Regola costitutiva in Wittgenstein». En Castellani, Francesca (ed.), «Uomini senza qualità». La crisi dei linguaggi scientifici nella Vienna degli anni Venti». Trento, Dipartimento di Metodologia, *Teoria e Storia sociale*, 1981, pp. 51-68.
- «Premessa del curatore dell'edizione italiana». En: Wittgenstein, Ludwig, *Libro blu e Libro marrone*. Edición italiana a cargo de AMEDEO G. CONTE. Torino, Einaudi, 1983, pp. XLVII-LIV.
- «Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein». En: Egidi, Rosaria (ed.), *Wittgenstein*. Napoli, Guida, 1983, pp. 37-82.
- «Wittgenstein non postumo». En: Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus e altri scritti filosofici non postumi*. Edición a cargo de AMEDEO G. CONTE. Torino, Einaudi, 1989, pp. VII-XVIII.
- «Wittgensteins deontischer Ort». En: *Semiotische Berichte*, 16 (1992), pp. 35-50.
- «Wittgensteins nicht-postume Schriften». En: *Semiotische Berichte*, 16 (1992), pp. 231-236.
- «Deontica wittgensteiniana». En: Gargani, Aldo G. (ed.), *Wittgenstein contemporaneo*. Genova, Marietti, 1993, pp. 115-156.
- «Il primo e l'ultimo Wittgenstein. En WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Tractatus logico-philosophicus. Della certezza*. Edición a cargo de AMEDEO G. CONTE. Milano, Club degli Editori, 1994, pp. VII-XLVI.
- «Forme di Wittgenstein» En: WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*. Edición a cargo de AMEDEO G. CONTE. Torino, Einaudi, 1995.
- CONTE, AMEDEO G., y ALARCÓN CABRERA, CARLOS: *Deóntica de la validez*. Madrid, Tecnos, 1995.
- COSTANZO, ANGELO: *Condizioni di incoerenza*. Milano, Giuffrè, 1992.
- DI CARO, LUIGI A.: «Eidonómico vs. eidológico». En: ALARCÓN CABRERA, CARLOS (ed.), *Estudios de deóntica*. Sevilla, Castillejo, 1995, pp. 123-143.
- DI LUCIA, PAOLO: *Deontica in von Wright*. Milano, Giuffrè, 1992.
- FERRARI, GIANFRANCO: «Regole costitutive e validità». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 11 (1981), pp. 507-526.
- FILIPPONIO TATARELLA, ANGIOLA: «Husserlian themes in Gerhard Ledig's deontics of validity». En: *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 5 (1995), pp. 222-226.
- LORINI, GIUSEPPE: «Incoerenza senza opposizione». *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 52 (1995), pp. 562-586.
- MAZZARESE, TECLA: «Negazione ed abrogazione in deontica. (A proposito di un saggio di C. E. Alchourrón ed E. Bulygin)». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 11 (1981), pp. 205-216.
- «Un libro sulle regole». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 14 (1984), pp. 505-510.
- *Logica deontica e linguaggio giuridico*. Padova, Cedam, 1989.
- PITKIN, HANNA F.: *Wittgenstein and Justice. On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought*. Berkeley / Los Angeles, Univer-

- sity of California Press, 1972. (Traducción castellana: *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*. Edición española a cargo de RICARDO MONTERO ROMERO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- POLLASTRO, PIERO, «Fenomenologia delle regole costitutive». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13 (1983), pp. 233-262.
- «Imperativo performativo in Karl Olivecrona: un concetto ambiguo». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 15 (1985), pp. 557-566.
- UNGER, ROBERTO M.: *Knowledge and Politics*. New York, Free Press, 1975.
- WRIGHT, GEORG H. VON: «The Origin of Wittgenstein's Tractatus». En: MCGUINNESS, B. E.; NYBERG, T.; WRIGHT, G. H. von (eds.) *Prototractatus*. London, Routledge and Kegan Paul, 1971, pp. 1-34.
- «Wittgenstein in Relation to His Times». En: Leinfellner, E. (ed.), *Wittgenstein and His Impact on Contemporary Thought*, Wien, Hölder-Pichler-Tempsky, 1978, pp. 73-78.
- *Wittgenstein*. Oxford, Blackwell, 1982.
- «On Colors». En: Wright, G. H. von, *Six Essays on Deontic Logic*. Helsinki, Acta Philosophica Fennica, 1996, pp. 8-15.

A vueltas con la justicia. Una reflexión sobre posmodernidad y comunitarismo

Por ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO

(Sevilla)

I

La polémica sobre la justicia atraviesa todo el pensamiento filosófico hasta nuestros días, pero en la actualidad recobra un especial relieve tras ese interés renovado por la filosofía política y, en general, por las construcciones de macrofilosofía del Derecho que proliferan en el pensamiento filosófico contemporáneo. Ya Isaiah Berlín se refirió hace más de treinta años al retorno a las cuestiones centrales del pensamiento político —el renacimiento de la filosofía política tras largo período de decaimiento— que delimitan las condiciones para la elaboración de una teoría de la justicia. Fruto de ese renacimiento de la filosofía política nuestro tiempo vio aparecer aportaciones teóricas trascendentales que dieron un nuevo giro al debate sobre la justicia en el pensamiento contemporáneo. Del lado liberal, las construcciones de Rawls y de Nozick, junto con las posteriores de Dworkin y la visión pragmatista de Rorty intentaron abordar los aspectos principales de la sociedad justa a través del tratamiento de los principios sobre los que ésta debe sustentarse, partiendo de concepciones de la libertad que, aparentemente vinculadas por su común acervo liberal, resultaban no sólo distintas sino, incluso, antagónicas. Del lado de la filosofía marxista, la reconstrucción del pensamiento marxiano a partir de las elaboraciones teóricas de la escuela de Frankfurt y de Budapest, inauguradas por la labor de reconstrucción de Lukács, Adorno, Horkheimer y Marcuse, cristalizó en las aportaciones de Habermas y Apel por un lado, y Fehér y Heller, por otro. Entre ambos modelos hay

no sólo una bagaje intelectual y filosófico divergente sino, sobre todo, una comprensión distinta del papel de la razón en los ámbitos de la vida y de las relaciones humanas y, también, una concepción diferente del valor del sujeto en su relación social. Este debate, sin embargo, con ser interesante, no agota la rica argumentación que en el pensamiento contemporáneo se suscita en torno a la idea de justicia. Entre los autores que se formaron bajo la influencia del pensamiento marxista se genera a su vez una polémica en torno a la viabilidad del proyecto moderno¹, a la posibilidad teórica de resanar y salvar las aporías y ambigüedades que el proyecto moderno engendró en su seno y a la necesidad de vincular esa labor de reconstrucción teórica de la modernidad con una praxis social y política de transformación de la sociedad en términos de emancipación humana.

Paralelamente a este debate que en la actualidad sigue librando su más decisiva batalla con los defensores de la posmodernidad, la polémica libertarismo-comunitarismo reabre otra brecha de crítica al proyecto moderno. Frente a la razón abstracta, suprahistórica y formal del iluminismo, personificada en el pensamiento kantiano, la crítica comunitarista ofrece una razón intrahistórica, vinculada a los estereotipos y formas del pensamiento clásico, que ataca desde su base la pretensión universalista del iluminismo. Frente a la posibilidad de afirmar principios universales e inmutables, la constatación de la pluralidad de culturas y valores y el retorno al pensamiento aristotélico para recabar una concepción moral de la justicia, particularizada en la definición contextual de los valores en culturas y épocas. No cabe duda que todos estos debates arrojan no pocas sombras sobre el proyecto moderno, pero también resulta evidente que la discusión de algunos de sus argumentos puede permitir esclarecer algunas de las cuestiones trascendentales sobre las que gira el debate sobre la justicia en la filosofía política contemporánea.

En primer lugar, y antes de adentrarnos algo más en el tema, convenirá delimitar el objeto de lo que aquí se pretende. La visión que en estas páginas se intenta ofrecer pretende abordar algunas de las cuestiones sobre las que este debate filosófico gira en la actualidad. Partimos de la necesidad de recuperar ese vínculo comunitario que late en el pensamiento aristotélico y que es abordado, con mayor o menor fortuna, por los autores comunitaristas. Si esta misión puede tener éxito dependerá en buena medida de la posibilidad de establecer una relación directa entre la ética y la política, conciliando así esferas escindidas del pensamiento que el liberalismo delimitó en su afán por demarcar los dominios de lo público y de lo privado. Sin embargo, esta pretensión teórica intentará sostenerse sobre la pretensión universalista de los valores que inauguró el

¹ Para una visión completa del proyecto de la modernidad puede verse CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, México, FCE, 1943, y ROUANET, S. P., *As razões do iluminismo*, 3 reimpr., Sao Paulo, Companhia das Letras, 1992, especialmente pp. 200-277, en el que también se aborda la construcción teórica de la posmodernidad a partir de MICHEL FOUCAULT.

pensamiento iluminista. Conciliar estos extremos, se convendrá, es justamente la gran tarea de nuestro tiempo, algo que, evidentemente no pretendemos realizar en estas páginas, pero sí que creemos posible extraer algunas reflexiones que arrojen alguna luz sobre este turbio y confuso escenario teórico sobre el que se representa el debate contemporáneo sobre la justicia.

II

Hay en la concepción aristotélica de la justicia algunos elementos que han reavivado el debate contemporáneo. Frente a la razón pretendidamente abstracta y universal del iluminismo, la reacción comunitarista reclama el retorno del vínculo social a partir de la recuperación de la dimensión societaria de la personalidad humana, concebida nunca más ya como individuo, sino como sujeto, como ser reflexivamente inserto en sociedad cuya autoconsciencia le identifica en la definición de un proyecto comunitario de justicia. Esta visión recaba igualmente una deconstrucción del sujeto en términos de liberación de las formas abstractas de pensamiento que determinan las superestructuras en que la dignidad humana queda aprisionada. La ética aristotélica es así el punto de partida para el retorno a una justicia contextualizada del hombre socialmente inserto que se implica en la determinación de los valores de una sociedad y una cultura determinadas, mediante la interacción de las esferas, ahora ya no escindidas, de lo bueno y de lo justo. Se pretende así armonizar los espacios vitales desde una concepción integral del hombre, como sujeto (individuo y ciudadano que define su ser y su identidad desde su auto-comprensión como ser social). Los valores quedan así anclados en los mundos vitales en los que la subjetividad se desenvuelve y se recupera la continuidad entre los espacios de lo público y lo privado, entre el ámbito interno en el que el iluminismo pretendió recluir a la ética y el ámbito de las relaciones sociales en el que la idea de justicia se definía estáticamente a partir del reconocimiento de derechos formalmente reconocidos por la ley.

Esta visión comprensiva y globalizadora de la justicia es retomada a partir de los escritos aristotélicos que estaban imbuidos de la exposición platónica de la justicia en el libro II de *La República*². Para Sócrates, quien personifica en la obra la posición de Platón, la justicia en cuanto armonía es la verdad y el bien, es una virtud a la vez moral y política que se define desde la inserción social en la polis. Aristóteles, haciéndose eco de esta idea platónica, insiste en el valor social de la justicia como virtud suprema que establece una relación directa entre el hombre y la sociedad. La justicia es algo que no puede concebirse fuera de la sociedad,

² PLATÓN, *Oeuvres complètes*, tomo VI, París, Les Belles Lettres, 1947.

pues es en ella donde el individuo se autorreconoce e identifica con sus semejantes y adquiere consciencia de su valor trascendente. La ética aristotélica es así una ética imbuida de la vocación eminentemente social del ser humano: fuera de la sociedad los valores no existen porque el hombre está desposeído de su condición moral. Dentro de la sociedad los valores se reconocen desde una interacción permanente individuo-sociedad que hace posible la cualificación moral del sujeto. La condición moral del individuo es eminentemente social. Fuera de la sociedad no hay nada: tan sólo el abismo tenebroso de la animalidad acechante. En la sociedad los valores emergen ahora ya sí como notas distintivas de la identidad humana. Esto quiere decir que la condición moral del sujeto no viene impuesta desde fuera por algún ente orgánico superior al individuo sino que los valores nacen en una confrontación vital —experiencial— en la que éstos son contrastados colectivamente. Los valores unen así la dimensión ética y la política en cuanto señas de identidad que trascienden al plano público en una confrontación experiencial y colectiva de lo bueno y de lo justo. La ética es, así, un descubrimiento colectivo: algo que se está haciendo a través de la experiencia y de la razón, que descubre en las prácticas el valor moral de las actitudes. Se trata de escrutar, a través de la razón práctica, el equilibrio de las virtudes que permite alcanzar la justicia. Pero esta tarea es una labor comunitaria que sólo se realiza en y desde la sociedad. La justicia es, así, un descubrimiento personal y colectivo, a la vez, que un compromiso moral de la ciudadanía. Lo bueno y lo justo quedan así trabados en una interacción permanente que la razón práctica revela al hombre. La ética aristotélica es, así, en palabras, de Thiebaut³, una ética de la fragilidad, en la que la concreción de lo bueno —y de lo justo— está implicada en el propio devenir de la sociedad y del hombre, es un descubrimiento permanente, una tarea que se está haciendo colectivamente. La ética de la fragilidad está entre la *phronesis* y la razón, concebida como una mediación permanente, a la vez individual y comunitaria, entre lo que es y lo que debe ser⁴.

El pensamiento comunitarista intentará recuperar estos elementos, sin duda interesantes y necesarios, del pensamiento aristotélico. La justicia no como principio abstracto, descubierto por una razón suprahistórica y concretada en unos principios universales e inmutables de actuación sino como una actividad contextualizada y social. Es una labor que implica a los individuos en el seno de la comunidad y que hace de los

³ Cfr. THIEBAUT, C., *Cabe Aristoteles*, Madrid, Visor, 1988.

⁴ Por eso añade Aristóteles: «... puesto que el presente tratado no es teórico como los otros (pues no investigamos para saber qué es la virtud, sino para ser buenos, ya que en otros casos sería totalmente inútil, tenemos que considerar lo relativo a las acciones, cómo hay que realizarlas. (...).

(...) Quede convenido de antemano, sin embargo, que todo lo que se diga de las acciones debe decirse en esquema y no con rigurosa precisión; ya dijimos al principio que se ha de tratar en cada caso según la materia, y en lo relativo a las acciones y a la conveniencia no hay nada establecido» (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. cast. de María Araújo y Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, Libro II, 1104 a, p. 20).

valores algo particular y propio, impregnado de identidades y elementos culturales. La justicia queda así, al alcance del individuo y de la comunidad: ya no es algo que la supera y que la trasciende, un estadio superior al hombre que no admite diálogo con una praxis social concreta.

Esa justicia del iluminismo, dirán los comunitaristas, escapaba y sometía: sólo cabía acatarla. Se inaugura así una justicia más mundana y, también particularizada, que se define en el contexto de cada civilización, de cada pueblo, de cada cultura. Pero esta inserción social de los valores mediante la creación de un espacio común de identidad en el que ética y política se dan la mano, encierra también importantes peligros. Los comunitaristas, en su crítica a la razón abstracta del iluminismo, acaban por someter el discurso sobre la justicia a una estrategia maniqueísta de culturalismo y particularización que, auspiciada por la invocación del valor de la identidad comunitaria y apoyada sobre el concepto de tradición, termina por hacer de la justicia un recipiente vacío susceptible de ser llenado al gusto de quien la invoca. En esta contextualización cultural y comunitaria hay un riesgo que el comunitarismo no logra salvar: si no hay principios universales, si no hay reglas que puedan ir más allá de culturas y épocas, ¿qué es lo que nos queda? Para los comunitaristas la respuesta es sencilla: la búsqueda contextualizada, a través del vínculo comunitario, del valor de la justicia. Esa justicia es, por tanto, diferente en cada cultura y en cada pueblo, pues se representa a través de la aprehensión de las formas de conocimiento consolidadas en la tradición cultural. Hay, pues, tantas justicias como pueblos, culturas y épocas. Y de nuevo, la particularización lleva a la dispersión y al relativismo. Lo peor de ello es que la concreción de qué sea lo justo en una sociedad dada puede quedar en manos de quien, imbuido de algún tipo de autoridad moral superior y apoyado en el dogma de las formas consolidadas de la tradición, puede erigirse en intérprete de las aspiraciones de la comunidad.

El comunitarismo, queriendo rehabilitar el pensamiento aristotélico, termina por anegar los presupuestos del estagirita. La ética aristotélica es una ética mediada por la interacción social y la definición compartida de los valores a través del vínculo comunitario, pero es también una ética de equilibrios que nace desde la exigencia moral del individuo que aspira a ser virtuoso. Y la virtud, con ser social, tiene también una dimensión personal que no puede ser enajenada. Por eso, el hombre justo es justo en cualquier tiempo y lugar, porque la virtud mediada en la historia concreta del ser aquí y ahora exige una medida –siempre frágil– de equilibrio que le confiere a la decisión concreta pretensión universal. De ahí la importancia de la *phrónesis* pues la justicia es el término medio⁵ y la

⁵ «Y la virtud tiene que ver con pasiones y acciones, en las cuales el exceso y el defecto yerran, mientras que el término medio es elogiado y acierta; y ambas cosas son propias de la virtud. Por tanto, la virtud es un cierto término medio, puesto que apunta al medio.» (ARISTÓTELES, *op. cit.*, Libro II, 1106 b, p. 26).

culminación de todas las demás virtudes⁶. La ética aristotélica, con ser contextualizada y esencialmente societaria, no rehuye la dimensión universalista del actuar humano. Es, eso sí, una ética de la fragilidad, que se mueve entre lo que es y lo que debe ser desde el equilibrio que exige el modelo de virtud como término medio. Esa consideración de lo justo aquí y ahora no entra en colisión con la pretensión universalista, antes bien, la justicia, para ser tal, tiene que estar particularizada porque es expresión de lo que en cada circunstancia concreta el hombre puede hacer, pero también esa misma justicia, por ser la culminación de todas las demás virtudes, comprende la perfección moral del sujeto⁷. Es así como la decisión concreta del hombre virtuoso deviene no sólo válida en su concreta circunstancia histórica, sino también irreprochable ante la humanidad.

La crítica comunitarista tiene un potencial reaccionario que alberga peligros importantes⁸. Si no hay principios universales, si la razón no puede llegar a conocerlos porque éstos dependen de cada cultura y de cada época, ¿quién garantiza que su determinación será acorde con las exigencias de la dignidad humana? Nada parece asegurarlo. De nuevo la justicia vuelve a ser un recipiente vacío que puede ser llenado arbitrariamente y de forma interesada por quien gobierna. El comunitarismo, tratando de huir de la abstracción iluminista que colocaba la justicia en un plano externo y superior al hombre individual concreto, buscó en los orígenes del vínculo comunitario para reclamar una justicia contextualizada, intuyendo así una exigencia moral básica de las sociedades contemporáneas: es necesario recuperar la conexión histórica de la justicia como algo socialmente inserto, en el sentido aristotélico, a través de una razón práctica que opera desde dentro de la historia. El hombre contemporáneo necesita establecer un diálogo permanente con la justicia en cada sociedad y en cada época. Se recupera así, también, la continuidad entre la ética y la política: lo bueno y lo justo quedan interconectados en un diálogo permanente.

Sin embargo, este esfuerzo por recuperar una dimensión comunitaria e intrahistórica de la justicia termina en contradicción con sus presupuestos. Al atacar la pretensión iluminista de una justicia abstracta y suprahistórica el comunitarismo puso de relieve que la justicia no puede ser un

⁶ La justicia es así «...la virtud más perfecta porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta porque el que la posee puede usar de la virtud para con otro y no sólo en sí mismo. (...). Esta clase de justicia no es, por tanto, una parte de la virtud, sino la virtud entera, y la injusticia contraria a ella no es una parte del vicio, sino el vicio total». (ARISTÓTELES, *op. cit.*, Libro V, 1130 a, pp. 71-72).

⁷ Dice ARISTÓTELES: «Por tanto, las acciones se llaman justas y morigeradas cuando son tales que podría hacerlas el hombre justo o morigerado; y es justo y morigerado no el que las hace, sino el que las hace como las hacen los justos y morigerados». (ARISTÓTELES, *op. cit.*, Libro II, 1105 b, p. 23).

⁸ El potencial reaccionario del comunitarismo es particularmente perceptible en la obra de MACINTYRE, A., *Whose Justice? Which rationality?*, Indiana, University of Notre Dame Press, 1988. Sobre la gestación de los conceptos de racionalidad y tradición pueden verse especialmente los capítulos XVIII a XX.

recipiente vacío, algo puramente formal, cuyos contenidos también formales, son concebidos estáticamente de una vez y para siempre, y cuya concreción es interpretada en interés de clase por la burguesía. La justicia queda así rebajada a los intereses de la clase dominante. Por eso la separación radical entre ética y política, entre lo privado y lo público, tenía tan perniciosas consecuencias: si la felicidad pertenece al terreno de la ética y ésta al ámbito de lo privado que queda salvaguardado de intromisiones por la libertad individual, difícilmente la justicia podrá tener contenido sustantivo alguno. La justicia consistirá entonces en la neutralidad, puesto que es «justo» que el Estado sea respetuoso con la dimensión ética de la felicidad individual. Una concepción a la vez angosta y hueca del viejo neutralismo liberal termina por vaciar a la justicia de contenidos sustantivos. Poco cabe decir de una concepción de los valores que, al extremar sus planteamientos, llega a situar la sacralidad del individuo en contra del individuo mismo. La felicidad queda al margen de la justicia y fuera de cualquier discurso público sobre un modelo compartido de vivencia ética ya que cualquier actuación en este sentido lesionaría la legítima pretensión de los individuos de conseguir la felicidad sin intromisión externa. De ahí al individualismo extremo de nuestros días hay sólo un paso: el del consumismo capitalista y el conformismo aburguesado y apático de nuestras sociedades desarrolladas de fin de siglo.

La justicia queda así relegada al estrecho ámbito de lo público, función exclusiva de intereses privados, concretada estáticamente en contenidos definidos de una vez y para siempre, y reducida al reconocimiento puramente formal de un catálogo cerrado de derechos y de la igualdad, también formal, ante la ley. El recipiente de la justicia quedaba vacío pues no cabía llenarlo con contenido sustantivo alguno, y podía ser llenado por la clase dominante en beneficio propio.

El comunitarismo, queriendo distanciarse del liberalismo, termina también por hacer de la justicia un recipiente vacío, al no admitir contenido sustantivo alguno que concrete unas exigencias universalizables de la justicia, y deja, en última instancia, la determinación de los valores de la sociedad justa a quien, erigido en intérprete de las aspiraciones comunitarias, termina por llenar el recipiente con aquellos contenidos que más satisfagan sus ambiciones de dominio.

III

La crítica posmoderna vino a poner de relieve que el modelo de sociedad que la razón ilustrada había propiciado estaba agotado⁹. El capitalismo había pervertido el discurso ético y político y nada había de ese pro-

⁹ Para una aproximación a la crítica posmoderna al proyecto que la modernidad representa, puede verse, entre otros, LEFEBVRE, H., *Introducción a la modernidad*, Madrid, Tecnos, 1971.

yecto moderno que no estuviera contaminado por la dinámica absorbente del modo de producción capitalista. Todas las formas del pensamiento estaban, en definitiva, hipotecadas por el compromiso con una determinada estructura económica que termina por envilecer al hombre, por someter el desarrollo de la persona a una dinámica apropiatoria sin fin que agota la posibilidad de un desarrollo integral de la persona. Con anterioridad ya Fromm se ocupó de poner de manifiesto que el sistema capitalista envilece al hombre ya que, en la sociedad industrial e hiperdesarrollada, nuestros juicios se encuentran muy deformados por la influencia de una cultura basada en el lucro, en el poder y en la propiedad privada¹⁰. La crítica posmoderna puso de relieve que es necesario transformar las estructuras y concebir un espacio de relaciones personales no mediadas por el dinero¹¹. La concepción del individuo como agente económico que actúa en su propio beneficio, inaugurada por el capitalismo, conlleva una posición pretendidamente neutra sobre la justicia y el papel del Estado en la vida social que no hace sino encubrir determinados dogmas que protegen posiciones de dominio. La crítica posmoderna descubre así que la neutralidad es una falacia insostenible ya que la defensa del sistema de organización capitalista conlleva un determinado posicionamiento moral que implica una actitud pasiva ante el libre juego de las fuerzas económicas pues ningún criterio de justicia puede decidirse colectivamente sin transgredir las libertades individuales —concepto éste que encubre, a su vez, posiciones de dominio—. Frente a ello la crítica posmoderna nos dice que hay que desenmascarar los dogmas que encubren posiciones de dominio, en una actitud de revisión permanente de las estructuras que nos permita conciliar teoría y praxis. El modelo capitalista está agotado y, con él, todo el caudal de ideas filosóficas, políticas y jurídicas que le sirvieron de base. Es necesario construir una nueva forma de relación del hombre con su entorno y para ello nada del proyecto moderno puede ser salvado, pues todos sus elementos están contaminados por la dinámica absorbente del capitalismo¹².

Frente a ello, entiendo que la crítica posmoderna vino a descubrir algunos aspectos importantes en el debate contemporáneo sobre la justicia. La necesidad de realizar una crítica de las instituciones sociales y políticas, y también de las formas consolidadas de pensamiento sobre las que se proyectan las categorías epistemológicas son aportaciones decisivas de la crítica a la modernidad. Pero estoy con Touraine cuando entiende que la modernidad puede ser reconstruida¹³. Efectivamente, la labor devastadora del capitalismo ha hecho estallar el proyecto moderno en

¹⁰ Cfr. FROMM, E., *¿Tener o ser?*, México, FCE, 1978.

¹¹ Sobre este aspecto es especialmente interesante la posición de BARCELLONA, P., *Post-modernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1992, en concreto puede verse la parte IV, pp. 125-137.

¹² A título de ejemplo puede verse LYOTARD, J F., *O Pós-moderno*, 2.ª ed., Río de Janeiro, José Olympio, 1986, especialmente pp. 20-34.

¹³ Cfr. TOURAINE, A., *Crítica de la modernidad*, Madrid, Temas de hoy, 1993, en la que el autor expone que cabe la posibilidad de una reconstrucción del legado de la modernidad a partir

pedazos, propiciando una escisión entre teoría y praxis, entre razón teórica y razón técnica que ha desquiciado los esquemas de pensamiento y relación del hombre con su entorno. Junto a estos aspectos la dinámica capitalista ha favorecido una escisión radical entre la razón abstracta y universal y el universo más cerrado de las identidades personales. El mundo contemporáneo se debate entre todos estos extremos sin alcanzar conciliación entre ellos.

Pero hay algunos aspectos de la modernidad que pueden ser salvados. Entre otras cosas porque ya no nos es posible comprendernos insertos en el mundo fuera de la propia modernidad. Nuestra crítica a la modernidad es, también, una crítica moderna, es decir, operada desde los esquemas y formas de pensamiento consolidadas por la tradición moderna que forman parte ya irrevocablemente de nuestras formas de pensar y actuar. La crítica posmoderna no ha advertido esto, no es consciente de que su crítica es, por ende, una crítica moderna, pues los elementos que proyecta en su crítica al sistema que propició el capitalismo fueron descubiertos al hombre contemporáneo por la modernidad.

La idea de emancipación humana, de liberación del hombre frente a toda forma de opresión, proviniendo de la crítica marxista al modo de producción capitalista, es también una idea moderna. Se fragua en el contexto histórico de la modernidad partiendo de una concepción del individuo como sujeto social a partir del reconocimiento de su inalienable dignidad humana. Esa visión evolutiva y dinámica de la libertad es consustancial a buena parte de las formulaciones teóricas en que se plasmó el proyecto de la modernidad. Los conceptos dinámicos de libertad e igualdad que la crítica posmoderna maneja son conceptos esencialmente modernos, y la idea de autonomía moral, en cuanto plenitud moral del sujeto que se orienta hacia el desarrollo integral de sus potencialidades humanas es también una categoría descubierta al hombre por la modernidad. Estoy de acuerdo en que hay que proyectarla críticamente sobre las estructuras para conseguir una transformación de la sociedad en términos de justicia y de emancipación humana.

Mi posición personal es 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 proyecto moderno pues la autonomía del sujeto como valor moral queda también profundamente deformada. La dimensión moral de la autonomía queda así supeditada a un fenómeno apropiatorio. La apropiación tiene así una dimensión moral: la plenitud humana se mide en nuestros días por el grado de bienestar, el estatus económico y la posición social. De ello depende no sólo la estima que los demás tengan de mí

de la concepción integral del sujeto, salvando así las escisiones dramáticas que la modernidad ha operado en la subjetividad moral. Esta obra se continúa con otra posterior en la que el autor abunda en torno a los problemas de la democracia en nuestros días, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.

sino, sobre todo, el valor que yo le doy a mi existencia¹⁴. Pero esta crítica es esencialmente una crítica moderna.

Quizás el gran error de la crítica posmoderna reside en haber construido su argumentación sin constatar que buena parte de las categorías que proyecta críticamente en su análisis de la modernidad fueron gestadas en el seno de la tradición de pensamiento que, desde el Renacimiento, fue gestando el proyecto moderno y que culminaría en la tradición iluminista. Junto a este error metodológico en la proyección de las categorías epistémicas la posmodernidad cometió otro: pensar que existe una unión inescindible entre los ideales de la modernidad y las formas históricas a que ésta ha dado lugar y, en concreto, entre los postulados teóricos elaborados por el liberalismo clásico y la deformación maniqueísta de esos principios por el capitalismo.

Frente a ello creo que resulta necesario retomar el hilo de lo que, desde un posicionamiento crítico de la sociedad y desde una concepción radicalmente democrática, expone Habermas en su obra *El discurso filosófico de la modernidad*. El proyecto irrealizado de la modernidad –en estos términos se expresa Habermas– puede ser recuperado. Es necesario, para ello, un esfuerzo teórico por recuperar la virtualidad emancipadora de los principios humanistas que la modernidad inauguró y, a partir de ellos, proyectar críticamente estos principios sobre las sociedades contemporáneas en un empeño por recuperar la continuidad entre teoría y praxis, entre razón teórica –concebida como razón práctica– y razón instrumental¹⁵. Entiendo que la modernidad está inacabada por lo mismo que no ha podido ser realizada y esto exige, ciertamente, una superación de las formas históricas que aprisionan los principios teóricos hipotecando el valor de la libertad. Por esto mismo, ese esfuerzo teórico de reconstrucción exige una actitud de compromiso del intelectual con la justicia desde un esfuerzo crítico de superación de los estrechos confines del liberalismo.

Pero esta labor sólo puede ser realizada desde la asunción de los principios que descubrió al hombre la modernidad para, a partir de su crítica y su reconstrucción, intentar diseñar un modelo de sociedad justa acorde con las exigencias de emancipación e igualdad que dimanen de la igual dignidad de las personas en cuanto agentes morales. Reconstruir la modernidad significa llevar un nuevo aliento a las estructuras para posibilitar una adecuación entre los principios y la práctica, desde un posicionamiento crítico –en el sentido más amplio y puro de la expresión– que se traduzca en un compromiso con la transformación real de la sociedad.

¹⁴ Este aspecto lo he tratado con mayor profundidad en JULIOS CAMPUZANO, A., «Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa», especialmente el apartado II, «El individualismo capitalista», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1994, pp. 243-247.

¹⁵ Para conocer en profundidad la posición del Habermas en torno a la posibilidad teórica y práctica de reconstruir la modernidad puede verse HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1993.

IV

A lo largo de estas páginas hemos querido abordar someramente algunas de las cuestiones esenciales que determinan el debate contemporáneo sobre la justicia. Hemos visto cómo el comunitarismo puso de relieve la necesidad de trascender la dimensión individualista radical que determinado liberalismo había propiciado. La escisión entre ética y política hizo de la justicia un recipiente vacío, algo puramente formal, susceptible de ser llenado por los contenidos que más se acomodaran a los intereses de la clase dominante. Pero el comunitarismo cometió el error de enarbolar la bandera del particularismo dejando, nuevamente, a la justicia, carente de contenidos materiales. Frente a ello me pareció necesario dejar claro que en Aristóteles existe una medida de universalidad que se concreta en su concepción de la justicia como virtud moral y política a un tiempo y en su concepción del hombre virtuoso.

Creo que es necesario en los tiempos actuales bajar a la justicia de su pedestal —esa razón suprahistórica e inmutable que hizo de la justicia un dogma carente de sensibilidad social—. Y para ello la idea de una justicia contextualizada es no sólo aconsejable sino necesaria. Hay que entrar en diálogo con la justicia, concebida no ya como algo abstracto, sino como una exigencia que se concreta de manera particularizada en la interacción social. Esto exige establecer una vinculación entre lo bueno y lo justo, una interacción circular entre la definición de los objetivos compartidos de la justicia y la concreción de los valores éticos de la sociedad. De esta manera la justicia es un diálogo, una búsqueda permanente en la que cada miembro de la comunidad tiene algo que decir, algo que hacer. Pero esa justicia, no lo olvidemos, no puede ser vaciada de contenidos. Es necesario proporcionar criterios sustantivos que eviten la dispersión y el relativismo. La justicia no puede quedar en manos del más de los encarnizados particularismos que, bajo la invocación de una pretendida identidad colectiva termine por socavar las exigencias de la humanidad. Por eso es necesario recuperar el discurso universalista, pero no para abstraer y colocar a la justicia fuera de los acontecimientos humanos, sino para salvarla de intereses oscuros y malintencionados.

Y esa posibilidad entiendo que puede ser teóricamente articulada. Si la justicia exige el diálogo con una cultura y época determinadas esto supone que debe ser contextualizada, superando así la justicia formal de la razón abstracta. Por eso reivindico lo que denomino una teoría democrática del bien en la que se supere la escisión entre los ámbitos de la vida y abogo por una continuidad entre lo bueno y lo justo. Creo que uno de los grandes retos que tenemos ante nosotros consiste en recuperar la interacción entre esos ámbitos, recuperando la dimensión pública del discurso ético, lo cual permite una relación dinámica, contextualizada y sustantiva entre los valores éticos compartidos y el discurso público de la justicia. No quiere decir esto que el modelo de plenitud humana sea

determinado colectivamente y de manera arbitraria pues cualquier articulación coherente de una razón intrahistórica a la vez que universal exige la integración en el ámbito ético de los principios básicos que la modernidad vino a descubrir: pluralismo, tolerancia –entendida ésta en sentido positivo en cuanto compromiso moral, público y privado, en la remoción de obstáculos al libre desarrollo de la individualidad– y promoción del valor de la autonomía moral de los sujetos. Esa urdimbre ética, con sus particularidades culturales, permite que los valores trasciendan en un diálogo permanente, de lo bueno a lo justo y de lo justo a lo bueno, de manera que la búsqueda de la justicia es una labor permanente del cuerpo social, un compromiso ético, a la vez personal y orgánico. Y la justicia, así concebida como discurso dinámico y sustantivo, quedará impregnada de temporalidad y de consciencia de su concreta misión histórica. Pero los valores no pueden quedar vacíos: es necesario otorgar una medida de universalidad, y sólo puede ser universalizable aquello que dimanar de las exigencias de la dignidad humana y de la esencial igualdad moral de los sujetos. Por eso esta teoría del bien es constitutivamente democrática pues abre la determinación de lo bueno y de lo justo a un discurso público, siempre revisable y, por ello, dinámico. Los valores no quedan así escindidos del contexto histórico, pues son mediados en la autoconsciencia del individuo que se reconoce a sí mismo sujeto y parte de la comunidad. En ese mismo discurso, que establece la continuidad entre los ámbitos de la vida, se producen las interrelaciones y las identificaciones, y la particularidad de modos y formas de vida queda así integrada en la dinámica de afirmación de la justicia. El individuo como tal, si parte de su autoestima como sujeto no puede prescindir de los datos históricos y culturales que forman la génesis de su experiencia vital y que laten en cualquier intento de reconstrucción de su identidad personal. La particularidad es, por tanto, una exigencia de la autonomía moral del sujeto quien, en su identidad, involucra los factores distintivos de su experiencia vital que le hacen diferente. El particularismo, así concebido, forma parte de la justicia concreta del hombre histórico y se inserta también, en la medida en que es elemento distintivo de la autonomía moral, en esa medida de universalidad que exige una concepción sustantiva de la justicia: es la inalienable dignidad humana, el respeto por la autonomía moral y los valores humanos de pluralismo y tolerancia. Ese núcleo proporciona el criterio sustantivo de la justicia contextualizada que adquiere matices en la interrelación social de los valores culturalmente mediados. Por eso, los contenidos concretos de la justicia tienen connotaciones particulares, pues las exigencias de la dignidad humana no son iguales en cada cultura, sino que varían en distintos contextos espacio-temporales. La dignidad humana no puede entenderse en el sentido de un límite infranqueable sobre el que descansan los dogmas artificialmente creados de un determinado grupo social, sino que evoca una concepción dinámica de la propia subjetividad moral. Ello significa que es a la vez que punto de partida de toda relación humana socialmen-

te justa, punto de llegada de cualquier proyecto satisfactorio de convivencia. La dignidad como presupuesto exige así también una realización democrática de sus contenidos históricos en la medida en que su realización depende de condiciones históricas concretas en las que la dignidad contextualizada pueda ser, efectivamente y no sólo como posibilidad teórica, valorada. Ello supone que hay también elementos formales de la dignidad como presupuesto de un discurso público sobre la justicia que se identifican con un proyecto pleno de democracia. Por tanto, nuestra apelación a la dignidad humana no puede ser maliciosamente interpretada como un recurso teórico frente a la virtualidad real del principio democrático, sino precisamente, su corolario: es decir, que todo proyecto de democracia debe ser éticamente internalizado en cuanto exigencia real de un modelo de plenitud positivamente valorable, pero además nos descubre una dimensión nueva de la democracia en cuanto que ésta se redimensiona como cauce para la plenitud moral de los sujetos. La democracia es así el cauce de la dignidad humana que es, a la vez, esencialmente democrática, porque no puede ser construida, en cuanto punto de llegada, sin los elementos formales y materiales que hacen de la democracia un bien éticamente valorable, un imperativo moral.

Se trata en definitiva de proporcionar una articulación flexible de la subjetividad moral como pieza clave de los procesos de identificación colectiva lo cual implica una dimensión societaria de la subjetividad que permite conciliar la dimensión universalista de los valores con las contingencias históricas y culturales que trascienden y conforman los modelos concretos de organización y convivencia¹⁶. Se recupera así la continuidad aristotélica entre las dimensiones del actuar individual, salvando el riesgo de que la justicia quede nuevamente en manos de intérpretes interesados y malévolos.

En segundo lugar, vimos que la crítica posmoderna cometía algunos errores metodológicos que ya pusimos de manifiesto. Y también vimos cómo la labor de crítica de los defensores de la posmodernidad destacó la necesidad de adaptar la praxis a la teoría desde un posicionamiento crítico de revisión de las estructuras sociales y políticas, así como de las categorías del saber, que encubren formas de dominio. Lo insostenible de una posición aséptica y avalorativa con respecto a una concepción formal de la justicia exige un compromiso ético de la sociedad en su conjunto con una justicia concreta en aras de una transformación real de la sociedad. Pero creo que esa crítica de la modernidad es constitutivamente una crítica moderna, porque se realiza partiendo de presupuestos y categorías epistémicas que la modernidad nos legó. También creo que la modernidad como proyecto teórico y práctico de emancipación de la

¹⁶ Esta articulación de la subjetividad moral en lo que denomino teoría democrática del bien lo he desarrollado ya con anterioridad en un trabajo anterior: JULIOS CAMPUZANO, A., «Minorías y tolerancia. Sobre los fundamentos de la democracia», especialmente en el apartado IV. «Hacia una teoría democrática del bien», en curso de publicación.

humanidad no es un proyecto agotado. Antes bien, creo que está inacabada por lo mismo que no ha podido ser realizada. Este planteamiento exige un esfuerzo teórico y práctico de reconstrucción del proyecto moderno, partiendo de la asunción de algunos de sus postulados esenciales, pero trascendiendo los confines estrechos de la teoría política liberal que carece de respuestas ante la exigencia de una justicia sustantiva, corporeizada y en diálogo permanente con la sociedad de nuestro tiempo.

Entiendo que la superación definitiva de la controversia libertad-igualdad es, por ende, una de las tareas que nos apremian, y que difícilmente esta labor puede ser llevada a cabo desde los presupuestos de la teoría política liberal. La armonización de ambas exigencias no puede concretarse en un mecanismo providencialista de beneficencia que se orienta, antes que a resolver el problema, a satisfacer los estómagos de la mayor parte de la ciudadanía, alejando así cualquier posibilidad teórica y práctica de amotinamiento o rebelión. El capitalismo contemporáneo, a través de los mecanismos tentaculares del Estado social, tiende a asegurar la estabilidad y el *statu quo* mediante una estrategia de vaciamiento de las exigencias de la dignidad humana que consiste en asegurar que una gran mayoría de la población se sentirá adherida al sistema de representación mayoritaria, y todo ello carcomiendo gravemente el valor de la responsabilidad individual. El Estado social llena los estómagos pero deja insatisfechas las más elementales exigencias de desarrollo personal. Y se garantiza su pervivencia mediante la exclusión del sistema de un grupo de ciudadanos que no tienen posibilidad alguna de acceder a los mecanismos de representación política y de intentar transformar la sociedad en términos de justicia. Esa masa de desheredados está condenada a sufrir las consecuencias de un sistema que se afirma sobre los valores de la dignidad humana y que se asienta sobre una concepción frustrante de la democracia, como forma de reparto de cuotas de poder entre las elites dominantes. Por eso debemos reaccionar críticamente ante esa concepción cosificada de la democracia y buscar vías de conciliación entre las exigencias de libertad e igualdad que son parte nuclear de cualquier definición contemporánea de la justicia.

Es por ello, que el debate sobre la justicia recobra en nuestros días una inusitada vigencia. El compromiso del investigador debe estar orientado hacia la articulación de un modelo de justicia compatible con las exigencias de la dignidad humana y ello exige, en primer lugar, una recuperación del vínculo comunitario desde la continuidad entre la definición ética de lo bueno y el discurso público sobre la justicia. En segundo lugar, una labor de depuración de los principios de la modernidad, liberando la pureza de los postulados de las formas históricas que los aprisionan, para a través de la universalidad de la razón, concebida como razón intrahistórica, recuperar los contenidos sustantivos de la justicia que dimanen de la dignidad humana y de la igualdad moral de los sujetos. En tercer lugar, esa concreción espacio-temporal de la justicia nos permitirá rebajar a la justicia del pedestal en que fue situada por la razón

ilustrada, para ponerla a ras del suelo y entablar un diálogo permanente y contextualizado con los valores que conforman el modelo de sociedad justa, concretados espacio-temporalmente en función de una concepción dinámica y democrática del parámetro ético-político de la dignidad humana. En cuarto lugar, se hace necesario recuperar el compromiso con la democracia como proyecto de identidad ética¹⁷, estableciendo que la justicia es, en nuestros días, una labor constitutivamente democrática, lo cual implica un compromiso real con la democracia como forma de superación de las posiciones de dominio y con una teoría democrática del bien que conlleva la incorporación, también en el plano político, de los valores positivos de pluralismo, tolerancia y promoción de la autonomía moral de los sujetos. Y finalmente, una labor crítica de las estructuras que constituyen obstáculos a la transformación real de la sociedad de acuerdo con el objetivo de la emancipación humana y del pleno desarrollo moral de los individuos, rechazando las categorías epistémicas y modelos de organización que encubren formas de dominio y alienación, y proponiendo modelos alternativos de democracia para superar la frustrante democracia contemporánea que se reduce a una forma de reparto de cuotas de poder.

¹⁷ Esta expresión procede del trabajo de MARÍA PÍA LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, Barcelona, Anthropos, 1992. Me adhiero a ella por cuanto creo que sintetiza fielmente mi concepción de la democracia.

La armonización del Derecho y la justicia en el pensamiento jurídico-político de Guido Fassò

Por FERNANDO H. LLANO ALONSO

Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Un presupuesto de partida: la justicia no puede prescindir totalmente de la seguridad jurídica.* II. *Razón, Derecho natural y «Common Law».* III. *El protagonismo del poder judicial en el proceso de adaptación del Derecho a las exigencias de la sociedad.* IV. *La función de la razón práctica en la argumentación jurídica.* V. *Anotaciones críticas en torno al binomio razón-Derecho.*

I. El problema de la vinculación judicial a las leyes ha sido tradicionalmente uno de los temas más apasionantes y controvertidos en los foros de debate iusfilosófico. En efecto, desde que Montesquieu afirmase que el juez de la nación no era más que el instrumento que pronunciaba las palabras de la ley, es decir, un ser inanimado que no podía moderar ni la fuerza ni el rigor de las normas¹, se sucedieron diversas argumentaciones doctrinales: desde aquellas que ensalzaban a la seguridad jurídica como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, inspirándose en la iluminista exigencia de racionalidad, claridad y conocimiento, hasta otras que apelaban a un Derecho espontáneo, directamente emanado de la sociedad. De cualquier forma, con el devenir de los tiempos, cada sistema de Derecho ha respondido a unas precisas coordenadas radicadas en un determinado período histórico y en unas concretas características sociales.

¹ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Lib. XI, Cap. VI, trad. cast., M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, p. 156.

Pero si un momento de la historia de la Filosofía del Derecho ha tenido especial significación, ha sido la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, porque tras la angustiosa experiencia sufrida bajo la amenaza de los regímenes totalitarios (donde los jueces debían atenerse al *Volsgeist*, sacrificando el principio de legalidad o la seguridad jurídica del sistema normativo) hubo una bandera común enarbolada tanto por los sociólogos del Derecho americanos, como por los iusnaturalistas católicos o los neopositivistas: la necesidad de no reducir la aplicación del Derecho al arbitrio subjetivo del intérprete, o lo que es igual, la preocupación por alcanzar un *minimum* de seguridad jurídica, de forma que ningún ciudadano temiese la existencia de diferentes juicios hermenéuticos para un mismo supuesto de hecho, adaptando, por consiguiente, el Derecho a las exigencias de una sociedad en continua evolución.

No obstante, lejos de arribar a una solución que garantizase un consenso para las múltiples teorías presentes en el panorama iusfilosófico, se abría una nueva interrogante, ya que ante la desproporcionada producción normativa cristalizada en una recalcitrante hipertrofia legislativa, se presentaba el dilema de optar entre una vía que asegurase la aplicación formalista de la ley o, en cambio, otra que aspirase a unos paradigmas de justicia concordantes con la conciencia social. Así, mientras que en Estados Unidos Jerome Frank² desvaloraba al Derecho como norma cierta, aportadora de seguridad para el hombre y fomentadora de una ilusión que evitase su temor hacia lo desconocido, al entender que esa seguridad jurídica equivaldría a un asentimiento tácito de la renuncia a la libertad, en Europa –concretamente en Italia– los estudios en torno a la Teoría General del Derecho se centraron en una desesperada búsqueda de seguridad jurídica. Fruto de esta etapa es un volumen común titulado *La certezza del diritto*³, donde se sugerían dos alternativas: una positivista, para la que el Derecho se definía como una realidad empírica, reduciéndose la cuestión a la mera captación material de esa realidad, persiguiendo por ello una dilucidación de la problemática gnoseológica del Derecho, y otra iusnaturalista, cuyos fundamentos no se limitaban únicamente al conocimiento de las normas, puesto que su principal objetivo sería el de dirigirse hacia la búsqueda de la verdad del Derecho, esto es, de la justicia⁴.

Dentro de esta segunda corriente doctrinal merecen especial consideración los estudios de Guido Fassò, para quien el fenómeno de la seguridad jurídica no era una contingencia, sino que representaba la «razón de ser» del Derecho, aunque eso no equivaliese a reputarla como valor absoluto, puesto que la moral y el Derecho eran para el profesor boloñés conceptos diversos; sin embargo, a pesar de que la seguridad jurídica no poseía valor ético, no por ello perdía preeminencia en el terreno sociopo-

² FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, New York, Cowasd-Mc Lann, 1930, pp. 20-21.

³ AA. VV., *La certezza del diritto*, en LÓPEZ DE OÑATE, F., ed., Roma, Consorzio Nazionale, 1942.

⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Zaragoza-Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 132-133.

lítico, que no era, desde luego, la dimensión donde se hallaban las categorías absolutas⁵. De todo ello se desprendía su convicción de que la legalidad y la justicia no deberían ser incompatibles o recíprocamente excluyentes como estimaban algunos autores⁶, sobre todo considerando que sobre un plano político la legalidad es necesaria para evitar la injusticia.

II. Lejos de asumir la función de apologizar incondicionalmente el iusnaturalismo, Fassò se mostró primero crítico hacia esta doctrina, pero posteriormente apostó por la revaloración de su cometido histórico, sosteniendo la perentoriedad de una ley de la razón que afirmase límites racionales y objetivos al poder del Estado, capaz de proclamar derechos inalienables para el individuo además de asegurar su libertad; todo ello sin ocultar que era imposible prescindir de la ley positiva y concebir al mismo tiempo cualquier forma de convivencia humana que no hiciese referencia objetiva a una norma: en otras palabras, no se podía negar la amoralidad (por no decir inmoralidad) de la ética legalista. Sin embargo, Fassò mantenía que era indiscutible no preguntarse si en la vida social, donde existen relaciones intersubjetivas, se podía prescindir de la ley, ya que quien negase la legitimidad del Derecho natural reconocería, paradójicamente, que «*nelle relazioni fra gli uomini si fa sentire, e non può essere fatto tacere, l'appello a ciò che viene chiamato giustizia*»⁷.

Estos argumentos le condujeron a un horizonte jurídico diverso al de los países mediterráneos –herederos de la tradición romanista– en el que se satisfacían simultáneamente las exigencias de racionalidad y de positividad del Derecho, consiguiendo finalmente la realización de una forma de vida política en la que se garantizaba, mejor que en ninguna otra, la libertad de los hombres: en suma, aludía al Derecho anglosajón. Consciente de que estaba inspirado en la concreta praxis de los tribunales y que, consecuentemente, se repudiaban los esquemas abstractos de las leyes positivas conjuntamente con aquellos pertenecientes a un Derecho natural intolerante y absoluto, no desesperó en su intento de hallar lazos de familiaridad entre el Derecho natural de tipo racional y la «*Common Law*» británica⁸.

⁵ FASSÒ, G., *Società, legge e ragione*, Milano, Comunità, 1971, p. 111; «Il giudice e l'adeguamento del Diritto», en PATTARO, E., FARALLI, C., y ZUCCHINI, G., eds., *Scritti di Filosofia del Diritto* (II), Milano, Giuffrè, 1982, p. 1008. Coincidiendo con esta perspectiva de la seguridad jurídica, vid., PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994 (2.ª ed.), pp. 79-80; para este autor «se trata de una razón de ser que no es atributo inmanente de cualquier Derecho, sino condición y meta del Derecho justo».

⁶ CARNELUTTI, E., «La certezza del diritto», en *La certezza del diritto*, op. cit., p. 193. En cuanto a la combinación entre la legalidad y la justicia en FASSÒ, vid., PÉREZ RUIZ, C., *La construcción social del Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, Cap. I, nt. 32.

⁷ FASSÒ, G., «La legge della ragione», op. cit., pp. 731-741. Cfr. LLANO ALONSO, F. H., «Iusnaturalismo y razón práctica en Guido Fassò», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 72, 1995, pp. 549-561.

⁸ Utilizamos el género femenino para referirnos a la «*Common Law*» porque tras la polémica surgida en torno al sexo del término «*Common Law*» entre GIOVANNI CRISCUOLI, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, IV, 1967, pp. 1466-1473, y ARNALDO BOLLA,

Ciertamente, el concepto de un Derecho natural absoluto, inmutable, universal y dogmático está en contraste con la tradición jurídica anglosajona, además, su norma prevalente es la «*Common Law*», que no se impone por la fórmula «*principi placuit*», sino que, muy al contrario, debe ser consonante con una regla inderogable: la denominada «*Rule of Law*», la cual se corresponde con los conceptos de regla y supremacía del Derecho natural entendido históricamente⁹. Tanto la «*Common Law*» como el Derecho natural poseen una característica similar: el ser leyes de la razón, con la particularidad de que en los países de tradición jurídica anglosajona, al estar satisfecha la necesidad de racionalizar las normas a través de un Derecho positivo anterior y superior al estatal con el que convive en perfecta armonía, se prescinde de la expresión «Derecho natural»¹⁰. Esta circunstancia no implica, tal y como advertía Fassò, que el pueblo británico no sienta la exigencia iusnaturalista, dado que la ha complacido al elaborar un Derecho positivo que procede de la razón, no de la voluntad de un soberano, siendo por tanto superior y anterior al ordenamiento jurídico estatal, además de ser proclamado por sus jueces.

Por otra parte, Fassò demostró que la idea del Derecho natural en cuanto norma de la razón era inmanente a toda la tradición jurídica británica, para ello recurría a numerosos ejemplos de identificación entre la «*Common Law*» y el Derecho racional, destacando —entre otros— el mismo Hobbes y su *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Commons Laws of England*, donde un filósofo (Hobbes) partidario del Derecho estatutario del rey y un discípulo de Coke, seguidor de la «*Common Law*» en cuanto representación de la razón, la definía de este modo: «... it is also a dictate of the law of reason, that statute laws are necessary means of the safety and well-being of man in the present world, and are to be obeyed by all subjects, as the law of the reason ought to be obeyed, both by king and subjects...»¹¹. Es en ese sistema de Derecho donde Fassò ve representado su ideal iusnaturalista, porque al igual que los juristas británicos, él también creía fundamental evitar aislar el Derecho natural emanado de la razón y de la historia¹².

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, II, 1969, pp. 659-661, Guido Fassò escribió «Intorno al sesso della *Common Law*», inclinándose por el género femenino, porque —como afirmaba socarronamente— «all' orecchio italiano *Common Law* fa buon sentire il genere femminile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, III, 1969, pp. 1112-1116.

⁹ FASSÒ, G., «La legge della ragione», *op. cit.*, p. 732; HOLDSWORTH, W., *A History of English Law*, (II), London, Methuen Co. & Sweet and Maxwell, 1966, pp. 234-290; en el capítulo dedicado a BRACON recoge su aforismo según el cual «*In Anglia minus curatur de iure naturali quam aliqua regione de mundo*».

¹⁰ *Ibid.*, p. 732.

¹¹ HOBBS, T., «A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Commons Laws of England», *The English Works of Thomas Hobbes (vol. VI)*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1966, p. 9, trad. cast., M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.

¹² A este respecto, M. A. CATTANEO, *Il Politico*, 4, 1966, p. 825, contrastaba con FASSÒ cuando aseveraba que «*prescindiendo dalla questione della validità dell' argomento storico in sede di discussione teorica... vorrei obiettare che la Common Law ha avuto nel suo sviluppo una serie di irrazionalità e di barbarie soprattutto in relazione al diritto penale, come attestano le critiche di Bentham*».

El caso de Fassò no supone un hecho aislado en el terreno iusfilosófico, porque también su actuación en el Reino Unido le parecía el único caso en el que se realizó firme y establemente el Estado de Derecho; efectivamente, también para Fassò un Estado de *Rule of Law* es quizás aquel que todavía hace apreciar la idea del Estado de Derecho, esto es, la exigencia de un límite al poder estatal real y efectivo¹³.

No obstante, nuestro autor, buen conocedor de la historia de la Filosofía del Derecho, se apresuró de inmediato a puntualizar que no pretendía realizar un injerto en el Derecho continental del sistema constitucional anglosajón, porque, como él mismo reconocía, sería del todo antihistórico plantearse la modificación de una mentalidad y una costumbre consolidadas a través de milenios¹⁴. Lo único que Fassò sugería era una confirmación de la posibilidad de un Derecho positivo surgido como expresión de la razón antes que como mandato de una voluntad dominante, concluyendo además que entre el Derecho natural y el Derecho positivo no tendría que haber necesariamente una constante antítesis. En definitiva, se proponía una suerte de Derecho natural positivo que irradiaba de la realidad social interpretada por la razón. Esta última anotación presenta una indiscutible afinidad con la teoría del «*Positive Natural Law*» y del «*Natural Natural Law*», con una clasificación que recordaba a la que Coke había establecido entre «*Artificial Reason*» y «*Natural Reason*»¹⁵.

Esa especie de iusnaturalismo sociológico había sido ya contemplada por Ehrlich cuando, a comienzos de siglo, opuso la libre búsqueda del Derecho contra el principio positivista de la aplicación mecánica de la ley a los casos concretos, reivindicando un mayor protagonismo de los jueces, que no debían arrogarse tan sólo la función expresa de ejecutar la voluntad rígida y abstracta de las leyes¹⁶.

¹³ FASSÒ, G., «La legge della ragione», *op. cit.*, p. 737; también A. PASSERIN D'ENTREVES dedicó algunos de sus estudios al Derecho anglosajón en perspectiva histórica, *vid.*, *La Teoria del diritto e della politica in Inghilterra all' inizio dell' età moderna*, Torino, Giappichelli, 1929; «Hooker e Locke. Un contributo alla storia del contratto sociale», en *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1931, pp. 228-250; *Riccardo Hooker*, Torino, Giappichelli, 1932; *La dottrina del diritto naturale*, Milano, Comunità, 1962 (2.^a ed.).

¹⁴ *Ibid.*, p. 736.

¹⁵ POUND, R., «Natural Natural Law and Positive Natural Law», *Natural Law Forum*, V, 1960, p. 70, en este artículo se explica qué se entiende por ambos conceptos: «*I distinguish Natural Natural Law and Positive Natural Law, and my proposed definitions are: Natural Natural Law – a rationally conceived picture of the justice as an ideal relation among men, of the legal order as a rationally conceived means of promoting and maintaining that relation, and of legal precepts as rationally conceived ideal instruments of making the legal order effective for its ideal end. Positive Natural Law – a system of logically derived universal legal precepts shaped to the exigencies of universal problems and so taken to give legal precepts of universal problems and so taken to give legal precepts of universal validity*»; *The Spirit of the Common Law*, Boston, Marshall Jones Company, 1931, trad. cast., J. Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1954; *Law and Morals*, Colorado, Fred B. Rothman & Co., Littleton, 1987; FASSÒ, G., «Recensione di Giustizia, diritto, interesse», *Rivista di Diritto Civile*, I, 1962, pp. 598-600, *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, *op. cit.*, pp. 1442-1445.

¹⁶ EHRLICH, E., «La sociologia del diritto», *Rivista Internazionale Filosofia del Diritto*, I, 1922, p. 102; FASSÒ, G., *Il Diritto naturale*, Roma, E.R.I., 1972 (2.^a ed.), pp. 98-116.

Esta doctrina sería desarrollada con posterioridad por Kantorowicz, quien postuló la teoría del Derecho libre, producto de las convicciones jurídicas de la sociedad, de la Ciencia jurídica y de la sentencia de los jueces; dicha corriente no se circunscribió sólo a Europa, también en Estados Unidos brotó la jurisprudencia sociológica representada por Holmes, Cardozo o Pound. Se trataba de un Derecho constituido por los precedentes judiciales, ejerciéndose una constante aplicación por parte de los jueces de un criterio racional que interpretaba la historia y adaptaba el Derecho a los tiempos. Empero, del mismo modo que el Derecho legislado, también este Derecho natural comprometido con la mutante realidad social ocasionaba cuestiones relativas a la seguridad jurídica, por ello, se hacía precisa la invocación a una razón que substrajese la vida social y política al dominio de lo irracional, del mito, de la voluntad de los individuos y grupos siniestros que se autoproclamasen legítimos representantes de la justicia y del bien absoluto, de ahí que Fassò advirtiese la necesidad de obrar con cautela al desarrollar estas teorías, porque si el legalismo ético era deleznable, mucho más lo sería un sistema de Derecho basado en una ética subjetiva donde cada individuo se creyese autorizado para abordar sin trabas la tarea hermenéutica del Derecho natural, confundiendo las obligaciones jurídico-políticas, que suponen un requisito *sine qua non* para la supervivencia de una comunidad intersubjetiva, con las obligaciones derivadas de la conciencia. Por ello, nuestro autor, al tratar el tema de la obligación política con relación a la libertad de conciencia, se preguntaba: «*coscienza di chi?*»¹⁷.

III. Por el motivo antes manifestado, Fassò creía necesario que fuesen los jueces quienes asumieran la responsabilidad de adaptar el Derecho a la realidad de sus destinatarios a través de principios que reflejasen las pretensiones morales de la racionalidad práctica; a este respecto se han esbozado algunos rasgos paralelos entre las teorías de Ronald Dworkin y Guido Fassò, sobre todo a tenor de su común revaloración de la práctica social, entendida como canal de penetración en el Derecho de unos principios que reflejan las exigencias políticas y morales de la racionalidad histórica. La única diferencia entre ambos planteamientos estribaría en

¹⁷ FASSÒ, G., «Società, Diritto e repressione», *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, op. cit., pp. 1073-1074, 1084 y 1086, también en *Società legge e ragione*, op. cit., pp. 168-189; sobre este tema propugna «*la libertà dalla condizione umana, ma nella stessa misura in cui è libertà dalla ragione. Tanto il diritto quanto la ragione ci reprimono; ma chi riconosceremo legittimato a non essere represso dalla ragione?*»; «Obbligazione politica e libertà di coscienza», *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, op. cit., p. 1113. En España ha sido el profesor EUSEBIO FERNÁNDEZ quien ha estudiado especialmente este asunto en *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 21-71 ss., también en *Estudios de ética jurídica* Madrid, Debate, 1990, p. 81 ss., concluyendo que «*se entenderá que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales*»; también al profesor PABLO J. BADILLO O'FARRELL le parece que la racionalidad es una «*condición sine qua non para que se dé la autonomía*» considerándose autónomo el ser «*que actúa sobre la base de los principios autoelegidos*», vid., *¿Qué libertad? En torno al concepto de libertad en la actual Filosofía política británica*, Madrid, Tecnos-Fundación Luño Peña, 1991, p. 34.

que para el profesor boloñés, en los Estados de Derecho, esas facultades quedarían reservadas a la cúspide de la magistratura, esto es, a los Tribunales Constitucionales, evitando así provocar una absoluta discrecionalidad judicial que pudiera comprometer el principio de legalidad o la seguridad jurídica, y que quebrase las garantías institucionales¹⁸. Esas supremas instancias judiciales tendrían un punto de referencia válido e imprescindible, materializado en la Constitución como norma suprema de todo ordenamiento jurídico, y en la que se plasmarían las principales aspiraciones de la sociedad de un determinado momento histórico. A esta norma de rango superior deberían adherirse todos los jueces, legisladores y destinatarios del Derecho, por ello, el Tribunal Constitucional estaría legitimado para interpretar el espíritu de la Carta Magna de toda nación democrática, de tal forma que su exégesis podría establecer unívocamente unas pautas o criterios paradigmáticos que sirvieran como precedentes vinculantes para la posterior interpretación de los órganos judiciales subordinados¹⁹, los cuales, cuando estimasen que una norma con rango de ley fuera aplicable a un supuesto práctico, dependiendo de su validez el fallo y pudiendo ser contraria a la Constitución, elevarían una cuestión de inconstitucionalidad sobre ésta.

Solventado el primer escollo concerniente a la seguridad jurídica, habrá quien pueda oponer una objeción formalista y que acuse a esta postura defendida por Fassò de auspiciar una invasión de las prerrogativas exclusivas del poder legislativo por parte del poder judicial. Sobre este último punto, nuestro autor replicó que la argumentación del Tribunal Constitucional se ubicaba en un orden de «*ius voluntarium*» implícitamente recogido en la norma suprema del ordenamiento jurídico.

Complementando este primer argumento, Fassò añade que, en la actualidad, la división de poderes es más un ideal que una realidad, por ello, partiendo de que los poderes soberanos no pueden mantenerse tan independizados y puros como los concibieran Montesquieu o Locke, y aceptando la inevitabilidad de su interrelación, siempre será más aconsejable, en orden a garantizar la justicia y la legalidad del Estado de Dere-

¹⁸ FASSÒ, G., «Il giudice e l'adeguamento del Diritto», *op. cit.*, pp. 1042-1050; PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Sevilla, 1993, p. 61; FARALLI, C., «I momenti della riflessione critica su Guido Fassò», *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, *op. cit.*, p. 1512; VILLANI, A., *Legge e potere del giudice in una recente esperienza costituzionale*, Napoli, Morano, 1965, pp. 7-10; GIULIANI, A., PICARDI, N., «La responsabilità del giudice nello stato reppublicano», en *La responsabilità del giudice*, Perugia, Libreria Editrice Universitaria, 1978, p. 593; PINTORE, A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 71; TRABUCCHI, A., «Recensione di Società, legge e ragione», *Rivista di Diritto Civile*, I, 1974, pp. 616-618. JORI, M. sitúa a FASSÒ dentro de una corriente doctrinal favorable al Derecho jurisprudencial y a la Jurisprudencia sociológica, *vid.*, «Definizioni e livelli di discorso giuridico», en *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 512; «I principi nel diritto italiano», *Sociologia del diritto*, 2, X-93, pp. 7-33. Especial mención merece su reputación de FASSÒ como un iusnaturalista sociológico, *vid.*, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 77 ss.

¹⁹ FASSÒ, G., *ibid.*, pp. 1022 y 1046.

cho, una confusión entre el poder judicial y el legislativo que entre éste último y el administrativo ²⁰.

IV. Sobre la perentoriedad de establecer un paralelismo entre Derecho y razón práctica, Fassò esbozó una teoría que con ulterioridad serviría de inspiración a estudios más recientes como el de Martin Kriele en su libro *Recht und praktische Vernunft*, donde se expresa la necesidad de recurrir a consideraciones jurídico-rationales como aplicación de la razón práctica a la obtención del Derecho y a la orientación de la conducta; simultáneamente, Kriele reivindica el valor de la prudencia judicial, esto es, de la razón práctica del juez como forma específica de razonamiento jurídico, a través de la cual se configura y amplía el conocimiento jurídico mediante argumentaciones fundadas racionalmente ²¹. En cambio, para Fassò, son las leyes de la naturaleza las que establecen relaciones que nuestra mente reconoce constatándolas en un complejo de fenómenos empíricamente aprehendidos en un orden, y tratando así de reducir a unidad los dispersos datos de la experiencia, sin que nunca pueda conseguirse, porque la unidad de lo real escapa de los esquemas que la mente humana utiliza para poder captarlos, y además se perderá de vista la noción de lo individual. De modo que, adhiriéndonos a la interpretación de Pattaro, podemos afirmar que para Fassò el conocimiento científico, resultado de los procesos de generalización, estaba afectado por un doble límite, ya que ni podría captar la concreta unidad de lo real (que se encuentra más allá de los esquemas puramente generalizadores de la razón), ni podría tampoco mantenerse próximo por más tiempo a la concreta multiplicidad de la que partió; se tratará, a la sazón, de un conocimiento abstracto y general que no podría reputarse ni universal ni individual ²².

²⁰ FASSÒ, G., *ibid.*, p. 1048; cfr., SCARPELLI, U., «La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana», *Quaderni del Foro Italiano*, suppl., 1 gennaio 1970, cc. 81-82; SPAGNA MUSSO, E., «Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale quale struttura sociale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, I, 1972, pp. 31-56; PÉREZ LUÑO, A. E., «Razón e historia en la experiencia filosófica y jurídica de Guido Fassò», en FARALLI, C. & PATTARO, E., eds., *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984 (I)*, Milano, Giuffrè, pp. 50-51; el subrayado pertenece a «Sociologia e Diritto nel loro nesso e nei loro limiti», *Scritti di Filosofia del Diritto (I)*, *op. cit.*, pp. 235 ss. Naturalmente, han existido serios intentos que buscaban una correspondencia entre FASSÒ y aquellos otros autores que participan en la teoría de la razón práctica, como HABERMAS, KRIELE o DWORKIN y algunos de los principales iusnaturalistas españoles de los siglos XVI-XVIII. A este respecto *vid.*, PINTORE, E. A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 71; DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 33; PÉREZ LUÑO, A. E., *La polémica en el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 1992, p. 111; *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 126; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995 (5.ª ed.), p. 166. En torno a la utilidad de los criterios de la racionalidad práctica, *vid.*, FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, pp. 37-38.

²¹ KRIELE, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, pp. 9 ss.; tomo la cita de PÉREZ LUÑO, A. E., «Razón e historia en la experiencia filosófica y jurídica de Guido Fassò», *op. cit.*, pp. 50-51.

²² PATTARO, E., «In che senso la storia è esperienza giuridica: L'istituzionalismo trascendentale di Guido Fassò», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 1983, p. 394.

A pesar de que supone un ímprobo esfuerzo conducir lo múltiple a la unidad, el devenir al ser, lo contingente a lo necesario, lo variable a lo permanente, lo irracional a lo racional, el proceso generalizador anterior a la creación normativa es una actividad necesaria, siendo inviable cualquier conocimiento que no se adquiriera por dicha vía y, consecuentemente, resultando tal ejercicio epistemológico un indispensable presupuesto de la acción que en la experiencia pura no tendría fundamento²³.

De todo lo estudiado, se colige la indiscutibilidad de la equiparación entre el mundo natural y el histórico, dado que en ambos es necesario solventar el inicial problema de la «multiplicidad de lo real» a través de leyes naturales abstrayentes y generalizantes. Pero si nos atenemos a la consideración del carácter jurídico que para el profesor boloñés tenía la historia, no sería complicado concluir que la experiencia jurídica es también histórica, precisamente por este motivo subrayaba Fassò que si el término «sociedad» quería decir «ley», «vivir en sociedad» significaría hacerlo jurídicamente, practicar el Derecho *rebus ipsis et factis*; encarnándose en dicha vida *hominis ad hominem proportio* la misma experiencia jurídica²⁴.

La razón, como atributo básico del hombre, y la historia, como observadora de la sociedad, son claves indispensables para acceder al modelo iusnaturalista fassoniano, configurado para la conquista de la emancipación humana y abocado, abnegadamente, a la salvaguardia de la libertad y de la justicia.

V. La conexión realizada por nuestro autor entre la razón y el Derecho asienta en *La legge della ragione* y en la *Storia della Filosofia del Diritto* sus principales cimientos. A esta circunstancia obedece el hecho de que el Congreso celebrado en Bolonia con motivo del décimo aniversario de la desaparición de Guido Fassò acogiese todas las ponencias allí presentadas bajo el título de *Reason in Law*; precisamente, de entre todos esos estudios, se nos antojan de particular interés para nuestra investigación las anotaciones críticas que, en torno a este tema, realiza Norberto Bobbio.

En primer lugar, señala el profesor turinés, debe biseccionarse de forma diáfana el binomio integrado por los factores «razón» y «Derecho», puesto que la combinación y la alteración de ambos términos da origen a grados semánticos diferentes. De este modo, si el vocablo «razón» se usa como complemento especificativo o como adjetivo calificativo, adquiere un sentido grave del que dimana la expresión «ley de la razón», pero si por el contrario se sustantiva ese mismo concepto se obtendrá un producto diferente: «razonamiento jurídico». En cualquier caso, añade Bobbio, no podría establecerse una correspondencia totalmente recíproca entre las dos nociones sin que con anterioridad se evita-

²³ FASSÒ, G., *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 40-41.

²⁴ FASSÒ, G., *ibid.*, pp. 98-99; cfr. CARNELUTTI, F., «Recensione di *La storia come esperienza giuridica*», *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1954, p. 310.

se una mutua confusión, ya que se trata de «*diversi momenti dell'universo giuridico... il momento della creazione del diritto e il momento dell'applicazione*»²⁵.

Siguiendo esta línea argumentativa, Norberto Bobbio añade que en la expresión «ley de la razón», al gozar el segundo término de una acepción fuerte —como la facultad consubstancial al hombre de aprehender la naturaleza de las cosas—, se da por supuesta una capacidad humana que no está definida con la suficiente nitidez, propiciándose así las censuras de autores como Uberto Scarpelli, el cual desconfiaba de esa presumible aptitud de los individuos de intuir su propia esencia mutable e histórica principios estables y ciertos de Derecho natural, de ahí que concluyese afirmando: «*Legga ciascun altro in sé l'umanità, e consideri se al contrario intuisca i principi di un diritto naturale con certezza cartesiana*»²⁶.

En una postrera aproximación al análisis de la ecuación razón-Derecho, orientado desde una prospección histórica, el filósofo piemontés reduce a tres las exigencias comunes a las que la tradición iusnaturalista de corte racionalista ha debido dar satisfacción en el decurso de los siglos: de un lado, surge la necesidad de emancipar la jurisprudencia de la teología; por otra parte, debe fundamentarse el Derecho sobre bases más sólidas y menos aleatorias que la voluntad del superior, ya sea Dios, el príncipe o el pueblo; como última condición, se requieren reglas de conducta universalmente válidas que no pueden ser recabadas de la experiencia histórica ni inferidas de un *consensus humani generis*.

Dentro de este esquema, correspondiente a una ética racionalista cuyas normas se encuentran vinculadas únicamente a los límites impuestos de la razón, se ha desarrollado lo que para algunos se denomina «*falacia iusnaturalista*», pues se confía en la racionalidad humana como fuente infalible de verdades sempiternas que no precisan de ninguna demostración empírica²⁷.

Tras la exposición de las principales objeciones planteadas por Bobbio a la expresión «*legge della ragione*», en la que creía atisbar los rasgos clásicos de la Escuela del Derecho natural, convendría responder a cada una de esas cuestiones a través de la reformulación del iusnaturalismo racionalista efectuada por nuestro autor en las obras citadas anteriormente, puesto que de ellas parte el estudio crítico del insigne maestro turinés:

Respecto a la primera observación, en la que se insistía sobre la perentoriedad de discernir las dos permutaciones posibles de los términos «razón» y «Derecho», a fin de no incurrir en errores sistemáticos de concepción teórica, cabría argüir que para Fassò, dentro del controverti-

²⁵ BOBBIO, N., «La ragione nel diritto», *Reason in Law*, op. cit., pp. 76-79; cfr., LLANO ALONSO, F. H., «Iusnaturalismo y positivismo jurídico en Guido Fassò y Norberto Bobbio», *Derechos y libertades*, 4, 1995, pp. 203-224.

²⁶ BOBBIO, N., *ibid.*, p. 77; SCARPELLI, U., «Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale», *Reason in Law (I)*, op. cit., p. 252.

²⁷ BOBBIO, N., *ibid.*, pp. 83 y 88.

do binomio analizado por Bobbio, es la razón la que detenta un sentido más enérgico, manando de ella una legislación que no sea «*quella della volontà di nessuno, nemmeno della nostra, se non è in pari tempo la legge della ragione che sola può farla essere in pari tempo legge della volontà di tutti, legge di cui nessun eroe o pseudo-eroe possa pretendere di atteggiarsi a vendicatore*»²⁸. Es obvio que pese a relegar al factor jurídico a un plano secundario, no por ello se ignora la relevancia de la racionalidad jurídica en el mundo del Derecho; de esa inquietud sentida por Fassò hacia todo lo concerniente a la teoría de la argumentación, la racionalidad práctica o la seguridad jurídica, representan un magnífico ejemplo tanto sus libros *La legge della ragione* o *Società, legge e ragione*, como sus ensayos «*Che cosa intendiamo con Diritto naturale?*», «*Intervento sul positivismo giuridico*» e «*In giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*»²⁹.

En lo tocante a la segunda puntualización, que reprocha al Derecho natural su falta de certeza, Fassò se preguntaba si a su vez lo era el ordenamiento jurídico positivo, sobre todo considerando que el vertiginoso fluir de la historia, la continua transformación de la sociedad y la progresiva ampliación de la esfera de competencias del legislador, hacían imposible la estabilidad de la legislación, provocando además una desordenada proliferación de normas efímeras y de escasa eficacia. De todo lo que precede, concluía el profesor boloñés, se deduce la necesidad de que, a través de una suprema jurisdicción como la del Tribunal Constitucional, se realice un control de legitimidad para comprobar si el Derecho estatal acoge o se adapta al espíritu inspirador de la Carta Magna³⁰.

Respecto a la tercera anotación crítica de Bobbio, no puede soslayarse el hecho de que, también para nuestro autor, el Derecho natural debía renunciar «*alla pretesa di esprimere un sistema di valori assoluti, per sempre dati, esterni alla storia e perciò all'uomo*», pero, como es sabido, en opinión de Guido Fassò era verosímil un modelo normativo que se situase por encima de una instancia jurídica estrictamente positiva, para avalar esta tesis confrontó la «*Common Law*» con el Derecho natural, extrayendo, como hicimos constar en el epígrafe II, una característica común a entrambos cuerpos normativos: los dos irradiaban de la ley de la razón. Naturalmente, el hecho de someter el Derecho positivo a una legislación superior, encerraba algunos riesgos, como los de incurrir en cierto legalismo ético, ahora bien, agregaba Fassò, «*anche chi nega la legittimità del richiamo al Diritto naturale riconosce che nelle relazioni fra gli uomini si fa sentire, e non può essere fatto tacere, l'appello a ciò che viene chiamato giustizia*». Sólo mediante la referencia objetiva a una

²⁸ FASSÒ, G., *La legge della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1966 (2.ª ed.), p. 247.

²⁹ FASSÒ, G., «*Che cosa intendiamo con Diritto naturale?*», *Scritti di Filosofia del Diritto (II)*, op. cit., pp. 501 y ss.; «*Intervento sul positivismo giuridico*», *Scritti di Filosofia del Diritto (II)*, op. cit., pp. 779 ss.; «*Il giudice e l'adeguamento del Diritto alla realtà storico sociale*», op. cit., pp. 1005-1006.

³⁰ FASSÒ, G., *La Legge della ragione*, op. cit., pp. 233-234.

ley racional canalizadora del «sentimiento de justicia» que cada individuo atesora en su fuero interno podría armonizarse la convivencia intersubjetiva de la sociedad; aquí radicaba su profunda convicción de que, a pesar de todos los defectos y límites que comportaba, el iusnaturalismo racionalista revisado era el sistema más adecuado para organizar convenientemente el mundo habitado por los hombres³¹.

³¹ FASSÒ, G., *ibid.*, pp. 243-244 y 251-252.

La justicia paradójica de Emmanuel Lévinas

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

Universidad de Cantabria

La preocupación por la justicia tiende a situar el pensamiento en un ámbito razonable. Suele ser el esfuerzo por hallar una zona media, de luz matizada, a través de equilibrios. Para presentar una razón pública y practicable nada más cómodo que hacer acopio de principios compartidos. La sensatez, la medida y la cautela parecen ser aquí los mejores consejeros.

Por el contrario en la propuesta de Lévinas el modo de acceder a la justicia es el pensamiento paradójico. La justicia misma aparece como un saber de la paradoja. Pensar la justicia es un ejercicio de atrevimiento que exige avanzar a través de ásperas torsiones y movimientos arrebatados. Nada de búsqueda de evidencias ni de predicar el consenso, sino la urgencia en el manejo de esquemas traumáticos, de figuras desquiciadas y excesivas.

Posición desmesurada, que hace de la introducción al Derecho un ejercicio de exageración, destinado a turbar la paz del jurista juicioso con ideas descabelladas. Una justicia que se apropia de la imprudencia y del escándalo, y aparece con la intensidad de una aventura apasionante y temeraria. Que arroja sobre la escena jurídica un puñado de espléndidas metáforas.

1. EL HORIZONTE DE LO INFINITO

Todo pensamiento comienza como un esfuerzo por apoderarse de una técnica propia para observar. Por eso una ética no es tanto un catálogo de valores ni un repertorio de normas como una forma de ilumina-

ción. Lévinas dirá que «la ética es una óptica»¹. Con ello podríamos esperar encontrarnos con un tipo de perspectivismo, con el manejo de distintos ángulos de enfoque. Pero ver algo es perfilarlo en un horizonte, de modo que surja sobre «un fondo que lo sobrepasa»². Se expone un objeto en un elemento que lo desborda, con el que no puede haber ni jerarquía ni coincidencia. La visión es originariamente inadecuación.

El pensamiento de Lévinas se apropia de motivos procedentes de la fenomenología. Y la fenomenología es precisamente «la promoción de la idea del horizonte»³. A partir de Husserl la metáfora del horizonte se ha convertido en un importante estímulo para el pensamiento⁴. Habrá que proporcionar también al jurista un horizonte para que pueda ver y desplazarse. Ver es siempre ver en un horizonte que no puede ser reducido a un objeto más, aunque fuera inmenso. No se trata de completar lo que se ve de modo limitado añadiendo más elementos, como cuando usualmente se dice que hay que ampliar horizontes, sino de remontarse a una posición distinta, de «cambiar de plano»⁵. Aparece una dimensión de profundidad mediante la diferencia de niveles y un resalte obtenido por contraste, por el juego con disimetrías y distancias infranqueables.

Se plantea así un trabajo de fondo: el fondo de la representación. Un fondo que no es indiferente, como si fuera un decorado añadido que se puede cambiar caprichosamente y en el que meramente se superpone un

¹ E. LÉVINAS, *Totalidad e infinito: Ensayo sobre la exterioridad*, tr. D. E. Guillot, Edic. Sígueme, Salamanca, 1987, p. 50. Cfr. también pp. 55 y 101. Quiere ser «“visión” sin imagen, desprovista de las virtudes objetivantes, sinópticas y totalizantes de la visión» (p. 50). Incluso «haría falta un pensamiento en el que ya no serían legítimas las propias metáforas de visión y de mira», *id.*, *De Dios que viene a la Idea*, tr. G. González y J. M. Ayuso, Caparrós Edit. Madrid, 1995, p. 15.

² *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 68.

³ *Ibidem*, p. 68. Para E. HUSSERL, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, tr. J. Gaos, FCE, Madrid, 1993, lo percibido «está en parte cruzado, en parte rodeado por un horizonte oscuramente consciente de realidad indeterminada» y «el contorno indeterminado es, por lo demás, infinito» (p. 65). En *id.*, *Problemas fundamentales de la fenomenología*, tr. C. Moreno y J. San Martín, Alianza, Madrid, 1994, constata que «lo que siempre se ofrece como real se da en el horizonte de infinitud» (p. 171).

⁴ Por ejemplo M. HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, tr. J. Gaos, FCE, Madrid, 1989, advierte que «ni siquiera tenemos noción del horizonte desde el cual debamos apresar y fijar el sentido» (p. 15) y se propone «poner en libertad el horizonte» (p. 25), y en *Serenidad*, tr. Y. Zimmermann, Edic. del Serbal, Barcelona, 1989, dirá que el horizonte es «solamente el lado vuelto hacia nosotros de un algo abierto que nos rodea» (p. 44). H. G. GADAMER, *Verdad y método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, tr. A. Agud y R. DE Agapito, Ed. Sígueme, Salamanca, 1984, recuerda que «un horizonte no es una frontera rígida sino algo que se desplaza con uno y que invita a seguir entrando en él» (p. 309). También a J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, tr. M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1988, le interesa «un horizonte que se desplaza a cambiar el lugar en que uno se sitúa, y que cuando uno se mueve en un paisaje que no es llano puede dilatarse o contraerse» (p. 175). En N. LUHMANN, *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, tr. J. Torres Nafarrate y otros, Alianza Edit. y Universidad Iberoamericana, México, 1984, los sistemas experimentan el entorno como «selección en un horizonte que incluye todas las posibilidades» (p. 215). Aquí «el horizonte no es ningún límite, no se le puede sobrepasar», aunque «en algún momento hay que regresar y es el horizonte opuesto el que marca el rumbo» (pp. 95-96).

⁵ E. LÉVINAS, *Entre nosotros: Ensayos para pensar en otro*, tr. J. L. Pardo, Pre-Textos, Valencia, 1993, p. 106.

primer plano. Un fondo que no es un paisaje pacífico en el que descansa una imagen ni el contexto que arroja y enriquece la significación. El horizonte se va a revelar como un factor extraordinariamente activo y perturbador. Como horizonte de constitución del objeto llega a ser protagonista y se apodera de la escena. Pero a la vez permanece como algo heterogéneo, como lo otro, siempre más allá y excesivo. No es un ámbito englobante y cualquier marco estallaría al no poder contener un sentido que se desborda.

Observar el horizonte es disponerse a realizar ejercicios de distensión. Se estimula un pensamiento nada fácil que procede «reabriendo horizontes desaparecidos y siempre nuevos»⁶. Para ello es preciso un forcejeo que desentumece, que reanima el objeto absorto en su dureza y logra la recuperación de dimensiones olvidadas. Mediante una operación de reducción se arranca algo de su enraizamiento, de su incrustación rutinaria, de su perseverancia en el ser. Se aspira a que pierda su puesto y sus derechos adquiridos. Aquí «iluminar es quitar al ser su resistencia, porque la luz abre un horizonte»⁷. Se quiebra su obstinación mediante lo que puede calificarse como un «movimiento contra-natura –pues se dirige contra el mundo–» y lo subvierte para inaugurar órdenes nuevos⁸.

Frente a la instalación y la ocupación de lugares tantas veces cerrados y sofocantes, Lévinas nos devuelve a una saludable intemperie. Hace salir al jurista de su enclaustramiento para que pueda respirar. Proporciona «la respiración de un aire de fuera», una posición «expuesta a todos los vientos». Filosofía atmosférica en la que, a diferencia de Luhmann, el horizonte no es entorno del sistema e intenta «que el simple *ambiente* se imponga como *atmósfera*», en un aprendizaje de «*la relación con el aire*»⁹.

Ya se ve que aquí de ningún modo se trata de hallar esencias ni de establecer formulaciones definitivas. Nada de esto sería acorde con una época como la nuestra que «es acción por un mundo que viene»¹⁰. El horizonte no es un fundamento, entendido como un mundo previo que soporta o una base que sirve para deducir y justificar luego una idea por otra. No se busca la implicación de un término en una relación, su incorporación a una estructura o a un sistema que proporcione un abrigo seguro. El horizonte no es un principio ni una evidencia. No es una idea regulativa de tipo kantiano. Tampoco es un término, un final al que quepa un acercamiento asintótico. Pero tampoco es un espacio de disipación en donde todo se desdibuja y acaba por esfumarse.

Al remontarnos al horizonte «descubrimos dimensiones de sentido siempre nuevas, sin que en ello haya ninguna implicación deductiva, dia-

⁶ *Ibidem*, p. 107.

⁷ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 68.

⁸ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., p. 107.

⁹ *Id.*, *De otro modo que ser, o más allá de la esencia*, tr. A. Pintor-Ramos, Edic. Sígueme, Salamanca, 1987, pp. 260, 261 y 262.

¹⁰ *Id.*, *Humanismo del Otro Hombre*, tr. G. González, Caparrós Edit., Madrid, 1993, p. 41.

léctica o de otro tipo». Este modo de proceder «nos revela todo un paisaje de horizontes que han sido olvidados y con los cuales lo que se muestra ya no tiene el sentido que tenía cuando uno lo consideraba directamente vuelto hacia él»¹¹. Es un descubrimiento de facetas insospechadas, un modo de apertura del pensamiento y –para sorpresa de juristas– en el saber «es preciso un desreglamiento»¹². Se muestra así la primacía de lo no formal para no acabar encerrando toda significación en un sistema sin salida. La cultura no es sólo técnica sino capacidad para el surgimiento de esas novedades que constituyen siempre la «irrupción de lo humano». Y la apertura a algo exterior y extraño es trascendencia. De ahí que «la Cultura no es una superación ni una neutralización de la trascendencia sino una relación con la trascendencia»¹³. Como se verá también la cultura jurídica.

El horizonte es un principio generador de tensión activa, una zona de encuentro con lo ilimitado y un movimiento hacia lo otro. Lévinas habla de «producción de lo infinito». Pero esta producción no es construcción del sujeto ni proyección de sus necesidades sino que exige el «abandono de la subjetividad soberana y activa»¹⁴. A diferencia del constructivismo no es una fabricación de horizontes a la medida del sujeto de conocimiento. No se trata, al modo kantiano, de desplegar en el mundo las propias categorías del sujeto, sino del surgimiento de algo nuevo, que procede de fuera y es por tanto un factor de exterioridad. Aparece entonces como interpelación, como donación, como revelación que viene al encuentro del sujeto.

Esto es posible gracias a una extraña característica del pensamiento: «el hecho asombroso de contener más de lo que es posible contener»¹⁵. El pensamiento es más que la capacidad operativa de ajustarse a unas reglas; es la capacidad de excederlas. El hecho creador se concibe como la posibilidad de un desbordamiento, como la presencia inquietante de lo infinito en un mundo limitado. Así «la ética es el campo que dibuja la paradoja de un Infinito en relación con lo finito sin desmentirse en esa relación»¹⁶. El horizonte abre una dimensión de infinito, pero lo infinito no es un objeto de conocimiento sino de deseo: «la idea de lo Infinito es Deseo»¹⁷. Deseo que no es la necesidad que puede satisfacerse, que llevaría a una lógica utilitarista y lo reduciría todo a operaciones contables. El deseo nos sitúa ante «lo que es abordable por un pensamiento que en todo momento *piensa más de lo que piensa*». Fórmulas paradójicas que expresan la búsqueda imparable que da origen a algo nuevo. La idea de lo infinito es precisamente «la fuente común de la actividad y la teoría»¹⁸.

¹¹ *Id.*, *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 150.

¹² *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 266. Cfr. también *id.*, *De Dios que viene a la idea*, cit., p. 205.

¹³ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., p. 217.

¹⁴ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 100. Así «todo lo que hay en la conciencia no estaría puesto por la conciencia», p. 165.

¹⁵ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 52.

¹⁶ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 225.

¹⁷ *Id.*, *Humanismo del Otro Hombre*, cit., p. 47.

¹⁸ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 85 y 53.

Lévinas erige «el primado filosófico de la idea de lo infinito»¹⁹. Invierte así la propuesta de Kant, que concebía lo infinito como proyección a un más allá de las exigencias de la razón, como amplificación de lo finito. Pero no es una extrapolación, un derivado de lo conocido, sino que aparece como un origen extraño. Se busca un comienzo sin principio, un «movimiento an-árquico, en el sentido original del término»²⁰. Sin este arranque desde lo extraño y lo desmesurado la imaginación quedaría prisionera. Caería en rutina estéril, en una práctica y teoría redundantes que dan vueltas en torno a lo mismo.

Otros buscan la satisfacción del pensamiento en la equivalencia, la adecuación y el acoplamiento, o en la reducción de complejidad. Pero al abrir el horizonte de lo infinito se instaura una formidable desproporción. Se da entrada a un componente dramático que desestabiliza, que provoca choques difíciles de amortiguar y libera una violencia conceptual que todo lo cuestiona. Se destacará así «la fuerza de ruptura de la ética»²¹. No hay conjunción sino ruptura, no hay fusión sino oposición. Pero tendrá que haber contacto, que será necesariamente paradójico, en la forma de una irrupción.

Estamos ante una propuesta que en su radicalismo rechaza concebirse como dialéctica. No hay síntesis y Lévinas toma distancias con una dialéctica continuista a la que considera incapaz de reconocer lo diverso en su carácter irreductible. Pero el utopismo tampoco le satisface. Aun reconociendo la grandeza de Bloch, éste «busca un porvenir asible» y «su esperanza es inmanente». Sin embargo «ningún presente tiene *capacidad* de Infinito». Se necesita de «un porvenir que no se puede imaginar», de una diacronía indomable que nunca se deja sincronizar, de un «estallido del tiempo» que es la entrada de lo excepcional²².

Lévinas reclama «la relación con *una excedencia siempre exterior a la totalidad*», con lo que no es englobable en un conjunto, que no es ensamblable ni sintetizable, que permanece refractario a toda tipología y clasificación. Está «*más allá de la totalidad*», supera las barreras de la inmanencia y es «*infinito*». Pensamiento que se alza a territorios no estructurados cargados de posibilidades, que se proyecta más allá de lo dado y que por eso es «*metá-fora*»²³. Que reivindica la palabra excepcional y extravagante, la palabra más osada, que logra exceder los límites.

¹⁹ *Ibidem*, p. 52.

²⁰ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 166. Precisa que «la noción de anarquía, tal como la introducimos aquí, precede al sentido político» y «no puede ser colocada como principio (en el sentido en que lo entienden los anarquistas)», p. 166, nota 3.

²¹ *Id.*, *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 25.

²² *Ibidem*, p. 164; *id.*, *Dios, la muerte y el tiempo*, tr. M. L. Rodríguez, Cátedra, Madrid, 1994, p. 234; *De otro modo que ser*, cit., p. 151.

²³ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 51; *Humanismo del Otro Hombre*, cit., p. 49. La crítica a la totalidad no es ajena a la experiencia política del totalitarismo, Cfr., *id.*, *Ética e infinito*, tr. J. M. Ayuso, Visor, Madrid, 1991, p. 74.

Su trayectoria no es la deducción pacífica ni la dialéctica conciliadora sino un trazo hiperbólico: «el énfasis de la apertura». Al margen de las formas usuales de argumentar «existe una manera distinta de justificar una idea por otra: pasar de una idea a su superlativo, hasta su énfasis»²⁴. El énfasis como procedimiento del exceso y operación de exponerse.

Habrà que ser capaz de «relación con lo absolutamente otro», de arriesgarse al impacto de lo desconocido, a una alteridad radical en el trato con «lo que siempre desborda al pensamiento». Se necesita lo que es «refractario a la categoría», lo que no es integrable y se niega al sistema. La idea de lo infinito plantea aquí «la *inadecuación* por excelencia» que llegará a «hacer estallar los cuadros de un contenido pensado»²⁵.

Ésta es una filosofía que se alimenta de la pretensión por incorporar algo que está más allá de toda satisfacción y se lanza a un movimiento sin reposo. Pero no por deseo de huida sino por una aguda experiencia de lo humano. De ahí el sinsentido que amenaza la significación, que no es desvarío ni delirio sino «locura en los confines de la razón»²⁶. Habrá que animar al jurista a que busque exponiéndose en «una imprudencia primordial». Habrá que saber provocar el «*traumatismo del asombro*». Sólo así podremos situarnos en «el tiempo infinito de la fecundidad»²⁷.

2. EL ENCUENTRO CON EL OTRO

Lévinas va a hacer arrancar la ética de una relación desigual gobernada por diferencias irreductibles. Por contraste con el kantismo la ética se concibe como la instauración de una «heteronomía privilegiada» pero que nada tiene de servidumbre. Es el cuestionamiento de lo mismo por lo otro, y del movimiento hacia el otro se dirá, en un sentido aún prejurídico, que «su nombre es justicia»²⁸. El otro no es aquí sujeto de Derecho, como tendería a pensar el jurista, sino una extraña fuente de Derecho.

Se considera un error comenzar planteando una razón simétrica e impersonal. No hay que apresurarse a poner en juego principios univer-

²⁴ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 190; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 152. P. RICOEUR, *Sí mismo como otro*, tr. A. NEIRA, Siglo XXI, Madrid, 1996, se muestra precavido frente a la hipérbole en Lévinas como «práctica sistemática del *exceso* en la argumentación filosófica» (p. 374) que funciona como «estrategia apropiada para la producción del efecto de ruptura vinculada a la idea de exterioridad en el sentido de alteridad absoluta» (p. 375).

²⁵ E. LÉVINAS, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 51, 64 y 53. J. DERRIDA, «Violencia y metafísica: Ensayo sobre el pensamiento de Emmanuel Lévinas», en *id.*, *La escritura y la diferencia*, tr. P. PEÑALVER, Anthropos, Barcelona, 1989, manifiesta sus reservas sobre la coherencia de lo completamente otro pues «lo Otro no puede ser absolutamente exterior» y «lo mismo no es una totalidad cerrada sobre sí». Habrá que pensar «la alteridad *dentro de lo mismo*», que está habitado o invadido por lo otro (p. 170). Sobre la extraña topología de una heterogeneidad absoluta pero no exterior cfr. también G. BENNINGTON y J. DERRIDA, *Jacques Derrida*, tr. M. L. RODRÍGUEZ TAPIA, Cátedra, Madrid, 1994, pp. 228 ss.

²⁶ E. LÉVINAS, *De otro modo que ser*, cit., p. 103.

²⁷ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 309, 97 y 305.

²⁸ *Ibidem*, pp. 110 y 87.

sales con el objetivo de desplegar un discurso coherente. No se trata de descubrir atributos inscritos en la naturaleza ni se parte de un ser dotado de ciertas cualidades morales. La conciencia moral no puede ajustarse a ningún cuadro *a priori* sino que tiene que salir de sí misma en «una experiencia sin concepto». A diferencia de toda filosofía de los valores «el hecho ético no les debe nada a los valores; son los valores los que se lo deben todo a él»²⁹. El discurso no es aquí el despliegue de una lógica prefabricada ni un encadenamiento de verdades sino relación con la exterioridad. Tampoco puede ser la mayéutica socrática que sólo hace aflorar lo que de forma implícita ya estaba ahí. Y a diferencia de las propuestas habermasianas no hay que presuponer comunidad entre los términos de la relación sino una separación radical.

Lévinas necesita una nueva concepción del lenguaje sin plano común que permita «una relación en la diferencia», que muestre resueltamente que «la palabra consiste en sobrepasar». Reprocha a la filosofía comunicativa que «la “comunicación” de las ideas, la reciprocidad del diálogo, ocultan ya la esencia profunda del lenguaje». El diálogo no requiere de participantes que han aceptado las reglas, de una comunicación previa a la comunicación. Por el contrario «el lenguaje sólo puede hablarse, en efecto, si el interlocutor es el comienzo de su discurso, si permanece en consecuencia más allá del sistema, si no está *en el mismo plano que yo*». El lenguaje se sostiene en un intervalo. Lévinas es tajante en la asimetría: «el diálogo no es la experiencia de la conjunción entre hombres que se hablan», no puede englobar al otro³⁰.

Frente a interpretaciones blandas de la intersubjetividad no hay ningún conjunto en el que puedan ensamblarse los participantes, ninguna coincidencia de los interlocutores sino alteridad. El espacio intersubjetivo no es simétrico ni homogéneo y nada dialógico se puede esperar del cálculo kantiano de la universalización, que no acentúa lo único sino lo intercambiable. Pero «el otro en cuanto otro no es solamente un *alter ego*: es aquello que yo no soy», es un completo desconocido³¹. La alteridad no es simple reverso de la identidad. Mi interlocutor no es mi complementario ni mi colaborador.

El diálogo no es un intercambio de ideas que culmina en la reunión alrededor de un pensamiento que ya era verdadero. Esto es desconocer

²⁹ *Ibidem*, p. 123; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 237.

³⁰ *Id.*, *De Dios que viene a la Idea*, cit., pp. 36 y 233; *Totalidad e infinito*, cit., pp. 120 y 124. F. ROSENZWEIG, *El nuevo pensamiento*, tr. I. Reguera, Visor, Madrid, 1989, ya había visto que «el hablar vive totalmente de la vida del otro», que no se trata de que «el otro sólo me hace las objeciones que yo mismo me haría» como un pensar solitario pues «en la auténtica conversación sucede realmente algo; no sé de antemano lo que el otro me va a decir, porque ni siquiera sé lo que yo mismo diré; ni si voy a decir algo siquiera» (p. 62). Estas afirmaciones resultan refrescantes frente a esa «situación ideal de habla» tal como aparece por ejemplo en J. HABERMAS, «Teorías de la verdad», en *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, tr. M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1989, pp. 150 ss.

³¹ E. LÉVINAS, *El Tiempo y el Otro*, tr. J. L. Pardo, Paidós, Barcelona, 1993, p. 127. A diferencia de M. BUBER, *Yo y Tú*, tr. C. Díaz, Caparrós Edit., Madrid, 1993, para quien «relación es reciprocidad» (p. 21).

su capacidad de arrastrar a lo diferente, incluso a la palabra sorprendente y desmesurada, a una «*excedencia que se produce por la sociedad con lo infinito*»³². Es preciso replantearlo como género no de la fusión sino de la alteridad irreductible. Por eso hay que resaltar que «el diálogo, contrariamente al *saber* y a algunas descripciones de los filósofos del diálogo, es un pensamiento de lo *desigual*, un pensamiento que piensa *más allá* de lo dado». El diálogo es una intriga que muestra la paradoja de que «pienso más de lo que pienso». Es la productividad del pensamiento y por eso «es la trascendencia»³³.

Afortunadamente, la relación con el otro no siempre desemboca en lo consabido sino que consigue llegar al «desquiciamiento de la lógica formal» y aquí se muestra todo el poder del lenguaje. El lenguaje es capaz de romper con el mundo que puede sernos común pues «la palabra procede de la diferencia absoluta». Y «la diferencia absoluta, inconcebible en términos de lógica formal, sólo se instaura por el lenguaje». Si se ve desde el lado del consenso, se ignora su faceta más poderosa y creadora: su fuerza de ruptura. Por eso «el lenguaje se define tal vez como el poder mismo de romper la continuidad del ser o de la historia»³⁴.

El lenguaje ejerce un poder de apertura que hace estallar las formas. De ahí la enorme importancia que tiene para Lévinas el retorno periódico del escepticismo porque «enuncia la ruptura, el fracaso, la impotencia o la imposibilidad del discurso». Es el rechazo a sincronizar que ataviesa toda la racionalidad, que esgrime la no pertenencia, la interrupción que se resiste a la continuidad. Hay que reconocer «la fuerza invencible del escepticismo» puesto que «el lenguaje es ya escepticismo»³⁵. Cuando hablo «no soy simplemente llamado a dar un consentimiento, a consentir y asumir, a sellar mi entrada pura y simple en el orden universal»³⁶. Esto es lo que quisiera la razón de Estado, el racionalismo sumiso y ordenancista. Pero ya no puede ignorarse «el carácter político, en un sentido muy amplio, de todo racionalismo lógico»³⁷.

El lenguaje rompe porque es rebosante. Lo dicho está llamado a quedar desbordado por las posibilidades de lo que se puede decir. Detrás del ámbito pasivo de lo dicho, discurso sedimentado, codificado y clausurado, surge el decir. Un infinitivo que es «resonancia siempre propensa a congelarse» pero que nunca se absorbe totalmente ni se agota en lo dicho³⁸. Un decir que «debe acompañarse de inmediato de un desdecir, y este des-

³² E. LÉVINAS, *Totalidad e infinito*, cit., p. 231.

³³ *Id.*, *De Dios que viene a la Idea*, cit., pp. 243 y 238. Llegados a este punto no extraña que Lévinas se resista a concebir su pensamiento como una filosofía del diálogo. Cfr. *Dios, la muerte y el tiempo*, cit., p. 227. Así «la filosofía no se parece al diálogo» sino que más bien «suscita un drama», *De otro modo que ser*, cit., p. 92.

³⁴ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 198 y 208.

³⁵ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., pp. 248, 249 y 250.

³⁶ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 258.

³⁷ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 252.

³⁸ *Ibidem*, p. 98. Puede contrastarse con M. HEIDEGGER, *De camino al habla*, tr. Y. Zimmermann, Edic. del Serbal, Barcelona, 1990, pp. 228 ss.

decir debe ser a su vez desdicho a su modo, y aquí no hay parada: no existen formulaciones definitivas». Un decir que necesita de la negación escéptica que «pone en entredicho»³⁹.

Por otra parte, el lenguaje no es mero juego de ideas en un ámbito espectral. No hay que situar a los interlocutores en un lugar estéril, cuidadosamente preparado y aislado, en el que se evitan las interferencias. Por el contrario, se requieren unos participantes de carne y hueso en un mundo concreto. Lévinas –sin querer ser psicólogo– se recrea en un elemento empírico, de corporeidad, único e insustituible, inmediato, imprevisible e impertinente. No es la audacia especulativa lo que abre lo infinito. No brota de una dinámica anónima y abstracta, meramente pensada, sino que «*lo individual y lo personal son necesarios para que lo Infinito pueda producirse como infinito*»⁴⁰. El horizonte no se abre en la lejanía sino en la proximidad.

El espacio asimétrico de la comunicación significa también que «la palabra no se instaura en un medio homogéneo o abstracto, sino en un mundo en el que es necesario socorrer y dar»⁴¹. El otro acecha con todas las implicaciones de la proximidad. Y no me concierne porque sea como yo sino porque «es precisamente *otro*»⁴². Claro está que «la relación con el otro no se produce fuera del mundo, pero pone en cuestión el mundo poseído»⁴³. Y «paradójicamente es en tanto que *alienus* –extranjero y otro– como el hombre no está alienado» pues «los hombres se buscan en su condición de extranjeros»⁴⁴.

La situación cara a cara es la coyuntura privilegiada, la auténtica posición originaria. Y precisamente, en un primer sentido del término, «*llamamos justicia a este acceso de cara, en el discurso*»⁴⁵. Nada más alejado de la propuesta fantasmagórica de Rawls, basada en la impersonalidad lograda por el velo de ignorancia. Lo infinito del otro se transparenta precisamente en lo más concreto y característico, en «el rostro en su desnudez». Presencia que se quisiera sin máscaras ni mediaciones: «sin ningún intermediario, imagen o signo, por la sola expresión del rostro»⁴⁶. La claridad de un rostro que «no es la apariencia o el signo de

³⁹ E. LÉVINAS, *De Dios que viene a la Idea*, cit., p.151; *De otro modo que ser*, cit., p. 248.

⁴⁰ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 231.

⁴¹ *Ibidem*, p. 229.

⁴² *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 148. LÉVINAS distingue en lo otro (*autre*) y el otro, el prójimo (*autri*).

⁴³ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 191.

⁴⁴ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 115, y *Humanismo del Otro Hombre*, cit., p. 93.

⁴⁵ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 94.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 226 y 227. J. DERRIDA, «Violencia y metafísica: Ensayo sobre el pensamiento de Emmanuel Lévinas», cit., había reprochado a estos planteamientos un tipo de empirismo (cfr. p. 207) dado que «el empirismo es el pensamiento *mediante* metáfora que no piensa la metáfora *como tal*» (p. 187). Nada escapa a la metáfora y el rostro será metáfora de la presencia. La presencia como tal es una forma de ilusión que cree poder liberarse de los signos mientras que para *id.*, *La voz y el fenómeno: Introducción al problema del signo en la fenomenología de Husserl*, tr. P. Peñalver, Pre-Textos, Valencia, 1995, la presencia «es *diferida hasta el infinito*» (p. 162) y «la cosa misma se sustrae siempre» (p. 167). Pero E. LÉVINAS, *Entre nosotros*, cit., dirá que «la palabra rostro no ha de entenderse en sentido estricto» (p. 279). Basta

cualquier realidad», que es único e incomparable y no representa a nadie. El rostro es lo irreductible de la fenomenología y «es como si, en la multiplicidad humana, el otro hombre se tornase, de forma brusca y paradójica —contra la lógica del género—, en aquello que me concierne por excelencia»⁴⁷.

El «primado de lo ético» que establece Lévinas significa que la relación hombre a hombre, y no un orden impersonal ni un esquema ontológico, es la «estructura irreductible en la cual se apoyan todas las demás». Presencia rotunda y sobrecogedora en la «exposición a quemarropa», en la «exposición a bocajarro del rostro del otro hombre y la exigencia que me reclama rompiendo las formas plásticas del aparecer». Rostro que hierde, que no se deja contemplar tranquilamente. Pero también presencia augusta, grave, solemne, que hace una entrada grandiosa y ceremonial, en una «epifanía del rostro»⁴⁸.

En el cara a cara, el otro manifiesta su indignidad pero a la vez su superioridad pues «me mide con una mirada incomparable con aquélla por la que lo descubro». Hay un desnivel, una «dimensión de altura» magisterial, una forma de señorío⁴⁹. Pero que nada tiene que ver con la áspera concepción hegeliana de la dialéctica entre amo y esclavo en la lucha por el reconocimiento. El otro no es un ser con el que nos enfrentamos, que nos amenaza y quiere dominarnos. Tampoco es alguien que deba ser persuadido con una retórica cargada de buenas razones. El otro no es la otra parte de un conflicto que hay que dirimir en un pleito o compatibilizar en un negocio jurídico. El otro tampoco reclama tolerancia, aceptación respetuosa de su diversidad.

A Lévinas le interesa explorar aquí el filo cortante de la alteridad y no la retórica difusa de la libertad ni la igualdad. La libertad le parece mal punto de partida: «no considero a los otros inicialmente como libertad, característica en la que se inscribe de antemano el fracaso de la comunicación». Libertades idénticas y en conflicto que llevarían a negociar limitaciones recíprocas e impedirían ver algo más radical. Algo que tampoco tiene que ver con la aceptación igualitaria pues «la moralidad no nace en la igualdad, sino en el hecho que, hacia un punto del universo convergen las exigencias infinitas»⁵⁰. Propuestas demasiado irritantes para la opinión común que gusta de reafirmarse sobre estos valores creyendo que son el suelo más firme para la ética.

Los amantes del cálculo tampoco están bien orientados. El yo y el otro nada tienen que ver con los personajes demasiado previsibles del estado de naturaleza de los contractualistas, que rápidamente se aven-

concebirlo como hueco que no se deja expulsar y produce escándalo. Cfr. *id.*, *De Dios que viene a la Idea*, cit., pp. 192-193.

⁴⁷ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 157; *Entre nosotros*, cit., p. 224.

⁴⁸ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 98, 102 y 226; *Entre nosotros*, cit., p. 215; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 260.

⁴⁹ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 109.

⁵⁰ *Id.*, *El Tiempo y el Otro*, cit., p. 130; *Totalidad e infinito*, cit., p. 259.

drán a un pacto en provecho mutuo. El otro es presencia sorprendente y enigmática, incalculable. No está subsumido en ninguna categoría y a partir de lo que ya sabemos «el interlocutor no podría ser deducido». Es una forma de trascendencia pues «desborda absolutamente toda *idea* que puedo tener de él»⁵¹.

El otro es también fascinante. No es amenaza ni obstáculo sino que aparece como tentación, como «una invitación al bello riesgo del acercamiento». Y de nada sirve aquí lo que sepamos de la naturaleza humana. El otro perfora todas las formas, es «boquete de un abismo en la proximidad». Desgarrón y vértigo en una relación traumática que me enseña a «descubrir en mí recursos siempre nuevos»⁵². Una relación que es también «vulnerabilidad», ofensa y ultraje, mediante la cual «el *uno* se expone al *otro* como una piel se expone a aquello que la hiere». No es el valor seguridad el que se ofrece cuando «lo Infinito afecta al pensamiento devastándolo, a la vez que lo convoca»⁵³. Desde el fondo del encuentro se alza ahora la palabra desmesurada, el deber excesivo y apremiante.

Surge entonces «mi responsabilidad frente a un rostro que me mira absolutamente extraño». Y no puede haber aquí paternalismo pues es una relación que no parte de mí. El otro me emplaza incondicionalmente, con formidable requisitoria. Insta una responsabilidad irrecusable a la que me convoca imperiosamente. Su presencia me despierta con voz no articulada y mi reponsabilidad consiste en el «entendimiento de ese grito». No puedo esconderme y la relación que se establece «es modalidad no del saber sino de una obsesión». Acosado descubro que «soy responsable hasta el punto de convertirme en su rehén»⁵⁴. El otro me obliga a ponerme en su lugar sin escapatoria posible.

Más allá de la adecuación a modelos de sentido presupuestos habrá que tener el atrevimiento de declarar que «la relación con los demás es un *contrasentido*» y que después de todo «*sigue siendo incomprensible para mí que los otros me conciernan*». Es difícil desprenderse de la noción de un yo libre que asume voluntariamente sus compromisos pero «*la libertad no es la primera*»⁵⁵. Se es responsable antes que libre. No es una cuestión de sensibilidad, de compromiso existencial, de solidaridad. Es la imposibilidad de escapar a la llamada del otro.

Se ha puesto de manifiesto un vínculo que no es consecuencia de la palabra dada, una «*responsabilidad que no se justifica por ningún compromiso previo*», una «*responsabilidad que no he contraído mediante un acto libre*». Extraño «*mandato, venido no se sabe de dónde*», hecho inaudito de una «*deuda que precede a todo préstamo*», de una «*acusación que precede a la falta*», de una «*responsabilidad prejudicial*» anterior a todo

⁵¹ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 115 y 109.

⁵² *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., pp. 158 y 157; *Humanismo del Otro Hombre*, cit., p. 43.

⁵³ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., pp. 101 y 102; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 118.

⁵⁴ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 227; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 127; *De otro modo que ser*, cit., pp. 148 y 114.

⁵⁵ *Id.*, *Dios, la muerte y el tiempo*, cit., pp. 231, 210 y 217.

cálculo y justificación teórica. Y «la paradoja de esta responsabilidad consiste en el hecho de que estoy obligado sin que tal obligación haya comenzado en mí»⁵⁶. Escándalo para juristas pues la lógica del Derecho aparece aquí completamente trastornada. Pero este modo de responder radicalmente extracontractual no es categoría jurídica: «es la propia fraternidad humana anterior a la libertad», es «el hecho original de la fraternidad»⁵⁷.

El otro desencadena además un movimiento que ya no conoce los límites de su obligación, que se multiplica más allá de toda ley objetiva en «el desbordamiento incesante del deber cumplido por responsabilidades más vastas». Es la paradoja de «*un crecimiento de la responsabilidad a medida que se asume*», y resulta que «cuanto mejor cumplo con mi deber, menos derechos tengo». No podemos evitar el estupor por referencia a lo incontenible, al movimiento impetuoso en el que «la justicia me conmina a ir más allá de la línea recta de la justicia, y nada puede marcar entonces el fin de esta marcha». Así se descubre –horizonte impresionante– que «detrás de la línea recta de la ley, la tierra de la bondad se extiende infinita e inexplorada». Aquí «la responsabilidad no es una fría exigencia jurídica» sino que «es toda la gravedad o dignidad del amor»⁵⁸. No es referencia a una ley universal sino escucha de esa invocación primordial tan desconcertante.

3. LA RAZÓN DEL TERCERO

Pero no podemos arrojarnos directamente a la gloria como si estuviéramos a solas con el otro. Hay muchos otros, y otros del otro, y de nada serviría seguir amplificando una responsabilidad que ya era infinita. Tras la exaltación habrá que recuperar el equilibrio. Es necesario articular la desmesura de lo infinito, matizar esa luz esplendorosa que puede ser

⁵⁶ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., pp. 57, 167 y 181; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 17; *Entre nosotros*, cit., p. 227; *id.*, «Religión e idea del infinito», en J. DERRIDA y otros, *Doce lecciones de Filosofía*, tr. J. M. Colomer, Edic. J. Granica, Barcelona, 1983, p. 158. En la exégesis de la conciencia de M. HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, cit., se descubre ya un ser deudor originario, desprendido de toda referencia a una ley previa y presupuesto fundante de toda moralidad, de modo que «el “ser deudor” no es el resultado de un hacerse deudor» (p. 308). Para H. JONAS, *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, tr. J. M. Fernández, Herder, Barcelona, 1995, el «punto de partida de la ética» es una responsabilidad que «habrá de ser independiente tanto de cualquier idea de un derecho como de la idea de reciprocidad» (pp. 81-82). En J. DERRIDA, *Memorias para Paul de Man*, tr. C. Gardini, Gedisa, Barcelona, 1989, se lee: «Si ahora se trata de responder y de asumir responsabilidades, entonces lo hacemos necesariamente, como siempre, en situaciones que no escogemos ni controlamos, al responder a apelaciones imprevisibles, es decir, a apelaciones desde/de lo otro que se dirigen a nosotros aun antes que decidamos sobre ellas» (p. 165).

⁵⁷ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 185, y *Totalidad e infinito*, cit., p. 227. Esto no quiere decir que la fraternidad sea la premisa de la responsabilidad: «La responsabilidad no proviene de la fraternidad; es la fraternidad la que da nombre a la responsabilidad por el otro, desde más acá de mi libertad», *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 127.

⁵⁸ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 258 y 259; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 260.

cegadora, invertir la vertiginosa verticalidad de sus desniveles que nos haría abandonar el suelo común. Hay que retener y enfriar, aunque sólo sea provisionalmente, el paroxismo de la energía desbordante. Tarea de repliegue que se revelará también paradójica: lo excepcional y extraordinario tendrá que hacerse normal y ordinario pero sin traicionarse, la brillante alteridad tendrá que arriesgarse al simple intercambio impersonal pero sin trivializarse, lo personal tendrá que pasar por lo institucional pero sin ceder sus prerrogativas.

A través del otro se alza –siempre tensamente– la figura nueva del tercero, que da un giro completo a la situación y acabará por refrenar introduciendo un clima de sosiego. El tercero no es un cualquiera venido de la nada, una referencia *erga omnes* meramente pensada. La presencia del otro es también presencia del tercero, de «toda la humanidad que nos mira», de «toda la humanidad en los ojos que me miran». Los demás están presentes en el rostro del otro. Descubrimos que «el otro es de golpe el hermano de todos los otros hombres». El tercero, testigo universal, rompe la focalización obsesiva y me saca de la proximidad al otro multiplicando los espacios posibles de contacto. Aparece una dimensión nueva que no es tanto la alteridad como la coexistencia. No es la inmediatez de la proximidad sino el ámbito envolvente de la contigüidad. Así, en un plano distinto del yo y del otro, «se constituye el *Nosotros*» que provoca una nueva inscripción de las exigencias éticas y que lleva al Derecho⁵⁹. Nos deslizamos de la ética a la política, a un espacio en el que entre las personas se sitúan las instituciones: el otro, único e incomparable, es ahora ciudadano, un miembro más de la sociedad. Las instituciones se hacen visibles desde la posición del tercero.

El tercero lo complica todo. La responsabilidad inmediata ante el otro «es turbada y se torna problema desde la entrada del tercero». Todo se embrolla en múltiples líneas entrecruzadas pues ahora «ser es ser *con el otro* para el tercero o contra el tercero, con el otro y con el tercero contra sí mismo»⁶⁰. La responsabilidad se extravía, se necesitarán mediaciones y desembocamos en lo institucional. El otro en su particularidad abría una dimensión anárquica de infinito, el tercero remite a todos los otros e introduce la necesidad de compatibilizar, de guardar proporciones y de poner límites. Hace falta equiparar en un espacio homogéneo, trazar un sistema inteligible, armonizar y sincronizar. Hay que objetivar y ordenar, hay que cuantificar y evaluar, poner en común, repartir y rendir cuentas. Hay que pasar del «derecho original» del otro, de su derecho infinito, a la ley de todos, que recorta sus figuras en el elemento neutro de lo universal⁶¹.

Para ello hace falta un cálculo, una medida y precisamente la justicia aparece como la necesidad de una paradójica «comparación entre los

⁵⁹ *Id.*, *Totalidad e infinito*, cit., p. 226; *De otro modo que ser*, cit., p. 237; *Entre nosotros*, cit., p. 51.

⁶⁰ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., pp. 236 y 61.

⁶¹ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., p. 227.

incomparables»⁶². Se precisa un saber ceñido, razonador, capaz de organizar. Ahora resulta que «dentro de la proximidad del otro, me obsesionan todos los otros del otro y la obsesión clama ya justicia, reclama medida y sabe»⁶³.

La justicia es trabajo con una realidad rebelde a la categoría. La tarea es de una extraordinaria dificultad: «como ciudadanos somos recíprocos, pero es una estructura más compleja que el cara a cara»⁶⁴. El derecho no surge como mera derivación de altas exigencias morales ni es más modesto que la moral. Llegar al Derecho no es resignarse a caer desde lo excelso en un territorio fastidioso y prosaico. El Derecho debe ser inventado desde el nuevo espacio que abre el tercero, espacio muy costoso de orientar que tiene la dificultad añadida de que está hecho de una materia porosa a la alteridad radical.

El tercero exige medida, exige dar razón, y es el desencadenante de la teoría. Ya no basta con «el decir original o pre-original», con «el logos del pró-logo», de la responsabilidad no razonada. El tercero precipita el saber y «la misma búsqueda de objetividad surge en el conflicto ético». Conocer es justificar y, contrariamente a lo que se suele creer, «la verdad supone la justicia». El decir «se convierte en libro, derecho y ciencia» y «esta responsabilidad sería la propia racionalidad de la razón». Dicho de otro modo: «hay que comparar, pesar, pensar, hay que hacer justicia, fuente de la teoría»⁶⁵. La razón práctica y razón teórica se encuentran aquí.

Comienza la relación de la moral con la aritmética. Como la justicia realiza intercambios exige el lenguaje de lo mensurable e inaugura una forma de comercio. Necesita de un factor económico que posibilite cálculos y transacciones como el dinero, mediador universal que hace posible «la ecuación de lo que no tiene cantidad». La cuantificación de lo humano, la instauración de una medida común, «anuncia una nueva justicia» que se desconocía en el cara a cara con el otro⁶⁶.

Pero la justicia es más que comercio. Se plantea como reajuste puesto que «la relación con el tercero es una corrección incesante de la asimetría de la proximidad en la que el rostro se des-figura». Esta corrección no debe ser degradación ni neutralización. Surge de «la necesidad de moderar ese privilegio del otro» y no puede ignorar ni desmentir su origen resignándose a un compromiso⁶⁷. No puede ser una forma de derivación, como si de lo infinito de donde arrancamos y hemos sido arrancados pudieran deducirse límites, pero tampoco acabar siendo un

⁶² *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 61. Cfr. también *Entre nosotros*, cit., pp. 130 y 227. Aunque ya se hablaba de justicia en los planteamientos anteriores LÉVINAS reconoce que «la palabra “justicia” se aplica mucho más a la relación con el tercero que a la relación con el otro», *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 143.

⁶³ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 237.

⁶⁴ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., p. 132.

⁶⁵ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., pp. 48, 238 y 239; *Entre nosotros*, cit., p. 252; *Totalidad e infinito*, cit., p. 112; *De Dios que viene a la Idea*, cit., pp. 142-143.

⁶⁶ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., pp. 51 y 52.

⁶⁷ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 237; *Ética e infinito*, cit., p. 84.

olvido. Por eso la justicia seguirá necesitando el rebrote del cara a cara en un contexto que ya es impersonal. La situación es ahora nueva y este pensamiento que retorna no podrá ser una restauración.

Las instituciones se especializan y mediante lógicas que se enroscan adquieren su propio centro de gravitación, su propia racionalidad. Pero habrá que saber «encontrar todas estas formas a partir de la proximidad». Esto será un ejercicio de complicación, de concurrencia, puesto que en la legislación impersonal «nada se escapa al control propio de la responsabilidad del uno para con el otro». Habrá que descubrir cómo «la contemporaneidad de lo múltiple se teje alrededor de la dia-cronía de los dos». La justicia exige «una sociedad en la que no existe distinción entre próximos y lejanos, pero en la que permanece la imposibilidad de pasar de largo al lado del más próximo». Aquí extrañamente «la igualdad de todos está sostenida por mi desigualdad, por el exceso de mis deberes sobre mis derechos»⁶⁸. Son manifestaciones de ese «infinito inolvidable» que nunca puede ser cancelado⁶⁹. No sabemos entonces cómo le podrán salir las cuentas a este jurista que siempre ha trabajado con recursos limitados pero que ahora tiene que incorporar a sus operaciones el signo incalculable de lo infinito.

La situación no es fácil. Si la justicia es principio de cálculo, por otra parte desbarata todos los cálculos. Es tanto exigencia de medida como exigencia de revisión impulsada por «la mala conciencia de la Justicia». Es tanto orden como trastorno. Exige un cuestionamiento permanente de su propio aparato conceptual pues «la justicia es siempre revisión de la justicia y esperanza de una justicia mejor»⁷⁰. La justicia insatisfecha instala formas privilegiadas de inestabilidad. Una de ellas es precisamente la democracia.

Esta justicia inestable e irruptiva está cargada de posibilidades. La temática de la alteridad acaba por situar a la justicia como lo otro del Derecho e invita a explorar la profunda asimetría entre justicia y Derecho. El derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia y la justicia exige instalarse en el derecho, pero no puede haber conjunción. La justicia siempre se las arreglará para ocupar posiciones que están más allá de la legalidad, que la solicitan desde lugares imprevistos. Los rasgos clásicos de igualdad, proporcionalidad y adecuación necesitan de disparidad, exceso y desajuste. Sólo se pueden reanimar desde la tensión transformadora, desde el borde de lo desconocido y la posibilidad del desbordamiento⁷¹. Surge así una justicia inesperada e intratable que desquicia el Derecho.

A diferencia de los iusnaturalismos clásicos la justicia no es ley superior y premisa bajo la cual subsumir, pues más bien su búsqueda «se

⁶⁸ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., pp. 238-239.

⁶⁹ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., p. 277.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 277, 253 y 228.

⁷¹ Estos trazos conceptuales resuenan en J. DERRIDA, «Fuerza de ley: El “fundamento místico de la autoridad”», tr. A. Barberá y A. Peñalver, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 1992. El impulso de la justicia se reconoce en la «experiencia de una inadecua-

refiere a lo dicho desde el fondo del decir sin dicho». Es inmersión en el horizonte infinito que no puede sino llevar a un desbordamiento pues «el infinito o lo trascendente no se deja recopilar». En su exceso «deja la huella de su imposible encarnación y de su desmesura», huella que es «como un signo de interrogación»⁷². No es contemplación ni aproximación a un ideal ya conocido pero tan excelso que resulta inasequible. La justicia logra desituar todo concepto, destituir toda posición consolidada. Es una contrariedad que le acaece al Derecho.

La justicia propende a consolidarse pero Lévinas invoca «una justicia que ha de ser constantemente protegida contra su propia dureza». La temática clásica de la equidad aparece aquí radicalizada: no es mera corrección, no se trata de suavizar aristas ni de realizar adaptaciones sino de «cálculos que vuelven a empezar una y otra vez». Más allá de los expedientes de la justicia «al haber surgido de los recursos infinitos» de una responsabilidad desbordante «sabe encontrar senderos hacia ese otro que sufre sin desmentir no obstante el veredicto». Se abre la relación entre justicia y caridad que viene a incomodar el juicio enunciado a partir de principios. Y sorprendentemente «este post-veredicto, en sus posibilidades de misericordia, pertenece aún plenamente —y con pleno derecho— al trabajo de la justicia»⁷³.

A diferencia de los que piensan que el amor haría innecesario el Derecho para un Lévinas ya irremediamente solicitado por el vértigo «la caridad es imposible sin la justicia» y «la justicia se deforma sin caridad», incluso «la justicia nace del amor». Encabalgamiento desmesurado y programa que se sabe excesivo e insoportable de «una sabiduría del amor» como asunto de juristas —que recuerda a Leibniz— y está planteando «el amor como operación lógica»⁷⁴. Apoteosis paradójica en la que la

ción» (p. 146). Plantear la relación entre justicia y Derecho es abrir una «inestabilidad privilegiada», un «potencial aporético que se distribuye hasta el infinito». Por una parte está la justicia, «infinita, incalculable, rebelde a la regla, extraña a la simetría, heterogénea y heterótropa» y por otra la legalidad «estabilizante y estatutoria, calculable, sistema de prescripciones reguladas y codificadas» (p. 147). Pero «sólo hay justicia en la medida que es posible un acontecimiento que como tal excede el cálculo, las reglas, los programas, las anticipaciones». Nos encontramos con un «exceso de la justicia sobre el derecho» que no comporta descalificación de lo jurídico y «no debe servir de excusa para ausentarse de las luchas jurídico-políticas en el interior de una institución». La justicia no puede abandonarse a sí misma ni correr el riesgo de ser «reapropiada por el cálculo más perverso». De ahí que «la justicia incalculable ordena, por tanto calcular», ordena «negociar la relación entre lo calculable y lo incalculable» en una permanente reinención. Exige además «ir tan lejos como sea posible, más allá del lugar donde nos encontramos y más allá de las zonas identificables de la moral, de la política o del derecho». Y cada avance obliga a «reinterpretar los fundamentos mismos del derecho tal y como habían sido calculados o delimitados previamente» (pp. 153-154). En *id.*, *Espectros de Marx: El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional*, tr. J. M. Alarcón y C. de Peretti, Trotta, Madrid, 1995, se ve cómo la justicia no puede reducirse a un «movimiento de restitución adecuada, de expiación o de reapropiación» pues «descansaría en la buena conciencia del deber cumplido» y «perdería la oportunidad del porvenir» (p. 42).

⁷² E. LÉVINAS, *De otro modo que ser*, cit., pp. 239 y 241.

⁷³ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., pp. 277 y 278.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 147, 133 y 226. Cfr. también p. 130. J. DERRIDA, *Espectros de Marx*, cit., reconoce «la fuerza y la necesidad de pensar la justicia a partir del don, más allá del derecho,

justicia confía en poder mantener sus perfiles en medio de una inundación avasalladora. Hay algo en la ley que le empuja a desbordarse. La temática del amor no es una apertura sentimental sino la inevitable irrupción del exceso. Es testimonio de una vocación imposible a la que remite el pensamiento jurídico.

El Derecho no puede conformarse con haber alcanzado por fin estructuras universales y formas puras, con situarse definitivamente «en un tejido con trama igual, en un tejido de equidad absoluta», en la monotonía de un sistema sin afuera que absorbe toda significación, indiferente e incesante, sin nada en que abismarse. Lévinas exige recuperar el rostro, no ignorar el cara a cara con el otro que acosa, que siempre es paso previo y obligado. La justicia no es mera técnica de equilibrio social que armoniza fuerzas antagónicas pues «sería una justificación del Estado dejado a sus propias necesidades». El Estado queda sorprendido en desfase y se le quisiera «siempre preocupado por su retraso en la obediencia al rostro del otro». Por eso «no carece de importancia saber si el Estado igualitario y justo en el cual el hombre se realiza –Estado que se trata de instituir y, sobre todo, de mantener– procede de una guerra de todos contra todos o de la irreductible responsabilidad del uno para con todos». Es decisivo saberlo «para que la guerra no se convierta en instauración de una guerra con buena conciencia». Con un pensamiento puramente englobante, de la habilidosa integración de particularismos, el Estado quedaría «en peligro permanente de convertirse en protector de todos los egoísmos»⁷⁵.

De ahí la crítica al contractualismo, que todo lo cifra en concesiones prudentes, en un compromiso calculado que nada sabe de lo infinito. Es mero reajuste inmanente al que falta toda exterioridad. Pero «el orden de la política –post-ético o pre-ético– que inaugura el “contrato social” no es ni condición suficiente ni cumplimiento necesario de la ética». Lévinas no puede participar de esta forma de consagración de la voluntad libre que arranca del conflicto de particularismos. Precisamente «la sobria frialdad cainita consiste en pensar la responsabilidad partiendo de la libertad o según un contrato»⁷⁶.

Frente a planteamientos hobbesianos «es extremadamente importante saber si la sociedad, en el sentido corriente del término, es el resultado de una limitación del principio que dice que el hombre es un lobo para el hombre, o si, por el contrario, resulta de la limitación del principio según

del cálculo y del comercio» (p. 41). Se descubre así «la justicia como incalculabilidad del don y singularidad de la ex-posición no-económica a otro» (p. 36). Se trata de un don «sin razón, sin porqué y sin fundamento» que «debería (sobre)pasar el *deber* mismo: deber más allá del deber», *id.*, *Dar (el) tiempo*, I: *La moneda falsa*, tr. C. de Peretti, Paidós, Barcelona, 1995, p. 153. Esta temática aparece ya en M. HEIDEGGER, *Caminos de bosque*, tr. H. Cortés y A. Leyte, Alianza, Madrid, 1995, pues «la fundación es algo que viene dado por añadidura, un don» (p. 65). Sobre dar lo que no se tiene, la aportación creadora, cfr. pp. 231 ss.

⁷⁵ E. LÉVINAS, *De otro modo que ser*, cit., pp. 238 y 243; *Entre nosotros*, cit., p. 251; *De otro modo que ser*, pp. 239 y 240.

⁷⁶ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., p. 125; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 126.

el cual el hombre es *para* el hombre». Hay que preguntarse si lo social «proviene de que se han limitado las consecuencias de la guerra entre los hombres, o de que se ha limitado lo infinito que se abre en el seno de la relación ética de hombre a hombre». La justicia «no nace del mero juego de la injusticia, sino que viene de afuera», de un principio exterior, de lo otro⁷⁷. No es un razonamiento que procede por tanteos y aproximaciones, que se va apoyando en limitaciones recíprocas. No es pragmatismo sino paso por la alteridad, discontinuidad y diacronía.

El contractualismo se abandona como pensamiento sincrónico, sin pasado y sin porvenir. Despliega un proceso por el que se logra una paz razonable gracias a concesiones equilibradas. No es pequeño logro que «la lucha de todos contra todos se convierte en intercambio y comercio». Pero esta paz es la conquista de una seguridad que bloquea otras fuerzas, que instaura «un presente sin fisuras ni imprevistos, del cual se expulsa al futuro» y acaba por representar un «ahogo del espíritu». Es razonamiento en donde «todo le es arrancado al pasado», pasado ficticio e inmemorial que ni siquiera es útil como esquema argumentativo. Pero por más que se manejen premisas sobre la naturaleza humana «jamás he concluido a partir del conocimiento del hombre un contrato con el otro»⁷⁸. El contractualismo queda como juego aburrido de lo mismo, pensamiento monótono de la identidad, inmanencia legitimadora, nunca la aventura necesaria.

Ya puede imaginarse que Lévinas necesita dar un sentido propio a «los célebres derechos humanos, principio y criterio de toda justificación». Estamos demasiado habituados a ver en ellos principios de razón y verdades ideales, esquemas de convergencia que responden a un pensamiento unificador, en la lógica de lo universal y lo particular. Pero es prioritario plantear la lógica de lo otro, de la diferencia radical, para lo cual los derechos humanos están tan bien dotados. Su fundamento no puede ser el concepto del hombre sino el del otro. Los derechos humanos aparecen así como «derechos, ante todo, del otro hombre»⁷⁹.

No son mis derechos, como miembro del género humano. No hay que especular a partir de una idea común del hombre sino que con ellos «se piensa positivamente a partir del rostro del otro». No son figuras de un cumplimiento sino coyunturas de la alteridad radical. No derivan de eso que ya tenemos y sabemos sino que son registros de la extrañeza. No representan un principio de saber sino un factor sorpresa. No son portadores de exigencias superpuestas al derecho ni transmisores de exigencias éticas ya formuladas en superior instancia sino que, siempre por venir, aparecen como acontecimiento de trascendencia. Son así exigencia «más allá de la justicia», instancia «que procede de recursos que no son deducibles de y que son irreductibles a las generalidades de una legislación»⁸⁰.

⁷⁷ *Id.*, *Ética e infinito*, cit., p. 76; *Entre nosotros*, cit., p. 49. Cfr. también p. 44.

⁷⁸ *Id.*, *De otro modo que ser*, cit., p. 47; *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 163.

⁷⁹ *Id.*, *Entre nosotros*, cit., pp. 222 y 246.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 246 y 251.

En los derechos humanos encontramos poderes infinitos que traen bienes imprevisibles, exterioridad que manifiesta la necesidad de pensar lo infinito a partir de lo desconocido, referencia a lo incontenible, asimetría incorporada al mundo jurídico y posibilidad de un desbordamiento. Es preciso subrayar el «carácter incondicional y extraordinario de tales derechos en comparación con todas las fórmulas jurídicas que reposan en las convenciones humanas o en el examen de la “naturaleza humana”»⁸¹. Están en el derecho pero no en su cima, coronando un sistema jerárquico. No deben seguir siendo ese vértice que tanto busca el sistemático sino fisuras que desordenan, grietas por las que se filtra lo otro, instituciones del paso a través, figuras del riesgo. Con los derechos humanos el derecho adquiere un horizonte expuesto a todo.

Habrà que reconocer entonces la grandeza de un Derecho que «admite, más allá de sus instituciones, una legitimidad incluso transpolítica de la búsqueda y la defensa de los derechos humanos». Oímos incluso los «gritos que penetran por los intersticios de lo político y que, independientemente de las instancias oficiales, defienden los “derechos humanos”». Representan la indignación y franquean la entrada a lo que está más allá, a lo que no forma parte del entramado y lo desajusta. Los derechos humanos se alzan entonces como «voces proféticas»⁸².

La paradoja de los derechos humanos, de lo infinito en relación con lo finito, es la de unos derechos que expresan la inadecuación del Derecho, que invocan lo que no se deja integrar, lo que no se adhiere. Dentro del Derecho, pero fuera del sistema que supone dependencia, ejercen la invasión de la totalidad. Como irrupción de lo humano no salvaguardan ni aportan plenitud tranquilizadora sino que abren la dimensión de lo impensado y lo indomable. Se erigen como cuñas que trastornan, como puntos desconcertantes que arrancan al jurista de sus seguridades. Como campo de lo inverosímil proyectan en el pensamiento jurídico una intriga más compleja que la de la subsunción y le desafían a contener más de lo que puede contener. Sitúan al derecho en la disociación, en la fractura, en lo que interrumpe todo cálculo, pero a la vez exigen ser apresados en relaciones, reclaman su reinscripción dentro del círculo jurídico en un movimiento de reapropiación del exceso.

El pensamiento jurídico está acostumbrado a ocultar sus paradojas, a desactivarlas haciendo que parezcan plausibles o, cuando no le queda más remedio, a desplazarlas a los márgenes. Caer en la paradoja parece un fracaso cuando se desearía poder dominarlo todo. Sin embargo Lévinas se entrega apasionadamente a las paradojas, las persigue y las exhibe clamorosamente, como si en cada una se escondiera un triunfo. Y cuanto más ásperas más reales, más verdaderas. Hace de las paradojas no impo-

⁸¹ *Ibidem*, p. 246.

⁸² *Ibidem*, pp. 251 y 228.

sibilidades sino puntos de articulación. No se trata de esquivarlas sino de saber mantenerse en ellas. La paradoja es así espacio privilegiado del pensamiento, encrucijada para una creatividad que se esfuerza por desplegarla, por apoderarse de la tensión que encierra. Lévinas lleva a descubrir que la justicia no es ninguna doctrina que aplicar, ningún valor que realizar, ningún principio originario del que derivar. La justicia es la paradoja.

Libertad y Estado en la teoría neoliberal *

Por JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN

Universidad de La Rioja

I.—Entre los intelectuales en general y de España en particular, el liberalismo goza, en los últimos tiempos, de una muy buena salud que puede parecer insólita para quien estudiase filosofía política hace unas décadas. Un vistazo a la literatura sobre las cuestiones al uso, en especial, la proveniente de los países anglosajones, muestra el creciente interés por el pensamiento liberal en Occidente y que parece extenderse, aunque sea en forma de *vulgata*, a los nuevos Estados que emergen en el panorama internacional. Desde luego, no es ajena a esta atención renovada el éxito y la proyección del libro de J. Rawls, *A Theory of Justice*, publicado en 1971, y las polémicas que ha suscitado en los más variados campos de las disciplinas sociales. Pero, por sí sola, la obra de Rawls, con tener un mérito fuera de toda duda, no explica el inusitado auge del liberalismo como doctrina económica, social y política. Suelen citarse, además, entre otros datos de nuestra historia contemporánea, la crisis del petróleo y más cercanamente la caída del muro de Berlín, el fin de la guerra fría y la desmembración de la URSS, y, en general, el agotamiento del Estado intervencionista, del Estado del Bienestar, como forma de organización política. Por supuesto, a esta lista podrían añadirse otros acontecimientos que están sucediendo a nivel planetario.

* El borrador de este artículo es una conferencia que impartí en la Universidad Pompeu Fabra sobre el *Neoliberalismo* dentro de la asignatura «Historia del pensamiento jurídico y político» en cuarto curso de la licenciatura de Derecho. A ello, obedece el énfasis expositivo en algunos de sus puntos. Agradezco al profesor A. Calsamiglia, así como al resto de profesores del área, la invitación y los comentarios vertidos que han servido para reformar el texto original.

La importancia de estos hechos estribaría en que, según la opinión ampliamente extendida, ponen en evidencia la endeblez del marxismo y del socialismo, y, sobre todo, de la socialdemocracia, para articular modelos políticos que, en la batalla de ideas, se enfrenten al liberalismo. Estos datos históricos mencionados serían la prueba de la crisis de estas ideologías. De esta forma, el liberalismo triunfaría en un campo de batalla sin enemigos o, cuanto menos cabría decir, exhaustos. Y, sobre todo, sin señas de identidad perdidas en la práctica institucional de las décadas pasadas. Señas de identidad que, lentamente, hay que recobrar. Como botón de muestra ahí está el debate ideológico que, entre otros, ha originado N. Bobbio con su libro *Derecha e izquierda* y que va en la línea de marcar diferencias y asentar principios. Pero, al margen de estas escaramuzas, lo cierto es que el éxito y eclosión del liberalismo desde los ochenta hasta aquí y su propagación a cotas hasta ahora vedadas ha hecho que algunos hablen de «ofensiva neoliberal» (H. Lapage) o, con una intención ecuménica, de «solución liberal» (G. Sorman) o también de «revolución liberal». Incluso, que un intelectual tan en su sitio como B. Ackerman, quizá embebido por el fulgurante triunfo, y con un desconocimiento de la compleja realidad del pasado, presente y futuro de las naciones de Europa oriental, achaque a los méritos del pensamiento liberal la nueva estructura democrática de estos países. Es éste un exceso, como el que hay en todos los lados, que hay que matizar. Matizar y mucho porque la realidad de los países ex comunistas, o del socialismo real, es más compleja, como para reducirla sólo a la instauración de un régimen democrático.

En lo que sigue, realizo un análisis del neoliberalismo precisamente con la intención de ilustrar el fondo de esta corriente liberal y su posición en el debate político contemporáneo. Para empezar hay que tener bien presente que el neoliberalismo es una corriente de las varias que componen el pensamiento liberal. *Neoliberales, anarquistas liberales o libertarios*, según como quiera tildarse —aunque parece más apropiado el primer título para las escuelas económicas, mientras que los segundos se adecuan mejor al trabajo de los filósofos sociales o políticos—, son, por citar los casos más conocidos, F. A. Hayek, M. Friedman, J. Buchanan y G. Tullock, R. Nozick, R. Posner y otros muchos. Junto a esta corriente, suele mencionarse también dentro del pensamiento liberal al grupo de los *liberales igualitarios o igualitaristas*, entre los que se citan, sobre todo, a J. Rawls y R. Dworkin. Por supuesto, a todos les une un fundamento individualista de sus propuestas, que les lleva a potenciar una teoría de los derechos, y una determinada concepción del Estado relegado a un papel neutro y pasivo en relación con la dinámica de la sociedad. Por lo demás, basta echar un vistazo a los textos de unos y de otros para percibir las diferencias de bulto en el tono y hasta en la terminología, en los conceptos y en la actitud ante los problemas debatidos ¹. Partiendo de esta dife-

¹ Resulta en extremo difícil una diferenciación precisa de estas dos corrientes en las que, según la opinión mayoritaria, suele distinguirse el pensamiento liberal. C. ROSENKRANTZ, en

renciación, de cuya fragilidad soy consciente, intentaré, a continuación, esbozar alguno de los elementos que caracterizan al neoliberalismo. En lo que sigue no es posible dar respuestas a la multitud de interrogantes que pueden plantearse sobre cuestiones, sin duda, de envergadura. Sólo pretendo señalar algunas líneas generales que encuadren al neoliberalismo en el debate político.

II.—Puede aventurarse que el pensamiento neoliberal se estructura en torno a tres tipos de argumentos entrelazados que vertebrarían un esquema básico del mismo: 1. Un *argumento moral*, por el cual el principio de la libertad individual o la teoría de los derechos individuales constituyen ambos la piedra angular de cualquier orden social; 2. Un *argumento económico*, por el que consideran que el mercado es el marco más eficiente para la adquisición y distribución de bienes y de recursos siempre y cuando no existan interferencias ajenas al mismo; 3. Un *argumento político* que defiende el papel del Estado como un Estado limitado o mínimo, reducido a las competencias de un «Estado gendarme». Por supuesto, siempre pueden presentarse, en las diferentes versiones, otros argumentos importantes. Pero, creo que, en líneas generales, éstos componen un neoliberalismo tipo. Además, los tres argumentos están íntimamente implicados de forma que de la fundamentación del principio de libertad se sigue la justificación de una imagen del mercado sin intervenciones externas y, en consecuencia, la restricción de la actividad estatal, verdadero caballo de batalla de esta corriente. En efecto, inspirándose en A. Smith y J. S. Mill, el neoliberal defiende que el Estado debe limitarse a las funciones de defensa contra atentados externos, la protección frente a la injusticia y la opresión y el mantenimiento de ciertas obras públicas e instituciones mercantilmente poco ventajosas. Por ello, la cuestión central en el análisis de esta argumentación consiste en desentrañar si esas ataduras lógicas entre cada argumento son tan fuertes como para legitimar el bloque teórico. Quien quiera criticar al neoliberalismo deberá pasar por estas «horcas caudinas».

su «Introducción a la edición castellana» de la obra de B. ACKERMAN (1993) y W. KYMLICKA (1995); últimamente han puesto de manifiesto que las diferencias en el papel del concepto de «libertad» o de «igualdad» en las respectivas teorías no son tales o, por lo menos, tan abultadas, pues ambas corrientes son partidarias del principio de libertad y del de igualdad aunque difieran en su significado. Al final, la distinción entre igualitarios y libertarios o neoliberales parece residir en algo que, aparentemente, pasa desapercibido: la diferente consideración de las cualidades naturales de las personas y su disposición respecto a los beneficios sociales. Los igualitaristas entienden que las facultades o habilidades naturales de los individuos son algo aleatorio que no dependen de su voluntad y, por lo tanto, no deben de servir como justos títulos para la adquisición de bienes y recursos, o posiciones sociales. En esto, como en otros aspectos, Rawls cree que los «más aventajados» deben ceder algo a los «menos aventajados» para que todos se beneficien de los éxitos y ventajas de esas cualidades. En suma, nadie debería ocupar una posición mejor que otro tan sólo porque posee cualidades mejores que otro o, si es así, debe existir algún tipo de contraprestación. De alguna manera, se produce así una cierta socialización de las facultades individuales. Un neoliberal por nada del mundo aceptaría una postura como ésta. La consideraría descabellada, pues las habilidades individuales son propias de cada uno y puede disfrutar de ellas a su gusto sin restricciones de ningún tipo. Es más, son el mejor punto de partida de sus transacciones sociales.

III.—El primer argumento del enfoque libertario o neoliberal, sobre el que gira buena parte de este escrito, hace referencia a la libertad individual como piedra angular que sustenta y vertebra la convivencia social. La libertad aparece como un «presupuesto ético indisputable» del orden social y, en particular, de la mayoría de los valores comúnmente aceptados. Pero, entre los neoliberales, como sucede igualmente entre los liberales igualitaristas y, en general, en el resto de corrientes de la filosofía política, la defensa de la libertad como puntal de su edificio teórico tiene diversas versiones. La cuestión es importante por lo que tiene de diferenciación respecto al liberalismo igualitario. En este sentido, dentro del mundo neoliberal, puede afirmarse que Hayek, Nozick, Buchanan, Rothbard o Gauthier defienden significados diferentes del concepto libertad, de lo que soy plenamente consciente. No obstante, en la recomposición que hago a continuación, me centraré, sobre todo, en los dos primeros al ser los autores más emblemáticos del pensamiento neoliberal. Como un primer paso en el análisis, y a título de inventario, podemos calificar de concepto *débil* el significado de libertad propuesto por Hayek, al tomar como punto de partida la tradición del pensamiento liberal, mientras que, por otro lado, Nozick defendería un concepto *fuerte* de libertad, concretado en una sugerente concepción de los derechos individuales. La diferencia entre uno y otro estriba en que este último apuesta claramente por una interpretación kantiana de la libertad y de los derechos individuales. Nos presenta a éstos como un elemento inherente del carácter moral de la persona, imprescindible para que ésta sea considerada como «un fin en sí mismo» con el objeto de sustentar una teoría fuerte de los derechos de la persona hasta el punto de considerarlos inviolables e intocables. Derechos que, finalmente, se concentran en el derecho de propiedad. Detrás de su concepción, se encuentra una teoría moral sustantiva sobre la que se apoya la libertad y el derecho de propiedad. Por el contrario, Hayek, tras enfatizar un concepto abstracto de la libertad, confía en la protección del derecho —«imperio de la ley»— como garantía del disfrute de una esfera privada libre. La libertad aparece institucionalizada en el Estado de Derecho y, por lo demás, sin un apoyo en una teoría moral sustantiva². Antes de llegar a esta conclusión, conviene desarrollar cada uno de los aspectos de ambas versiones.

IV.—Un texto de Hayek expone su idea de libertad: «un orden basado en la libertad permite a todos los seres humanos dedicar sus personales conocimientos al logro de sus particulares fines, sin más restricción que la establecida por ciertas normas de comportamiento igualmente aplicables a toda la población. Ello deparará a cada individuo mayores posibilidades de éxito en la consecución de sus propias apetencias, realidad que sólo resultará posible plasmar si toda autoridad, incluida la de la propia mayoría, se encuentra en todo momento limitada, en cuanto al ejercicio del poder coercitivo, por aquellos principios generales en cuanto a cuya

² En su análisis de la libertad, ésta es la importante tesis esbozada por Kukathas, 1990, 164.

validez la comunidad coincida» (Hayek, 1985, 109). La libertad individual y el libre desarrollo de las capacidades de las iniciativas de cada uno es el sustento de la Gran Sociedad o de la «sociedad abierta», de la sociedad libre, en suma, con lo que apuesta y desarrolla las viejas ideas de A. Smith y J. S. Mill, así como las propuestas de la escuela austriaca en la figura de L. von Mises, en la que hunde sus raíces su reflexión. Ahora bien, ¿qué entiende Hayek por «libertad individual»? Libertad individual, según sus palabras, no es sino ausencia de coacción. Dice el autor: «El estado en virtud del cual un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro o de otros se distingue a menudo como libertad “individual” o “personal”» (Hayek, 1991, 26). Parece obvio que, con esta definición, parte del «viejísimo significado de la libertad», por el cual este concepto tiene por objeto la relación existente entre un hombre y otro e implica que la violación de dicha relación no es sino resultado de una coacción sobre alguno de ellos. Según Hayek, en realidad, el énfasis en esta visión de la libertad está justificado en la medida que, de esta forma, para que una persona sea libre es necesario que goce de la posibilidad de ordenar su vida, de que pueda elegir cuáles van a ser sus acciones de acuerdo con sus intenciones y decisiones sin que medie ninguna interferencia.

De este modo, Hayek toma el concepto de «libertad negativa» como punto de partida de su teoría política y, en particular, de su concepción de la justicia (Kukathas, 1990, 164; Van Parijs, 1995, 22). En contraposición con los liberales igualitaristas, entiende que la idea de justicia no debe centrarse en torno al problema de una distribución equitativa de la riqueza entre los ciudadanos, sino que basta con estructurar un orden sin cortapisas a la libertad del individuo para que tenga lugar, de forma espontánea, tal distribución justa. Basta con articular el contexto, el marco en el que deben operar los agentes sociales, para que, por la propia dinámica de las fuerzas sociales, se produzca el efecto deseado. La libertad negativa, la ausencia de coacción, es básica para el logro de este objetivo porque garantiza una esfera privada de actuación en la que pueden realizarse las diferentes transacciones. De ahí que repudie cualquier intromisión en la libertad individual, especialmente las que provengan de los poderes públicos, aunque vengan inspiradas en el deseo de obtener mayores beneficios sociales. Pues, en efecto, un hombre es libre cuando puede actuar sin que sus acciones y su voluntad se vea coaccionada por la voluntad o las acciones de otro, y menos todavía a arbitrariedades extrañas. Por ello, una sociedad es tanto más liberal, o libre, cuanto más reduce la coacción y el dominio de unos sobre otros (Butler, 1989, 45).

V.—El principal argumento en favor de la libertad es el conocido «argumento de la ignorancia», «es decir, la necesaria e irremediable ignorancia a la que estamos sometidos en relación con la mayor parte de los acontecimientos particulares que determinan el comportamiento de cuantos integramos la sociedad» (Hayek, 1985, I, 37). Por naturaleza, el ser humano está sometido a «una invencible ignorancia» que limita el cono-

cimiento y la comprensión de cuantos hechos le afectan. De ahí que sea una vana ilusión pretender conocer todos los pormenores de la vida social y, más aún, adivinar y planificar el futuro. Por ello, en opinión de Hayek, un orden basado en la libertad como ausencia de coacción es el mejor marco para lograr una adecuada coordinación de voluntades y acciones de los individuos, así como la vía para mejorar el conocimiento de las circunstancias externas. Posibilita, en suma, la adaptación a la realidad que les rodea, una realidad sujeta a reglas no creadas por la mente humana, de la que depende la evolución y progreso de la sociedad. En palabras de este autor: «Dicho de otro modo, nuestra adaptación al medio no consiste sólo, ni quizá siquiera fundamentalmente, en el conocimiento de las relaciones causa-efecto; sino también en la subordinación de nuestro comportamiento a normas adecuadas a la clase de mundo en el que vivimos, es decir, a realidades de las que quizá no seamos conscientes y que, sin embargo, son susceptibles de determinar el éxito o fracaso de nuestro quehacer» (Hayek, 1985, I, 36)³.

A los exégetas de la obra de Hayek no se les ha escapado que, con estas afirmaciones, se postula, en realidad, una *concepción instrumentalista* de la libertad. El hecho de que el fundamento de la sociedad sea la incertidumbre en el conocimiento de la realidad o las dificultades en comprender la raíz de los problemas, muchas veces, demasiado cambiantes para la capacidad humana, y el hecho de que esta situación justifique la existencia de una esfera libre y protegida para la acción individual conduce a que la libertad sea analizada como un valor instrumental, como un valor necesario, porque garantiza un dominio en el que coincidan las expectativas de los individuos (Kukathas, 1990, 134). Pero es un valor que se materializa, sobre todo, en que, como consecuencia de los rápidos cambios que se producen en los hechos y circunstancias que rodean a los individuos, requiere como único medio para el progreso y la adaptación social el establecimiento de un sistema global de relaciones entre los indi-

³ En estas palabras de Hayek, puede encontrarse una cierta mitificación de la idea de una sociedad libre cuya fundamentación se encuentra en la distinción entre «órdenes espontáneos» u «órdenes creados» –también llamados organizaciones–. La sociedad liberal es un orden espontáneo. Define «orden» como «un estado de cosas en el cual una multitud de elementos de diversa especie se relacionan entre», de tal forma que el conocimiento de alguno permite el conocimiento de algún aspecto del resto (Hayek, 1985, I, 75). El orden es siempre «orden espontáneo», es decir, todo aquello que es producto de la actividad humana, pero que «no es consecuencia del designio humano». Todo orden espontáneo es resultado de un proceso evolutivo cuyo efectos nadie previó ni proyectó y, por ello, es consecuencia del libre juego, movimiento o dinamismo de la actividad humana. Pone como ejemplos el lenguaje o la moral. Frente a lo espontáneo se opone lo «creado», esto es, lo inventado o proyectado por el designio humano. Para Hayek, toda organización, como algo creado, es fruto del esfuerzo y la programación de la razón humana. El orden espontáneo surge de procesos evolutivos, las organizaciones de la programación racional de alguien. Por eso mismo, mientras que de los órdenes espontáneos nunca es posible tener un conocimiento total, sucede todo lo contrario con las organizaciones, de las que pueden conocerse todos sus elementos e, incluso, adelantar sus consecuencias. «En toda sociedad libre, aunque determinados grupos de individuos se integren en organizaciones encaminadas al logro de los fines concretos, la coordinación de las actividades de todas entre sí, así como con las de los restantes individuos, es función que corresponde al ámbito de las fuerzas generadoras del orden espontáneo» (Hayek, 1985, I, 94).

viduos que no ate en exceso ni interfiera sus acciones. Instrumentalización de la libertad, pero sin caer en criterios de utilidad, es decir, en la defensa de la maximización del bienestar individual. Como afirma otro autor, más bien, Hayek considera que la libertad enmarca el contexto en el cual es posible que las personas consigan materializar sus ideales, sus planes de vida, sus deseos. Para todo ello, *hace falta* libertad (Butler, 1989, 45). Es más, según Hayek, sólo con el reconocimiento de la libertad es posible que progresen las sociedades complejas y que sea fecunda la capacidad de los hombres para producir novedades. Sus ventajas en el futuro serán claras y evidentes.

VI.—La concepción de Hayek sobre la libertad no concluye con las afirmaciones citadas anteriormente, sino que se articula, además, en torno a dos cuestiones relevantes: la definición de coacción y la construcción de la libertad como marco o sistema de relaciones interindividuales. Ambos elementos están estrechamente conectados, pues la ausencia de coacción implica la existencia de una esfera protegida por reglas y el establecimiento de ese sistema sólo se puede realizar, en opinión de Hayek, a través de un conjunto de reglas abstractas y generales. Por eso, en definitiva, puede afirmarse que su idea de libertad converge en una justificación de *the rule of law*, en la defensa del Estado de Derecho, más que en una moral sustantiva al estilo de las propuestas de otros autores liberales obsesionados por estatuto moral de la sociedad. Para Hayek, la libertad es ausencia de coacción en la medida que existe un ámbito regulado y protegido por reglas, entendiendo por éstas el sistema de reglas generales y abstractas que constituyen un ordenamiento jurídico. «No es posible más libertad que la limitada por la existencia de las normas generales» (Hayek 1991, 186). El Derecho, en suma, la ley, fiel reflejo de ese marco normativo, es, a la postre, la expresión de su idea de libertad. La ley o el gobierno de la ley no tiene por objeto limitar la libertad individual, sino, por el contrario, su función es asegurar la esfera de libre actuación de las personas protegiendo sus derechos. La ley, como sistema de reglas abstractas y generales, delimita los ámbitos de la acción individual⁴.

Peró, antes de llegar a esta conclusión, a esta identificación entre libertad y Derecho, Hayek ha precisado el concepto de coacción: «La coacción tiene lugar cuando las acciones de un hombre están encaminadas a servir la voluntad de otro; cuando las acciones del agente no tienden al cumplimiento de sus fines, sino al de los de otro» (Hayek, 1991, 161). Existe coacción cuando la voluntad y la acción de un individuo está mediatizada por la voluntad o las acciones de otro. La coacción es repudiable precisamente por lo que tiene de instrumentaliza-

⁴ Al concepto de «ley» le sucede otro tanto que al concepto «orden espontáneo»: que encuentra su justificación en su oposición a alguna de las obsesiones de Hayek. En este caso, «ley» se opone a los mandatos emitidos por el Gobierno, sobre todo cuando busca una determinada política redistributiva. La ley hace referencia a lo general, mientras que los mandatos del Gobierno a los casos particulares.

ción de las personas. Esta visión de la coacción tiene dos consecuencias: la primera, ya anticipada, es el reconocimiento de la necesidad de la esfera protegida en la que actúan los individuos. «Puesto que la coacción consiste en el control, por parte de otro, de los principios esenciales que fundamentan la acción, tan sólo se puede evitar permitiendo a los individuos que se reserven cierta esfera privada en la que no les alcance la aludida injerencia». La segunda es la justificación de alguna medida de coacción tolerable. «La coacción sólo es tolerable en la medida en que venga exigida por el bienestar general o la convivencia política» (Hayek, 1985, II, 19). De hecho, sólo la existencia de una autoridad con poder suficiente para asegurar dicho dominio individual puede evitar que una persona imponga su voluntad a otro. Es decir, la coacción es justificable sólo cuando sirve para prevenir las invasiones de la libertad.

Para Hayek, el mejor remedio para evitar la coacción es «el reconocimiento de las normas generales que regulan las condiciones bajo las cuales los objetos o las circunstancias pasan a formar parte de la esfera protegida de una o varias personas. La aceptación de dichas reglas permite a cada miembro de la sociedad modelar el contenido de su esfera protegida y a todos los miembros reconocer aquello que pertenece a su esfera y lo que no pertenece a la misma» (Hayek, 1991, 169). En esta preocupación por establecer frenos a la coacción, esto es, de eliminar los obstáculos a la libertad, Hayek considera que estas reglas generales deben, especialmente, regular el derecho de propiedad. El reconocimiento de la propiedad privada es la solución necesaria para prevenir la coacción. Es el primer paso para delimitar la esfera privada «que nos protege de la coacción». Las reglas de la propiedad definen el conjunto de expectativas del individuo protegidas por el derecho y reduce, de esta forma, las intromisiones extrañas. Hayek insiste en varios momentos de su obra en la estrecha ligazón entre propiedad y libertad como armazón básico de una sociedad libre. La propiedad es importante porque delimita las condiciones materiales con las que cuentan los individuos para realizar sus intenciones y objetivos. Ahora bien, la exposición de Hayek sobre la propiedad presenta un punto que la separa de algunas otras propuestas neoliberales, de Nozick, por ejemplo. En efecto, aun manteniendo la estrecha relación entre libertad y propiedad, considera que ésta no colma toda el contenido de la libertad. La libertad no es un concepto del que puedan desagregarse diferentes partes, diferentes libertades. La libertad es un todo que no puede reducirse, en particular, al derecho de propiedad o a la libertad económica. En este sentido, la libertad de disponer de bienes para Hayek no es menos importante a la «libertad» en abstracto que la libertad de hablar o de asociarse (Kukathas, 1990, 144). Claro que esta concepción, si bien se esquivo, el peligro de un enteco reduccionismo, no obstante, puede conducir a un concepto demasiado abstracto e inconcreto de la libertad.

En definitiva, Hayek perfila una concepción de la libertad cuyo elemento más destacado es su vinculación con la existencia de un sistema de

reglas generales y abstractas. Dice en *Los Fundamentos de la Libertad*: «El concepto de libertad bajo el imperio de la ley, principal preocupación de esta obra, descansa en el argumento de que, cuando obedecemos leyes en el sentido de normas generales abstractas, establecidas con independencia de su aplicación a nosotros, no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y, por lo tanto, somos libres. Puede afirmarse que la leyes y no los hombres imperan...» (Hayek, 1991, 184).

VII.—El concepto de libertad de Nozick es un concepto *fuerte*, bien distinto del de Hayek. Hay quien ha preferido, no sin razón, al hablar de Nozick, evidenciar que su argumento filosófico vertebrado en verdad «una teoría de los derechos», pues, en verdad, su concepto de libertad gira en torno a la construcción de una teoría de los derechos individuales: se tiene libertad en la medida que se es detentador de derechos. El punto de partida de esta teoría se encuentra en la primera frase de su libro *Anarquía, Estado y Utopía*: «Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacerles sin violar los derechos. Estos derechos son tan firmes y de tan largo alcance que surge la cuestión de qué pueden hacer el Estado y sus funcionarios, si es que algo pueden. ¿Qué espacio dejan al Estado los derechos individuales?» (Nozick, 1988, 7). Esta frase, con la que inicia Nozick su libro, constituye el puntal de un proyecto que pretende reformular la teoría de Locke: desde el diseño que se hace del estado de naturaleza hasta la configuración de las funciones del Estado mínimo. Y lo hace, además, con la pretensión de defender la supremacía moral de éste sobre todos los demás. La idea central puede esbozarse del siguiente modo: la superioridad moral del Estado mínimo estriba en que surge a partir de una situación no estatal —un estado de naturaleza— en la que «la gente generalmente cumple con las restricciones morales y generalmente actúa como debe». Es decir, si la gente actúa correctamente sin necesidad de la existencia del poder estatal, de sus intervenciones e intromisiones, entonces queda sobradamente justificado el Estado liberal mínimo. De ahí que su obra comience con la descripción de un estado de anarquía en la que los individuos sólo tienen sus derechos. Las explicaciones subsiguientes pretenden justificar, a partir de ese primer momento anárquico, la obsesión de los agentes por proteger sus derechos, no de permitir las interferencias de poderes extraños.

La filosofía política contemporánea se ha fijado especialmente en el papel que los derechos tienen en la teoría de Nozick, interpretándola como una brillante reformulación de los derechos naturales. Justo cuando otros autores como M. Rothbard también se lo proponen. Conviene recordar que la fuerza moral de este argumento condiciona la solidez del conjunto de la teoría. La cuestión inicial, a partir de la cual construye su propuesta sobre los derechos, es, por tanto, responder: ¿por qué los individuos tienen derechos y qué tipo de derechos tienen? La respuesta de Nozick conjuga la teoría de Locke de los derechos naturales y la teoría de Kant, de que hay que tratar a las personas como fines en sí mismo.

En efecto, Nozick articula su propuesta en base a tres aspectos (De Diego, 1989, 91): 1.—Los derechos se derivan de la propia individualidad de los seres humanos: la mera existencia personal conlleva nuestra consideración como seres autónomos, fin en sí mismo, que tiene una vida propia y separada; 2.—Cada uno da sentido a su vida de acuerdo a los objetivos que se propone; 3.—Consecuentemente, los individuos y sus derechos son inviolables. De esta forma, «los derechos individuales no pueden ser concebidos más que como límites estrictos que ponen coto a lo que se puede hacer y a lo que no se puede hacer a un individuo y a su propiedad. Los derechos no establecen un resultado final..., representan sobre todo cuáles son los límites que debemos respetar en nuestras acciones hacia los demás... Por lo tanto, los derechos expresan “la inviolabilidad de las demás personas”. Sólo si estos frenos son absolutos, los individuos están protegidos contra los que quieren utilizarlos como simples medios». De esta forma, las personas tienen un *status* moral inherente por el mero hecho de ser personas del que emanan sus derechos, en particular, el derecho a ser dueño de uno mismo⁵.

VIII.—Creo que esta defensa a ultranza de los derechos inviolables de la persona, a medio camino entre Locke y Kant, permite hablar de un concepto *fuerte* de libertad individual en el neoliberalismo de Nozick, muy diferente del pergeñado por Hayek. Además, resulta, para más de uno, muy atractivo. Como ha afirmado Kymlicka, Nozick elabora realmente una teoría de los derechos basada en la premisa de que «uno es dueño de uno mismo», y la eleva a principio absoluto de su teoría. Como uno es dueño de sí mismo y de sus derechos no tiene por qué soportar limitaciones externas; debe gozar de sus derechos ilimitadamente, de forma absoluta. Esta idea de la entronización del individuo ha sido comparada con la teoría de Rawls, quien también usa a Kant para defender su concepción de la justicia. Esta comparación pone de manifiesto, por un lado, las semejanzas entre ambas corrientes liberales, pero también sus diferencias y, aún más, los excesos de la posición de Nozick. En efecto, ambos se inspiran en Kant para mantener que los individuos no pueden ser instrumentos de los demás y que la forma de impedir que esto sea así es reconocer que las personas tienen derechos que evitan que puedan ser utilizadas en beneficio de otros. Este argumento va dirigido, en principio, contra los utilitaristas. «Tanto Rawls como Nozick están de acuerdo en que tratar a las personas como iguales exige límites en cuanto a los modos en que una persona puede ser utilizada en beneficio de las demás, o para beneficio de la sociedad en general. Los individuos tienen derechos que

⁵ También la última frase de su libro no tiene desperdicio: «El Estado mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas que tienen derechos individuales, con la dignidad que esto constituye. Que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos, decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad. ¿Cómo osaría cualquier Estado o grupo de individuos hacer más, o menos? (Nozick, 1988, 319).

una sociedad justa respetará, derechos que no están sujetos a, ni son el producto de, el cálculo utilitarista» (Kymlicka, 1995, 120). Pero difieren en cuanto a la protección de estos derechos y, en particular, a cuál es más importante. En este punto, se ve la diferencia entre Rawls y Nozick. Rawls cree que tenemos derecho a los recursos generados por la sociedad. Los más aventajados pueden prosperar si los menos aventajados también prosperan. Por un lado, los menos favorecidos tienen una pretensión legítima sobre los beneficios sociales y, por otro, los más favorecidos una obligación moral de compartir sus beneficios. Y esto es incompatible con la idea de Nozick de que uno es dueño de sí mismo, de que es propietario de sí mismo y no tiene que ceder nada a nadie, ni a la sociedad, salvo que expresamente así lo decida. Por lo menos, así lo afirma el autor de *Anarquía, Estado y Utopía*, para quien la propuesta de Rawls viola el principio de autonomía individual.

IX.—Antes afirmé que el neoliberalismo articula un concepto de mercado claramente económico como uno de los argumentos básicos de su filosofía y de su concepción de la justicia. Pues bien, la teoría de Nozick es un ejemplo palmario de esta afirmación y ello porque deriva su idea de una sociedad justa de una comprensión de los derechos individuales reducidos al de la propiedad privada. Su definición de libertad, a diferencia de Hayek, es, en realidad, el de libertad económica. En efecto, la teoría de los derechos —derechos inviolables, de carácter absoluto— constituye un ejemplo de teoría libertaria que vincula una concepción de justicia al mercado (Kymlicka, 1995, 111). La tesis central de Nozick y los libertarios es: «si asumimos que todos tienen derecho a los bienes que actualmente poseen, entonces una distribución justa es sencillamente cualquier distribución que resulte de los libres intercambios entre personas». La teoría de los derechos se convierte así en una teoría sobre el derecho de propiedad y de las transacciones del mercado en base a una noción de libertad, entendida como libertad de contratar. Esta afirmación se justifica en la medida que, en el libro de Nozick, la teoría de los derechos se construye sobre tres pilares (Nozick 1988, 154): 1.—Un *principio de adquisición inicial* justa referido al modo por el cual las personas llegaron a poseer algo; 2.—Un *principio de transferencias* por el cual cualquier cosa que sea justamente adquirida puede ser libremente transferida, y 3.—Un *principio de rectificación de la injusticia*, por el cual explica cómo corregir los efectos injustos de una adquisición o transacción incorrecta.

La tesis de Nozick es que, si realmente somos agentes autónomos, dueños de nosotros mismos, y así lo ha intentado justificar, de ello se deriva que somos sujetos de un derecho de propiedad sobre los bienes que poseemos. Pero, ¿cuál es el criterio de una propiedad justa? «El principio completo de justicia distributiva diría simplemente que una distribución es justa si cada uno tiene derecho a las pertenencias que posee según la distribución». Y «una distribución es justa si surge de otra distribución justa a través de medios legítimos» (Nozick, 1988, 154). Al mismo Nozick, y por supuesto a los comentaristas de su obra que han

incidido críticamente en este argumento, no se les escapa que la piedra angular de su teoría acaba centrándose en el justo título de la adquisición original, en definitiva, en la historia y en la procedencia de los derechos. En su argumentación, reconoce la importancia de las transacciones de mercado para la transferencia de bienes y la adquisición de éstos en calidad de propietario. El derecho de propiedad de alguien sobre algo depende de que quien me lo transfiera tenga un justo título sobre la cosa transferida. Como consecuencia de todo ello, el justo título de propiedad estará determinado por el hecho que la adquisición o apropiación inicial sea también justa. Es decir, porque, en el origen de los tiempos, la apropiación se haya realizado de acuerdo con los principios de justicia, es decir, sin violencia ni daño a otros. Para nuestro propósito, lo importante de este repaso es que el reconocimiento del derecho de propiedad y de la transferencia de bienes a través de los intercambios realizados en el mercado confiere al individuo no sólo un derecho sino un auténtico poder sobre dichos bienes, sobre lo que le rodea y afecta. Y los individuos «también poseen todo aquello que resulte del ejercicio de tales poderes en el mercado» (Kymlicka, 1995, 123). En definitiva, que, a la luz de estas consideraciones, la idea de la persona como «fin en sí mismo», detentadora de derechos naturales inviolables, acaba por subsumirse en una justificación del derecho de propiedad y de la libertad de contratar. Según esto, no hay ningún problema para derivar de la autonomía individual y de la teoría de los derechos inviolables la necesidad de la existencia de un sistema capitalista sin limitaciones⁶. Está por ver si este proceso argumentativo se cumple correctamente.

X.—A tenor de lo anterior, el concepto de libertad de Hayek es un concepto *débil*, por cuanto se caracteriza, sobre todo, por tres rasgos: 1.—Su *carácter instrumental*, en la medida que, junto al énfasis como elemento esencial de la persona, se insiste en que constituye un marco delimitador de una esfera privada y, por tanto, un medio necesario para el perfeccionamiento del individuo y el progreso de la sociedad. 2.—Hayek pone el acento también en la libertad como *concepto global*, con un estatuto unitario no divisible en libertades menores como la libertad económica, y, por ello, también en los rasgos de *abstracción y generalidad*. 3.—Precisamente por esto, la garantía de la protección e inviolabilidad de la libertad individual se sitúa en el mundo del Derecho y, en particular, en el *imperio de la ley*. A su vez, el concepto de Nozick es un concepto *fuerte* porque se estructura en torno a los siguientes rasgos: 1.—Énfasis en que el *carácter moral* de la persona, esto es, su definición como fin en sí

⁶ Según Kymlicka, al que ha seguido en parte en la anterior exposición, la argumentación de Nozick puede resumirse del siguiente modo: 1. La gente es dueña de sí misma; 2. Originalmente, el mundo no era poseído por nadie; 3. Uno puede adquirir derechos incuestionables sobre una porción desproporcionada del mundo, si ello no empeora la situación de los demás; 4. Resulta relativamente sencillo adquirir derechos incuestionables sobre una porción desproporcionada del mundo; por lo tanto, 5. Una vez que las personas adquieren propiedades privadas, resulta moralmente necesario contar con un mercado libre de capital y de trabajo (Kymlicka, 1995, 128).

mismo, implica que cada uno sea dueño de sí mismo. 2.—El concepto de libertad de Nozick, frente al de Hayek, es un concepto más *particular y concreto*, por cuanto lo reduce a la libertad económica: libertad como libertad para adquirir propiedades y transferirlas. 3.—Para un ejercicio correcto de esta forma de libertad es necesario establecer y respetar un sistema de mercado a través de cuyas reglas puedan realizar las transacciones entre particulares. En definitiva, Hayek nos presenta un concepto abstracto, teñido de tintes jurídicos, de libertad, mientras que Nozick al identificarlo con libertad económica peca de reduccionismo economicista.

XI.—El corolario de la argumentación neoliberal —por supuesto, también de la exposición de Hayek y de Nozick—, es la fundamentación de un Estado limitado. Dice Hayek: «En una comunidad libre, el Estado constituye sólo una de las muchas organizaciones que pueblan el entorno social, aunque sea precisamente aquella que debe realizar la labor de facilitar un marco efectivo dentro del cual pueden ir surgiendo los diversos órdenes autogenerantes. Se trata, sin embargo, de una institución organizada cuya actividad deberá en todo momento estar limitada al ámbito del quehacer gubernamental y que en ningún caso puede condicionar la concreta actividad de individuo alguno» (Hayek, 1985, III, 238). El Estado, aunque monopolice el poder coaccionador, no debe interferir en las actividades de la sociedad. El gobierno de la sociedad libre no debe dictar mandatos, tan sólo asegurar la observancia de las normas generales. En suma, según Hayek, parte de las energías de los gobernantes deben estar destinadas a procurar la defensa de la sociedad frente a amenazas exteriores, para lo cual podrá contar con poderes coactivos. Lo mismo sucede respecto a la función de policía. En ambos casos, el Estado podrá recaudar fondos suficientes para mantener tanto una estructura de defensa como un aparato policial. El Estado podrá también completar sus funciones con la provisión de ciertos servicios, siempre que no sean comerciales. Hayek señala, por ejemplo, la prevención de catástrofes u otros servicios necesarios para poseer una correcta información: registro de propiedad, estadística, certificados de calidad, ciertas carreteras, etc. Una particularidad del sistema de funciones previsto por Hayek reside en su oposición a la fiscalidad establecida bajo el Estado social y, en particular, su opinión contraria a la fiscalidad progresiva, pues cree que implica un sacrificio injusto de una minoría en favor de la mayoría. Por el contrario, el tipo de gravamen debe ser tal que grave a quienes se favorecen de los sistemas redistributivos, es decir, a la mayoría. La emisión de moneda, la educación y el sistema asistencial quedan fuera de las funciones del Estado.

La tesis central de Nozick sobre el Estado es muy similar a la de Hayek. También quiere reducir sus actividades a su más mínima expresión, pero su argumentación es muy diferente. Dada su teoría de los derechos y la fundamentación en torno al derecho de propiedad, su argumentación se centra en mostrar cómo se produce una evolución desde un primigenio estado de naturaleza hasta el Estado mínimo final. Del estado

de naturaleza se iría pasando, a través de un mecanismo de «mano invisible», a una situación en la que se formarían una serie de asociaciones protectoras hasta concluir en un Estado mínimo. De esta forma, distingue las asociaciones protectoras, cuya única función es proteger, en una situación donde no existe un monopolio de la fuerza, de la violencia de otros a sus clientes, previo pago de una cantidad, el Estado ultramínimo, como paso intermedio que intenta paliar las deficiencias de las asociaciones protectoras, y el Estado mínimo.

El Estado ultramínimo surgiría como un estadio superior que procuraría eliminar las deficiencias de las asociaciones protectoras, siempre demasiado proclives a la defensa y, por contra, al abuso en el ejercicio de la violencia. Nozick se plantea el surgimiento y asentamiento de esas asociaciones como un estado de guerra permanente entre las mismas. La mejor solución consiste en la creación de un centro de arbitraje, dándose así un gran paso hacia la formación de un Estado: «De la anarquía, a través de las agrupaciones espontáneas, las asociaciones de ayuda mutua, la división del trabajo, las relaciones del mercado, las economías de escala y el autointerés racional, surge algo que se parece a un Estado mínimo o a un grupo de Estados mínimos geográficamente delimitados». Se superaría la fase de las asociaciones protectoras, las cuales no son organización estatal por cuanto sus actuaciones constituyen actos de justicia privada, que un Estado con monopolio de la fuerza no debe tolerar, y, además, prestan sus servicios sólo previo pago.

Lo que Nozick pretende mostrar, en suma, es que una autoridad estatal puede desarrollarse a partir de un estado de naturaleza de una manera totalmente automática, sin un acto de voluntad específico, a través del procedimiento de la «mano invisible». La limitación de la libertad, frente a lo que pudiera parecer, le resulta legítima en la medida que sirve para una mejor protección de los derechos individuales y de los bienes adquiridos por los participantes. El «Estado gendarme» se limita a proteger la vida, la libertad y la propiedad de sus ciudadanos. Todo Estado que fuera más lejos violaría necesariamente los derechos de las personas. La superioridad de este Estado estriba en que supera un estado de naturaleza donde lo que se produce es una situación de «querrela» constante, dado que no existe ninguna instancia que arbitre y ponga final a los conflictos. En suma, el argumento político de Nozick es el contrapunto de la teoría de los derechos que sustenta su posición: un Estado mínimo que es proyección de los derechos individuales sólo debe cumplir la función de policía y no debe excederse de la misma.

XII.—*Valoración final.* La concepción neoliberal —o libertaria—, a tenor de lo expuesto, tiene un poderoso argumento a su favor en el principio de la libertad individual. En la teoría de Nozick, el hecho de que pueda afirmar que, en un contexto sin restricciones artificiales, en un estado de naturaleza, con pleno ejercicio de los derechos individuales, las personas actúen correctamente es un argumento moral a favor de su postura de un Estado limitado a las viejas funciones decimonónicas. Pero

esta reivindicación, no sólo implica, como pudiera parecer, un reconocimiento de los derechos y la libertad individual, sino que tiene, sobre todo, una intencionalidad política práctica que no se puede olvidar: el repliegue del Estado. De hecho, buena parte de sus esfuerzos se han centrado —no sin faltarle razón, en algunos casos—, precisamente en la crítica al Estado social, tema del que en estas páginas he pasado de soslayo, pero sin la cual no puede entenderse hacia donde apuntan las baterías neoliberales. En efecto, los autores neoliberales más cualificados han dirigido sus baterías en contra del Estado social y no sólo han pretendido justificar su Estado mínimo⁷. Alguna de las más aceradas denuncian los efectos perversos del crecimiento de la gestión pública y su expansión en la vida social a cotas nunca imaginadas y, entonces, ponen de manifiesto las limitaciones de los planes de bienestar social y de concesión de prestaciones sociales, cuya concepción y materialización es mediatizada por los grupos de intereses concluyendo así en resultados, más bien, pobres y en la consolidación de relaciones de dependencia los ciudadanos respecto al Estado; otro tanto ocurre con las interferencias públicas en el mercado y en la vida social y en otras tantas manifestaciones de las actuaciones del Estado social. Por supuesto, no todo queda en una deficiente gestión pública, sino que también se denuncia las alteraciones que ello produce en la naturaleza de la sociedad y de la organización política: así, el sistema democrático se pervierte en un «mercado político», el pulcro Estado de Derecho construido durante el siglo XIX en un exceso de reglamentarismo motorizado y particularista, el ejercicio del poder y la toma de decisiones en una actividad paralizante, al estar asentado en una burocracia desmesurada y condicionado a los vaivenes de los intereses dominantes, en fin, la libertad individual maniatada y el individuo mismo «desmoralizado». El momento final no puede ser más desolador para un neoliberal —por cierto, que en esto, ingenuamente, parecen haber descubierto las contradicciones del capitalismo tardío tan aireadas por la escolástica marxista—: un Estado colapsado, saturado, y el «camino de la servidumbre», según la conocida frase de Hayek.

Pero, ¿el hecho de que aparezcan deficiencias notables en la gestión pública legitima por sí la teoría neoliberal? En mi opinión no es así. Creo que hay otras alternativas que no tienen por qué ser incompatibles con alguna de las ideas expresadas por estos autores, en particular, con la defensa de la libertad individual. Parece ignorar que hay soluciones menos drásticas. empezando por la elaboración de una teoría sobre la «buena o correcta» gestión del poder político, de la gestión administrativa, en la que las reglas y los mecanismos para una correcta gestión y de su control se conjuguen con nuevas fórmulas de articulación de la ética y la política. Los problemas de gestión deben resolverse en el ámbito de la gestión. O cabe también la redefinición clara de los límites de la actua-

⁷ Para una exposición de las críticas neoliberales al Estado social y de las réplicas puede verse GEORGE y WILDING, 1992, 35 ss.; MISRHA, 1983, 53 ss., y MARTÍNEZ DE PISÓN, 1994, 243-270.

ción estatal, del espacio asignado a la esfera pública, sin que, por ello, se propugne una radical pasividad gubernamental que no parece ser el corolario de las críticas vertidas. Como he afirmado en otro lugar: «Frente a la maldad estatal cabe defender la postura de una reconducción de sus actuaciones dentro de unos límites prefijados. Igual más que la tesis del «no gobierno» es justificable una teoría que se plantee, ante las nuevas situaciones y el avance tecnológico, una delimitación o redefinición de las funciones del Estado del futuro» (Martínez de Pisón, 1994, 267). Pero es que las recetas propuestas para curar al Estado y a la sociedad no evidencian demasiada imaginación. Son las de siempre: esto es, rebajar los impuestos y otras cotizaciones públicas –ahí tenemos el ejemplo de la política de Reagan, con el mayor crecimiento del déficit público en la historia de los Estados Unidos–, dejar sectores de la economía en manos privadas –para que, al cabo del tiempo, el Estado de nuevo tenga que rescatarlos y sanearlos–, liberalizar el mercado laboral, reformar la seguridad social –para que descienda a niveles ínfimos–; en fin, la receta puramente monetarista. Por ello, aunque la crítica al intervencionismo estatal en el sistema de mercado acierta en buena medida al poner de manifiesto los crasos errores cometidos por muchos ejecutivos, no obstante, adolece de escasez de soluciones e ideas brillantes.

XIII.–Queda por ver si, al margen del análisis y las recetas prácticas, resulta convincente la argumentación neoliberal sobre la bondad de sus propuestas de más calado. Es decir, si las diversas concepciones sobre la libertad son internamente coherentes y si se ajustan a los objetivos deseados. Adelanto que, en mi opinión, las versiones neoliberales fallan en la hilazón lógica entre su conclusión –el Estado limitado o mínimo– y su presupuesto inicial –la libertad individual–. En primer lugar, porque creo que hay una apropiación indebida del concepto de libertad individual. Y, en segundo lugar, porque de su concepto de libertad individual no se deduce únicamente una justificación moral del Estado mínimo. Ambos aspectos se resumen en una única cuestión: si el Estado mínimo se deriva lógicamente del presupuesto moral del que seamos libres (Hayek) o «dueños de nosotros mismos» (Nozick), o si, por el contrario, caben otras formas estatales compatibles con dicho argumento.

En el liberalismo de Hayek, como vimos, la noción de la libertad es definida con unos perfiles amplios que se materializan en la idea de una esfera privada resguardada por el Derecho de las coacciones externas. La actuación del Estado debe ceñirse a la función de defensa exterior, de protección de los derechos individuales y de realización de determinadas obras e instituciones públicas. No obstante, en su propia argumentación se halla el germen de la evolución hacia otras formas distintas de Estado, como el devenir histórico mismo ha mostrado: el Estado social tan denostado no se ha construido en el aire, sino que es heredero del viejo Estado liberal ahora propugnado. Sencillamente, los gobernantes han utilizado instrumentos que estaban ya a su disposición en estado latente. También en la teoría de Hayek son evidentes elementos que permiten imaginar

formas de Estado diferentes al Estado limitado compatibles con su presupuesto moral sobre la libertad. Entre otros argumentos, el considerar a la libertad desde una óptica instrumental, como algo que hace falta para el desarrollo de los planes de vida individuales, no sólo conduce a la postura por él defendida. Precisamente, por ser instrumental, marco necesario para lograr algo, pueden admitirse algunas restricciones sin caer por ello en la coacción. El mismo reconoce la necesidad de soportar ciertas limitaciones en la libertad siempre que posibiliten el logro de cosas que estimamos. Incluso, afirma que cuando éstas vienen del Estado no son, en puridad, coacción y que, de hecho, debe ejercer su poder precisamente para garantizar esa esfera de libertad impidiendo las intromisiones extrañas. Esta es la justificación de la asunción por el Estado del monopolio de la fuerza: «... el Estado protege las esferas privadas de actuación de los individuos contra la interferencia de otros y delimita dichas esferas privadas, no mediante una adscripción específica, sino creando las condiciones en cuya virtud el individuo puede determinar su propio campo de acción apoyándose en reglas» generales que, a su vez, especifican el ámbito de actuación de los gobernantes (Hayek, 1991, 38-39). El caballo de batalla es, por supuesto, cómo limitar la actuación estatal para que no sobrepase el ejercicio legítimo del poder y caiga en una presión autoritaria, en coacción.

A la vista de estas consideraciones, resulta difícil percatarse cuál es la diferencia de fondo entre el neoliberalismo de Hayek y la justicia como imparcialidad de Rawls⁸. Salvo, por supuesto, en las cuestiones más concretas que afectan a la sanidad, educación y un largo etcétera, cuya justificación no se deriva directamente del concepto de libertad, sino, más bien, de la diferente asignación de funciones al gobierno. Pero, ¿acaso un ejecutivo al estilo del primero, en base a ese requerimiento de proteger la esfera individual y mejorar las condiciones materiales de realización de los planes de vida, no podría tomar decisiones, sin embargo, acordes con los principios de justicia del segundo? ¿Acaso una defensa coherente de la libertad individual, de la existencia de un ámbito privado libre de coacciones no sólo requiere su reconocimiento formal, sino también el dominio de bienes y recursos con los que posibilitar el ejercicio de esa libertad? Con estas cuestiones, trato de mostrar que, en realidad, la defensa de la libertad hayekiana es perfectamente compatible con otras opciones de sociedad justa y de Estado. No se produce una única conexión lógica entre su formulación sobre la libertad y el Estado limitado, sino que, al tener perfiles tan abstractos, es compatible con otros esquemas de sociedad y Estado. Es más, en honor a la verdad, lo que está diciendo es que el único Estado incompatible es el autoritario.

En realidad, el enfoque de Hayek muestra la esterilidad de construir un modelo sobre la negatividad: la libertad como «no-coacción», la forma

⁸ De la referencia a RAWLS no debe deducirse que la teoría de RAWLS es una panacea. Más bien que, debido a sus ambigüedades conceptuales, puede tener varias lecturas: igualitarista, socialdemócrata y —por qué no— hasta libertaria.

de organización política como «no-Estado». En efecto, la «libertad negativa», como ausencia de coacción, encierra un dilema difícil de resolver. Por un lado, conduce a que sean los mismos individuos los que busquen los medios necesarios para resguardar su dominio privado de las interferencias de los demás y del ejercicio de coacción de otros sobre su voluntad y sus acciones. De esta forma, si la mejor garantía de las esferas individuales es el reconocimiento de la propiedad privada, cada uno intentará acaparar medios, riqueza y poder en una cantidad suficiente para frenar los intentos de coacción que provengan del exterior. Por otro lado, si se decide otorgar al Estado el monopolio de la fuerza con el objeto de que sea quien impida las coacciones, entonces habrá que dotarle de las competencias necesarias para el cumplimiento de este objetivo. Tendrá que tener competencias y medios para frenar la coacción física, la psíquica, la económica... En definitiva, o es el propio individuo el que se protege de las coacciones externas y entonces su ausencia queda al albur de las situaciones personales o de la ambición por levantar murallas contra la injerencia extraña –sin olvidar la alternativa de una espiral al estilo de Hobbes–, o bien es un agente ajeno –el Estado o las asociaciones protectoras en Nozick– el que realiza esta labor, pero, en todo caso, con amplias posibilidades de actuar en todos los campos en donde aparezca algún vestigio de coacción. Es éste un dilema que queda sin resolver.

En la teoría de Hayek, a esta dificultad se suma otra. Y es que el imperio de la ley no basta para garantizar la ausencia de coacciones. Máxime, si el imperio de la ley es entendido como el dominio de reglas generales y abstractas. La opinión de Hayek de que la ley no limita la libertad, sino que la asegura, parece, más bien, una declaración de intenciones que no impide la coacción. Por supuesto, la ley articula los derechos individuales, positivación imprescindible para su protección, pero no impide las violaciones que puedan acaecer y, en todo caso, su restitución será siempre a posteriori. Sobre estos fundamentos, exclusivamente jurídicos, no puede asentarse una teoría sobre la justicia, ni un modelo de sociedad. Como ha señalado Kukathas, «Hayek no percibe la necesidad de una teoría moral *diferente* para justificar los principios de justicia: la justicia es asegurada directamente por el gobierno del Derecho. La idea del gobierno del Derecho, de acuerdo con el espíritu kantiano, produce una regla que maximiza la libertad y, además, un derecho a un dominio protegido. De acuerdo con esta propuesta, la idea de buscar uno principios diferentes de justicia distributiva o social a través de una teoría moral es simplemente ocioso: la justicia está totalmente asegurada a través del gobierno del Derecho» (Kukathas, 1990, 154). En resumidas cuentas, la libertad no parece suficientemente asegurada, primero, por la falta de una teoría moral sustantiva que le dé contenido y articule una concepción de la justicia y, además, porque finalmente queda expuesta a los requisitos de generalidad y abstracción con los que son caracterizadas las leyes.

XIV.–También la fundamentación de Nozick adolece de puntos débiles. Dejando aparte su disgresión sobre la evolución de la humanidad

desde un estado de naturaleza al Estado mínimo, que parece, más bien, simplista y precondicionada, su justificación de la teoría de los derechos y de la libertad individual es demasiado idealizada y cae en un exceso de reduccionismo. La visión idealizada, centrada especialmente en la defensa del ser humano como «dueño de uno mismo», es consecuencia de la interpretación kantiana del concepto de persona. ¡Cuán diferente de la lectura rawlsiana! Mientras que Rawls se sirve de la teoría kantiana para perfilar una posición original que no mediatice las elecciones de las partes, Nozick hipostasía la figura de la persona humana como sujeto de un derecho de propiedad. Hasta tal punto es así que sólo si se es propietario se tienen derechos y poderes. Hoy, la filosofía más empirista, así como la sociología y otras ciencias sociales, han demostrado sobradamente las limitaciones reales de una visión kantiana de la persona, lo que, sin duda, ha tenido sus repercusiones en la teoría de la justicia (Prieto Sanchís, 1990, 38). No obstante, el concepto de persona como «fin en sí mismo», unido al principio de universalidad, sigue dando, como método heurístico de la realidad, en la filosofía moral frutos considerables siendo la piedra angular de los conceptos más actuales de la justicia —el mismo caso de la teoría de Rawls es un ejemplo—. De esta forma, se ha reconstruido un concepto de autonomía moral de la persona con posibilidades de éxito en la proyección en otras ciencias sociales. Y, de hecho, en principio, son enormes las expectativas surgidas por la posición de Nozick al fundamentar su teoría de los derechos en la tesis kantiana. Pero chocan las expectativas surgidas con la obsesión por fundar esta teoría única y exclusivamente en el derecho de propiedad. Como diría Hayek, en un concepto de libertad desagregada, y no unitaria.

En efecto, después del esfuerzo realizado por justificar esta visión de la persona como dueño de uno mismo, defrauda que, finalmente, los derechos inviolables se reduzcan sólo al derecho de propiedad. Era de esperar que, cuando se construye desde Kant una teoría de los derechos, por lo menos, se centre en la dignidad personal, en el autorrespeto, en la vida privada, etc., y no lo reduzca al derecho de propiedad. La vida humana en sociedad no consiste exclusivamente en ser propietarios o no. Por supuesto, que es un buen medio, pero no lo es todo. Nuestra experiencia personal revela otras necesidades, otros derechos. Existe, además, otra pega, otra suposición no justificada en su argumentación. La cuestión de la adquisición original es, según su exposición, de capital importancia, pues, si, en un principio, el título histórico no es justo, pierden legitimidad de las transferencias posteriores. Para que una transferencia sea legítima es necesario que la adquisición original sea también legítima. Es decir, que se respeten los derechos naturales de las demás personas. Y en los casos de *res nullus*, admite la posibilidad de adquisición originaria de bienes, generando un derecho incuestionable a los mismos, «si ello no empeora la situación de los demás». Cabe la ocupación de bienes sin propietario, si no se perjudica a nadie. A pesar de las explicaciones de Nozick, sus hipótesis son poco plausibles. Resulta difícil imaginar una

situación –quizá en el viejo Oeste– en la que existan bienes y recursos que puedan adquirirse de esta forma y que se haga sin perjudicar a nadie. Hasta en el lejano Oeste las tribus indígenas salieron perjudicadas del avance de los colonos.

Finalmente, los críticos del neoliberalismo de Nozick han analizado la coherencia interna de su argumentación: si de la defensa de una teoría fuerte de los derechos debe conducir inexorablemente al Estado mínimo. «Nozick fracasa en derivar la autonomía de cada uno, o la propiedad sobre bienes externos de la idea de tratar a las personas como iguales, o como fines en sí mismos» (Kymlicka, 1990, p. 119). Para este autor, «Nozick se equivoca al creer que el ser dueño de uno mismo necesariamente lleva a derechos de propiedad incuestionables. El ser dueño de uno mismo es compatible con varios regímenes de la propiedad de bienes, incluyendo el de Rawls». «Nozick cree que la autonomía nos conduce a los derechos de propiedad sin limitaciones, pero, de hecho, existe una diversidad de regímenes económicos compatibles con la autonomía, dependiendo de nuestra teoría de la apropiación legítima, y de nuestras presuposiciones acerca del *status* del mundo externo. Nozick cree que el ser dueño de uno mismo exige que las personas tengan derecho a todas las recompensas por sus intercambios de mercado; sin embargo, regímenes diferentes varían en el alcance con que permiten que individuos que son dueños de sí mismos retengan sus recompensas de mercado» (Kymlicka, 1990, 136). Se refiere tanto a regímenes que permiten que los naturalmente mejor dotados mejoren sus ventajas como a otros redistribuyen los ingresos para asegurar que los menos favorecidos mejoren sus recursos. Si cabe un régimen de adquisición y distribución de bienes diferente al diseñado por Nozick, por ejemplo, un sistema igualitarista como el postulado por Rawls o, incluso, uno más intervencionista, un sistema de economía mixta, de ello se infiere que la conclusión no tiene por qué ser un Estado mínimo. Es posible que un régimen basado en el derecho a la propiedad privada conviva armónicamente con otras formas estatales.

En suma, el concepto de libertad en los dos sentidos de estos dos autores neoliberales no es un argumento sólido para fundamentar el Estado limitado o el Estado mínimo. En ambos casos, el concepto de libertad es compatible con otras teorías y otros modelos de Estado. En el caso de Hayek, porque sus límites son muy imprecisos y porque finalmente la libertad es, más bien, una libertad formal, garantizada por reglas generales y abstractas. En el caso de Nozick, porque, al margen de las precisiones intrasistemáticas de sus explicaciones, el derecho de propiedad es compatible con otros sistemas estatales sin que sufra merma, incluso en un régimen político autoritario. La justificación del Estado social, por su parte, intenta una mayor profundización de este derecho y del concepto de libertad y no su subversión, como defienden los neoliberales. Sólo que la libertad debe ser sopesada con el principio de igualdad: todos los ciudadanos deben ser igualmente libres. Y la idea de una democracia formal como garante de derechos y libertades formales debe dar paso a una

democracia material que posibilite el igual ejercicio para todos esos derechos y libertades, lo que resulta imposible sin una potenciación del principio de igualdad. La libertad sin igualdad sería un concepto vacío.

XV.—Si se acepta la argumentación anterior, habremos encontrado que en la teoría neoliberal o libertaria existen algunos elementos en su argumentación que no son coherentes con los objetivos propuestos: 1.—El concepto de libertad, sobre el que se sustenta su propuesta de Estado limitado o mínimo, así como su defensa del mercado como un orden espontáneo regido por fuerzas naturales, es un concepto con diferentes matices que: *a)* o bien encuentra un contenido difuminado en el gobierno de reglas generales y abstractas al carecer de una teoría moral sustantiva sobre la que apoyarse (Hayek), o bien, *b)* tras dotarle de significado moral en el sentido kantiano, no obstante, es reducido a una versión excesivamente economicista. 2.—Ambas propuestas sobre el concepto de libertad son igualmente compatibles con una sociedad dominada por un Estado mínimo como por otros modelos de organización política. No existe una razón poderosa para que ambos conceptos de libertad excluyan otros modelos de sociedad, de forma que únicamente reste el Estado neoliberal. En suma, el concepto neoliberal de libertad también se plasma; es compatible con otras concepciones políticas.

XVI.—Para finalizar esta exposición, quiero traer a colación una opinión de un marxista heterodoxo que ha analizado los ataques y críticas al Estado social. Offe, al concluir su análisis, apunta lo siguiente: «mi pretensión es que los dos argumentos clave del análisis liberal-conservador son válidos en amplia medida, al revés de lo que a menudo argumentan críticos de la Izquierda. El principal defecto que veo en este análisis se relaciona menos con sus afirmaciones explícitas que con aquello que omite considerar» (Offe, 1990, 141)⁹. Sabias palabras que apuntan al

⁹ En particular, según OFFE, no explicitarían dos elementos importantes en toda teoría política: la cuestión de definir el modelo o meta coherente y practicable y la cuestión de identificar las fuerzas y estrategias que deben impulsar la transformación de la sociedad. En ambos casos, la crítica neoliberal y, en particular, los partidos políticos que la abanderan fracasarían. En el primer caso, por cuanto no está demostrado que «capitalismo avanzado menos Estado del bienestar» fuese un modelo operativo. Y, en el segundo, porque resulta difícil identificar esas fuerzas transformadoras. O como afirma: «resulta extremadamente duro hoy en Europa Occidental concebir una estrategia política prometedora orientada a eliminar siquiera parcialmente los componentes institucionalmente establecidos del Estado del bienestar, por no hablar de su total abolición». OFFE escribe unas palabras muy sabias cuando afirma que el problema central de la discusión política consiste en la irreversibilidad o no del Estado del bienestar en aquellos sitios donde se ha implantado una estructura y unas prácticas políticas tendentes a asegurar la provisión de bienestar social para todos los ciudadanos. Es decir, la cuestión no sería tanto si existen modelos o estrategias políticas a seguir como el hecho real de si cabe una vuelta atrás el viejo Estado liberal. En este punto, es factible lo que dice OFFE cuando afirma que «el Estado del bienestar se ha convertido en una estructura irreversible, cuya abolición exigiría nada menos que la abolición de la democracia política y los sindicatos, así como cambios fundamentales en el sistema de partidos. No se vislumbra como factor significativo una fuerza capaz de suscitar cambios tan dramáticos, incluso tomando en cuenta movimientos populistas de clase media y orientación derechista que brotan ocasionalmente en algunos países». Y, en este punto, es donde falla el ataque neoliberal al Estado social. Al menos, en los países donde éste ha tenido una implantación duradera.

corazón de la teoría neoliberal. Por lo que dice, el pensamiento neoliberal fortalece la idea de la libertad y de los derechos individuales y disminuye la presencia del Estado en la sociedad. Hemos visto dos versiones en las que se explicitan ambas tesis. Y en las dos existe un denominador común: la continua prevención ante las extralimitaciones del intervencionismo estatal, la hostilidad manifiesta y constante hacia el Estado social. Por ello, por lo que dice, parece que el único peligro para la libertad y los derechos individuales proviene del Estado, de quien, en suma, cabe esperar que utilice el monopolio de la fuerza precisamente para asegurarlos. Dicha prevención es evidente en las palabras de Hayek, quien para deslegitimar la coacción de unos sobre otros, y la venganza privada, señala que la sociedad libre se ha enfrentado a este problema, confiriendo al Estado el monopolio de la coacción, «intentando limitar el poder estatal a los casos que sea necesario ejercerlo». En todo caso, «la coacción que el poder público debe utilizar para dicho fin se reduce al mínimo y resulta tan inocua como sea posible mediante la subordinación a normas generales conocidas». De esta forma, se produce una total mutación en el ejercicio de la coacción: «Incluso cuando la coacción es inevitable, queda privada de sus más dañosos efectos encerrándola dentro de deberes limitados y previsibles o, al menos, haciéndola independiente de la arbitraria voluntad de otra persona» (Hayek, 1991, 38-39). Las explicaciones de Nozick siguen una línea muy parecida: el Estado mínimo, a diferencia de las asociaciones protectoras, es quien tiene en un territorio la autoridad en el uso de la fuerza.

La teoría neoliberal falla por lo que no dice. Se echa en falta una denuncia de los ataques a la libertad individual proveniente de otros sectores o de otras organizaciones no estatales. En efecto, la coacción, esto es, la presión autoritaria que una persona ejerce sobre otra para forzar su voluntad (Hayek, 1991, 35), no sólo es resultado de la actuación del Estado, sino que aparece en otras instancias y, en particular, en la vida económica. Vida económica que, de acuerdo con la teoría neoliberal, debe regirse por las reglas del mercado una vez se ha eliminado cualquier interferencia estatal considerada como una coacción ilegítima. De hecho, hoy, desmantelado el Estado en muchos países, el mayor riesgo a la libertad viene de las multinacionales, de enormes organizaciones (*transnational corporations*), cuyas actuaciones comerciales y decisiones se extienden por el territorio de varios países afectando así a millones de personas¹⁰. «Son las grandes compañías que cabalgan montadas sobre las economías del mundo, como leviatanes monstruosos», como han sido definidas recientemente (Lang, T., y Hines, C., 1994, 33). ¿Acaso la con-

¹⁰ El profesor CALSAMIGLIA, en una conversación entre ambos, me apuntó correctamente la existencia de una contradicción en la teoría neoliberal entre su defensa de la libertad individual, las prevenciones contra el crecimiento del poder estatal y el total silencio respecto a otros peligros para dicha libertad y, en particular, respecto al papel de las multinacionales en el panorama de las naciones y el comercio internacional. No parece coherente que toda la teoría pivote en torno al concepto de libertad, sus peligros y limitaciones para luego no tratar si quiera las coacciones que suponen a la misma las actividades de estos «leviatanes monstruosos».

centración de poder en unas pocas multinacionales que dominan el 70 por 100 del comercio mundial no puede suponer un serio riesgo a la libertad individual o, incluso, alterar las reglas de juego de un mercado pensado para otras épocas y otras circunstancias? ¿No toman estas organizaciones decisiones sobre la evolución de sus intereses comerciales que afectan a miles de individuos y a su libertad, lo que es cada vez más evidente en un mundo sin fronteras económicas? Entonces, ¿cómo se justifican estas intervenciones, si es que están legitimadas? En resumidas cuentas, si se consideran admisibles estos interrogantes, a los argumentos señalados antes para rechazar la teoría neoliberal, debe añadirse otro: 3. La teoría neoliberal no responde, ni se plantea otras posibles amenazas a la libertad individual que no provengan de un exceso del poder estatal y que, sin embargo, pueden hacer más vulnerable al individuo, como son las que provienen de las grandes corporaciones u organizaciones transnacionales o, incluso, las que surjan de la propia evolución del mercado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACKERMAN, B.: *El futuro de la revolución liberal*, versión española, de J. Malem, Ariel, Barcelona, 1955.
- *La Justicia social en el Estado liberal*, trad. e int. de C. Rosenkrantz, rev. de L. Rodríguez Abascal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BERLIN, I.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, versión española de B. Urrutia, J. Bayón y N. Rodríguez, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- BUTLER, E.: *Hayek: su contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*, trad. de E. Fuentes, Unión Editorial, Madrid, 1989.
- DIEGO, E. DE: *La ofensiva neoliberal*, prolog. de J. Roig, Ediciones del Drac, Barcelona, 1989.
- DWORKIN, R.: *Ética privada e igualitarismo político*, trad. de A. Domenech, int. de F. Vallespín, Paidós/UAB, Barcelona, 1993.
- GEORGE, V., y WILDING, P.: *Ideology and Social Welfare*, completely revised, expanded and updated, Routledge, London/New York, 1985.
- HAYEK, F. A.: *Derecho, legislación y libertad*, 2.^a edic., 3 vol., Unión Editorial, Madrid, 1985.
- *Los fundamentos de la libertad*, trad. de J. V. Torrente, 5.^a edic., Unión Editorial, Madrid, 1991.
- KERN, L., y MÜLLER, H. P., comps.: *La Justicia: ¿discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, trad. de J. Malem, rev. de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, GEDISA, Barcelona, 1992.
- KUKATHAS, Ch.: *Hayek and Modern Liberalism*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- KYMLICKA, W.: *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995.
- LANG, T., y HINES, C.: *The new protectionism*, Earthscan Publications, London, 1994.
- LEPAGE, H.: *Mañana, el liberalismo*, trad. de J. I. Oyarzábal, Espasa-Calpe, Madrid, 1982.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración», en *Doxa*, 15-16, pp. 243-270, 1994.
- MISHRA, R.: *The Welfare State in Crisis*, Harvester Wheatsheaf, New York/London, 1984.
- NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- OFFE, C.: *Contradicciones del Estado del bienestar*, edic. de J. Keane, versión española de A. Escohotado, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- PÉREZ LINDO, A.: *Mutaciones. Escenarios y filosofías del cambio de mundo*, Biblos, Buenos Aires, 1995.
- PICÓ, J.: *Teorías sobre el Estado del bienestar*, Siglo XXI, Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- RAWLS, J.: *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- *Teoría de la justicia*, trad. de María D. González, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- SORMAN, G.: *La solución liberal*, trad. de M. Armiño, Espasa-Calpe, Madrid, 1985.
- VALLESPÍN OÑA, F.: *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985.
- VAN PARIJS, Ph.: *Real Freedom for All. What (if anything) can justify capitalism?*, Clarendon Press, Oxford, 1955.
- WOLFE, A.: *Los límites de la legitimidad. Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*, trad., de T. Carbó, 2.^a edic., Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

Soberanía, obediencia y *salus populi* en Thomas Hobbes

Por JOSÉ MANUEL PANEA MÁRQUEZ

(Universidad de Sevilla)

*Salus populi suprema lex*¹

1. INTRODUCCIÓN

Thomas Hobbes², desde los inicios de su paciente y bien meditada obra filosófica hasta casi, nos atreveríamos a decir, nuestros días, no ha dejado de sembrar el recelo, la sospecha, y, en definitiva, una reputación de filósofo maldito³, a cuyas obras los hijos del «reino de las tinie-

¹ HOBBS, Th., *De Cive*, XIII, 2, p. 112. Todas las citas del *De Cive* se harán por la edición bilingüe a cargo de JOAQUÍN RODRÍGUEZ FEO (HOBBS, THOMAS, *El ciudadano*, Madrid, Debate, CSIC, 1993), basada en la edición crítica que de dicho texto ha realizado, HOWARD WARRENDER. Para el resto de las citas de HOBBS nos remitiremos, en primer lugar, a la edición de MOLESWORTH [*The English Works of Thomas Hobbes (E.W.)*, Scientia Verlag Aalen, 1966], y, en segundo lugar, a la edición castellana, entre corchetes, por ser ésta la que citemos en el texto.

² Para una abundante información sobre su vida y obra, cfr. el clásico trabajo de TONNIES, F., *Hobbes, vida y doctrina*, Madrid, Alianza Universidad, 1988.

³ Un interesante comentario de la historiografía hobbesiana nos lo ofrece NORBERTO BOBBIO («Breve historia de la historiografía hobbesiana», en Bobbio, N., *Thomas Hobbes*, Barcelona, Paradigma, 1991, pp. 278-287), para quien, como observó CARL SCHMITT (*Der Leviathan in der staatslehre des Thomas Hobbes*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1938), aparte del nombre *Leviatán*, el estado hobbesiano no tenía nada de monstruoso; comenta BOBBIO, «... era única y simplemente, en una época dominada por la concepción mecanicista del universo, una gran máquina, la *machina machinarum*» (p. 104). Frente a las acusaciones injustas que se han hecho, para BOBBIO fue HOBBS un conservador, pero no un ideólogo del totalitarismo; y tampoco fue, como han sostenido quienes han reaccionado contra su imagen de filósofo maldito (Leo Strauss, Michel Oakeshott, Mario Cattaneo), un escritor liberal (cfr. *idem*).

blas»⁴ quisieron, quemándolas, arrebatárles la luz que en ellas resplandecía⁵. Pero, como decíamos, la fama de filósofo maldito no le abandona a Hobbes a pesar de los tiempos. Tal vez ocurra que el impacto simbólico del título de su obra más total, *Leviathan*, también a él le haya alcanzado injustamente. En efecto, un monstruo bíblico es *Leviathan* y podría parecer que algo de monstruoso tiene también su pensamiento. Pero dejar así las cosas es dejarse impresionar, sin más, y la actitud filosófica nos impone encarar su pensamiento apartando toda aquella opinión que no esté sólidamente argumentada, lo cual nos obliga, en un ejercicio de imparcialidad y rigor, a descender al texto mismo de Hobbes y a ejercer una interpretación coherente y sistemática. Pues bien, después de realizar este viaje por la obra hobbesiana, y, más en concreto, después de haber estudiado su pensamiento ético-político creemos poder sostener que Hobbes es un decidido defensor de la razón en todos los órdenes, teóricos y prácticos. Bien es verdad que, a veces, su racionalismo puede rozar, por paradójico que esto nos parezca, el ámbito de la intolerancia que un racionalismo incontrolado, o dogmático, puede llegar a producir⁶. Pero lo que es en el ámbito ético-político, inseparables en Hobbes, aunque pudiera unilateralmente pensarse lo contrario, nuestro filósofo apuesta decididamente por la razón como plataforma para un orden civil de convivencia pacífica.

2. EL RACIONALISMO POLÍTICO HOBBSIANO

Pero ¿qué queremos decir cuando hablamos del racionalismo de Hobbes? En primer lugar, habría que puntualizar lo siguiente: en Hobbes lo bueno es anterior a lo justo, *en el sentido* de que el *sumum bonum* para

⁴ Cfr. *Leviathan*, 4.^a parte.

⁵ Como muy bien ha puesto de manifiesto M. HORKHEIMER, la condena por parte de los estudiantes y profesores de Oxford de la obra de HOBBS no era sino la más evidente «... señal de que se habían dado cuenta de la peligrosidad de las teorías del contrato social y del derecho natural». HORKHEIMER, M., «Los comienzos de la filosofía burguesa de la Historia» (1930), en vol. del mismo autor, *Historia, metafísica y escepticismo*, Madrid, Alianza, 1982, pp. 46-82, p. 60.

⁶ Son numerosas las referencias en la obra hobbesiana al papel que tienen las Universidades, y a las doctrinas que deben impartir o, mejor dicho, que tendrían que evitarse a toda costa. En concreto, será la doctrina de la desobediencia civil su auténtico caballo de batalla. Y toda su filosofía política puede leerse en esta clave, ya que de la desobediencia civil se extrae como consecuencia, para HOBBS, el desmantelamiento del orden social, con el nefasto resultado del mayor de todos los males: la muerte y su mejor aliado, la guerra. Para HOBBS el problema no es tanto la discrepancia teórica, sino su utilización no serena en aras de la perturbación de la paz social. Una buena muestra de que la censura hobbesiana no iría tanto contra el avance de la razón, sino más bien contra su utilización cuando pone en peligro la paz social es sin duda la que encontramos en *De Cive*, VI, 11, nota 2 (pp. 59-60). Y un texto ejemplar nos parece el siguiente: «Un Estado puede forzar a la obediencia, pero no convencer del error, ni alterar la mente de quienes creen tener más razón». *Behemolh, E.W.*, 6, II, p. 242, (HOBBS, Th., BEHEMOTH, ed. de MIGUEL A. RODILLA, Madrid, Tecnos, 1992, p. 82; existe también una edición del mismo año en Centro de Estudios Constitucionales a cargo de ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR).

Hobbes no es sino la *vida*⁷, de manera que, su salvaguarda, así como el desarrollo de las condiciones que la hacen humana y agradable, serán el marco fundamental para toda acción que se precie de ser racional. Así, nuestra racionalidad será mayor o menor en la medida en que otorguemos una mejor protección, y un mejor desarrollo a nuestra vida. Los medios que en la acción son utilizados para llevarla a cabo también gozarán de un grado mayor o menor de racionalidad en la medida en que efectivamente fomenten aquella protección y desarrollo de una vida que merezca el título de humana. Y creemos que no es exagerar las cosas si decimos que ésta podría ser la tesis central para entender sistemáticamente el pensamiento ético-político de Hobbes. Razón y vida están, pues, indisolublemente ligados en la filosofía de Thomas Hobbes, hasta el punto de que esta protección y desarrollo de aquélla tiene que ser el objetivo fundamental de la política, y también el *límite* exigido por la demanda de racionalidad para la misma. Porque, sin lugar a dudas, lo que es impensable desde el esquema mental de Hobbes es imaginar a un soberano que, por el hecho de gozar de un poder ilimitado, su poder carezca de límites racionales⁸. Cuando Hobbes habla del poder ilimitado del soberano no se está refiriendo, como pudiéramos maliciosamente interpretar, a que éste puede hacer con sus súbditos lo que se le antoje. Pensar esto es hacer una caricatura monstruosa, y ridícula a un tiempo, del sistema de ideas de uno de los pensadores que con más escrupulosa seriedad se ha tomado el trabajo filosófico. Salta a la vista, de claro que lo deja el propio Hobbes, que quizás su obsesión mayor sea la de, con las armas de la filosofía, defender la paz social⁹. Su

⁷ Así lo ha destacado también NORBERTO BOBBIO en su libro *Thomas Hobbes, op. cit.*, p. 53.

⁸ El profesor TIERNO GALVÁN nos ha dejado un breve y magnífico estudio sobre HOBBS en el que, a nuestro juicio, queda ejemplarmente expuesta la preocupación fundamental y el alcance de la filosofía política hobbesiana. Para TIERNO GALVÁN, la filosofía política de HOBBS quiere hacer frente al miedo político. Por ello, el Estado «... tiene que cuidar de sus súbditos, no producir en ellos un terror pánico que retrotraería las cosas al estado de naturaleza, es decir, al estado previo al acuerdo o pacto y a la guerra de todos contra todos». Y un poco más adelante apunta algo que nos parece fundamental: «Críticos e historiadores han confundido la posesión absoluta del poder con el ejercicio absoluto del poder. En uno u otro contexto el valor de la expresión "absoluto" cambia. En el primer caso posee connotaciones metafísicas y quiere decir que no tiene superior en su orden; en el segundo posee connotaciones específicamente políticas y administrativas y quiere decir que impide, arbitrariamente, la participación de los ciudadanos en la formación y aplicación de las leyes». TIERNO GALVÁN, E., «Estudio preliminar», a THOMAS HOBBS, «Del ciudadano y Leviatán», Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1991, pp. XI, XIII, XIV. El propio HOBBS deja bien claro que es partidario no de dividir el poder, pero sí de limitar su ejercicio, y de aquí que lo someta al ámbito de la ley natural. Cfr. *De Cive*, VII, 4, nota 1, p. 70.

⁹ Desde luego que la paz es, en HOBBS, una verdadera obsesión, hasta el punto de ser la justificación última de una filosofía como la suya que no quiere ser mera contemplación y que está convencida de la fecundidad de las ideas. Sobre la paz como criterio de lo bueno, cfr. *De Cive*, III, 32 (p. 42). Y en *Leviathan*, E.W. 3, XVIII, p. 164, (HOBBS, Th., *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1989, trad. de CARLOS MELLIZO, p. 150), leemos: «... no repugna hacer de la paz el criterio para descubrir lo que es verdadero». Por ello, para HOBBS, ir contra lo pactado no sólo pondrá en peligro la paz, sino que será un absurdo, pues implicará querer y no querer algo al mismo tiempo. Cfr. *De Corpore Politico, or the Elements of Law, Moral and Politic*, E. W. 4, p. 96. [Hay trad. castellana de los *Elements* (Elementos de Derecho Natural y Político), siguiendo la edición de E. TÖNNIES, a cargo de DALMACIO NEGRO PAVÓN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979].

artillería pesada se dirigió contra aquellos que, por una parte, alimentaban el reino de las tinieblas, que no puede ser otro que el del engaño, la superstición y la mentira, y, por otra, contra aquellos que, a su juicio, no eran conscientes del peligro que sus ideas representaban para la paz. En este último sentido, su obsesión fue la de encarar ese mal terrible que fue la sangrienta guerra civil inglesa¹⁰ y ofrecer los remedios que su filosofía se creía con fuerzas y convicción para ofrecer. Bien es sabido, entonces, que Hobbes admite la vieja enseñanza bíblica de que no se puede obedecer a dos señores, y que, por tanto, para él el soberano, bien sea un hombre o una asamblea de hombres, es la encarnación de un poder único, y, por tanto, ilimitado, en el sentido de no estar supeditado a ninguna otra instancia de poder. En este respecto, pues, es bien cierto que no hay más ley que la ley positiva establecida por el soberano. Así las cosas, la fuente de la ley es única, y sin límite, a saber, la sola voluntad soberana, pues sólo de este modo se garantiza la obediencia única a la misma, y, de paso, se evitan los problemas que, como la guerra civil inglesa vino a ejemplificar, arrastraría la práctica de la doble obediencia.

3. SOBERANÍA Y *SALUS POPULI*

De manera que, volviendo a nuestra tesis inicial, decir que el soberano tiene un poder ilimitado no puede confundirse con la creencia de que al soberano todo le esté permitido. Atribuirle a Hobbes que ese *dios mortal*, que es el *Leviathan*, es un lobo para el hombre¹¹, no pasa de ser, a nuestro juicio, un mero ejercicio retórico, pues una afirmación así carece de todo rigor. Otra cosa bien distinta es que, en la práctica, el soberano, sea un hombre, sea una asamblea, pueda desarrollar una política con la que se haga merecedor del nombre del animal referido. En la Historia no son pocos los ejemplos que podrían encontrarse. Pero, desde luego, ese es un problema de la práctica, que habrá que procurar evitar, mas no de la teoría política hobbesiana, pues ésta no aceptaría, en absoluto, un resultado así. *Salus populi suprema lex*¹², escribe Hobbes, y que podría-

¹⁰ HOBBS dedicó un libro, su *Behemoth*, al análisis de las causas y circunstancias que la rodearon. Ya en el *De Cive*, en su prefacio (p. 12), queda manifiestamente clara la intención de HOBBS en el contexto de su tiempo: «Por todo ello, lectores, si encontraseis algunas cosas menos ciertas o dichas con más acritud de la necesaria, os ruego encarecidamente que os dignéis llevarlas con ecuanimidad, por estar dichas no para favorecer facciones sino la paz, y por quien merece se le perdone algo en razón del justo dolor por la actual calamidad de su patria». Para HOBBS, la guerra civil es un buen ejemplo de lo que para él representa el estado de naturaleza. Cfr. *Leviathan*, XIII, pp. 114-115 (p. 108).

¹¹ Cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Aguilar, 1980, trad. de FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, p. 48.

¹² «Todos los deberes de los gobernantes se encierran en este único: la ley suprema es la salvación del pueblo». *De Cive*, XIII, 2 (p. 113). Y en la introducción a «*Leviathan*» nos dice HOBBS que la *salus populi* es la finalidad por la cual tiene justificación el Estado (p. 14). La ley es el instrumento a través del cual el soberano ha de velar por la *salus populi*, que se constituye en el primer deber de todo soberano. Y al hilo de estos comentarios, apunta HOBBS

mos traducir del siguiente modo: el bienestar del pueblo es la ley suprema. Y estas palabras hay que tomarlas muy en serio, y no sólo ellas, sino la explicación que de las mismas da el propio Hobbes: «Por *salvación* debe entenderse no sólo la conservación de la vida de cualquier forma sino, en la medida de lo posible, de la vida feliz. Porque esa fue la razón por la que los hombres se agruparon voluntariamente en Estados *instituidos*, para poder vivir lo más felices posible en la medida en que lo permite la condición humana. En consecuencia, los que han aceptado la administración del poder supremo en esa clase de Estados, obrarían contra la ley natural (al obrar contra la confianza depositada en ellos por los que les encargaron la administración del poder), si no se esforzasen todo lo que las leyes les permitan en que los ciudadanos estén provistos abundantemente de todos los bienes necesarios no sólo para la vida, sino para una vida placentera»¹³. Resulta absurdo, pues, desde el esquema teórico de nuestro autor, que la política pudiera ser ilimitada en el sentido de poder poner en peligro la *salus populi*. Si una cosa tal aconteciera el soberano se deslegitimaría como soberano, y el fundamento para la obediencia se habría hecho añicos. ¿Para qué, si no, hemos salido del estado de naturaleza, ese estado biológico, por así decirlo, en el que no hay bien ni mal, sino tan sólo la más cruda pugna entre las pasiones y los hombres que las encarnan? Ese estado biológico es la ley del terror, el triunfo del miedo, la amenaza permanente de la muerte. Una situación así, que no se ha dado en un momento de la Historia para después abandonarlo, sino que está siempre ahí, latente, como una amenaza, aunque Hobbes nos lo ejemplifica con los desastres de la guerra civil inglesa, en la que es *Behemoth* el monstruo desolador quien impera; ese estado de naturaleza, donde la barbarie es la forma de existencia, resulta insostenible por principio: nadie tiene la vida asegurada, por lo que nace el deseo de encontrar una salida, una solución a tan insostenible situación¹⁴. Por eso, transferir en manos del soberano ese derecho a disponer de todo¹⁵, que tenemos en el estado de naturaleza, es un ejercicio que demuestra racionalidad, que demuestra *sensatez*¹⁶ por parte de quienes han comprendido

que a través de la ley el soberano debe procurar «... que le vaya bien al mayor número y durante el mayor tiempo posible; y de que no le vaya mal a nadie, salvo por culpa suya o por un accidente imposible de prever». *De Cive*, XIII, 2, 3 (p. 113). Y esto se completa con su convicción, tomada de la experiencia, de que la indignancia es la mejor semilla para la sedición. Cfr. *ibid.*, XIII, 10 (p. 116).

¹³ *De Cive*, XIII, 2, 3, 4 (p. 113). Cfr. también *De Corpore Politico, or the Elements of Law, Moral and Politic*, E.W, 4, Part II, IX, p. 213 (p. 220).

¹⁴ «El miedo a la opresión hace que un hombre espere o busque ayuda de la sociedad. No hay otro modo de que un hombre pueda asegurar su vida y su libertad». *Leviathan*, XI, p. 88 (pp. 88-89).

¹⁵ Cfr. *De Cive*, V, 11 (p. 54).

¹⁶ En este contexto resultan interesantes las palabras de HOBBS en torno a la conducta opuesta, es decir, en torno a la *insensatez*. Esperemos que lo ilustrativo del texto nos disculpe de su extensión: «El insensato se dice en su corazón que no existe tal cosa como la justicia; y a veces lo dice también con su lengua. Y alega, con toda seriedad, que, como la conservación y felicidad de cada hombre está encomendada al cuidado que cada cual tiene de sí mismo, no puede haber razón que impida a cada uno hacer todo lo que crea que puede conducirlo a alcan-

que así, o con una amenaza así, no se puede vivir por mucho tiempo. Pero la transferencia de ese derecho a disponer de todo que todos hacemos al soberano, y el deber de obediencia que esta transferencia comporta, no significa que le hayamos entregado un cheque en blanco. La legitimidad del soberano está precisamente ahí: que tiene que velar por nuestra seguridad y promover políticas que hagan de nuestra vida una vida humana y agradable. Se le podrá acusar a Hobbes, como hizo Kant, de promover una política paternalista, y aún esto habría que matizarlo, pero desde luego, es una incoherencia total pensar que Hobbes, su sistema de ideas, permitiría la figura de un soberano que pone en peligro la vida y el bienestar de los ciudadanos¹⁷. De ser así no habríamos avanzado un palmo, seguiríamos en el tan denostado por Hobbes estado de naturaleza, en esa humillante e insoportable guerra de todos contra todos¹⁸.

4. DE LA MORAL A LA POLÍTICA: UN CAMINO DE IDA Y VUELTA

Podemos, decir, por tanto, que políticamente, y jurídicamente, el soberano es lo que su concepto mismo significa: único e ilimitado. Pero, y esta es nuestra tesis fundamental, su política encuentra *límites*, si no político-jurídicos, sí *racionales*. Dicho de otro modo, al soberano no le está permitido hacer una política desde la irracionalidad. La demanda de racionalidad que recae sobre él le viene impuesta por el papel que está destinado a desempeñar: salvaguardar y promover la vida y las condiciones materiales para que ésta sea humana y feliz. Por este motivo se entenderá que al preguntar Hobbes hasta cuándo hemos de estar sometidos al soberano, es decir, hasta dónde hemos de mantenernos fiel a la obediencia debida, responda coherentemente: nuestro deber de obediencia encuentra un límite, a saber, nuestra propia vida, nuestra propia seguri-

zar esos fines. Y así, hacer o no hacer convenios, cumplirlos o no cumplirlos, no es proceder contra razón, si ello redunde en beneficio propio. El insensato no niega, ciertamente, que haya convenios [...] pero se hace todavía cuestión de si la injusticia [...] no podrá a veces ser compatible con esa razón que dicta a cada uno buscar su propio bien [...]. En consecuencia, el que quebranta un pacto o convenio y declara que piensa que puede hacer eso conforme a razón, no puede ser aceptado en el seno de ninguna sociedad que se una para que los hombres encuentren en ella paz y protección. [...] Pero un hombre no puede razonablemente basar su seguridad en estos errores de los demás, y, por tanto, si se le deja fuera o es expulsado de la sociedad, perecerá; y si vive en sociedad es sólo por equivocación de los otros, cosa que él no podría prever ni calcular, lo cual implica que él ha actuado contra razón, es decir, contra su propia preservación. [...] Por tanto, la justicia, es decir, la conformidad con lo que se ha convenido o pactado, es una norma de razón que nos prohíbe hacer cualquier cosa que sea destructiva para nuestra vida, y es también, como consecuencia, una ley de naturaleza». *Leviathan*, XV, pp. 132-134 (pp. 122-124).

¹⁷ No es ésta, precisamente, la opinión de HEGEL, para quien, en HOBBS «... la voluntad general es la voluntad del soberano; este desplazamiento conduce a un estado de completo dominio, de perfecto despotismo». HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, III, México, F. C. E., 1.ª reimp., 1977, Trad. de WENCESLAO ROCES, p. 334.

¹⁸ Cfr. *De Cive*, prefacio (p. 9).

dad; si ésta se pone en peligro estamos legitimados para no obedecer al soberano porque éste, sencillamente, ha dejado de serlo, en la medida en que es incapaz de desempeñar la función para la cual fue instituido como tal soberano¹⁹. Por ello, dirá Hobbes, no cabe esperar un soberano fuerte con súbditos débiles²⁰.

Pues bien, en este contexto problemático creemos que es en el que hay que encuadrar el tan debatido tema de la ley natural. No vamos a entrar ahora a discutir todas las opiniones que al respecto se han vertido, misión imposible, ni siquiera las más importantes, lo cual, en rigor, exigiría un trabajo aparte. Tan sólo mostraremos una panorámica ceñida a las opiniones esenciales de algunos de los más destacados intérpretes. Así, la célebre tesis Taylor-Warrender viene a afirmar que las leyes de naturaleza no son meros «consejos» sobre la prudente búsqueda de interés propio, sino leyes morales que imponen deberes²¹; son mandatos de Dios²², y, por tanto, constituyen una deontología muy estricta. Para Watkins, en cambio, Hobbes introduce en la redacción de su ley moral una condición

¹⁹ No puede perderse de vista el importantísimo e indisoluble lazo que une en el pensamiento político de HOBBS a los conceptos de obediencia al soberano y protección. Tanto es así que el propio HOBBS no quiere cerrar su *Leviathan* sin hacer antes una referencia más a dicha conexión: «Y así, doy fin a mi Discurso sobre el Gobierno Civil y el Eclesiástico, ocasionado por los desórdenes de la hora presente. Lo he escrito sin parcialidad, sin un propósito de interés particular y sin más intención que la de poner a la vista de los hombres la mutua relación que existe entre la protección y la obediencia, cuya inviolable observación es requerida por la condición natural del hombre y por las leyes naturales y positivas». *Leviathan*, p. 713 (p. 547).

²⁰ No hay que perder de vista la idea fundamental en HOBBS de que la política ha de perseguir el bien para el mayor número. En este sentido es interesante traer a colación las palabras del propio HOBBS, para quien no hay ley injusta, pues la ley es el criterio de lo justo, aunque sí hay buenas o malas leyes, es decir, leyes que promueven la equidad y otras (condenadas, más tarde o más temprano al fracaso político) que promueven la iniquidad, lo cual escaparía al ideal político que Hobbes está dibujando como garantía de una paz civil duradera: «Es responsabilidad del soberano hacer buenas leyes. Pero ¿qué es una buena ley? Cuando digo una buena ley, no quiero decir una ley justa, pues ninguna ley puede ser injusta. (...) Sucede con las leyes del Estado lo mismo que con las reglas del juego: que lo que todos los jugadores acuerdan entre ellos, no es injusticia para ninguno. Una buena ley es aquello que es necesario para el bien del pueblo, y, además, claro e inequívoco (...). Una ley puede considerarse como buena cuando va en beneficio del soberano, aunque no sea necesaria para el pueblo; pero de hecho no lo es tal. Pues el bien del soberano y el bien del pueblo son inseparables. Es un soberano débil el que tiene súbditos débiles; (...)». *Leviathan*, XXX, pp. 335-336 (p. 276).

²¹ Para TAYLOR, la doctrina ética de HOBBS no tiene conexión lógica con su psicología, y es una estricta deontología (p. 37). Salvando las diferencias con KANT, HOBBS defiende el carácter imperativo de la ley natural, que es la ley de la recta razón. Incluso en el estado de naturaleza la ley natural obligaría *in foro interno*, si bien, como HOBBS se cuida muy bien de apuntar, no siempre *in foro externo* (p. 41). Para TAYLOR, las leyes de naturaleza en HOBBS son *dictamina*, no *consilia* (p. 40), y de aquí su carácter imperativo. También el soberano está sometido a la ley natural (p. 45). En suma, la teoría ética de HOBBS, contenida en las leyes de naturaleza, es, de principio a fin, una doctrina del deber, una estricta deontología (p. 54). Cfr. TAYLOR, A. E., «The Ethical Doctrine of Hobbes» (*Philosophy*, 1938), en Brown, K. C. (ed.), *Hobbes Studies* Oxford, B. Blackwell, 1965, pp. 35-55.

²² Para WARRENDER, el fundamento de la obligación que la ley natural impone tiene como trasfondo el ser un mandato de Dios, y no procede, por tanto, ni del acuerdo de los individuos, ni del mandato del soberano civil. Cfr. WARRENDER, H., *The Political Philosophy of Hobbes: This Theory of Obligation*, Oxford, Clarendon Press, 1957, p. 100.

validatoria, de modo que no es una ley estrictamente moral. Para Watkins, la ley natural fundamental (buscar la paz) atacaría el fundamento de la interpretación deísta de Warrender. Las leyes de naturaleza se asemejarían a las prescripciones del médico en aras de la salud. Más aún, para Watkins la impotencia de la razón hobbesiana le haría un precursor de Hume, y su escepticismo ético le llevaría a su positivismo legal²³. Según Oakeshott²⁴, lo que Hobbes llama un precepto de razón (*precept of reason*) es solamente un hipotético precepto y no el equivalente de un deber. Hobbes distingue entre una conducta obligatoria y lo que es una conducta racional. Así pues, apunta Oakeshott, la ley de naturaleza tiene un carácter racional, pero no obligatorio. Hablar de deberes naturales impuestos por la ley natural es inaceptable. Las leyes de naturaleza son «convenientes artículos de paz» cuyo seguimiento pone de manifiesto una disposición racional en los seres humanos al empeñarse en la paz. En opinión de Norberto Bobbio, la ley natural, de carácter prudencial, no obliga en absoluto al soberano, hasta el punto de ser un mero *flatus vocis*²⁵. Para Leo Strauss²⁶ la ley natural hobbesiana no es sino una deducción del principio fundamental de la autoconservación. En Hobbes el problema de la soberanía aflora, nos dice Strauss, ante la convicción hobbesiana de no encontrar una «recta razón» en las cosas. Esta impotencia de la razón (*impotence of reason*) hobbesiana pone en peligro la dignidad de la ley natural, produciéndose una ruptura con el racionalismo, una afirmación de la soberanía, a la que Hobbes concebirá no como razón, sino como voluntad. Recta razón y voluntad quedan, así, conectadas en Hobbes; y de aquí a Rousseau, apunta Strauss, sólo hay un paso.

Por nuestra parte, en lo que respecta a la ley natural en Hobbes, creemos que lo esencial se puede decir en pocas líneas, teniendo en cuenta el contexto problemático al que nos venimos refiriendo: en Hobbes las leyes de naturaleza, a las que llama mandatos de Dios, pues Dios es el autor de aquélla, o *virtudes morales*²⁷, o, en la expresión, a nuestro entender, más acertada, *mandatos racionales*²⁸, vienen a ser justamente

²³ Cfr. WATKINS, J. W. N., *¿Qué ha dicho verdaderamente Hobbes?* Madrid, Doncel, 1972, pp. 106, 113, 197, 214.

²⁴ Cfr. OAKESHOTT, M. *Hobbes, on Civil Association*, Oxford, Basil-Blackwell, 1975, pp. 90, 103, 114, 119.

²⁵ Cfr. BOBBIO, N., *op. cit.* p. 195.

²⁶ STRAUSS, L., «The Political Philosophy of Hobbes. Its Basis and its Genesis», Chicago, University Press, 1963, pp. 15, 159-160.

²⁷ «Por lo tanto, mientras el hombre está en su condición natural, que es un estado de guerra, su apetito personal es la medida de lo bueno y de lo malo. Y por eso todos los hombres han venido a acordar esto: que la paz es lo bueno, y que también son buenos los medios o caminos que conducen a ella, que son, como he mostrado antes, la *justicia*, la *gratitud*, la *modestia*, la *equidad*, la *misericordia*, y el resto de las leyes de naturaleza, esto es, las *virtudes morales*». *Leviathan*, XV, p. 146 (p. 133).

²⁸ Después de reconocer HOBBS que «no están de acuerdo los autores en la definición de ley natural, a pesar de que utilizan este término con mucha frecuencia en sus escritos», nos dice: «Pues es la ley una cierta *recta razón* que (al formar parte de la naturaleza humana, no menos que cualquier otra facultad o afección del ánimo), se llama también natural. Es pues la *ley natural*, por definirla ya, un dictamen de la recta razón acerca de lo que se ha de hacer u omitir para

esto: el *ámbito* marcado por la *racionalidad*²⁹. Ya Hobbes nos advirtió que la expresión «leyes» no era muy acertada³⁰, de manera que no le otorguemos un estatuto que el propio Hobbes no les concedió. Son dictados racionales, recomendaciones que la razón nos hace, universalmente, en todo tiempo y lugar, y que debemos tener en cuenta, y esto es, a nuestro juicio, importante, *si queremos*, claro está, *ser racionales*. No son mandatos religiosos, ni políticos, ni jurídicos; tan sólo son *mandatos morales*, pues son la única opción que tenemos ante el desnudo estado de naturaleza. Porque no nos confundamos y kantianicemos, categorizándolo, el concepto de moral; a las leyes de naturaleza no se les puede negar su dimensión moral por el hecho de ser hipotéticas³¹. En efecto, son dictados de una *moral hipotética* que podemos elegir o descartar, y todo ello dependiendo de si queremos ser o no racionales, con lo que ya sabemos que significa esto para Hobbes. Dicho de otro modo, si frente a la disyuntiva hobbesiana, o la guerra de todos contra todos, o la paz, optamos por esta última, lo cual significaría *sensatez* por nuestra parte, estamos optando también por una carpeta de mandatos o recomendaciones de inexcusable cumplimiento, pues de su toma en consideración, podrá decirse, depende que este logro de la paz sea o no factible. Pero ocurre algo más, y no de poca importancia, a saber, que Hobbes, a diferencia de Kant, no confía en exceso en la capacidad moral de los hombres. El poder se hace necesario para Hobbes como medida ineludible para

la conservación, a ser posible duradera, de la vida y de los miembros». *De Cive*, II, 1 (pp. 22-23). Y en el *Leviathan* leemos: Una LEY NATURAL, *lex naturalis*, es un precepto o regla general, descubierto mediante la razón, por el cual a un hombre se le prohíbe hacer aquello que sea destructivo para su vida, o elimine los medios de conservarla». *Leviathan*, XIV, pp. 116-117 (p. 110). A nuestro juicio, aunque HOBBS sigue llamando leyes divinas a las leyes naturales, pues Dios es el autor de la naturaleza [Cfr. *De Cive*, III, 33 (p. 42)], hay en él una decidida voluntad de eliminar todo factor religioso de la reflexión política, y, por ello, prefiere llamar a las leyes naturales mandatos de la razón, universales, eternos, accesibles a todo hombre en condiciones normales. De este modo, eliminando el componente religioso de las mismas, HOBBS cierra definitivamente la puerta a la problemática de la *doble obediencia* que de aquel modo pudiera suscitarse.

²⁹ En este punto, nos sentimos próximos a la tesis de GAUTHIER, para quien las leyes de naturaleza no son sino preceptos que imponen los requerimientos de la recta razón. Para GAUTHIER las leyes de naturaleza no imponen, por sí mismas, obligaciones; son exigencias de la racionalidad; son consejos (y no mandatos como piensa TAYLOR) porque redundan –según la definición de HOBBS– en beneficio de aquellos a quienes van dirigidos. Cfr. GAUTHIER, D. P., *The Logic of Leviathan. The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes*, Oxford, Clarendon Press, 1.^a reimp., 1979, pp. 36, 47-50, 66-76. Son consejos, apuntaríamos nosotros, para no salirnos fuera del ámbito de la racionalidad, y que mandan pautas de actuación para aquellos agentes que han optado por una actitud racional.

³⁰ «Los hombres han solido dar el nombre de leyes a estos dictados de la razón, pero lo han hecho impropriamente». *Leviathan*, XV, p. 147 (p. 133). Para HABERMAS hay un uso equívoco, ambiguo del término «ley natural» por parte del propio HOBBS. Cfr. HABERMAS, J., *Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 71.

³¹ Por ello, compartimos con C.B. Macpherson la tesis de que el hecho de que la obligación en HOBBS derive del interés egoísta (racional), de ello no se sigue que no pueda calificarse de obligación moral. Cfr. MACPHERSON, C. B., *La Teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*; Barcelona, Fontanella, 1970, pp. 70-71. No hay tal fractura, como piensa Taylor, entre su psicología y su moral.

garantizar aquella paz siempre en precario³², amenazada por la inestabilidad de nuestras pasiones. Pero la necesidad del poder no le excusa de la demanda de su racionalidad. Y si el poder ha de salvaguardar la vida de los gobernados esto significa que no puede eludir los mandatos racionales que las leyes de naturaleza encarnan. Por ello se entenderá bien que Hobbes diga: el espacio que ocupan es el mismo³³, así como el que la ley positiva no puede ir en contra de la ley natural³⁴, por lo que el soberano estará sometido a la ley natural³⁵. ¿Y cómo podría ser de otro modo? Impensable, para Hobbes, por supuesto, porque implicaría imaginar un soberano irracional, un lobo para el hombre, una situación tan insostenible como aquella que quisimos evitar con la transferencia. De modo que las leyes de naturaleza, o mejor, los dictados de la razón son esa plataforma de racionalidad para el desarrollo de la ley, así como también vienen a ser, en caso de vacío legal, el espacio adecuado para poder hallar una respuesta, lo más racional y equitativa posible, al caso que se plantee. Si alguien dice, como el propio Hobbes sostiene, que el soberano es el único intérprete de la ley natural, esto no puede entenderse como coartada suya

³² A HOBBS le gusta ilustrar la necesidad del poder, por más que nos cueste reconocerla, del siguiente modo: «Alguno pudiera aquí objetar que la condición de los súbditos es sobremanera miserable, puesto que están sometidos a los deseos y a otras pasiones irregulares de aquel o aquellos que tienen en sus manos un poder tan ilimitado. (...) Y quienes se quejan no reparan en que el estado del hombre no puede estar nunca libre de incomodidades, y que aun la mayor que pueda acaecer a la generalidad del pueblo bajo cualquier sistema de gobierno es insignificante si se le compara con las miserias y horrores que acompañan a toda guerra civil, o a esa disoluta condición en la que se hallan los hombres cuando no hay autoridad ni sujeción a las leyes, y donde falta un poder coercitivo que les ate las manos y que no les permita caer en la rapiña y en la venganza. (...) Todos los hombres, por naturaleza, están provistos de notables lentes de aumento, que son sus pasiones y su amor propio, a través de las cuales cualquier pequeño pago les parece sobremanera gravoso; pero están desprovistos de esas otras lentes anticipadoras, esto es, las lentes de la moral y de la ciencia civil, que les permitirían distinguir desde lejos las miserias que los esperan y que no podrían evitarse sin esas contribuciones». *Leviathan*, XVIII, pp. 169-170 (pp. 153-154).

³³ «La ley natural y la ley civil están contenidas la una en la otra, y tienen igual extensión. (...) En las querellas entre individuos particulares, para declarar qué es la equidad, qué es la justicia y qué es la virtud moral, y para hacer que estos principios tengan fuerza obligatoria, son necesarias las ordenanzas del poder soberano, y es necesario que haya castigos prescritos para quienes no las respeten. Esas ordenanzas son, por tanto, parte de la ley civil. Y, en consecuencia, la ley natural es una parte de la ley civil en todos los Estados del mundo. También, recíprocamente, la ley civil es una parte de los dictados de la naturaleza. (...), la obediencia a la ley civil es también parte de la ley natural. La ley civil y la ley natural no son específicamente diferentes, sino partes diferentes de la ley; la parte escrita se llama civil, y la no escrita, natural». *Leviathan*, XXVI, pp. 253-254 (p. 217).

³⁴ «Concluyo, por tanto, que en todas las cosas que no son contrarias a la ley moral, es decir, a la ley de naturaleza, todos los súbditos están obligados a obedecer como ley divina lo que las leyes del Estado declaren como tal. Lo cual es evidente para la razón de todo hombre; pues cualquier cosa que no va contra la ley de naturaleza, puede hacerse ley en nombre de quienes tienen el poder soberano; (...)». *Leviathan*, XXVI, p. 275 (p. 232).

³⁵ «Es verdad que todos los soberanos están sujetos a las leyes de naturaleza, pues dichas leyes son divinas y no pueden ser derogadas por ningún hombre ni por ningún Estado». *Leviathan*, XXIX, p. 312 (pp. 259-260). No nos parece admisible, pues, decir, como hace NORBERTO BOBBIO, que el soberano puede violar las leyes naturales; más aún, para BOBBIO, el poder del soberano es ilimitado tanto con respecto a las leyes naturales, como respecto al derecho de los súbditos. Y es que, en definitiva para BOBBIO, «(...) una vez erigido el Estado, las leyes naturales no tienen razón de ser». BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 177.

para hacer de lo blanco negro y de lo negro blanco, sino para, una vez más, unificar la fuente de poder en la figura del soberano. Pero el soberano también está sujeto a las leyes de la lógica y no puede interpretar las leyes de naturaleza, destinadas a preservar la vida, hasta el punto de que, amparándose en una supuesta interpretación de las mismas, conseguir efectos contrarios. Esto, desde luego, sería inaceptable para Hobbes³⁶. El soberano es el intérprete de la ley natural³⁷, pero la *salus populi*, el bienestar del pueblo, va a ser un límite que la experiencia va a imponer al soberano a la hora de evaluar la racionalidad de su actuación política. Porque, en el esquema hobbesiano, una política que no sea racional acabará produciendo unos efectos prácticos negativos, desestabilizadores, pues la ausencia de una política equitativa acarreará desajustes en sus destinatarios, y el malestar social, con todo lo que arrastra a su paso, estará servido.

Por consiguiente, y a modo de conclusión, podríamos decir que el soberano hobbesiano, y en esto hay que insistir, con independencia del uso tergiversador que de las ideas de Hobbes pueda luego hacerse en la práctica, no es tan fiero como a veces se pinta³⁸. Por una parte, y como marco fundamental para su política, tiene que tener en cuenta la fuente de su legitimación: no la mera transferencia del poder, sino también la tesis de Hobbes de que la *salus populi* es *suprema lex*. Tanto es así, que de no contemplarse este principio fundamental no habría razones para la obediencia, con lo cual el conflicto y la guerra estarían más que servidos. Por otra parte, y como dictados o recomendaciones que la razón hace para ser racionales, tanto el individuo concreto (en aquellas actuaciones que no vengan impuestas por la ley positiva, es decir, en el ejercicio de su libertad), como el Estado³⁹, única fuente de la ley, las «leyes» de natu-

³⁶ Sería inaceptable para HOBBS porque la *salus populi*, el bienestar del pueblo, también constituye un límite interpretativo importante, de manera que no se podría interpretar la ley natural hasta el punto de poner en peligro la *salus populi*. Y es que HOBBS tenía muy claros los compromisos asumidos tanto por el ciudadano (*obediencia*) como por el soberano (*protección*). Como una prueba más de ello, veamos el siguiente texto, que nos parece esencial: «¿Cuáles son esas leyes llamadas fundamentales? Pues no entiendo cómo una ley puede ser más fundamental que otra, con la sola excepción de la ley natural que nos obliga a todos a obedecer a aquél, quienquiera que fuere, a quien legítimamente y por nuestra propia seguridad hemos prometido obedecer; ni ninguna otra ley fundamental para un rey salvo la *salus populi*, la seguridad y bienestar de su pueblo». *Behemoth*, pp. 248-249 (pp. 88-89).

³⁷ Cfr. *De Cive*, XV, 17, pp. 144-145.

³⁸ HOBBS no niega que un soberano, persona o asamblea, pueda tener intención de obrar abusando de su poder, y, así, se dedique, como algunos temen, a robar, expoliar y matar. Y es aquí donde HOBBS nos da sus razones para no temer que esto suceda: «Pero ¿por qué iba a hacerlo? No porque pueda, porque si no quiere no lo hace. ¿Acaso quiere despojar a los demás en beneficio de uno o de pocos? En primer lugar, lo haría con derecho, esto es, sin inferir injuria a nadie, pero no con justicia, es decir, no sin violar las leyes naturales, ni sin injuriar a Dios. Por eso, del juramento de los principios sí se deriva alguna seguridad para los súbditos. Pero además, aunque lo pudiera hacer con justicia o aunque el juramento no tuviera ningún peso, no aparece razón alguna de por qué iba a querer expoliar a sus ciudadanos cuando eso no es bueno para él. Aunque no se puede negar que a veces el príncipe puede tener intención de obrar injustamente». *De Cive*, VI; 13, nota 3 (pp. 60-61).

³⁹ Por este motivo, discrepamos con la interpretación de Hobbes como mero iuspositivista porque desconoce el importante papel que, como *plataforma de racionalidad*, juega la ley natu-

raleza constituyen una plataforma inexcusable *siempre que queramos* optar por la racionalidad. Por todo ello, pensamos que Hobbes no es más que esto: un decidido racionalista en favor de la paz, o, si lo preferimos, un decidido pacifista en favor de la razón. Del cumplimiento de sus leyes naturales dependerá la racionalidad del sistema político hobbesiano, y, en definitiva, esa *salus populi* que es *suprema lex*, ese bienestar del pueblo, el cual es la única y fundamental legitimación de la política para Hobbes.

Como puede apreciarse, en el esquema teórico hobbesiano, hay un camino permanente de ida y vuelta de la moral a la política, y de ésta nuevamente a la moral. Las leyes de naturaleza, los mandatos de razón son condición necesaria, pero no suficiente para garantizar esa convivencia pacífica entre los individuos. Nuestras pasiones desatadas, esa insociabilidad⁴⁰, pero también ese anhelo de una vida placentera⁴¹ que, en definitiva, caracteriza al hombre según Hobbes, acaba por demandar la presencia del poder⁴², porque una vez que se dé rienda a la guerra de todos contra todos, lo más racional es buscar una salida política a los conflictos que ataje la situación. El soberano, ya sea un solo individuo, ya sea una asamblea de hombres, será quien decida, en favor de la paz, qué va a entenderse por bueno y malo, por justo e injusto. Hasta el momento en que el Estado y el Derecho positivo no entran en escena no puede hablarse de bueno y malo, ni de justicia o injusticia⁴³. En el estado de naturaleza no hay más que el juego desatado de las pasiones: es un estado biológico, sin más. En consecuencia, la ley será el criterio de justicia, y, además, el único permitido si se quiere vivir en paz. En este sentido, dirá Hobbes, no hay ley injusta⁴⁴. Y no la hay porque antes de la ley positiva del Estado no hay ni tuyo ni mío, ni bueno, ni malo, sino pasiones naturales en pugna⁴⁵.

ral en el pensamiento jurídico-político de HOBBS. No compartimos, pues, la lectura que hace GUIDO FASSÒ (muy próxima a la de BOBBIO), para quien el iuspositivismo hobbesiano sería el instrumento esencial de su absolutismo. Creemos que esta tesis merece ser matizada en el sentido en que venimos pronunciándonos en este trabajo. Cfr. FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, pp. 103-108.

⁴⁰ A diferencia de las abejas y las hormigas, apunta HOBBS, «(...) los hombres están compitiendo continuamente por el honor y la dignidad, cosa que no hacen estas criaturas. Como consecuencia, surge entre los hombres, por esa razón, envidia y odio, y, en última instancia, la guerra». *Leviathan*, XVII, p. 156 (p. 143).

⁴¹ Cfr. *Leviathan*, XIII, p. 116 (p. 109).

⁴² En HOBBS es el torbellino de las pasiones el que pone en peligro nuestra capacidad racional y moral, dando paso a la necesidad de la política como fuente de resolución de los conflictos: «Si pudiéramos suponer una gran multitud de hombres capaces de regirse mediante la observancia de la justicia y de otras leyes de la naturaleza, sin necesidad de un poder común que los mantuviese atemorizados, podríamos, asimismo, suponer que la humanidad entera sería también capaz de hacerlo. Y, en ese caso, ni el gobierno civil, ni el Estado serían necesarios en absoluto, ya que habría paz sin necesidad de tener que recurrir al sometimiento». *Leviathan*, XVII, p. 155 (p. 143). Cfr. también, *De Cive*, I, 2 (pp. 14-17).

⁴³ «Por consiguiente, allí donde no hay Estado, nada es injusto». *Leviathan*, XV, p. 131 (p. 122). Cfr. también *De Cive*, Prefacio (p. 7).

⁴⁴ «Sucede con las leyes del Estado lo mismo que con las reglas del juego: que lo que todos los jugadores acuerdan entre ellos, no es injusticia para ninguno». *Leviathan*, XXX, p. 335 (p. 276).

⁴⁵ Cfr. *De Cive*, VI, 1 (p. 56).

Pero al decir que no hay ley injusta no está ya todo dicho. Porque Hobbes admite la posibilidad de que una ley, que siempre será justa, pues ella es la que imparte el criterio de lo justo, pueda promover la iniquidad. Dicho de otro modo, para Hobbes *justicia* y *equidad* pueden ir por caminos distintos, porque lo justo tiene que ver sólo con el estricto mandato y cumplimiento de la ley. Bien es verdad que la afirmación de Hobbes de que no hay ley injusta se ha prestado a ser interpretada en el sentido de que, con ella, Hobbes estaría justificando cualquier política, pues ésta, siempre que estuviera basada en la ley, sería justa. Pero esta conclusión no es cierta, ni puntual, ni sistemáticamente hablando. Y no lo es porque Hobbes distingue, como decimos, justicia y equidad⁴⁶. La equidad es un mandato racional que ha de cumplir la ley, es una de las leyes de naturaleza. Ya hemos hablado del carácter hipotético de la ley natural: nos ordena algo *sólo si queremos ser racionales*, sólo si hemos optado por una convivencia pacífica⁴⁷. El soberano no está obligado categóricamente a preservar la equidad con sus leyes. Estará obligado *sólo si quiere seguir siendo soberano*. Porque, desde luego, si la ley no es equitativa, si promueve desequilibrios y desajustes entre los gobernados, la crispación y el malestar social, con todo lo que una dinámica así puesta en marcha trae consigo, estarán servidos. No hay ley injusta, pero promover la iniquidad es taladrar los cimientos del Estado, los fundamentos de la convivencia pacífica. Poner en peligro la equidad traerá como consecuencia, más tarde o más temprano, que grupos sociales vean su seguridad, su protección comprometida. El principio fundamental de la *salus populi*⁴⁸ corre peligro, y la obediencia a un soberano que pone en peligro la segu-

⁴⁶ Por esta razón escribirá HOBBS: «Es cierto que quienes tienen poder soberano pueden cometer iniquidad, pero no injusticia o injuria, en el sentido más propio de estas palabras». *Leviathan*, XVIII, p. 163 (p. 149). En *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* E.W. 6, pp. 25-26, insiste en la misma idea, y nos aclara que «(...) injusticia es la transgresión de una ley estatutaria, e iniquidad la transgresión de una ley de la razón». *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Madrid, Tecnos, 1992, trad. de Miguel Ángel Rodilla, p. 24.

⁴⁷ Al final del capítulo XIII del *Leviathan*, p. 116 (p. 109), nos dice HOBBS: «Y la razón sugiere convenientes normas de paz, basándose en las cuales los hombres pueden llegar a un acuerdo. Estas normas reciben el nombre de leyes de Naturaleza (...)».

⁴⁸ Insistir en la importancia que para HOBBS tiene la *salus populi* nos parece esencial, por cuanto en ella descansa la garantía fundamental de los ciudadanos respecto del soberano: «Todos los deberes de los gobernantes se encierran en este único: *la ley suprema es la salvación del pueblo*. Y aunque los que detentan el poder supremo entre los hombres no pueden someterse a leyes propiamente dichas, esto es, a la voluntad de los hombres, porque es contradictorio ser el más alto y someterse a otros, sin embargo es su *deber* obedecer a la recta razón, que es la ley natural y divina, en la medida de sus fuerzas. Y dado que los poderes se han constituido en orden a la paz, y la paz se busca para la salvación, el que tuviera el poder y lo utilizase para algo distinto de la salvación del pueblo, obraría contra las razones de la paz, esto es, contra la ley natural. Pero así como la salvación del pueblo es la que dicta la ley por la que los príncipes conocen su *deber*, así también enseña el arte por medio del cual consiguen su propio beneficio. Ya que el poder de los ciudadanos es el poder del Estado, esto es, de quien tiene en él el poder supremo». *De Cive*, XIII, 2 (p. 113). Queda, así, clara cuál debe ser la mira de toda política para HOBBS: la *salus populi*, que, como bien se recordará, significa lo siguiente: «Por *salvación* debe entenderse no sólo la conservación de la vida de cualquier forma sino, en la medida de lo posible, de la vida feliz». *Idem*.

ridad y bienestar de los gobernados estará más que cuestionada⁴⁹. Se demuestra, así, que, en buena lógica, lo más racional para el soberano será no olvidarse de la razón y de sus mandatos, las leyes de naturaleza. Y es que, como decíamos, por pura lógica, no puede ser de otro modo: si queremos salvar la piel, y esto afecta también al soberano, no nos queda más remedio que conducirnos guiados por la razón⁵⁰. Y por ello mismo ha resumido sabiamente Hobbes todos los mandatos racionales en uno solo: *no hagas a otro lo que no quisieras que te hiciesen a ti*⁵¹.

De la moral a la política, de la política a la moral, éste es un camino de ida y vuelta permanente, si no queremos que se firme la defunción de ambos ámbitos. Porque la moral, los principios morales que posibilitan una convivencia pacífica, duran poco en escena si no cuentan con el respaldo de un poder político que los desarrolle y tutele. Por otra parte, un poder al margen de esta moral universal basada en el respeto a la vida, la integridad personal y el derecho de todos a una vida digna y placentera, un poder que no tuviera esto bien en cuenta es una fortaleza que está labrando su propia ruina⁵².

Hobbes, en definitiva, fue bien consciente de la necesidad de unos principios universales que puedan regir la convivencia humana. Pero la moralidad de estos principios no se desprende ni de creencias religiosas, ni de postulados metafísicos, sino de la mera razón, pues lo racional se ha definido en términos de autoconservación. Por ello, el concepto de

⁴⁹ Sobre la relación entre obediencia y protección, cfr. *Leviathan*, «Repaso y conclusión», p. 713 (p. 547). Y en el *De Cive*, VI, 3 (p. 57), nos dice HOBBS: «Pues la seguridad es la razón de que los hombres se sometan a otros, y si ésta no se da, nadie entiende haberse sometido a otros ni haber perdido el derecho a defenderse por su cuenta. Porque ha de entenderse que nadie se obliga a nada ni renuncia a su derecho a todo sin que se haya provisto a su seguridad».

⁵⁰ En este punto nos parece interesante traer a colación el comentario que hace HABERMAS a propósito de que el dominio hobbesiano se establece a causa de la paz, y ésta por mor del bienestar, así como que el soberano cuida del bienestar de los ciudadanos por medio de leyes, que tienen el carácter de normas formales y generales, y que garantizan una igualdad formal de derechos y deberes. Por todo ello ha escrito HABERMAS: «La *raison* del Estado absolutista construido iusnaturalistamente por HOBBS es liberal. Pues las leyes de la razón natural desarrolladas bajo el título de la libertad no sólo ligan internamente la conciencia y la buena voluntad de los hombres, sino que están también en la raíz del contrato social y del dominio de los ciudadanos, de tal modo que –como muestra el capítulo 13 del *De Cive*– el portador del poder estatal está fundamentalmente obligado a las intenciones liberales del derecho natural. En esta medida, HOBBS es el auténtico fundador del liberalismo». Cfr. HABERMAS, J., *op. cit.*, pp. 72-73.

⁵¹ Como el mismo HOBBS dice, conocemos nuestro deber moral (pues la ley natural es expresión de la moralidad) con sólo ponernos en el pellejo ajeno, algo para lo cual no es necesario una inteligencia cultivada: «(...) nada es más fácil de conocer, incluso para el rudo sin letras, que la ley natural; mediante esta sola regla: que cuando dude de si lo que va a hacer a otro está de acuerdo con el derecho natural o no, se ponga en su lugar. En ese mismo instante, aquellas perturbaciones que le instigaban a hacerlo, como si hubiesen pasado al otro platillo de la balanza, le disuadirán de lo mismo. Y esta regla no sólo es fácil sino que ya desde antiguo se viene celebrando con estas palabras: *no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti*». *De Cive*, III, 26 (p. 40). Cfr. también *Leviathan*, XV, p. 144 (pp. 131-132).

⁵² Cfr. *De Cive*, X, 2 (p. 90). Como muy bien nos recordó F. TÖNNIES, también el soberano puede ser digno de ser tratado hostilmente si no cumple con la ley natural. Cfr. TÖNNIES, F., *op. cit.*, p. 270. Y es que el propio HOBBS justifica matar al que gobierna sin derecho, lo cual ya no sería matar a un tirano, sino a un enemigo, y hablaríamos de hosticidio. Cfr. *De Cive*, XII, 3 (p. 105).

razón en Hobbes, que incorpora el cálculo de resultados, va más allá de ser meramente esto. La racionalidad desborda los estrechos límites de la calculabilidad, en el sentido de que la racionalidad es la expresión de algo más que una facultad que realiza operaciones lógicas; la racionalidad, tal y como Hobbes la entiende, es una posibilidad humana⁵³, por la que no tenemos más remedio que apostar, si es que de verdad queremos una vida digna y feliz, cuyo único medio es la paz. La razón incorpora, a través de sus mandatos, más allá de creencias particulares, más allá de la diversidad cultural, una moral que puede ser compartida, y que ha de servir de plataforma para las distintas formas de vida que el tiempo genere. La razón hobbesiana, que, según sus propias palabras, nos «(...) sugiere convenientes normas de paz, basándose en las cuales los hombres pueden llegar a un acuerdo»⁵⁴ es una razón moral y política, porque optar por la racionalidad no es optar sólo por un proceso de cálculo, sino por un resultado muy concreto, a saber, la salvaguarda y desarrollo de la vida humana, así como por el único medio en que esto es posible: la convivencia política pacífica.

⁵³ Esa posibilidad que tiene el hombre de construir un universo de espaldas a la barbarie le viene no sólo de la razón, sino también de ciertas pasiones, a saber, del miedo a la muerte, del deseo de una vida cómoda, y de la esperanza de lograrla. Cfr. *Leviathan*, XIII, pp. 115-116 (p. 109).

⁵⁵ *Leviathan*, XIII (p. 109).

Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática

Por JOSÉ MARÍA ROSALES

Málaga

Defiendo en este trabajo una interpretación sobre las transformaciones de la esfera pública y sobre su configuración actual a partir de la correlación entre las ideas y entre la experiencia histórica de la política, la ciudadanía y el pluralismo. Un primer objetivo es poner de relieve que sobre el trasfondo de esta correlación puede reconstruirse la historia de las transformaciones de la esfera pública hasta su configuración en las democracias liberales. La reconstrucción trata de mostrar, en segundo lugar, el actual escenario de la política, caracterizado por la devaluación de la dimensión ciudadana y la oportunidad de su recuperación en el escenario de cambios configurado por las transformaciones del Estado (con implicaciones directas sobre la comprensión de la ciudadanía y la articulación del pluralismo) y de la esfera pública en la nueva sociedad de la información. El trabajo se inicia con un itinerario semántico, y un intento de precisión conceptual básica, a través de las ideas de política (I), ciudadanía (II) y pluralismo (III). El mismo propósito orienta el apartado IV al presentar la idea de publicidad política, sólo que esta consideración nos introduce ya en el escenario normativo fundamental de la condición política moderna (V). Para argumentar las razones de la condición política en la modernidad realizaré a modo de síntesis un breve, pero básico, recorrido histórico para ilustrar la continuidad entre la experiencia de la política representativa y la formación de la democracia liberal (VI). En el último apartado (VII) esbozo una interpretación sobre la oportunidad de redefinir la dimensión cívica de la política en la nueva esfera pública de la democracia liberal.

I. POLÍTICA COMO DELIBERACIÓN PÚBLICA

La política no tiene un único significado. Sus significados son múltiples y cambiantes, son fijados y reformulados en el curso de la experiencia histórica. Sin embargo, los cambios tienden a diluirse bajo una misma y genérica referencia de sentido. Con esta ambigüedad, que la convierte en una idea multívoca y en un término inflacionario, tiende a usarse en el lenguaje corriente, así como en el lenguaje de la política (pues nuestro imaginario conceptual suele simplificar la complejidad de las ideas mediante el recurso a términos genéricos) e, incluso, en el lenguaje especializado de la teoría política. En este último las transiciones de sentido rara vez se advierten o se hacen notar, como si el uso histórico de «política» no hiciera sino reflejar un continuo de significados derivados de una misma fuente semántica. Es decir, se prescinde de su interrelación en cada contexto de uso, y de su lógica diferencia, con otros términos («poder», «despotismo», «ciudadanía», «pluralismo», «gobierno», «democracia»), de forma que suele ya aparecer abstraído de su correspondiente contexto de uso.

Defenderé una idea básica o fundante de *política* (en el sentido de que toda interpretación posterior debería poder incorporarla) entendida como la actividad deliberativa de los ciudadanos en la esfera pública (en cualquiera de sus instancias públicas o privadas de deliberación cívica colectiva) en torno a los significados del interés común. Asimismo, en tanto que acción deliberativa participada por la pluralidad de los ciudadanos (y de los grupos de ciudadanos), la política se constituye en la condición normativa previa de la actividad del gobierno, esto es, del ejercicio del poder asignado al oficio público del gobernante (investido, por tanto, de autoridad por la ciudadanía). Pero no es el gobierno. La identidad entre política y gobierno opera sólo en el mundo de la *polis* griega, donde encuentra una significación coherente la idea del *gobierno político* en tanto que gobierno de los ciudadanos (Oakeshott, 1975: 158-182). En este orden de términos, la democracia hace referencia justamente a la continuidad entre la participación *política* y la participación (directa o mediada) de la ciudadanía en el ejercicio del poder: en el diseño de la planificación política (*policy-making*) y en la toma de decisiones dirigida a la realización del interés común.

En el mundo griego, de acuerdo con el testimonio de historiadores como Tucídides, Polibio o Jenofonte, y de acuerdo también con la reconstrucción normativa de sistemas políticos ideales por Platón o Aristóteles, la idea de política contiene estos rasgos fundantes. Política (*ta politika*) es todo lo que concierne a la comunidad de los ciudadanos, la *polis*, en tanto que interés común y en tanto que gobierno común. Designa tanto esta esfera de interés (y de valores comunes) como la esfera de acción propia de la ciudadanía. En realidad, no sólo la deliberación, sino la participación en el gobierno (en el autogobierno) de los asuntos comunitarios. El ciudadano (*polites*) es consecuentemente el hombre político (*poli-*

tikos), y aunque determinados puestos fueran objeto de elección e incluso también de contrato profesional (las magistraturas financieras o la dirección del ejército), no cabía aún imaginar la política como la actividad de políticos profesionales (Hansen, 1991: 268-277).

El espacio de la política es el espacio de la opinión (*doxa*), configurado por la participación de la ciudadanía. La equivalencia del derecho a tomar parte en las deliberaciones de la comunidad (*isegoría*) excluye, en efecto, de la esfera pública la idea (moderna) de política como conocimiento experto (*tekhné*), pero también como conocimiento científico (*episteme*) (Castoriadis, 1996: 166-167). El derecho de participación regulaba el acceso igualitario a los órganos de participación y de autogobierno de la *polis*: la asamblea general deliberativa (*ecclesia*), el consejo (*boule*), que compartía con la asamblea las funciones legisladora y gobernante, y el tribunal de la comunidad (*dikasterion*). Es decir, si la participación tenía un primer sentido como derecho a la interlocución civil, sobre éste se apoyaba, particularmente en la época de la democracia (entre los siglos VI y IV), el derecho a participar en las decisiones del gobierno. La *polis* se configura, en efecto, como comunidad autogobernante (*autarkhes koinonia*). Basa su autonomía tanto en su capacidad de autogestión financiera, articulada sobre un fluido y omniabarcante sistema fiscal que dependía de las contribuciones no sólo de los ciudadanos, sino también de los metecos o residentes legales no naturalizados, como en su capacidad disuasoria frente al exterior. Pero la autonomía de la comunidad no es sólo de naturaleza financiera y militar, sino de naturaleza política. Su gobierno es un gobierno político (*politike arkhé*) en tanto que administrado por ciudadanos, el gobierno de «los libres e iguales», opuesto a toda forma de gobierno despótico (*despoteka*) (Aristóteles, *Política*, 1255 b, 16-20).

Este significado fundante de política se mantiene en el mundo romano. Sus presupuestos básicos son asumidos en particular por el republicano, que sobre la idea de una política *deliberativa* (la expresión sería pleonástica) entiende la experiencia del gobierno como un equilibrio entre la ley, el poder común configurado por la asociación civil entre los ciudadanos y la libertad sobre la que se funda el orden mismo de derecho. La naturaleza humana sigue siendo definida por su condición cívica en los términos de la racionalidad y la libertad (Cicerón, *De officiis*, I.xvi). Se mantiene la correspondencia entre el orden natural y el orden civil, como puede deducirse, a través de la conexión intelectual del estoicismo. La constitución de la comunidad civil, una asociación de derecho (*societas iuris*), responde en definitiva al designio de la ley natural: «ad participandum ali um alio communicandumque inter omnes ius nos natura esse factos» (Cicerón, *De legibus*, I.xii. 33). Ciertamente, el modelo institucional de la *respublica* no obedece ya a los condicionantes geopolíticos del modelo griego de la ciudad-estado. Y este cambio de coordenadas determinará por su parte el cambio fundamental en la experiencia de la política. Por razones de la complejidad institucional ante la diferente

composición democrática (no puede olvidarse que el modelo republicano alcanza su plenitud, y materializa en la práctica su orientación universalista, en la época del Imperio), la política comunitario-participativa se transforma en universalista-representativa. Aparece entonces delimitada con nitidez la diferencia entre la política como actividad eminentemente deliberativa y al gobierno como actividad caracterizada por la toma de decisiones, asignada o elegida por la ciudadanía a un oficio público específico investido de autoridad (Pitkin, 1967: 241-242). La práctica de la representación es así introducida en el ámbito de la política y del gobierno.

La idea de comunidad política como comunidad constituida por ciudadanos en torno a una autoridad y un sistema de instituciones comunes, basados en el reconocimiento de la igualdad de derechos, de obligaciones y de deberes cívicos de sus miembros, es transmitida por San Agustín (*De civitate Dei*, XIX.xxi.1 y XIX.iv) sobre el material originario de Cicerón (*De re publica*, I.xxv). La versión agustiniana adapta el republicanismo a la cosmovisión teológica medieval y bajo esa forma se mantendrá hasta el siglo XIII, cuando se traducen por primera vez en la cristiandad los escritos de Aristóteles. A diferencia del intento agustiniano, la labor de Santo Tomás se dirige a conciliar la argumentación política de Aristóteles con los presupuestos teológicos de la cosmovisión cristiana. Un primer punto de acuerdo es buscado en la comparable prioridad, ontológica, moral y política, concedida a la comunidad sobre el individuo. Y, sin embargo, durante la Edad Media la experiencia de la política se ve paulatinamente vertebrada por las múltiples formas de asociación civil que dinamizan la vida de la comunidad (Black, 1988: 588 ss). Esta diferencia sobre el comunitarismo griego, más patente en la medida en que la cosmovisión medieval entra en crisis a partir del siglo XIII, acerca el pensamiento político medieval (no sólo el secular, sino también el religioso) al republicanismo romano y lo aleja del mundo griego. Sin duda, esta diferencia opera como idea subyacente en la interpretación de Santo Tomás, aunque sus efectos no se traduzcan con todas sus consecuencias hasta la teoría política de Marsilio de Padua y antes en el pensamiento teológico, aunque aún no desprendido de sus condicionantes comunitaristas, en la obra política de Guillermo de Ockham. En su exégesis de los textos morales y políticos de Aristóteles asume Tomás de Aquino su visión natural-racional sobre el origen de la comunidad política y, de ahí, la distinción fundamental entre política, o gobierno político, y despotismo (*De regimine principum ad regem Cypri*, I.x). Sin embargo, no logra conciliar la interpretación secular con su convicción religiosa, que acaba por imponer su primacía epistémica, ni tampoco logra actualizar o reformular en su argumentación los principios del republicanismo político (*ibid.*, I.i-ii). Su marco de referencia es el gobierno del reino (*principatus regni*) y en su arte se propone instruir al joven rey. El opúsculo citado queda incompleto y es continuado por su discípulo Tolomeo de Luca, quien, con el propósito de extraer fielmente las consecuencias de la argumentación del maestro, acaba, sin embargo (mostrando ya una coheren-

cia moderna y no medieval en su interpretación de la política), por argumentar las razones del principado *político* (*ibid.*, II.viii), el régimen que nosotros identificaríamos como constitucional (Sternberg, 1982: 29-30).

El legado cívico-republicano de la política es vindicado y actualizado en la modernidad. Fundamentalmente, con el reconocimiento de que la inspiración del modelo no implica una repetición de la historia, sino una reformulación de su significado y, de modo más preciso, de sus significados a través de la historia. Los humanistas del Renacimiento no tratan de imitar el pasado, sino de recuperarlo críticamente. Releerlo y reinterpretarlo, reescribir la historia como guía para el presente. La obra de Maquiavelo expresa como ninguna otra este propósito exegético, que no deja de ser, sin embargo, una toma de postura intelectual sobre la política de la época. Su estudio de caso sobre el ejercicio del poder en *El príncipe* constituye una reflexión en torno al arte del gobierno, «l'arte dello stato», pedagógica y estratégica, construida sobre la experiencia del pasado y sobre el análisis de la *política* europea del presente (sintetizada en las luchas por el poder). Y aun así, la obra permanece asentada sobre los presupuestos de la idea republicana de la política, manifiestos en su preferencia racional por el «principado civil», aquél constituido «cuando un ciudadano privado no mediante el crimen ni ninguna otra intolerable violencia, sino con el favor de sus conciudadanos se convierte en príncipe de su patria» (*Il principe*, IX). Presupuestos que aparecen ya plenamente desglosados en sus comentarios a la historia de la Roma republicana. Para entonces la argumentación de Maquiavelo defiende la que habría de ser una de sus tesis centrales y definitoria de su método de trabajo histórico-comparado: la experiencia de la vida civil de la república (su referencia inmediata es Florencia, como modelo y como terreno de experimentación) debe reflejar «il vivere civile», es decir, la vida política (*polis* es traducido al latín como *civitas*) de la antigua Roma y de las repúblicas que han logrado el equilibrio entre la paz y la libertad (*Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, I.ii-iii, vi, Iviii).

Nuestra interpretación moderna de la idea de política incorpora la síntesis operada por Maquiavelo, aunque sin distinguir sus dos niveles de discurso: el referido a la política como acción deliberativa (*Discorsi*, I.ii, xviii, xxv; II.ii) y el referido al arte del gobierno (*Il principe*, XV ss.), como ha destacado Sternberger (1982: 33-35). En su sentido moderno *política* identifica bajo una misma idea los significados de política y de gobierno, sólo que con un sentido radicalmente diferenciado de sus significados originarios. Así, subordina el primero al segundo en razón de la devaluación de la actividad deliberativa de la ciudadanía en el marco del Estado representativo. De esta forma llegará a entenderse la idea de política en los términos, aquí sintetizados por Weber en un sentido inequívocamente moderno, de «la aspiración a participar en el poder o a influir en la distribución del poder» («Politik als Beruf», en Weber, 1980: 505). Su dimensión deliberativa no sólo queda manifiestamente subordinada al momento de la toma de decisiones, sino que en la práctica queda circuns-

crita a la deliberación técnica de expertos y deja de ser, por tanto, una actividad eminentemente cívica.

Los ejemplos aducidos hasta este momento permiten reconstruir en esbozo el itinerario semántico de la idea de política. Reflejan sus cambios de significado en correlación con los referentes institucionales que en cada caso configuran su contexto de sentido. De este breve repaso puede extraerse una primera lectura, que se ampliará más adelante y que pone de relieve los puntos de inflexión de ese itinerario: desde su significación originaria como deliberación sobre el interés común llevada a cabo por la comunidad misma de los ciudadanos hacia su asimilación en la modernidad a la idea de gobierno. Una segunda lectura nos recuerda, sin embargo, que su dimensión deliberativa es su dimensión básica y normativamente fundante, en la medida en que sin su consideración no podríamos pensar hoy la política, el significado de lo político, a menos de reducir nuestra reflexión al ámbito profesionalizado de la técnica y del marketing políticos. Indirectamente, esta segunda lectura nos muestra el cambio de sentido operado en la tesis de Weber: la deliberación política, es decir, la deliberación ciudadana sobre los asuntos políticos, sobre el interés común, ha perdido su relevancia normativa en tanto que condición previa y constitutiva de la tarea del gobierno. Entendida sólo como deliberación de expertos, ha sido incorporada al momento de la toma de decisiones. Dicho esto, podemos ahora examinar con nuevos argumentos la relación entre la idea y la experiencia de la política y la idea y la experiencia de la ciudadanía, y cómo el problema del pluralismo actúa de catalizador de su evolución conjunta.

II. LA CIUDADANÍA O LA PARTICIPACIÓN EN LA CONDICIÓN CIVIL

La ciudadanía constituye el derecho originario de la condición civil, aquélla que define la asociación civil entre los individuos como relación de derecho en tanto que diferenciada de cualquier otra comunalidad natural entre los hombres (afectiva o instintiva). Se trata del derecho que da acceso al resto de los derechos participados por la condición civil. La ciudadanía define el modo de pertenencia de los individuos a la comunidad política. La pertenencia, el estatuto de la ciudadanía, cualquiera que sea su naturaleza (asumida por nacimiento o establecida por relación contractual), constituye la condición de derecho que reconoce el acceso del individuo a la comunalidad civil de derechos, obligaciones y deberes igualitariamente compartidos por los ciudadanos. La ciudadanía capacita al individuo (en el sentido de dar derecho) a participar en la vida *política* de la comunidad. Es capacitación igualitaria en la medida en que parte del reconocimiento de la igual capacidad cívica de todo ciudadano a actuar políticamente. Pero lo es también universalista, como se verá en este tra-

bajo, en la medida en que significa la participación en un estatuto universalista de derechos, normativamente compartido por cada individuo en razón de su misma humanidad. Este segundo supuesto nos llevará a analizar el significado de la ciudadanía en los términos de la tensión entre pertenencia y exclusión. Si la pertenencia, al menos en un orden democrático, debe estar legitimada por su orientación inclusiva o universalista, la exclusividad del reconocimiento de la ciudadanía (por parte del Estado) es justo el criterio que le confiere valor en tanto que modo de asociación civil, de ahí que la tensión no pueda resolverse sino a raíz de una universalización de los derechos de ciudadanía complementada por una universalización de las posibilidades reales o materiales para su ejercicio.

Como ya se ha destacado, la ciudadanía griega, el estatuto de quienes vivían con plenos derechos políticos en la *polis*, estaba restringida a sólo una parte del cuerpo social: los varones adultos, libres y económicamente autónomos (estaba también regulada la práctica de la naturalización, aunque se aplicaba con carácter extraordinario). Se trataba de una ciudadanía comunitaria. La ciudad griega era concebida como una comunidad de intereses políticos, pero asimismo una comunidad de lazos morales, cohesionada por la responsabilidad solidaria de los iguales, los ciudadanos que obedecían a la autoridad de una ley común. La ciudadanía era el derecho comunitario básico, el derecho igual de cada ciudadano a ser reconocido como políticamente digno dentro de la comunidad y, por lo tanto, a participar en la vida pública, en todos sus actos de gobierno, en la deliberación común y en la toma de decisiones. No cabía distinción, por tanto, entre el ejercicio de la ciudadanía y la formación de la voluntad política, pues se pensaba que la formación del interés común sólo podía proceder de la identificación (argumentativa) de las voluntades individuales bajo la voluntad comunitaria. El problema del pluralismo y su articulación en la comunidad obligó, sin embargo, a redefinir esta primera concepción comunitarista del gobierno y con ello la idea misma de política.

Durante el periodo de la República romana (desde el siglo VI al I) se materializaron diversos intentos por extender el estatuto de ciudadanía a los territorios conquistados. Fueron, sin embargo, intentos aislados y desde luego irregulares. La definitiva apertura cosmopolita del derecho de ciudadanía sólo se produjo en la época del Imperio, en los primeros siglos de nuestra era. El derecho de pertenencia pierde entonces su antiguo sentido comunitario o localista y se convierte progresivamente en un derecho común de los ciudadanos del imperio. El antiguo derecho de gentes abandona la concepción dualista que diferenciaba a los ciudadanos de Roma de los ciudadanos de provincias en favor de una concepción integradora, factor éste que le permite entroncar con la tradición del derecho civil romano. El Derecho internacional (*ius gentium*) aparece ya como la continuación lógica del Derecho civil (*ius civile*). La expansión tiene en ese sentido un efecto igualitario al propiciar una equiparación progresiva de derechos entre los ciudadanos de Roma y los súbditos de

las provincias, hasta el punto que el universalismo del derecho no borra, sino que concilia el derecho y la concepción de la ciudadanía de los territorios anexionados. «Omnibus municipibus duas esse censo patrias, unam naturae, alteram civitatis», escribirá Cicerón (*De legibus*, II, II, 5). La apertura cosmopolita de la ciudadanía romana representa la culminación igualitaria y universalista de la ciudadanía griega. El Imperio significa el desmentido más rotundo de la democracia griega, pero hereda de ésta, y del ideal político republicano, el componente universalista y expansivo que entonces no pudo desarrollarse sino como una contradicción del modelo comunitario. La experiencia del Imperio demuestra que no es la forma de gobierno, en su caso monárquica, sino el derecho, un derecho de proyección universalista, el factor que da unidad a su proyecto de conquista. Y que en gran medida da cumplimiento a la tarea que la República no pudo realizar. El Imperio consiguió, al menos imperfectamente, universalizar el ideal de libertad igualitaria de la constitución republicana y en ese sentido demostraba la virtualidad de la síntesis entre el modelo republicano de gobierno (que el Imperio no llegó a transformar sino sólo parcialmente) y un modelo universalista del derecho.

El espíritu de las fórmulas de representación del republicanismo es asumido en la Edad Media por los primeros regímenes *parlamentarios*, que amplían el sistema de representación hasta incorporar junto a la representación política la representación de intereses privados (Pitkin, 1967: 241-247; Quillet, 1988: 554-572). Finalmente, el problema de la complejidad es resuelto por la política moderna mediante la transformación del modelo de Estado tardo-medieval, esto es, el modelo de los principados o de las repúblicas comunales, en el estado representativo, basado en el principio de la mediación representativa de toda acción política y que, por cierto, incorpora asimismo en la arena política la representación de los intereses privados organizados. Para entonces la idea de ciudadanía había dejado de estar asociada con el ideal de participación directa en la comunidad y había recuperado el ideal de la participación en un estatuto igualitario y universalista de derechos. Como reacción frente a la política medieval, la política moderna constituye como teoría una reformulación crítica del republicanismo y como experiencia el marco de experimentación de sus principios aún no explorados. Exceptuando las experiencias de gobierno comunal en la Italia de los siglos XI y XII (Pisa entre 1081 y 1085, Arezzo en 1098, Génova en 1099, Pistoia en 1105 o Bolonia en 1123), o de los gobiernos cantonales de la Confederación Helvética desde 1291, fecha de su constitución, hasta el siglo XIV, con reminiscencias de la ciudad-estado griega, el modelo de república independiente, o confederada, sería adoptado a partir del siglo XV tanto en Italia como en la Confederación Helvética como en la República de Holanda, en esta última desde su fundación en 1579 (Connell, 1995). Los resultados de esa experiencia iluminaron el pensamiento republicano de la época y, más incluso, sirvieron como prueba de la viabilidad del modelo para los pensadores ilustrados y los revolucionarios del siglo XVIII.

III. PLURALISMO: ONTOLÓGICO Y POLÍTICO

Para los efectos de este trabajo entiendo por pluralismo en sentido político la diversidad generada por la condición civil, esto es, la condición de derecho que define la asociación política entre los individuos. En los términos de la política moderna (representativa y universalista), el pluralismo hace referencia a la diversidad generada en la sociedad civil. Es decir, a las formas de asociación en que se vertebra la sociedad con autonomía de acción pública y privada, reconocida por el derecho, frente a las formas de asociación instituidas por el Estado. Sin embargo, como se verá en un apartado posterior, la coevolución creciente entre las agencias del Estado y las instancias asociativas de la sociedad civil da como resultado una compleja imbricación entre lo público y lo privado que hace si no imposible, al menos sí difícil diferenciar con nitidez entre el ámbito estricto de lo público y el espacio de lo privado. Por esta razón resulta ya un imperativo de método considerar el pluralismo en el marco de esta encrucijada, sin olvidar que es precisamente el derecho de ciudadanía, su ejercicio como participación, la condición práctica facilitadora que genera tanto el pluralismo político como el pluralismo asociativo, y de identidades colectivas, de la sociedad civil.

Pero hay un primer sentido, de carácter ontológico, que lleva a dar razón de la idea de pluralismo por la imposibilidad de descubrir o justificar algún fundamento absoluto de la realidad, alguna esencia que contenga en sí la totalidad de lo real, e igualmente, algún fin omnicompreensivo hacia el que todo lo real converja, alguna síntesis universal. En términos teóricos, la idea de pluralismo constituye la antítesis de la idea de totalidad o de unidad absoluta. Quizá sea el filósofo pragmatista William James quien en su obra de 1909 *A pluralistic universe* defina con mayor claridad su significación filosófica. Frente al monismo que entiende que la realidad tiene un fundamento y que éste es único, una sustancia absoluta, la «visión pluralista» que defiende James no niega que haya fundamento, pero sí que sea único y «prefiere creer que puede que en última instancia no haya en absoluto ninguna forma-todo (*all-form*) [o forma de totalidad], que puede que la sustancia de la realidad no pueda nunca recopilarse [o sintetizarse absolutamente], que alguna parte de ella puede quedar al margen de la mayor combinación [o concentración] posible y que una forma distributiva de la realidad, la forma-cada (*each-form*), sea lógicamente tan aceptable y empíricamente tan probable como la forma del todo comúnmente aceptada como algo evidente por sí mismo» (James, 1987: 645).

Tenemos así que la idea de pluralismo se opone a la idea de monismo, pero es preciso puntualizar que esta última se refiere en el texto de James a un monismo ontológico absoluto, es decir, a la postura que defiende que hay un único principio último omnicompreensivo de la realidad. «Para el monismo», escribe James, el mundo es «un hecho que todo lo incluye —no hay nada que sea su única alternativa» (*ibid.*, p. 646). Mien-

tras que el pluralismo sostiene «que las cosas existen en la forma-cada o distributivamente», continúa James, «el monismo piensa que la forma-todo o la unidad-colectiva es la única forma racional», que la realidad, el universo, sólo puede entenderse e interpretarse racionalmente bajo el prisma de categorías monistas (*ibid.*, p. 777). El pluralismo, en cambio, propugna que ese conocimiento y esa interpretación pueden basarse en diferentes principios y pueden ser, por otra parte, objeto de reforma; que el conocimiento es justo el conocimiento de la realidad cambiante y que la realidad no es sintetizable en esencia alguna; que la realidad no es esencia, sino relación. Frente a la primacía de una realidad sustancial según el monismo, el pluralismo invierte el orden de valores: no la sustancia, sino lo relacional, lo relativo es lo que caracteriza a la realidad.

Y por supuesto, también a la realidad política, que es una realidad de relaciones intersubjetivas mediada institucionalmente. La crítica de James muestra la incapacidad del monismo para reconocer la naturaleza distributiva de lo real. El pluralismo expresa justamente la dimensión distributiva de la realidad, su dimensión primordial: «nada en la realidad es absolutamente simple», concluye James, «cada parte más pequeña de la experiencia es un *multum in parvo* relacionado de un modo plural» (*ibid.*). Y antes: «El mundo pluralista es así más una república federal que un imperio o un reino» (*ibid.*, p. 776). La relacionalidad, la naturaleza distributiva del pluralismo es la característica que precisamente Michael Walzer adopta para definirlo en referencia a lo que considera una distribución *justa* de los bienes de la sociedad, asignada a su vez de un modo plural, según diferentes procedimientos y criterios. La argumentación de Walzer es una defensa de un modelo de sociedad justa. Se trata, en efecto, de una teoría de la justicia y como tal entiende que la justicia *distributiva* constituye el significado originario de la idea de justicia. En su opinión, no existe ningún modo de distribución (de los bienes, de las oportunidades) preferible absolutamente, ningún criterio invariable o que no pueda conjugarse con algún otro. La idea distributiva de justicia expresa con coherencia la propia dinamicidad del pluralismo: sus principios son plurales, el conocimiento, las interpretaciones son plurales, los bienes, los criterios de justicia son plurales. Y así, las culturas o los sistemas políticos. La diversidad hace universal al pluralismo.

Spheres of justice, la obra de Walzer aparecida en 1983, hereda y asume, a mi juicio (aunque Walzer al menos no lo hace explícito), los presupuestos del pluralismo sintetizados por James y traslada al terreno de la teoría política dos de sus rasgos antes comentados: su oposición a la idea de totalidad y su carácter constitutivo relacional. El marco normativo de su argumentación lo constituye la idea de *comunidad política*, «probablemente lo más cerca que podemos llegar a un mundo de significados comunes» (Walzer, 1983: 28). La comunidad política configura una unidad no totalitaria de significados comunes y de prácticas comunes, de interacción comunicativa en suma. Es, en efecto, un espacio de interrelaciones, diverso o diferenciado, pero reconocible como espacio de conver-

gencias, como espacio de comunalidad. Por otra parte, señala Walzer, «la comunidad es ella misma un bien —puede que el bien más importante— que se distribuye. Pero se trata de un bien que sólo puede distribuirse teniendo en cuenta a la gente». La comunidad constituye un bien en la medida en que los individuos han sido «admitidos físicamente y recibidos políticamente» (*ibid.*, p. 29). Como parece lógico, el derecho de pertenencia a la comunidad no puede hacerse depender de alguna decisión externa a la comunidad: «de no haber comunidades capaces de tomar tales decisiones», argumenta Walzer, «no habría en ese caso ningún bien que mereciera la pena distribuir» (*ibid.*). Y justo en esos términos se cifra el significado de la ciudadanía como estatuto de pertenencia.

La primera distribución es la distribución comunitaria de los individuos. Afecta a la distribución de la inclusión y la exclusión. En ese sentido, la justicia distributiva se inicia como justicia inclusiva, pero también como justicia excluyente (en la exclusión se cifra de algún modo el valor de la pertenencia a la comunidad). La distribución es, en efecto, división, separación de los miembros frente a los no-miembros, entre ciudadanos y no-ciudadanos. ¿Qué la hace *justa*?, es decir, ¿qué la convierte en una distribución *pluralista*? Walzer reconoce que ninguna distribución comunitaria puede arrogarse una suerte de justicia universal. Cualquier distribución de los individuos es una distribución de derechos, de oportunidades de vida, que no es, ni siquiera normativamente, ilimitada. Los derechos suponen también la creación de exclusiones. ¿Una exclusión absoluta? Imperativamente, no. El problema reside en la forma como se realiza la asignación de derechos y a partir de ahí, cómo se configura la comunidad (*ibid.*, pp. 61-63, 303-311). Una *comunidad pluralista*, podemos argumentar a partir de Walzer, no es sólo una comunidad que incluye a diferentes grupos sociales y que tolera, por tanto, la convivencia de identidades colectivas diferentes. Es sobre todo una comunidad abierta e igualitaria, construida sobre un modo justo de distribución de oportunidades de vida. Su pluralismo es, por tanto, un pluralismo inclusivo cuyo ideal no es otro que el de una comunidad de comunidades (la antigua idea cristiano-medieval de comunidad universal, la idea kantiana de una confederación mundial de estados, la idea pragmatista de una comunidad universal de comunicación), aunque su realidad es bastante menos lustrosa. Son las comunidades reales en las que la distribución se realiza de modo imperfecto, pero se realiza y la imperfección denota de algún modo su carácter perfectible. Incluso oligárquico, pero democratizable.

Cualquier distribución justa de los individuos y de los bienes genera, a pesar de todo, desigualdades. Políticamente, a menos de imponer una igualdad totalitaria, no resulta viable suprimirlas. El cometido de una *política pluralista* (en el sentido de planificación política o *policy*) se dirige, en cambio, a reducir la dominación que resulte de la distribución, a reequilibrar los desequilibrios de derechos que suponen una anulación efectiva de la libertad. La sociedad imaginada, pluralista, verosímil sin embargo, como *sociedad liberal y democrática*, es, de acuerdo con Wal-

zer, una «sociedad igualitaria compleja». Aunque el proceso de distribución y de conversión de bienes genere desigualdades –sostiene Walzer– difícilmente puede multiplicarse la desigualdad si la justicia distributiva se hace aplicar en todo el proceso, si las esferas de la justicia en la comunidad política, las esferas de socialización de los ciudadanos, han sido configuradas o funcionan distributivamente, según un procedimiento igualitario de distribución de derechos que respeta como mínimo los principios distributivos básicos del intercambio libre, el mérito y la necesidad. La igualdad compleja hace referencia a la igualdad distributiva e igualitaria que los individuos poseen en la comunidad política, de la que participan imperfectamente, pero de modo distributivo en las diferentes esferas de la justicia (*ibid.*, pp. 3-30). Se trata de una igualdad entendida como prevención de dominación: de unos bienes sobre otros y de unos individuos o grupos sobre otros, que expresa, como defenderá en un escrito posterior (Walzer, 1995), la acción igualitaria de la justicia distributiva en el proceso de intercambio o de conversión múltiple de bienes al impedir la concentración de éstos y, por ende, evitar el peligro de dominación: «que ningún bien, y que ningún grupo de hombres y mujeres, sea dominante», de forma que las desigualdades no sean absolutas, sino relativas a las esferas y, por lo tanto, a la condición distributiva de la justicia, que no reduzcan sino parcialmente la libertad y que no la promuevan sino distributivamente.

IV. LA ESFERA PÚBLICA O EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA

La esfera pública es el espacio de la publicidad política, el ámbito de la comunicación y la discusión ciudadanas sobre los asuntos públicos. En sentido genérico, la esfera pública es cualquier espacio de información y de comunicación creado por la interacción comunicativa (unidireccional o multidireccional, sincrónica o diacrónica) de interlocutores que en virtud de las relaciones que establecen se constituyen en un público. En sentido político, la esfera pública es el espacio (físico o virtual) de lo político en tanto que ámbito de deliberación ciudadana sobre el interés común y sobre el gobierno de la comunidad política. A pesar de su fundamento comunitario, el ámbito de la política es el espacio del pluralismo. Lo político, al menos desde la modernidad, conjuga las dimensiones de la comunidad y del pluralismo cívicos. El público de ciudadanos constituye la comunidad política en tanto que comunidad deliberativa y autogobernante (en el mundo greco-romano) y en tanto que comunidad deliberativa y espectadora de la representación de la política en el mundo moderno. La transición desde el modo de política participativa hacia la política representativa refleja ese cambio simbólico de la esfera pública, que implica asimismo un cambio estructural, pues deja de ser un espacio físico caracterizado por la inmediatez de la interlocución y se convierte en un espacio simbólico y hasta virtual de comunicación mediada por instancias

representativas. Como consecuencia, la ciudadanía cambia su significación por ampliarse, y de algún modo universalizarse, el estatuto de la pertenencia a la comunidad. Por otra parte, en la modernidad el público de ciudadanos ya no es sólo la *comunidad pública* de los iguales con derecho a participar en la vida política. Es un *público* constituido por ciudadanos *privados* que al vincularse entre sí (mediante una relación de derecho reconocida por el Estado) crean las distintas formas de asociación civil que permiten, en el marco del Estado representativo, un acceso mediado o representativo a la esfera de la política.

Pero retomemos de nuevo el análisis semántico para precisar la argumentación. El término «público», de acuerdo con Arendt, tiene un primer significado, intuitivo, que hace referencia a la idea misma de visibilidad, es decir, a la apariencia pública de la realidad, de «todo lo que aparece ante nosotros y que delimita nuestro horizonte de la realidad física». Junto a este significado, lo público denota el espacio simbólico de la comunicación entre hombres, es decir, el espacio de sentido que delimita nuestro mundo en tanto que mundo de experiencias y significados compartidos (Arendt, 1958: 50-58). Por ser un entorno simbólico cuya autonomía lo libera de la limitación física del espacio local originario y lo convierte en un espacio potencialmente universal, la esfera pública es un espacio abierto, delimitado por las infinitas formas de vida civil de una sociedad, como ha estudiado John Dewey (*The public and its problems*, en Dewey, 1984: 238-258). Es así un espacio de identidades múltiples y superpuestas fundado en la dialogicidad de la comunicación humana y en la participación igualitaria de derechos de la condición civil. Un espacio poliédrico configurado por las múltiples identidades colectivas en que participan los individuos. Es el espacio de la ciudadanía y del pluralismo generado por la participación ciudadana en la vida civil. Para la política moderna la transparencia como cualidad física se transforma en condición normativa o procedimental que deberá presidir toda interacción pública y, como tal, permitirá diferenciar la esfera pública del ámbito privado.

Sin embargo, de acuerdo con esta acepción, que aparece en la época moderna, lo público se contrapone no sólo a la idea de privacidad (referida al ámbito de acción de la libertad del individuo), sino también a lo que permanece oculto a la mirada pública, de forma que la dicotomía público-privado llega entonces a denotar la contraposición entre publicidad y privacidad, entre apertura y secreto, entre visibilidad e invisibilidad (Thompson, 1995: 123). Bajo esta perspectiva, la esfera pública moderna se convierte en una instancia de deliberación crítica entre los individuos, de crítica literaria en primer lugar que acaba por integrar la crítica intelectual al orden establecido y la crítica al poder. En la Europa moderna, durante la segunda mitad del siglo XVIII, surge como espacio de discusión literaria. Un espacio exclusivo, elitista, de cultivo de la crítica, aunque no estetizante, que en tanto que ámbito de opinión, se convierte en un lugar privilegiado para el debate político. Los círculos ilustrados, que consti-

tuían el público de ciudadanos entonces, no están sometidos a la censura oficial y dan cabida, por su potencial subversivo, a la discusión libre de ideas y problemas políticos. Se configuran así como instancia de crítica experimental, de discusión e imaginación políticas, en conexión con la prensa y la edición libre o clandestina donde son sometidas por vez primera a debate las ideas revolucionarias que definen el tránsito a la modernidad política (Habermas, 1962: 42-75).

Quizá, de todas formas, ése no sea su verdadero origen, sino más bien el origen de su configuración moderna, porque anteriormente otros ámbitos de discusión plural se habían ya constituido como esfera pública o política, siendo espacios abiertos y no elitistas. En realidad, cualquier ágora que respetase las condiciones de igualdad de derecho a la participación pública y de libertad de expresión cumplía ya el requisito básico de la publicidad procedimental. Teóricamente, la participación supone un acceso igualitario de los ciudadanos al ámbito discursivo de la deliberación sobre los asuntos públicos, sólo que, en la práctica, ni el acceso es igualitario ni la deliberación se produce libre de coerción. Este déficit de igualdad y de libertad ha sido el precio que ha debido pagarse por universalizar el acceso a la esfera pública, que ya indica, por su parte, el primer reto para democratizar el estatuto de la ciudadanía moderna. El tránsito hacia la modernidad supone un profundo cambio en la comprensión de la ciudadanía y en la experiencia de la política, reflejado a su vez en la creación de nuevas instituciones y en la evolución interna de la esfera pública. Con todo, la política moderna no supone un desmentido absoluto de la política antigua, sino, en todo caso, de sus presupuestos comunitarios, y sí una alternativa al problema planteado por el surgimiento del pluralismo en la esfera pública.

V. DE LA CONDICIÓN POLÍTICA MODERNA

La condición política moderna se define a raíz de la crítica de la relación entre individuo y comunidad que había fraguado la cosmovisión política medieval. Se trata de una crítica interna de sus mismos fundamentos, que pone en cuestión la idea heredada de orden, basada en una continuidad *natural* entre las leyes del cosmos y las leyes de la sociedad, entre la ley divina y la ley humana. Por efecto de la crítica se desiste de la pretensión de justificar un único orden al reconocerse que la idea de orden, en cambio, se conjuga en plural: los órdenes posibles son infinitos y ninguna combinación es más necesaria que otra. La unidad es sólo una imagen que representa al pasado. La realidad, en cambio, es plural, diversa, inconmensurable con una única interpretación. La condición política de la modernidad se caracteriza, precisamente, por la ruptura de la primacía, ontológica, moral y política, de la comunidad sobre el individuo y por la creación de un nuevo equilibrio. Pero no se trata de una mera inversión de los términos: el individuo sobre la comunidad, sino de una autén-

tica búsqueda de equilibrios: entre lo natural y lo racional, entre lo divino y lo humano, entre lo comunitario y lo individual, entre lo necesario y lo contingente. Cada uno requiere una nueva legitimación, de carácter racional, construida con una racionalidad que refleja el flamante estatuto de la política como ciencia.

La modernidad política nace a raíz de la transformación en la esfera pública de la idea de libertad comunitaria en una idea individualista y universalista de libertad que cambia no sólo los parámetros semánticos del significado de la libertad, sino también el significado de la idea de comunidad política. La realización práctica o pública de la nueva libertad entendida como el ejercicio de un derecho universalista (exclusivo sólo de las comunidades libres) alumbró ya el concepto moderno de lo político (Heller, 1990: 123-127). La libertad de los modernos es, como se ha señalado, la libertad entendida como autonomía, como autolegislación moral, y como derecho para la participación en la vida pública. La entrada de esa libertad, basada en una concepción universalista e igualitaria del derecho y de los derechos cívicos en particular, consigue repolitizar el ámbito público: permite recuperar la idea y la práctica de la ciudadanía como autogobierno. Pero transforma a su vez la idea antigua de ciudadanía que descansaba sobre una identificación entre la comunidad moral y la comunidad política, entre el individuo privado y el individuo público.

La nueva libertad transforma la esfera pública en un ámbito de derechos, de derechos individuales que delimitan el ámbito de acción del Estado. Deslegitimada la antigua unidad de lo privado y lo público, la política moderna nace como política de la diferencia: de la sociedad civil diferenciada del Estado. Y ha de buscar una justificación racional del nuevo orden de cosas, una mediación que restablezca un vínculo legítimo entre el Estado y la sociedad. La operación se produce en el marco del Estado constitucional: el derecho media la relación entre los ciudadanos y el Estado y la autentifica como una relación bilateral. Pero esta mediación es sólo la condición primera de un sistema de relaciones fundado en la idea del contrato, de ahí que la política moderna nazca como política representativa. Ya no será *política de la comunidad*, sino *política de los ciudadanos*: la política racional que permite a los individuos privados participar en la vida pública. Y hacerlo como un público que se autogobierna, un público de ciudadanos. La política representativa no anula, sino que crea un nuevo marco de desarrollo para la identidad política de los ciudadanos al constituir la comunidad, de ahí que sea, efecto, política de la identidad, pero de una identidad constructa, construida sobre la base del Estado constitucional: política de la identidad plural, de identidades plurales concebidas como identidades constitucionales.

La condición política moderna nos sitúa ante el problema del gobierno desde una nueva perspectiva: la del gobierno representativo, que supone justamente la representación de la ciudadanía (y del poder soberano) en el gobierno frente a la idea clásica del autogobierno comunitario. Un breve apunte histórico nos permitirá recordar cómo se produjo el tránsito

y qué justificación racional lo había respaldado. El cambio aparece perfilado ya en dos momentos fundamentales de la historia moderna: las dos grandes revoluciones de derechos del siglo XVIII, la americana y la francesa. En el primer caso, la Revolución americana de 1776, el cambio definitivo se lleva a efecto algunos años después, a raíz del debate público de ratificación de la Constitución federal de 1787 por el estado de Nueva York, el debate entre los llamados federalistas y anti-federalistas. Celebrado a través de la prensa entre octubre de 1787 y julio de 1788, su hilo argumental lo constituyó no tanto la disputa en torno al modelo federal como la clarificación del componente republicano de la nueva constitución. Lo curioso del debate es que ambas posturas reclamaban para sí la interpretación genuina del republicanismo. La diferencia clave, sin embargo, recaía en el diferente peso que concedían en la constitución republicana al gobierno representativo. Los llamados antifederalistas defendían un modelo de *representación directa*. En su opinión, aunque la asamblea de representantes no podía ser una reproducción exacta de la ciudadanía, sí debía ser, al menos, un reflejo fiel de sus componentes más representativos.

Los federalistas defendían, en cambio, un modelo de *representación individualizada*. Los representantes lo eran en tanto que representaban a individuos determinados, a electores con una voluntad política definida. Esa diferencia no desaparecía al instituir el mandato representativo, sino que caracterizaba con todas sus consecuencias al mecanismo de la representación, que no identificaba, como en la teoría especular de los antifederalistas, a elector y representante. Al contrario, esa diferencia era lo que precisamente permitía exigir la responsabilidad política al representante por el desempeño de su función pública. Y lo que recomendaba la celebración de elecciones periódicas que renovasen la confianza de la ciudadanía, o la dependencia de los representantes respecto de sus electores.

La opción federalista resultaría vencedora en el debate de ratificación, que finalmente pone de relieve el papel decisivo que la representación habría de jugar en el nuevo modelo de gobierno republicano. Una representación que los americanos entendían como *real*, y no meramente virtual o genérica (Wood, 1969: 596-600). Una representación de individuos particulares y no del pueblo (Pitkin, 1967: 192-197), de forma que con este nuevo concepto, el pensamiento político americano revalorizaba el significado de la participación política, del voto de los ciudadanos en concreto, como la clave de su flamante republicanismo. El voto se convierte así en la expresión de un derecho personal que vincula a los ciudadanos con el gobierno. Pero es, a su vez, la expresión de un interés determinado que hace al gobierno, a través de sus representantes, directamente responsable ante cada ciudadano por su defensa política. Cada elector, cada ciudadano, participa con la elección de su representante en el proceso del gobierno. Este, el gobierno federal, un gobierno republicano, se define, en consecuencia, como un gobierno representativo, universalmente representativo. Todas sus instituciones, legislativas, ejecutivas

y judiciales, se han convertido en instancias de representación de la ciudadanía. Y no ha necesitado para alcanzar ese estadio de republicanismo igualitario recurrir al argumento democrático de la participación directa de los ciudadanos en el poder.

De este modo, la Constitución federal había consagrado el principio de la responsabilidad política de los gobernantes. Eso sí, al precio de desestimar el componente de la deliberación pública que en la tradición democrática, y en la tradición republicana clásica, fundaba la formación de la voluntad política. En efecto, el mecanismo de la representación, si bien establecía la vinculación final entre representantes y electores, no dejaba claro de qué modo adquirirían los representantes, y si lo hacían, una información veraz de los intereses, subjetivos y mudables, que debían representar. En realidad, esa cuestión, el papel de la deliberación pública y de la comunicación entre los representantes y el público, no estaba en juego. La voluntad política podía formarse, con plenas garantías de representatividad –pensaban los federalistas–, en el espacio público del parlamento. El gobierno republicano sentaba así las bases de la democracia liberal del siglo XIX, que adoptaría ya desde un principio su identidad como *democracia representativa*. Esta fórmula no constituía ya ninguna paradoja, sino una respuesta práctica a los imperativos de la complejidad de las sociedades modernas. Pero aún hubo un paso anterior, dado por la Revolución francesa, que reforzó la coherencia de la fórmula de democracia representativa al imprimir a la idea de ciudadanía política una significación de carácter universal.

Para entonces, la síntesis entre el constitucionalismo liberal y la teoría política republicana había despejado cualquier duda sobre el sentido representativo final que habría de adoptar el modelo de democracia. En tiempos de la Revolución francesa, el mandato imperativo de la representación se ha convertido ya en un mandato simplemente *representativo*. Los representantes no representan a individuos, sino a la nación. Esta, según propugna Sièyes en su panfleto de 1789 *¿Qué es el tercer Estado?*, se constituye en torno a un orden de derecho positivo y una representación comunes. La nación no es más que la expresión de una identidad colectiva, una idea que sintetiza el sentido jurídico y político del término pueblo. Los representantes representan justamente esa idea. La nación es *nación representada*, no tiene entidad política al margen de la representación. La apelación política al pueblo de ciudadanos, el depositario de la soberanía, se transforma en una apelación a la nación, un concepto que subsume todo particularismo de la idea de pueblo y lo sitúa en un plano de identidad plena. La idea de pueblo conserva aún un sentido local e individualista, mientras que la idea de nación lo tiene universalista, indivisible. En una sociedad de clases, la idea de nación iguala a los individuos por su participación en una misma identidad, fundada en un nuevo orden de derecho de carácter igualitario y universalista.

Un último apunte, ya del siglo XIX, nos sitúa a las puertas del modelo representativo actual de democracia. A juicio de Rousseau, como se

recordará, la mejor forma de gobierno era aquélla que satisfacía la condición de la ciudadanía autogobernante (*Du contrat social*, I.vi-vii). ¿En qué medida, sin embargo, la introducción del sistema representativo permite todavía la viabilidad de la idea democrática del gobierno? John Stuart Mill trata de dar respuesta a esta cuestión central de la nueva época. Defiende aún la validez de los presupuestos normativos del modelo de democracia participativa de Rousseau y en ese sentido afirma que en «la mejor forma ideal de gobierno» la soberanía reside en el conjunto de toda la comunidad y no es, de ningún modo, alienada. Como prueba, «cada ciudadano [tendrá] no sólo voz en el ejercicio de esa máxima soberanía, sino que [será llamado], al menos ocasionalmente, a tomar parte real en el gobierno mediante el desempeño personal de alguna función pública, local o general» (*Considerations on representative government*, III). He aquí, a juicio de Mill, el supuesto fundamental de la idea de participación ciudadana, que no infiere, sin embargo, la opción maximalista de exigir que la comunidad en su conjunto participe directamente en todo el proceso de la política.

Esa forma ideal de gobierno, señala Mill, «no es una que sea practicable o elegible en todos los estados de la civilización, sino aquélla que, bajo las circunstancias en las que resulta practicable y elegible, se implanta con [el resultado de] la mayor cantidad de consecuencias beneficiosas, tanto inmediatas como prospectivas» (*ibid.*). En su opinión, el sistema político ideal (*the ideally best polity*) tiene que armonizar dos condiciones mínimas: en primer lugar, fomentar el desarrollo pleno de la libertad del individuo en el seno de la comunidad; en segundo lugar, educar a la ciudadanía en la experiencia cívica del «espíritu público desinteresado» (*ibid.*, VI). La libertad aparece así como prerrequisito de la participación, pero ésta, a su vez, es percibida como el desarrollo público, y de algún modo su cumplimiento, de la libertad del individuo. La defensa del interés común exige por parte de la ciudadanía el aprendizaje en la práctica de la *participación desinteresada*, es decir, no movida por la defensa de los intereses particulares, sino por el objetivo compartido de realizar el interés general de la comunidad. El gobierno democrático responde a ese ideal, en efecto. Presupone una situación normativa de participación universal, pero la participación universal, la extensión universal del derecho de participación en la vida política no implica crear una situación real de gobierno asambleario.

Por esa razón, entiende Mill, el gobierno representativo asume el ideal de la democracia pero lo hace funcionar bajo las condiciones de complejidad de la política moderna y, por tanto, bajo las condiciones del pluralismo. El gobierno representativo hereda el presupuesto del contrapeso entre los poderes públicos de la constitución republicana, la constitución mixta. Pero es más, al articularlo con el principio de representatividad, consigue salvaguardar la existencia del pluralismo en la comunidad al garantizar la representación no sólo de la mayoría, sino también de las minorías e impedir, por consiguiente, una desvirtuación

en la práctica del principio de participación igualitaria (*ibid.*, IV-V y VII), del riesgo que Tocqueville llamara «despotismo democrático». La política representativa se funda en una distribución de las funciones del gobierno. Y, por tanto, en *una distribución de la participación en el poder público*. Que no significa una participación directa de la comunidad, sino una participación hecha posible normalmente por la mediación de representantes de la ciudadanía en la configuración de los poderes públicos: ejecutivo, legislativo y judicial. Su participación delegada no comprende, en realidad, el ámbito pleno de la participación comunitaria en el proceso de la política: en la deliberación pública, la negociación y la toma de decisiones. En todos los casos la ciudadanía sigue siendo el referente normativo, aunque la participación deba llevarse a efecto a través de sus representantes.

VI. SOBRE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y EL PROBLEMA DE LA ESTABILIDAD

Por paradójica que pueda parecer la formulación, ya en su origen la política representativa tenía como fin realizar en la práctica el ideal del autogobierno de la comunidad. El estatuto de la representación, en la política griega y la romana, pero especialmente en el marco de la política medieval, donde se ha operado una escisión del poder en el seno de la comunidad, se definía en los términos de una delegación de funciones sometida al mandato imperativo por parte de los representados. La representación de la nobleza y de la ciudadanía en las asambleas medievales tenía por objeto cumplir un mandato ante la asamblea. Tampoco afecta a la idea de soberanía, ya fuera entendida como prerrogativa exclusiva del monarca o como poder legítimo de la comunidad. La representación era justo eso, mediación representativa que contribuía a sortear la dificultad de la defensa de intereses particulares y la adopción de decisiones comunitarias al respecto en situaciones de negociación colectiva cada vez más complejas.

En la práctica, la política representativa al delegar la responsabilidad del momento decisonal le otorga a éste, sin embargo, un carácter técnico y profesional que tiende a separarlo del resto del proceso político y a concentrar en él el peso del gobierno. Este fenómeno determinaría el reconocimiento en la época moderna de una distinción entre el Estado, identificado como el lugar del gobierno de la comunidad política, y la sociedad, la sociedad civil, entendida como el ámbito de autonomía de la libertad privada de los individuos. Desde entonces, sin embargo, a pesar de su separación, ambos espacios han definido una evolución conjunta. Lógica, por una parte, si nos atenemos a la formación de las sociedades complejas, caracterizadas por una creciente división funcional del trabajo en todos sus órdenes, que ha determinado una coordinación creciente entre las agencias del Estado y las instituciones de la sociedad civil. Pero, con-

trovertida, por otra parte, si tenemos en cuenta que el resultado de la interrelación transforma el ámbito de la política, la esfera pública, hasta convertirlo en un ámbito definitivamente representativo y que la consolidación del modelo representativo de gobierno se interpreta en el pensamiento político (tanto el socialista como el liberal) como un desmentido rotundo del ideal de gobierno democrático (Fedele, 1972: 125-205 y 261-337). Esta línea evolutiva se ha consolidado ya en el primer tercio del siglo XX justo cuando durante el intervalo de la República de Weimar (1919-1933) se ensaya el experimento de una democratización del Estado representativo de partidos (García-Pelayo, 1986: 11 ss. y 85-116). No fue el único experimento de ese calibre, aunque sí el que tuvo mayores repercusiones sobre la historia europea. De hecho, la experiencia truncada de la II República Española constituyó un ejemplo comparable, aunque su conocimiento en Europa fue sólo efímero. Quedó eclipsado a raíz de la segunda guerra mundial y asociado, en efecto, al papel de España en la guerra, y sólo muy tardíamente, en nuestros días, sería redescubierto.

Al fracaso del experimento de Weimar sigue el ascenso del nazismo. En el resto de Europa el modelo democrático había entrado en crisis, si bien sus consecuencias no fueron equivalentes en todos los países. La experiencia del fascismo en el poder, contextualizada por la creación del Estado corporatista fascista, de modo estable en Italia (1922-1943), Portugal (1933-1974), Grecia (desde 1936 intermitentemente hasta 1975) o España (1939-1975), venía respaldada por una auténtica avalancha ideológica que afectó a toda Europa, desde Rumanía a Bélgica, desde Hungría a Francia o el Reino Unido (Weber, 1966). En conjunto describen el escenario de la crisis de la democracia liberal, que resulta ser también, como puede deducirse, la crisis del pensamiento político democrático. Tras el final de la guerra, la reconstrucción de los regímenes democráticos evidencia una notable distancia con sus antecedentes. No sólo el término «democracia» se devaluaba en favor de la expresión «sistema representativo», o se adjetivaba «democracia parlamentaria» para despejar toda duda, o la idea de público (como público de ciudadanos) se reduce en la práctica a la idea de electorado, sino que en la práctica institucional el modelo competitivo de partidos sucede a los modelos precedentes de participación cívica y se consolida como la expresión *democrática* del gobierno representativo.

La democracia recuperada es así una *democracia de partidos*. Los actores colectivos asumen la representación de los ciudadanos en la esfera pública y en el gobierno. El sistema de partidos esboza ya los riesgos posteriores de la partidocracia (García-Pelayo, 1986: 29-46). No obstante, aparecía como una solución viable tanto a la complejidad institucional de las sociedades postindustriales como al riesgo de inestabilidad política que presentaban las fórmulas participativas directas. En el contexto de reconstrucción de las economías europeas de la postguerra, y de la reconstrucción de los regímenes parlamentarios, los estudios de opinión y la nueva ciencia política ponen de relieve que el ejercicio de la ciudada-

nía como participación en la esfera pública es considerado un interés subsidiario del interés por la vida privada (Berelson, Lazarsfeld y McPhee, 1954: 307 ss.; Almond y Verba, 1963: 337-374). Medida en términos de racionalidad económica, la representación libera al individuo de buena parte de su responsabilidad cívica, permitiéndole así maximizar el uso privado de su tiempo libre. El nuevo público no es tanto un público *político* como un público de consumidores despolitizado que contempla la participación con apatía, una apatía, por cierto, *racional*. Apoyado en la falta de correspondencia entre las racionalidades económica y política y, a partir de ahí, en la primacía de la primera sobre la segunda al determinar el comportamiento típico del ciudadano-consumidor, Joseph Schumpeter justifica la transformación de la política en una política de partidos donde, ante la apatía política de los ciudadanos, los actores colectivos asumen el papel de la formación de la voluntad popular. Que resulta ser, en efecto, «una voluntad manufacturada», pero, en cualquier caso, la expresión definitoria por el momento de la nueva democracia (Schumpeter, 1942: 262-264).

Frente a la democracia clásica, la nueva democracia se define, a juicio de Schumpeter, como un «mecanismo institucional para llegar a decisiones políticas, en las que los individuos adquieren el poder de tomar decisiones a través de la lucha competitiva por el voto del pueblo» (*ibid.*, p. 269). La democracia, continúa Schumpeter, «significa sólo que el pueblo tiene la oportunidad de aceptar o rechazar a los hombres que van a gobernarlo» (*ibid.*, pp. 284-285). Dado que «la masa electoral es incapaz de otra acción que la estampida, los partidos toman las riendas de la representación y de la acción política. Esta última se produce ya en el marco de una esfera pública despolitizada: en el sistema de partidos se compite por el voto con las mismas reglas con las que se publicita un producto de consumo» (*ibid.*, p. 283). Y bajo esa condición las nuevas democracias liberales integran el pluralismo: en un marco definido por el conflicto de intereses y de interpretaciones sobre el interés común. La democracia representativa establece el criterio básico procedimental de la representación de intereses. Más que ser un régimen sustantivo, la democracia se convierte en el marco procedimental (un *mecanismo institucional* y un horizonte normativo) de lo que Robert Dahl ha llamado «poliarquías», los regímenes pluralistas realmente existentes (1971: I-16). De acuerdo con su investigación, los regímenes poliárquicos funcionan como sistemas integradores del pluralismo. En la medida en que proveen un cauce político para su desarrollo se encuentran abiertos a una democratización de su funcionamiento, operada en la práctica desde los primeros regímenes cuasi-poliárquicos del siglo XIX hasta las democracias pluralistas del siglo XX.

Entre la poliarquía y la democracia media una distancia no sólo procedimental, sino también normativa. La democracia se funda sobre el reconocimiento de la igualdad política, sobre el derecho de la igual libertad de los ciudadanos a participar en la esfera pública. Pero la distancia

normativa puede reducirse, de algún modo, si la dinámica competitiva poliárquica (de conflictos y acuerdos) asume el ideal normativo del proceso democrático. Dahl lo sintetiza en los siguientes criterios: igualdad de voto, participación efectiva, comprensión ilustrada o informada de la agenda política (a través del acceso interactivo a la información sobre sus contenidos como vía para la formación del juicio político), control final sobre la agenda (es decir, control sobre el diseño de la política y sobre la toma de decisiones) e inclusión (el público debe ser un público de ciudadanos y, por lo tanto, un público plural cohesionado por la defensa del interés común) (Dahl, 1982: 6 ss.) No obstante, los criterios normativos del proceso democrático aun siendo imprescindibles, no bastan para constituir «un buen sistema político», un sistema político democrático adaptado a las sociedades complejas.

En un trabajo de 1978 (que revisaba a Dahl, 1971) distingue entre un pluralismo de carácter conflictual (en referencia al número y a la pauta de las divisiones relativamente tolerables que identifican la diversidad de conflictos) y un pluralismo organizativo (referido al número y a la autonomía de las organizaciones que intervienen en los conflictos). Pues bien, ambas dimensiones nos sitúan en el contexto de complejidad sobre el que se articulan las *democracias pluralistas* (*Pluralism revisited*, recogido en Dahl, 1986: 244-245). La complejidad y, en concreto, los procedimientos que regulan la política del pluralismo ponen ya de relieve una importante fractura normativa, pues el procedimiento de por sí no impide que la distribución de las oportunidades para el acceso a la esfera pública sea manifiestamente desigual y que, como resultado, el conflicto de intereses en la arena política se dirima desde posiciones desiguales de poder (Dahl, 1982: 36-47). Sin embargo, no existe otro punto de partida para la democracia pluralista y el ideal de la igualdad democrática debe ahí operar como el horizonte hacia el que tienda el gobierno del pluralismo. Es más, una igualación forzada entre los ciudadanos y entre las organizaciones, como advierte Dahl (*ibid.*, pp. 81 ss.), pondría en peligro el principio mismo de la autonomía que inspira al pluralismo democrático.

VII. EL RETO DEL PLURALISMO Y LA TRANSFORMACIÓN DE LA ESFERA PÚBLICA

Sobre este equilibrio imperfecto se ha basado una de las garantías fundamentales de la gobernabilidad en las democracias liberales, que han integrado el pluralismo como *pluralismo institucionalizado* mediante la adopción de una «política del reconocimiento» (trasladando al terreno político la acertada denominación moral de Charles Taylor). Una política inclusiva que ha provisto a la sociedad civil de una vía para su integración no homogeneizadora en la comunidad. Su reconocimiento exigía la contrapartida de asumir las reglas de juego del sistema representativo. El equilibrio aún se mantiene hoy día, sólo que su legitimación ha entrado

en declive al ser contestada desde la propia sociedad civil la política de la *inclusión institucionalizada*. Pero, de hecho, esta crítica reproduce en parte la propiciada también por la sociedad civil desde finales de los años sesenta en demanda de una *democratización del sistema representativo* (Rosales, 1992: 292-299). En aquellos momentos la apertura del pluralismo y la repolitización de la esfera pública que supuso la acción de los nuevos movimientos sociales mostró cómo el pluralismo real de la sociedad incluía también a las formas de asociación civil no institucionalizadas y, por tanto, no estrictamente representativas, generadas por la experiencia asociativa de los ciudadanos en la sociedad.

En los años ochenta, sin embargo, la *política de movimientos* comienza a ser engullida por el sistema representativo. La dinámica participativa, anti-institucional y reformista, en suma, que había caracterizado su identidad primera, queda ahora presa de lo que Offe ha llamado «las atracciones y tentaciones de la institucionalización» (1990: 240-245), de forma que su diferencia crítica con el modelo de partidos (y lo que éste representaba en tanto que partidocracia) aparece cada vez menos nítida. Con todo, la política de movimientos ha conseguido abrir una importante brecha en el espacio público representativo de las democracias liberales al crear la posibilidad de repolitizar, de reeducar la cultura política de los ciudadanos demoliberales sobre la experiencia de una comprensión alternativa, cívica, de la vida política, y de una comprensión inclusiva y universalista del pluralismo civil. Si hasta entonces las democracias liberales han consolidado un equilibrio entre las demandas del pluralismo y la capacidad institucional de integración en la comunidad política, cuando las demandas se han hecho disfuncionales hasta hacer quebrar el equilibrio (las demandas de reconocimiento de la diferencia, bien bajo la forma de derechos de ciudadanía para inmigrantes o refugiados, o de derechos de minorías para grupos étnicos, culturales o sociales minoritarios), la política del reconocimiento ha mostrado su flanco más débil: sigue aún condicionada por una concepción nacional de la ciudadanía, apegada al modelo de la integración y conciliable sólo con una política restringida de la diferencia.

Por una parte, las migraciones internacionales masivas plantean el problema de la propia extensión de la ciudadanía en politeías democráticas autoproclamadas inclusivas. La presión hace ya indefendible mantener políticas de naturalización basadas fundamentalmente en criterios nacionalistas y económicos. La contradicción obliga perentoriamente a redefinir en el seno de sociedades democráticas las condiciones para la pertenencia a la comunidad política. La orientación universalista e inclusiva de la ciudadanía democrática entra así en conflicto con la limitación que impone la política vigente del reconocimiento. Por otra parte, las demandas de reconocimiento del pluralismo incorporan cada vez más componentes de carácter cultural, étnico y nacional, que obligan a reconsiderar a la luz de los cambios las bases de la convivencia social. En este segundo caso es la dinámica expansiva del pluralismo la que entra en

conflicto con los límites de la convivencia social en la comunidad y plantea la cuestión de hasta dónde es posible gobernar el pluralismo haciendo compatible el desarrollo de diferentes identidades colectivas con la existencia de la comunidad política. Se trata, en efecto, del problema de encontrar un nuevo equilibrio entre el crecimiento del pluralismo por el propio desarrollo de la ciudadanía democrática y el mantenimiento de la gobernabilidad por la adopción de una política del reconocimiento (Rosales y Rubio Carracedo, 1996).

Hay, sin embargo, argumentos que permiten mantener la razonabilidad de alternativas. Cuando menos, éstos hacen referencia a la transformación de los Estados nacionales (al cambio de las relaciones interestatales y al cambio de los escenarios geopolíticos), al cambio estructural de la esfera pública en la nueva sociedad de la información y a la recuperación de la dimensión ciudadana de la política bajo la idea genérica que propongo llamar *política cívica*. Vayamos por partes y repasemos, en primer lugar y para concluir, las implicaciones del primer cambio aludido. No asistimos, desde luego, a la desaparición de los Estados como unidades territoriales soberanas y como unidades políticas en el concierto mundial. Sí asistimos, en efecto, a su transformación interna: evidenciada por la profunda imbricación de las instituciones del Estado con las instituciones de la sociedad civil; por el cambio en el modelo de Estado del bienestar, propiciado a su vez por el sentido de la política económica en las democracias liberales en respuesta a la inversión de la proporción entre población activa y pasiva; por la creciente segmentación de las vías de comunicación entre los Estados, cortocircuitadas por la intervención de corporaciones mundiales y mediadas también por instancias de representación federadas o confederadas, que obligan a redefinir el papel del Estado como actor político privilegiado en el escenario de la política global. Es cierto, en este sentido, que la concepción moderna de la soberanía nacional debe ahora entenderse sobre el trasfondo de formas de poder soberano supranacional, un factor sin duda decisivo a la hora de entender el cambio de significado de la ciudadanía en el marco de instancias políticas supraestatales (como es el caso, por ejemplo, de la ciudadanía de la Unión Europea).

Subyace en el debate un consenso básico sobre el significado de la transformación del Estado y su recepción constitucional. El reajuste normativo tiene implicaciones en una doble dirección. Por un lado, sobre la redefinición democrática del modelo de Estado nacional al plantear la necesidad de universalizar el estatuto de la pertenencia. La nueva identidad colectiva que fragüe en torno al Estado en transición, que algunos autores han denominado Estado post-nacional, no podrá sino basarse en la comunalidad política que genera la participación en los principios constitucionales (de naturaleza universalista). Será una identidad cívica constructa, una identidad en definitiva constitucional. Por otro lado, sobre la articulación institucional del nuevo pluralismo moral, político y cultural en la comunidad política. Cómo se realice este proceso (en conexión

con el anterior) determinará si el resultado se mantiene aún dentro del marco normativo tradicional, en crisis, de las politeías liberales, o perfila ya los contornos de un modelo alternativo de *comunidad pluralista*, entendida como comunidad de interrelaciones de derechos caracterizada por su inclusividad democrática, es decir, por su asignación y distribución igualitaria, inclusiva, universalista y pública de los derechos o de las oportunidades de vida. Una comunidad también de interrelaciones cívicas, de comunalidades (de valores e intereses comunes), pero una comunidad abierta, no sólo inclusiva, sino abierta a una permanente distribución de las oportunidades de vida y, asimismo, de la comunalidad, de la identidad común, en suma, de las identidades plurales.

La oportunidad se presenta tanto más al alcance por cuanto que esta fase de transición en el modelo de Estado nacional se produce al mismo tiempo que la transformación de su esfera pública. Con esto llegamos al segundo argumento. Por efecto de las tecnologías de la información, el espacio físico se ha transformado en un espacio fundamentalmente simbólico que permite desarrollar formas de comunicación interactiva (de deliberación pública interactiva) no condicionadas por la limitación de la presencia física de los interlocutores.

Las fronteras de la nueva esfera pública tienen que ver con la resistencia a la comunicabilidad de la opinión, con la opacidad del espacio, la negación del acceso (de los medios discursivos que lo facilitan) o por la incomprendibilidad de los códigos. Son, eso sí, fronteras cambiantes que permiten accesos alternativos por la misma dinámica de discursividad que las configura y continuamente las redefine. Perfilan un espacio informacional sin referencias inamovibles, con un universo cambiante de interlocutores cuyo vínculo más estable lo proporcionan los propios canales de comunicación. Lo novedoso del espacio público mediado y mediático es su carácter de intersticialidad que todo lo invade. Pone en contacto a interlocutores (individuos y públicos) que sin el acceso a un medio interactivo no podrían participar en la comunicación. Permite que se procesen a un mismo tiempo intercambios simbólicos a diferentes niveles. El riesgo de que se transmita un mismo discurso aparece continuamente contestado por la posibilidad de procesamientos diferenciados, pero no puede olvidarse que los medios son compartidos casi universalmente y, por tanto, el resultado de la descodificación de mensajes puede producir un efecto de homogeneización discursiva. Puede ocurrir, como efecto no intencionado, que acaben por procesarse los mismos mensajes, con el riesgo consiguiente de que se acabe comunicando en un mismo lenguaje, lo cual pondría en evidencia la insuficiencia del mercado de la información como marco indiscutible de transacción política.

Este problema remite, a su vez, al problema de las oportunidades de acceso a la esfera pública a través de los media. Puesto que la información se encuentra disponible como bien de mercado, su acceso se realiza de modo desigual y sometido a las leyes de la competencia. La solución no radica en garantizar un resultado igualitario de las transacciones com-

petitivas, sino en garantizar a los individuos oportunidades de acceso, ahora sí igualitario, a la esfera pública (que incluye tanto el concepto de ilustración o formación de la competencia cívica, como la provisión de medios técnicos para ejercitarla mediante la participación). Por otra parte, junto al problema del acceso se plantea la cuestión del control y de la definición de las reglas de juego en la esfera pública. Si éstas son anteriores al intercambio de información, como parece lógico, no pueden, sin embargo, sustraerse a la dinámica discursiva del procedimiento. Aunque las condiciones de plena publicidad procedimental exigirían el funcionamiento de algún mecanismo de comunicación interactiva, la mediación parece ser una vía lógica que no necesariamente debe impedir la bidireccionalidad de la comunicación, pues el tiempo que separa la interlocución de los ciudadanos es justo el recurso para formar la opinión. Sin embargo, la condición de publicidad obligaría a tener la oportunidad de emitir la opinión en el espacio público y establecer una auténtica interlocución plural en la deliberación pública. Se tendría entonces la experiencia (real y no virtual) de participar en la misma discusión pública y abordar, por tanto, los mismos problemas. Lo cual haría posible vincular la participación de los ciudadanos en la discusión de la agenda política sin perder el control sobre su desarrollo. Permitiría entonces salvar, en alguna medida, la ruptura o la distancia entre participación ciudadana (estamos hablando de un público de ciudadanos) y responsabilidad (el acto público por parte de los gobernantes y representantes de dar cuentas ante la ciudadanía) y control políticos (no sólo autocontrol, sino además control ciudadano a través de los mecanismos de la publicidad procedimental). Reducir este déficit de publicidad representa justamente una de las tareas actuales pendientes para democratizar la esfera pública mediática.

Llegamos así al último argumento, pues las condiciones de participación en la nueva esfera pública anticipan un cambio en el modo de política. En primer lugar, por la oportunidad que representan para reformar el procedimiento de decisión de la agenda política, confinado a la deliberación de expertos y políticos profesionales. Las nuevas condiciones de publicidad y de interacción discursiva permiten ampliar el ámbito técnico y profesionalizado de la deliberación, incluso si es iniciada por expertos, hasta convertirla en un proceso participado por la ciudadanía en los términos anteriormente sugeridos. La recuperación de la dimensión ciudadana de la política se había iniciado como respuesta crítica al «eclipse de lo público» (Dewey) producido ante la sustitución generalizada de las fórmulas de participación por mecanismos de representación. Con la apertura plural y universalista de la esfera pública, la crítica encuentra un marco propicio para convertirse en acción cívica con capacidad de influir en la configuración de la agenda política y, por tanto, en la toma de decisiones del gobierno. El cambio en el modo de política se refleja, en segundo lugar, por la oportunidad de complementar la política de partidos con una política propiamente cívica, una condición, a su vez, para

reformular la experiencia del gobierno representativo mediante la articulación de la experiencia del gobierno participativo, de la participación directa-mediada de la ciudadanía en el gobierno. Una política cívica provee de este modo, imperfecto pero viable, las condiciones prácticas para realizar la experiencia del gobierno democrático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMOND, G. A. y S. VERBA, *The civic culture: political attitudes and democracy in five countries*, Princeton, Princeton University Press 1963.
- ARENDT, H., *The human condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1958.
- BERELSON, B. R., P. F. LAZARFELD y W. N. MCPHEE, *Voting*, Chicago, The University of Chicago Press, 1954.
- BLACK, A., «The individual and society» en *The Cambridge history of medieval political thought, c. 350-c. 1450*, J. H. BURNS, ed., Cambridge, Cambridge University Press, pp. 588-606, 1988.
- CASTORIADIS, C., *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe IV*, París, Seuil, 1996.
- CONNELL, W. J., «City-states, communes, and republics», en *The Encyclopedia of democracy*, S. M. Lipset, ed., London, Routledge, vol. I, pp. 221-224, 1995.
- DAHL, R. A., *Polyarchy: participation and opposition*, New Haven/London, Yale University Press, 1971.
- *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs control*, New Haven/London, Yale University Press, 1982.
- *Democracy, liberty and equality*, Oslo, Norwegian University Press, 1986.
- DEWEY, J., *The Later Works, 1925-1953*, vol. 2, J. A. Boydston, general ed., Carbondale/Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1984.
- FEDELE, M., *Teoria e critica della liberaldemocrazia. Testi e documenti per un'interpretazione alternativa*, Bari, De Donato, 1972.
- GARCÍA-PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986.
- HABERMAS, J., *Stukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Dramstadt/Neuwied, Luchterhand, 1962.
- HANSEN, M. H., *The Athenian democracy in the age of Demosthenes, structure, principles and ideology*, Oxford, Blackwell, 1991.
- HELLER, A., *Can modernity survive?* Berkeley, University of California Press, 1990.
- JAMES, W., *Critings, 1902-1910*, B. Kuklick, ed., New York, The Library of America, 1987.
- OAKESHOTT, M., *On human conduct*, Oxford, Clarendon, 1975.
- OFFE, C., «Reflections on the institutional self-transformation of movement politics: a tentative stage model» en R. J. Dalton y M. Kuechler, eds., *Challenging the political order: new: social and political movements in western democracies*, Cambridge, Polity, pp. 232-250, 1990.
- PITKIN, H. F., *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- QUILLET, J., «Community, I: community, counsel and representation», en *The Cambridge history of medieval political thought c. 350-c. 1450*, J. H. Burns, ed., Cambridge, Cambridge, University Press, pp. 520-572, 1988.

- ROSALES, J. M., «Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, pp. 291-304, 1992.
- ROSALES, J. M. y RUBIO CARRACEDO, J., «Hacia una ciudadanía compleja: comunidad política, identidades colectivas y los límites de la integración», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 82, 1996.
- SCHUMPETER, J. A., *Capitalism, socialism and democracy*, New York, Harper & Bros., 1942.
- STERNBERGER, D., «“Politics” in language: twelve notes on the history of words and meanings», en M. Cranston y P. Mair, eds., *Language and politics/Langage et politique*, Bruxelles, Bruylant, pp. 25-39, 1982.
- THOMPSON, J. B., *The media and modernity a social theory of the media*, Cambridge, Polity, 1995.
- WALZER, M., *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*, New York, Basic Books, 1983.
- «Response», en D. Miller y M. Walzer, eds., *Pluralism, justice, and equality*, Oxford, Oxford University Press, pp. 281-297, 1995.
- WEBER, E., *Varieties of fascism*, New York, Van Nostrand, 1966.
- WEBER, M., *Gesammelte politische Schriften*, 4.^a ed., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1980.
- WOOD, G. S., *The creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, NC, University of North Carolina Press, 1969.

Igualdad y discriminación genética

Por ÁNGELA APARISI MIRALLES

Valencia

1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto Genoma Humano ¹ va a aportar información sobre la más íntima expresión de cuantos factores endógenos intervienen en la conformación del estado de salud de una persona, no sólo actual, sino también futuro. Al mismo tiempo va a posibilitar poner al descubierto

¹ Este Proyecto pretende localizar y descifrar los tres mil millones de pares de bases nitrogenadas que componen el genoma de la especie humana. Estas bases están contenidas en los aproximadamente cien mil genes que posee el ADN humano. Si, como está previsto, para el año 2005 finalizara el Proyecto, ello se traduciría en la posibilidad de describir genéticamente al ser humano como un número que contendría tres mil millones de cifras con cuatro dígitos que serían las cuatro bases nitrogenadas de ADN (adenina, timina, guanina y citosina) que constituyen el gen. En el año 1994 habían sido identificados unos dos mil genes correspondientes a distintos cromosomas, lo cual ha permitido determinar unas 500 enfermedades de origen genético como, por ejemplo, la fibrosis quística o la anemia falciforme (*vid.* MCKUSICK, V. A., «The Human Genome Project: Plans, Status and Applications in Biology and Medicine», en Beauchamp, T.L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, Kennedy Institute of Ethics and Department of Philosophy Georgetown University, California, 1994, pp. 622 ss.; HAQ, M. M., «Medical genetics and the Human Genome Project: a historical review», *Texas Medicine*, 1993, Mar., 89 (3), pp. 68-73; ROSSITER, B. J.; CASKEY, C. T., «The human genome project» en *Clinical of Obstetric and Gynecology*, 1993, 36 (3), 466-75; GILBERT, W., «La secuenciación del Genoma Humano. Situación actual», en *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Fundación BBV Documenta, 1990, pp. 55-61). Puede encontrarse un esquema muy completo de la cronología del Proyecto Genoma Humano, de sus principales responsables, y de las instituciones que lo han sustentado, en COOK-DEEGAN, R. M., «Las raíces de la polémica: los orígenes del Proyecto Genoma Humano», en AA. VV., *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Tomo I, Fundación BBV, Madrid, 1994, pp. 77-83).

características propias de la personalidad, como aptitudes intelectuales y manuales, temperamento, etc. De ello se deduce el enorme potencial de una información que permitirá detectar en cada hombre en particular cualquier defecto o fragilidad hereditaria imaginable². Como destaca De Sola, responsable de la Sección de Bioética del Consejo de Europa, el problema de los datos genéticos «constituye, sin duda, un campo de predilección para la actividad del profesional del Derecho. Pocos son, en efecto, los temas donde concurren tantos y tan encontrados intereses como en éste»³. Uno de los problemas que en la actualidad está adquiriendo mayor magnitud es el relativo al enorme potencial discriminador de tal información genética.

El debate sobre las consecuencias discriminatorias de la información obtenida a partir de sondeos génicos⁴ comenzó hace ya algunos años en los EE UU⁵. Ya en el año 1989 el *Ethical, Legal and Social Issues Program* (ELSI) elaboró un informe sobre los riesgos para el principio de igualdad de tales pruebas o de la negación a la realización de los sondeos. Como en otras ocasiones⁶, han sido los mismos científicos los que, cons-

² Precisamente el Partido Laborista británico está elaborando la propuesta de realizar una base de datos genéticos a nivel nacional con la finalidad de luchar contra el crimen. Se comenzaría con los recién nacidos y los solicitantes de un permiso de residencia en Gran Bretaña. La información se introduciría en un carné de identidad computerizado, que también contendría el nombre, la dirección y las historias médica y criminal del individuo. John Wadham, Director del grupo de defensa ciudadana «Liberty», se ha manifestado en contra de la medida por considerarla una grave invasión de la vida privada (*Europe Today*, núm. 192, 1 de agosto de 1996).

³ DE SOLA, C., «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, julio-diciembre 1994, Bilbao, p. 179. Vid. asimismo FADEN, R. R.; BEAUCHAMP, T. L., *A History and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1986.

⁴ En la actualidad se realizan pruebas que pretenden detectar no sólo desórdenes genéticos, sino también predisposiciones a enfermedades físicas o psíquicas. Esta predicción es relativamente fácil. Existen dos técnicas básicas:

– La primera depende del análisis bioquímico de sustancias, existentes en el cuerpo, que revelan, indirectamente, la presencia de genes variantes. Un ejemplo de enfermedad que se puede detectar con este sistema es la de Tay-Sachs, desorden hereditario severo del sistema nervioso.

– La segunda vía exige el examen directo del ADN cromosómico de las células somáticas o germinales humanas, lo cual permite detectar desde graves anomalías cromosómicas a diferencias mínimas en la secuencia de ADN –como en el supuesto de la anemia falciforme–. Esta segunda estrategia hace uso de las más nuevas tecnologías. Ello permite, entre otras posibilidades, utilizar sondas radiactivas de ADN que desvelan la situación exacta de un gen mutante o alterado, y producir en masa grandes cantidades de genes –mediante técnicas de clonación– para poder estudiarlos con más detenimiento.

⁵ De cualquier modo, hay que recordar que tampoco es nuevo el empleo de test psicofísicos, mentales y biológicos para examinar a grandes grupos e imponer políticas de eugenesia selectiva y optimización de recursos humanos (Vid. LUJÁN, J. L., «Tecnologías de diagnóstico y contexto social: de los test psicofísicos a las pruebas de ADN», en Sanmartín, J./ Cutcliffe, S. H./Goldman, S. L./ Medina, M. (eds.), *Estudios sobre sociedad y tecnología*, Servicio Editorial-Universidad del País Vasco, pp. 195 ss).

⁶ Me estoy refiriendo a las automoratorias que se han impuesto los científicos en relación a la manipulación del ADN. En este sentido, la Declaración de Asilomar, partiendo de la distinción entre manipulaciones realizadas sobre células somáticas humanas y células germinales, intentó detener las genotecnologías sobre estas últimas.

cientes del extraordinario conocimiento que sobre el ser humano va a ser capaz de revelar el Proyecto Genoma, han alertado sobre las posibles consecuencias discriminatorias de los análisis, no sólo en la vida social e incluso familiar⁷, sino también, y de un modo especial, en el campo de los seguros, la sanidad y el ámbito laboral⁸. En este sentido, por ejemplo, Hans Martín Sass, Director del Centro de Ética Médica de Bochum y del Programa Europeo del Instituto Kennedy de Ética ha manifestado que «En un clima básico de fobia hacia las formas de alta tecnología, han surgido temores respecto a una posible discriminación futura de los minusválidos y retrasados, a la discriminación para obtener un puesto de trabajo, a la asistencia sanitaria y para suscribir un seguro»⁹. También se ha denunciado la creciente consideración de «chatarra genética» que parecen merecer algunos embriones que no superan determinados parámetros de calidad. Se trata de defender un «derecho a tener defectos», a ser distintos, sin que de ello se deriven más consecuencias negativas para el que los padece¹⁰.

2. INFORMACIÓN GENÉTICA, IGUALDAD Y EXIGENCIA DE NO DISCRIMINACIÓN

Recordemos que la exigencia de igualdad es un valor fundamental de las sociedades civilizadas, una aspiración básica que se encuentra en la raíz del concepto de Estado de Derecho¹¹. Como sabemos, el contenido

⁷ Vid. el Informe «Genetic Information and Health Insurance» elaborado por los «National Institutes of Health y el National Center for Human Genome Research», NIH Publication, Bethesda, Maryland, 1993, reproducido en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, vol. I, *op. cit.*, pp. 237-239.

⁸ Vid. BILLINGS, P. R., *et al.*, «Discrimination as a Consequence of Genetic Testing», en Beauchamp, T. L. & Walters, L. D. (eds.), *Contemporary Issues in Bioethics*, Kennedy Institute of Ethics and Department of Philosophy, Georgetown University, Belmont, California, 1994, pp. 637-643; NELKIN, D., TANCREDI, L., *Dangerous diagnostics: the social power of biological information*, Basic, New York, 1989; MOTULSKY, A., «Impact of genetic manipulation on society and medicine», *Science*, 219, 1983, pp. 135-140; MURRAY, T. H., «Warning: screening workers for genetic risk», *Hastings Center Report*, 2, 1983, 5-8; HOLTZMAN, N. A., «Recombinant DNA technology, genetic tests, and public policy», *American Journal of Human Genetics*, 1988, 42, 624-632; BILLINGS, P., «Research in genetic discrimination», *American Journal of Human Genetics*, 1988, 43, 225; UZYCH, L., «Genetic testing and exclusionary practices in the workplace», *J. Public Health Policy*, 1986, 7, 37-57. Asimismo vid. las distintas colaboraciones que bajo los rótulos «Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales» y «El genoma humano y el contrato de seguro» se recogen en los volúmenes III y IV de *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Madrid, 1994.

⁹ MARTÍN SASS, H., «Un punto de vista alemán», en *Proyecto Genoma Humano*, Ética Fundación BBV Documenta, 1990, p. 73.

¹⁰ HERRANZ, G., *L'enfant au risque de la Science*, Amade, Monaco, 1989, pp. 21-22.

¹¹ En palabras de PÉREZ LUÑO, nos hallamos ante un «Grundwert», un valorguía no sólo de la ética jurídica, sino también política y social (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 possibilità dell'uguaglianza», en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 1976, pp. 332 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 ss. FERNÁNDEZ RUIZ GÁLEZ, M. E.,

que se le ha atribuido 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 progresivo»¹². En la actualidad se suele admitir que se trata de un principio¹³ que, a su vez, contiene dos dimensiones básicas: una formal y otra material. El ámbito formal, por su parte, contempla de modo especial dos exigencias: la de equiparación y la de diferenciación. La primera, partiendo del dato fáctico de que los seres humanos son muy diferentes entre sí¹⁴ implica la no toma en consideración, en el ámbito jurídico, de aquellas circunstancias productoras de diferencias no consideradas como relevantes. Por su parte, la exigencia de diferenciación, dimensión complementaria de la anterior, implicaría tener en cuenta determinadas diferencias de hecho entre las personas para, al considerarlas relevantes, otorgar un tratamiento jurídico distinto a éstas. 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 normativo. Como señala M. E. Fernández «Las normas pueden tomar en consideración las diferencias existentes entre los seres humanos y las situaciones y establecer en base a ellas una diferencia de trato normativo, pero dentro de ciertos márgenes. La problemática del principio de igualdad reside precisamente en establecer cuándo están justificadas y cuándo no las diferencias de trato normativo»¹⁵.

Centrándonos en el principio de equiparación, podemos afirmar que existen una serie de rasgos distintivos que los ordenamientos constitucionales de los países de nuestro ámbito cultural y la normativa internacional reconocen que, en general, deben ser considerados como irrelevantes a los efectos de establecer un trato normativo diferenciado¹⁶. En concreto, y con respecto al ámbito español, Prieto Sanchís considera que son origen de una «igualdad normativa», de tal modo que «el tratamiento

«Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 59 ss.

¹² LAPORTA, F., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema*, julio, 1985, 67, 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-BARBA, G., «Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General», Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 113 ss. Asimismo, sobre el principio de igualdad en las primeras Declaraciones de derechos *vid.* mi trabajo «Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995.

¹³ Quisiera hacer constar que, en nuestro ordenamiento jurídico la igualdad es, a la vez que principio, un valor y un derecho fundamental (*Vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», *Tecnos*, Madrid, 2.^a ed., 1986, pp. 288-289).

¹⁴ Como destaca PRIETO SANCHÍS, 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).

¹⁵ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., «Principio de equiparación y principio de diferencia. Su articulación práctica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XI, 1994, p. 142.

¹⁶ En este sentido, PÉREZ LUÑO, A. E., *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, *op. cit.*, p. 267; LAPORTA, E., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, *op. cit.*, p. 14, FERNÁNDEZ DUTZ-GÁLVEZ, M. E., *Principio de equiparación y principio de diferencia. Su articulación práctica*, *op. cit.*, pp. 143-44.

igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional»¹⁷. En nuestro caso, el segundo inciso del artículo 14 establece que no puede prevalecer discriminación alguna que tenga su fundamento en el nacimiento, la raza, el sexo, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Conviene matizar, sin embargo, que las interdicciones recogidas en el segundo inciso del artículo 14 no poseen carácter absoluto. No es que toda distinción amparada en estos criterios sea anticonstitucional, sino que, como destaca Alonso García, la desigualdad amparada en estas causas es objeto de una «especial valoración negativa»¹⁸, por lo que la demostración del carácter justificado del trato diferente se tornaría más rigurosa que en todos aquellos supuestos que quedan genéricamente dentro del principio de igualdad¹⁹.

Quiero destacar que tal enumeración no es cerrada ni pretende poseer un carácter exhaustivo, por lo que permite su aplicación expansiva. También los instrumentos internacionales, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la mayor parte de las Constituciones extranjeras, han recurrido a fórmulas de carácter abierto. Así, el Tribunal Constitucional español ha admitido la posibilidad de que otras circunstancias, como por ejemplo la edad, puedan tener consecuencias discriminatorias²⁰.

Con respecto al factor de la raza que, como hemos podido comprobar, aparece específicamente recogido en el texto del artículo 14 CE, debemos señalar que la información obtenida a través del Proyecto Genoma Humano puede resultar de gran importancia en la lucha contra las discriminaciones apoyadas en esta diferencia y las ideologías que lo sustentan. De hecho, existe un Proyecto sobre la Diversidad del Genoma Humano (HGD) promovido por un genetista, el profesor Cavalli-Sforza²¹, que pretende demostrar, a partir del estudio de las variaciones genéticas de unas 500 etnias de los aproximadamente 5.000 grupos étnicos que existen en el mundo, que las diferencias genéticas entre los miembros de una misma raza son mayores que las variaciones encontradas entre miembros de distintas etnias²². De llevarse a cabo²³, el Proyecto permitirá recons-

¹⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Igualdad y minorías*, op. cit., pp. 4-5 del original.

¹⁸ ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, vol. p. 71.

¹⁹ Vid. STC 81/1982, de 21 de diciembre. Este criterio del TC convive con otros tipos de argumentación, ya que se trata de una materia en la que este órgano ha optado por soluciones muy dispares. Vid., por ejemplo, STC 128/1987, de 16 de julio.

²⁰ Así, por ejemplo, la STC 75/1983, de 3 de agosto, F.J. 3. Sin embargo, esta sentencia admitió la constitucionalidad del precepto impugnado, ya que entendió que en ese supuesto la diferencia normativa establecida en base a la edad contaba con un fundamento razonable.

²¹ Vid. CAVALLI-SFORZA, L. L.; BODMER, W. F., *Genética de las poblaciones humanas*, Omega, Barcelona, 1981.

²² Vid. «Genome diversity alarms», en *Nature*, vol. 377, 5 october 1995, p. 372; BUTLER, D., «Genetic diversity proposal fails to impress international ethics panel», en *Nature*, vol. 377, 5 october 1995, p. 373.

²³ El Proyecto, sin embargo, hasta la fecha ha sido acusado de caro y de atentatorio contra los pueblos indígenas. Actualmente se están debatiendo algunas cuestiones como la relativa a la

truir la historia de la evolución del ser humano y aportar grandes luces sobre el origen de las variaciones genéticas. Sin embargo, para algunos, disponer de un registro del genoma de las diversas etnias existentes en el mundo puede tener consecuencias negativas en el ámbito de la discriminación de los pueblos indígenas. Asimismo, como recientemente ha revelado la revista *Nature*, en estos momentos se están obteniendo secuencias de genes a partir de muestras de sangre gratuitas de determinadas etnias para obtener, vendiéndolas a laboratorios farmacéuticos, beneficios incalculables.

Sin embargo, hasta la actualidad, la discriminación genética se halla estrechamente vinculada con el factor salud. Como hemos podido comprobar, entre las causas de discriminación tipificadas en el segundo inciso del artículo 14 de nuestra Carta Magna no aparece ninguna referencia a la salud. Sin embargo, entiendo que históricamente, en ocasiones, esta circunstancia ha actuado, de hecho, sobre todo en el ámbito de las relaciones privadas, como una causa real de discriminación. Así, por ejemplo, no debemos olvidar la situación de los leprosos en otras épocas, ni los efectos discriminatorios y segregacionistas de ciertas enfermedades, y de un modo muy particular del SIDA. A nadie se le escapa que la discriminación que sufren estos colectivos es un fenómeno de raíces sociales y no un caso de mera desigualdad de trato²⁴. Se trata del problema de la existencia de sectores socialmente marginados de la población, porque en ellos concurre un rasgo sobre cuya pervivencia el individuo no tiene ninguna posibilidad de elección. En esta línea, en lo que sigue voy a intentar defender que los avances biotecnológicos, resultado del Proyecto Genoma Humano, al poner al descubierto al denominado «hombre de cristal»²⁵, van a ser un factor determinante del surgimiento de una modalidad de discriminación, apoyada precisamente en la noción de enfermedad o «predisposición» a una determinada patología. Los sondeos genéticos, al determinar el código genético de un ser humano y con él las bases constitutivas de su personalidad, las enfermedades que necesariamente contraerá y aquellas otras

propiedad intelectual de los resultados de dichas investigaciones y su posible patente. Asimismo, se debate el problema de si el consentimiento informado de unos pocos miembros de un grupo racial puede ser suficiente como para utilizar gratuitamente una información que en realidad es inherente a toda una raza.

²⁴ Quisiera matizar que entiendo por discriminación, frente a la mera desigualdad de trato, un fenómeno de raíces sociales. Se trataría de «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». Esta minusvaloración, en ocasiones, puede llegar a traducirse en comportamientos que, de hecho, niegan la dignidad de todo ser humano (vid. PÉREZ DEL RÍO, T./ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F./ REY GUANTER S. DEL, *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, 1993, p. 13; RODRÍGUEZ PIÑERO, M./ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986; APARISI, A., «Discriminación y Derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la Igualdad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995).

²⁵ La expresión pertenece a GAFO, J., «10 Palabras Clave en Bioética», Pamplona, Verbo Divino, 1993, p. 227.

para las que posee una cierta predisposición, hacen temer que pronto en manos de la Administración y de entidades particulares, como empresas y compañías aseguradoras, se conviertan en fuente de discriminación²⁶. Los científicos, por otro lado, han subrayado que no basta, en este punto, con destacar el carácter no ético de tales prácticas. Es necesario que la legislación de los distintos países reaccione ante esta nueva situación²⁷ y, asimismo, que la jurisprudencia se prepare para poder afrontar estos nuevos conflictos.

Ciertamente, la tentación de evaluar a cada ser humano por su grado de «normalidad» o «anormalidad» con respecto a un genoma típico será grande. Por otro lado, hay que admitir que, como en otros supuestos de «desviación social», el afectado es, desde el comienzo, y no por sus propios actos, víctima de una situación de injusticia social. Como señala Jervis²⁸, a partir del momento en que es marcado o etiquetado como desviado «esta etiqueta pasa a ocultar y negar el hecho de que es una víctima, y absuelve de cualquier responsabilidad al sistema social».

P. R. Billings, tras cuatro años de estudio sobre el tema y de haber realizado cientos de entrevistas en EEUU, concluye que «existe la discriminación genética, definida de forma rigurosa como una situación derivada exclusivamente de diferencias genotípicas»²⁹. Precisamente, como señala Reiter, el peligro inherente a la medicina predictiva a partir del análisis del genoma humano consiste en la posibilidad de «utilizar la diferente disposición genética derivada del sexo, la raza y las condiciones medioambientales para clasificar a los hombres en fuertes y en débiles desde el punto de vista hereditario y, en consecuencia, en exponer a los desfavorecidos al desprecio social»³⁰. También Garrido Falla recientemente ha destacado que «es necesario estar preparado», ya que «empresarios, directores de personal y compañías de seguros, quizá puedan discriminar a aquellos cuyas características genéticas los hagan propensos a ciertas enfermedades, muerte prematura o incapacidad física».

Sin duda, existe un conflicto potencial entre los intereses individuales y la sociedad³¹. Por otro lado, instituciones dedicadas al estudio de las repercusiones éticas de este Proyecto han corroborado estas apreciaciones. Así, en ya citado *Ethical, Legal and Social Issues Program*, financiado por el Departamento de Energía de Estados Unidos, se incluye un

²⁶ Vid. UZYCH, L., «Human Genetics, Bioethics and the Law», en *Journal of the National Cancer Institute*, 1992, vol. 84, núm. 2, January 15, p. 128.

²⁷ Vid. VEZZONI, P., «Aspectos científicos y éticos del Proyecto Genoma Humano en Italia», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, op. cit., p. 98.

²⁸ JERVIS, G., *Manual Crítico de Psiquiatría*, Anagrama, Barcelona, 1977, cit., en NEMESIO, R.; SERRA, I., «Personalidad y socialización», en VVAA., *Fundamentos de Sociología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 164.

²⁹ BILLINGS, P. R., «La libertad y la nueva genética», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, op. cit., p. 243.

³⁰ REITER, J., «Medicina predictiva-Análisis del genoma-Terapia genética», en AAVV, *Bio-ética*, trad. J. L. DEL BARCO, Rialp, Madrid, 1992, p. 89.

³¹ GARRIDO FALLA, «El derecho a la intimidad y el uso de la información genética», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, op. cit., p. 334.

capítulo, en el que se comenzó a trabajar en el año 1992, con el título de «Studies of Genetic Discrimination». El estudio, de carácter empírico, tiene los siguientes objetivos:

«a) Determinar las instituciones sociales concretas que pudieran realizar prácticas discriminatorias, como compañías aseguradoras, organismos públicos, empleadores, instituciones educativas y militares.

b) Evaluar la naturaleza de la discriminación experimentada por personas que tratan con estas instituciones y organismos, y determinar el fundamento subyacente de la discriminación.»

En cuanto a la metodología propuesta, se incluye el «Análisis de historiales, utilizando una encuesta de personas con trastornos bien documentados de un solo gen, personas de riesgo cierto de trastornos de un solo gen y heterocigotos asintomáticos relacionados con otras enfermedades y, en su caso, con entrevistas detalladas de seguimiento»³².

Asimismo, en lo que respecta al ámbito europeo, ya en 1987 una Comisión de investigación del Parlamento Federal de Alemania elaboró un informe sobre «las posibilidades y los riesgos de la tecnología genética» (*Bundestagdrucksache* 10/6775) en el que, entre otras cosas, recomendaba que se estudiaran diversos aspectos, como el relativo a los puestos de trabajo. A nivel europeo existe una Recomendación, la 92 (3) que destaca en sus principios 6 y 7 que no debe permitirse que las prestaciones sanitarias dependan del sometimiento a la detección genética³³.

De cualquier modo, interesa destacar que esta nueva modalidad de discriminación puede resultar especialmente grave en aquellos supuestos en los que el gen defectuoso se halle vinculado, en general, con una determinada raza. En este sentido, conviene recordar que lo que se suelen denominar discriminaciones indirectas son el resultado de diferenciaciones apoyadas en criterios aparentemente neutros, 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 los sondeos genéticos. En EEUU y Dinamarca se está haciendo relativamente frecuente la exigencia de realización de pruebas genéticas para el acceso a determinados trabajos. Al existir enfermedades en las que la mayoría de los miembros de una raza son portadores, aunque nunca vayan a padecerla, en la práctica esto se traduce en una prohibición real de acceso a tal trabajo, y en una situación de racismo encubierto³⁴. Ejemplos claros de ello los encontramos en enfermedades como la deficiencia glucosa-6-fosfato-deshidrogenasa (G-6-PD), cuya frecuencia es mayor en afroamericanos, chinos,

³² En YESLEY, M. S., «El derecho a la confidencialidad: uso de la información genética», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, *op. cit.*, p. 361.

³³ Vid. KOKKONEN, P., «El derecho a la confidencialidad: uso de la información genética», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, *op. cit.*, p. 319.

³⁴ Vid. SANMARTÍN, J., «Ingeniería genética humana: evaluación y percepción pública de las tecnologías genéticas», en Sanmartín, J./Cutcliffe, S. H./Goldman, S. L./Medina, M. (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, *op. cit.*, 251-255.

judíos orientales y algunos pueblos mediterráneos³⁵, y, asimismo, en la anemia falciforme. Esta última patología afecta a la población afroamericana en una proporción aproximada de 1 por cada 625. Se estima que 1 de cada 12 afroamericanos es portador del rasgo. Durante diez años, se exigieron a todos aquellos afroamericanos que pretendieran acceder a la Academia Naval de EEUU un sondeo para detectar la anemia falciforme. Los portadores de este desorden, como hemos visto 1 de cada 12, 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 dicha Academia y se declaró tal práctica discriminatoria³⁶. También para Sanmartín³⁷, las sondas son ya en la actualidad un nuevo instrumento del racismo. De hecho, sólo así puede interpretarse que en EEUU, a mediados de los ochenta, el sondeo de la anemia falciforme fuera obligatorio para los afroamericanos en una serie de Estados como Colorado, Georgia, Lousiana, Nuevo México, Nueva York, Texas y Wyoming. Lo curioso es que, en Estados como Wyoming, la población negra no alcance el 1 por 100.

Como señalábamos anteriormente, la realización de sondeos genéticos pondrá en juego el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, de un modo especial cuando los resultados se apliquen a dos ámbitos: el de los contratos de trabajo y el de los seguros³⁸. Seguidamente nos referiremos a cada uno de estos supuestos.

3. DISCRIMINACIÓN GENÉTICA EN EL ÁMBITO LABORAL

Es cierto que hasta la fecha se han realizado pocos estudios empíricos sistemáticos acerca de los costes personales derivados de la realización de test genéticos³⁹. Sin embargo, es de esperar que las consecuencias sean especialmente graves. Como destaca Rothstein, precisamente uno de los países más afectados será EEUU, ya que gran número de empresa-

³⁵ Sobre esta enfermedad, *vid.* SANMARTÍN, J., «Ingeniería genética humana: evaluación y percepción pública de las tecnologías genéticas», en Sanmartín, J./ Cutcliffe, S. H./ Goldman, S. L./ Medina, M. (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, *op. cit.*, p. 249.

³⁶ SUZUKI, D.; KNUDTSON, P., «Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos», *op. cit.*, p. 144, en Sanmartín, J. y otros (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Anthropolos, pp. 253-254.

³⁷ Sobre el origen de este desorden genético *vid.* SANMARTÍN, J., «Ingeniería genética humana: evaluación y percepción pública de las tecnologías genéticas», en Sanmartín, J./ Cutcliffe, S. H./ Goldman, S. L./ Medina, M. (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, *op. cit.*, pp. 241 ss.

³⁸ *Vid.* ROBERT, J., «La revolution biologique et génétique face aux exigences du droit», en *Revue du Droit public*, 1984, núm. 5, pp. 1255 ss. Asimismo, PORRAS DEL CORRAL, M., *Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos*, CajaSur, Córdoba, 1956, pp. 139-148. De cualquier modo, quisiera hacer notar que en países como EEUU la discriminación se está extendiendo a otros niveles: así, por ejemplo, en algunos casos se exige la prueba de diagnóstico genético para poder adoptar niños.

³⁹ BILLINGS, P. R., *et al.*, «Discrimination as a Consequence of Genetic Testing», en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, *op. cit.*, p. 637.

rios americanos sufragan los gastos sanitarios de sus trabajadores⁴⁰. Tales pruebas, en realidad, conducirán a separar a los futuros empleados en dos grupos: los «rentables» o poco propensos a desarrollar patologías, y los «no rentables»⁴¹. Estos últimos se convertirían en una especie de «parados crónicos» o «intocables económicos» en una sociedad altamente competitiva, en base a unos datos sobre los que no tendrían ninguna posibilidad de elección. Como señalan Suzuki y Knudtson, la historia demuestra que los grupos más poderosos intentan mantener su *status* de superioridad tratando de dar una imagen de racionalidad a sus decisiones. La idea de que los genes justifican tratos desiguales puede explotarse para revestir con una pátina de legitimidad estas discriminaciones⁴².

Para centrar nuestro trabajo, voy a distinguir tres tipos de posibles resultados de un test genético, de los que, previsiblemente, se derivarán situaciones discriminatorias en el ámbito laboral⁴³:

a) Aquellos casos en los que la prueba revela la presencia de un gen dominante para una determinada enfermedad monozigota, por lo que ésta o bien se padece o, con mucha probabilidad, se padecerá en un futuro. Así, por ejemplo, el Corea de Huntigton, que produce una terrible degeneración neurológica;

b) El supuesto de la existencia de desórdenes multifactoriales⁴⁴. En este caso, el sondeo revela una propensión a desarrollar una específica patología que podría desembocar en enfermedad cuando se dieran interacciones entre el genotipo y determinados entornos ambientales, como, por ejemplo, la exposición prolongada a la acción de algún factor (una sustancia química, una radiación, etc.) presente en un lugar de trabajo⁴⁵. Su desarrollo dependerá de características medioambientales y de la propia idiosincrasia del individuo, por lo que el desarrollo de la patología está sujeto a gran incertidumbre. Un ejemplo de ello sería la ya citada deficiencia glucosa-6-fosfato-deshidrogenasa (G-6-PD);

⁴⁰ ROTHSTEIN, M. A., «The Genome and the Workplace: some ethical Issues», Resume presented at the *II Workshop on International Cooperation for the Human Genome Project: ethics*, Valencia, octubre, 1990.

⁴¹ Vid. Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association, «Use of genetic testing by employers», *JAMA*, 1991, 266, pp. 1827-1830.

⁴² SUZUKI, D.; KNUDTSONS, P., *Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, op. cit., p. 154.

⁴³ Una clasificación de los desórdenes hereditarios puede encontrarse en SANMARTÍN, J., «Ingeniería genética humana: evaluación y percepción pública de las tecnologías genéticas», en Sanmartín, J./ Cutcliffe, S. H./ Goldman, S. L./ Medina, M. (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, op.cit., pp. 246 ss.

⁴⁴ CAPRON, A. M., «Which Ills to Bear?: Reevaluating the “Threat of Modern Genetics”» en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, op. cit., p. 633.

⁴⁵ Tal sería el caso, por ejemplo, de los individuos que poseen genes defectuosos para la llamada 1 antitripsina. Es ésta una sustancia que se halla en el suero sanguíneo humano y que controla la actividad de los enzimas que evitan un exceso de voracidad de los leucocitos. En el supuesto de que un sujeto posea una menor cantidad de tal elemento y se vea expuesto a algunas sustancias como el humo de cigarrillos, podría desarrollar un enfisema pulmonar (vid., SANMARTÍN, J., «Genética, medicina y trabajo. Consideraciones sobre el Proyecto Genoma Humano y su entorno político», en *Ludus Vitalis*, vol. I, núm. 1, 1993, Méjico, p. 197).

c) Los sondeos revelan que el sujeto es heterocigoto o portador de un gen autosómico recesivo y, por lo tanto, se revela asintomático. Es el caso de la anemia falciforme, ya que sólo cuando el individuo es homocigoto para el rasgo desarrolla la enfermedad. Se trata de personas completamente sanas, que muy posiblemente nunca sufrirán esa dolencia, pero que, debido a su carácter de portadores de un gen «anormal» deberán afrontar una situación de segregación⁴⁶.

Parto de considerar que, en general, el acceso o continuidad en un empleo nunca debe estar subordinado a la realización de este tipo de pruebas. Y ello apoyado en el derecho a la intimidad, entendido como facultad de gestión de la propia información genética⁴⁷. Se trata de defender que el trabajador pueda decidir racionalmente, y sin presiones externas, lo que quiere conocer sobre sí mismo con respecto a su constitución genética⁴⁸. En consecuencia, el trabajador podrá negarse a la realización de un sondeo génico sin que de ello se deriven consecuencias negativas para él. Incluso se puede plantear la existencia de un «derecho a no saber»⁴⁹. Un trato diferente o un cambio de situación o expectativa apoyado en la negativa a

⁴⁶ BILLINGS, P. R., *et al.*, «Discrimination as a Consequence of Genetic Testing», en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, *op. cit.*, p. 639.

⁴⁷ Como es bien conocido, el derecho a la privacidad, categoría genérica en la que incluiría el derecho a la intimidad, se configura inicialmente como una libertad negativa, de acuerdo con el criterio del *right to be let alone*. Sin embargo, progresivamente el ámbito de la privacidad se ha ido ampliando hacia una concepción que combina la libertad negativa con la libertad positiva, incluyendo así el derecho de autocontrol por parte del titular de los datos que le afecten (*Vid.* MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, pp. 29-31). Se puede sostener que en la actualidad existe un cierto acuerdo sobre la idea de que el núcleo básico de la privacidad protege lo que se denomina «información personal».

En la tradición de EEUU, la fórmula más aceptada es la que en esta línea, ya hace unos años, propuso WESTIN, para quien la privacidad debe entenderse como el derecho al control de la información referente a uno mismo. Se trata de que cada persona pueda decidir individualmente cuándo, cómo y hasta qué punto desea transmitir información sobre él mismo a los demás. En sus palabras: *A right to control information about oneself*. Como se puede comprobar, el centro de gravedad de la privacidad se sitúa así en la idea de control, en sentido fuerte, sobre la información (WESTIN, A. F., *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1967, p. 7. , asimismo, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984). Esta misma línea ha sido seguida por SHATTUCK, quien insiste en la tutela de la intimidad entendida como autonomía y garantía de la libertad de elección sin interferencias (SHATTUCK, J. H. F., *Rights of Privacy*, National Textbook Co. & American Civil Liberties Union, Skokie, New York, 1977). También en esta dirección se han manifestado WACKS (*Personal Information. Privacy and the Law*, Claredon Press, Oxford, 1989, pp. 13-30) y LUSKY («Invasion of Privacy: a Clarification of Concepts», *Columbia Law Review*, núm. 72, pp. 693 ss.). Este último autor sostiene que el derecho a la privacidad, más que un sentido estático de defensa de datos de carácter privado, posee una función dinámica, consistente en la facultad de poder controlar los datos de carácter personal. FRIED señala: «Privacy is not simply an absence of information about us in the minds of others; rather it is the control we have over information about ourselves» («Privacy», *Yale Law Journal*, 1968, núm. 77, p. 475). Ello no impide que en la actualidad, como destaca PÉREZ LUÑO, los avances tecnológicos hayan determinado que sea posiblemente el derecho fundamental con «mayor número de modalidades de eventual transgresión y uno de los que cuenta con mayor número de víctimas reales o potenciales».

⁴⁸ REITER, J., *Medicina predictiva-Análisis del genoma-Terapia genética*, *op. cit.* pp. 85 y 87.

⁴⁹ En este sentido se ha manifestado, en un reciente estudio, G. WOLFF, de la Universidad de Freiburg, para quien el derecho de los hombres a saber, en relación a los datos médicos, incluye también el derecho a no saber (*Europe Today*, núm. 192, 1 de agosto de 1996, p. 2).

la realización del sondeo debe ser considerado como discriminatorio a todos los efectos.

En España el Estatuto de los Trabajadores recoge, en su artículo 4.º, 2, c), el derecho a no ser discriminado para el empleo o una vez empleado. Asimismo, sostiene que «Tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate». Por ello, entiendo que sólo si un concreto trabajo exige determinadas aptitudes actuales, podrá exigirse al sujeto un examen conveniente. Pero nótese que éste tan sólo deberá afectar a condiciones presentes y a caracteres relevantes para el trabajo de que se trate. Por ello, y con respecto al primer supuesto, sólo podrá negarse el acceso a un determinado empleo si la enfermedad detectada se padece en ese momento y, asimismo, por sus especiales limitaciones, incapacita al individuo a realizar ese concreto trabajo (p. ej. Parkinson en un empleo que exige alta precisión, o Corea de Huntington —que produce ataques del sistema nervioso y muscular— para ser piloto). Por una solución similar optó en EEUU la *Americans With Disabilities Act*, aprobada en julio de 1990. En esta normativa, en general, se trata de evitar que un empresario pueda discriminar en base a la incapacidad de sus trabajadores. Los análisis están prohibidos, a menos que los resultados tengan relación directa con los requisitos exigidos por el trabajo⁵⁰.

Con respecto al segundo supuesto, es evidente que esta información puede contribuir decisivamente a mejorar la protección laboral de las personas, resultando una buena ayuda para evitar las enfermedades profesionales. Pero también es indudable que este conocimiento tendrá consecuencias no tan deseadas, ya que la información obtenida mediante el sondeo servirá para graduar la resistencia al medio del empleado, operando, en definitiva, como criterio de selección y, por ello, discriminador⁵¹. Recordemos que, en estos casos, ni tan siquiera existe la certeza de que la enfermedad se padezca. Una difusión de los resultados genéticos conduciría a crear una nueva categoría de pacientes, los «predispuestos», sometidos a una dura discriminación, ya que, como destaca Capron, el empresario evitaría cualquier relación contractual no sólo por los gastos que previsiblemente el trabajador pudiera generar a causa de su enfermedad, sino porque, en el caso de padecerla, éste podría achacar a las condiciones de la empresa el desencadenamiento de su patología. Esto, a su vez, generaría al empresario un mayor desembolso por gastos judiciales, indemnizaciones, etc.⁵² Ante el dilema selección de obreros resisten-

⁵⁰ Vid. en UZYCH, L., «Human Genetics, Bioethics, and the Law», en *Journal of the National Cancer Institute*, 1992, vol. 84, núm. 2, January 15, p. 128. Sin embargo, como destaca este autor, el reglamento que desarrolla esta ley deja algunos puntos poco claros: así, si la normativa incluye a aquellos que son portadores de genes recesivos o desórdenes vinculados con el cromosoma X.

⁵¹ Vid. HOLTZMAN, N. A., «Ethical Considerations in Genetic Testing», Resume presented at the *II Workshop on International Cooperation for the Human Genome Project: ethics*, Valencia, octubre, 1990.

⁵² PERIS, J. M., «La identificación genética y los derechos fundamentales», en *Arbor*, CXLIII, 564, diciembre 1992, pp. 56 ss.

tes/mejora de las condiciones de salubridad de la empresa, se trata de optar siempre por la segunda opción, teniendo en cuenta que nunca debe verse como «enfermedad», una predisposición a contraer una patología en contacto con ambientes degradados⁵³.

En el tercer supuesto, como he señalado anteriormente, nos encontramos ante individuos totalmente sanos. Las dificultades de acceso a un puesto laboral, basadas en estos datos, encubrirían un mal uso interesado de conceptos científicos que intentarían legitimar prácticas claramente discriminatorias. Sin embargo, tampoco hay que olvidar que en aquellos países, como EEUU, en los que la sanidad es privada y suele estar sufragada por el empresario, tras la diferencia de trato se esconde un claro temor al incremento de los costes sanitarios a causa de una descendencia enferma, ya que, aunque el individuo no padecerá la patología, sí la podrá transmitir.

En suma, y como señalábamos al principio, salvo en el supuesto de que el empleo exija unas determinadas aptitudes para su correcto desempeño, cualquier discriminación en base a una negativa a la realización de las pruebas genéticas o en datos obtenidos por éstas deberá ser tratada con la gravedad que exige esta figura en la legislación de los distintos países. De cualquier modo, las peculiares características de este tipo de discriminación exigirán unos concretos mecanismos de tutela, que deberían tener, de acuerdo con la propia naturaleza de este fenómeno, carácter preventivo y represivo. Con respecto a las políticas preventivas, cabe destacar la importancia de una información real y clara sobre las graves consecuencias que, tanto a nivel personal como social, pueden derivarse del acceso a estos datos. Asimismo, es importante insistir en la idea de que la detección de la enfermedad, al menos a corto plazo, no asegura en absoluto la existencia de medios de curación, a fin de no levantar falsas esperanzas. Por su parte, las medidas represivas garantizarán la protección civil y penal de la intimidad genética y la voluntariedad real en el acceso a los análisis, de tal modo que, como destacaba con anterioridad, no se permita que la admisión en un determinado puesto laboral se condicione a la realización de estas pruebas.

Por último, quisiera destacar, como una cuestión distinta, la necesidad de ofertar controles génicos por parte de los servicios públicos de sanidad o de la empresa. No se trata de detectar genotipos de trabajadores, sino de otorgar la posibilidad de advertir los posibles daños causados a las moléculas genéticas de los empleados en aquellos casos en los que en la empresa se hallen presentes determinados productos químicos o mutágenos ambientales que pudieran afectar los cromosomas de éstos. Se trataría de un sistema de protección de la salud laboral, cuya principal consecuencia sería la creación de una obligación en el empresario de

⁵³ Vid. SANMARTÍN, J., «El Gen Ético y los Derechos Humanos», en *La Vanguardia*, 29 de febrero de 1992.

mejorar las condiciones de salubridad del lugar de trabajo, reduciendo el grado de contaminación a niveles de ausencia o menor toxicidad⁵⁴.

4. SEGUROS PRIVADOS DE PERSONAS

Como sabemos, en los llamados seguros de personas el objeto asegurado es la misma persona, «la cual soporta en sí misma el riesgo de ver comprometida su salud o su integridad física por una enfermedad o un accidente (seguros privados de accidente y enfermedad), o el riesgo de perder la vida antes de alcanzar una cierta edad (seguro de vida para caso de muerte) o de sobrevivir a una edad determinada (seguro de vida para caso de supervivencia)»⁵⁵. Como puede comprobarse, un dato fundamental en este tipo de seguros es la salud, por cuanto que, en general, de ella depende que el pago realmente se realice, así como la cantidad a abonar. Para conseguir un cierto equilibrio, la determinación de las primas de los distintos tipos de seguros parte, por un lado, de análisis estadísticos de la población⁵⁶, mientras que, por otro, se intenta, mediante instrumentos técnicos disponibles, conocer el punto de partida de los candidatos en lo referente a su salud. Hasta ahora, la única información genética se obtenía a través del cuestionario que se suele adjuntar al impreso del contrato. A partir de dichos datos, se suele establecer la prima.

Todo lo hasta ahora dicho permite deducir la trascendencia que, para este tipo de seguros, va a tener la posibilidad de conocer y predecir el estado de salud futura del sujeto. Sobre ello ya advirtió el premio Nobel Watson⁵⁷. De hecho, hace unos dos años se celebró en París una reunión de compañías aseguradoras punteras de Europa para coordinar sus esfuerzos con el fin de conseguir que no se restringiera el acceso a los datos genéticos de sus clientes potenciales⁵⁸. Precisamente, el conocimiento de estos datos nos situaría ante una nueva modalidad de discriminación que, a semejanza del caso anterior, negaría el acceso a estos servicios⁵⁹ o impondría primas desorbitadas a todo aquel que reflejara un cierto grado

⁵⁴ SUZUKI D.; KNUDTSON, P., «Sondeo génico en el lugar de trabajo: intimidad y genoma humano», en *Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*, op. cit., pp. 150, 155.

⁵⁵ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid 1987, pp. 550-551. Vid. asimismo SÁNCHEZ CALERO, E., *Instituciones de Derecho mercantil*, II, Edersa, Madrid, 1995 (18.º). Según el artículo 80 de la Ley de Contrato de Seguro, los seguros de personas comprenden «todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado».

⁵⁶ Vid. WIT, G. W. DE, «Tecnología genética, los seguros y el futuro», en *Proyecto Genoma Humano: ética*, op. cit., pp. 323 ss.

⁵⁷ Vid. ROBERTS, L., «Taking Stock of the Genome Project», *Science*, 1993, vol. 262, p. 21. WATSON ya destacó, en los orígenes del PGH, que los datos obtenidos de un genoma humano debían ser negados a las compañías de seguros.

⁵⁸ Vid. BUSTOS PUECHE, *Reflexión jurídica ante el «Mundo Feliz» de Huxley*, Tapia, enero-febrero 1994, p. 54.

⁵⁹ Vid. KASS, N. E., «Insurance for the Insurers. The Use of genetic Test», *Hasting Center Report*, vol. 22, number 6, november-december 1992, p. 11.

de «anormalidad» en su genoma con respecto al patrón tipo. Así, para Billing, tras meses de estudios de campo, el sector de los seguros es el que actualmente presenta en EEUU un mayor grado de discriminación a causa de la realización de pruebas de carácter genético⁶⁰.

Es cierto que se trata de un problema muy complejo, debido a la existencia de valores contrapuestos que pugnan por imponerse⁶¹, y que se agrava por la concurrencia de enormes intereses económicos en juego. Por un lado, se encuentra el derecho a la intimidad, punto de partida insoslayable, no sólo del asegurado, sino de su grupo familiar. Asimismo, el acceso a esta información de modo generalizado alentaría, como ya he señalado, una nueva forma de discriminación que segregaría a toda una categoría de personas, la de los «inasegurables»⁶². La pasividad del ordenamiento jurídico determinaría la rendición del Derecho ante el avance de una nueva «ciencia de la desigualdad»⁶³.

En España, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁶⁴ ampara la exigencia, por parte de la compañía aseguradora, de la realización de este tipo de sondeos sin ningún límite. Aunque dada la novedad de esta problemática lógicamente no se refiere a ella, no contempla en su normativa el deber de respeto a la intimidad del asegurado en las exigencias previstas en las condiciones generales. Por otro lado, se insiste en la necesidad de que el asegurador pueda conocer todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. De hecho, su artículo 10 sostiene que el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Asimismo, el artículo 89 establece que «En caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta Ley» (rescisión del contrato).

En EEUU, Capron ha destacado que este tipo de pruebas también serán exigidas a los *nasciturus*, de modo que la continuación del seguro de los padres podrá hacerse depender de la decisión de abortar. Aunque esta práctica aún no se ha extendido, para este autor es de esperar que en una sociedad tan competitiva como la americana tal mandato se convierta en algo rutinario⁶⁵.

⁶⁰ BILLINGS, P. R., *et al.*, «Discrimination as a Consequence of Genetic Testing», en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, *op. cit.*, p. 638.

⁶¹ YANES, P., «Seguros de personas e información genética (I)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, vol. I, *op. cit.*, p. 192.

⁶² *Vid.* NATOWICZ, M. R., *et al.* «Genetic discrimination and the law», *American Journal of Human Genetics*, 50, 1992, pp. 465-475; LOWDEN, J. A., «Genetic discrimination and insurance underwriting» (*letter of editor*), *American Journal of Human Genetics*, 51, 1992, pp. 901-903; BILLINGS, P. R., *et al.*, «Discrimination as a consequence of genetic testing», *American Journal of Human Genetics*, 50, 1992, p. 476-482.

⁶³ MURRAY, T. H., «Genetics and the Moral Mission of health Insurance», *Hasting Center Report*, núm. 6, 1992, p. 12.

⁶⁴ BOE núm. 250, de 17 de octubre.

⁶⁵ CAPRON, A. M., «Which Ills to Bear?: Reevaluating the “Threat of Modern Genetics”», en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, *op. cit.*, p. 633.

Por otro lado, con la negativa al acceso a estos datos algunos han visto en peligro el futuro de este sector de la economía. Así, Pokorski destaca que es necesario aceptar que cualquier impedimento impuesto por los poderes públicos a las compañías aseguradoras comportaría dificultades a la hora de evaluar causalmente el contrato propuesto, así como una poca fiabilidad en la fijación de la prima del seguro⁶⁶. Para Menéndez, el problema jurídico a resolver consiste en cómo «mantener la expansión del seguro privado sin merma del respeto debido a la libertad personal y a la misma dignidad humana»⁶⁷.

Al objeto de poder determinar el grado de influencia de la información genética en cada supuesto vamos a distinguir las tres modalidades de seguros de personas existentes en nuestro sistema jurídico⁶⁸:

a) Seguro de vida: trata de obtener una prestación para el asegurado, única o periódica, cuyo importe lo percibirá para sí o para la persona que designe en el caso de que se produzca un determinado evento en relación con la vida humana. Es posible distinguir a su vez:

– Seguro de vida para el caso de muerte: el asegurador se obliga a pagar una suma al producirse la muerte del asegurado, cualquiera que sea el momento en el que ésta se produzca (seguro de vida entera), o sólo si ésta acontece en un plazo o período determinado (seguro temporal o de tiempo determinado)⁶⁹.

– Seguro de vida para el caso de supervivencia: el asegurador se obliga a pagar una suma o renta periódica si el asegurado cumple una determinada edad o supera con vida un plazo de tiempo estipulado en el contrato.

– Seguro mixto: el asegurador debe prestar un capital o renta, alternativamente, si el asegurado muere dentro de un período de tiempo o sobrevive a una determinada edad⁷⁰.

b) Seguro de enfermedad: tiene por objeto la prestación de cuidados médicos, farmacéuticos y hospitalarios, en la medida y duración pactadas en la póliza, en aquellas circunstancias en las que la salud se vea afectada por dolencias cubiertas por el contrato⁷¹. En ocasiones, también se incluye en la póliza una prestación por «lucro cesante».

c) Seguro de accidentes: cubre la prestación de cuidados o bien la aportación de rentas establecidas en la póliza para el supuesto de

⁶⁶ POKORSKI, R., «Use of genetic information by private insurers-genetic advances: the perspective of an insurance medical directors», *J. Insur. Medicine*, 1992, pp. 2460-2468.

⁶⁷ MENÉNDEZ, A., «El genoma humano y el contrato de seguro», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁸ Vid. YANES, P., «Seguros de personas e información genética (I)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, *op. cit.*, pp. 94 ss.

⁶⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil, II*, Edersa, Madrid, 1995 (18.º), pp. 434-436.

⁷⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, *op. cit.*, p. 437.

⁷¹ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., «Ley de Contrato de Seguro», en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial, XXIV-3*, Madrid, 1989, p. 501.

que la integridad física del asegurado se vea afectada por un evento de carácter fortuito que le produzca muerte o invalidez permanente o temporal ⁷².

Con respecto a la primera de las modalidades, el contrato de seguro de vida, cabe señalar que la mayor repercusión de los datos obtenidos por sondeos génicos tendría lugar en el supuesto de que se pactara que la prima sólo se prestaría en el caso de que la persona falleciera en un plazo o período de tiempo determinado. En estos casos, es claro que el acceso a la información tendría consecuencias rotundas. No ocurriría así en el supuesto, por ejemplo, de que la prima se desembolsara por el asegurador, cualquiera que fuera la fecha del fallecimiento, o si el sujeto hubiera superado una determinada edad.

Cuestión distinta sería el caso de los seguros de enfermedad, ya que aquí sí que presenta especial gravedad el hecho de conocer los datos genéticos relativos a la salud del asegurado. Del mismo modo ocurre con los seguros de accidente, por cuanto que el evento puede estar causalmente vinculado con una enfermedad que incline a ello. Entiendo que en todos estos supuestos, con amparo en el derecho a la intimidad y de modo similar a como planteaba con respecto a un contrato de trabajo, no debe supeditarse la aceptación del contrato por parte del asegurador al hecho de que el asegurado se someta a análisis genéticos. Se trata de evitar así que, de hecho, el sujeto se encuentre presionado debido, por ejemplo, a la imposición de primas desorbitadas.

Frente a ello, los aseguradores podrían alegar, como destaca el Informe de los *National Institutes of Health* y el *National Center of Human Genome* de 1993 ⁷³, que se encuentran en desventaja ⁷⁴ al pretender evaluar los costes de reclamaciones registradas por el solicitante, fenómeno que se conoce como «selección adversa». En este caso, los solicitantes, conociendo que poseen un gran riesgo de contraer una determinada enfermedad, intentarían adquirir una cobertura sanitaria a un precio que no cubriría sus reclamaciones. Asimismo, los aseguradores podrían sostener que, dado que el futuro asegurado sí conoce su genoma, quedaría eliminado un requisito fundamental del contrato de seguro, el riesgo determinado por la inseguridad de la producción o no del evento. Frente a ello, se puede aducir que no es lo mismo conocer los datos genéticos y ocultarlos que verse, de hecho, obligado a analizarse genéticamente como requisito previo a la contratación de un seguro, exigencia que lesionaría el derecho a la intimidad y que, en una sociedad sin seguros públicos, dejaría en el más absoluto desamparo a un sector de la población. Conociendo los datos completos de sus asegurados, las compañías podrían prácticamente

⁷² Vid. artículo 100 de Ley de Contrato de Seguros.

⁷³ «Genetic Information and Health Insurance», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1, julio-diciembre 1994, p. 239.

⁷⁴ Vid. UZYCH, L., «Human Genetics, Bioethics and the Law», en *Journal of the National Cancer Institute*, 1992, vol. 84, núm. 2, January 15, p. 128.

eliminar, con un mínimo de incertidumbre, el riesgo, deshaciéndose de clientes «molestos»⁷⁵.

Por todo ello, parece que puede sostenerse que, especialmente en los seguros de enfermedad, las compañías sólo podrán acceder a datos de presente mediante los medios y técnicas tradicionales –la práctica habitual en la actualidad–, sin pretender tener acceso a datos futuros. De cualquier modo, podrán exigir el conocimiento de datos que el asegurado ya conoce, o probar, al efecto de obtener la rescisión, el hecho del conocimiento. En cualquier caso, deberán asumir el riesgo disponiendo, por su parte, de libertad para fijar la prima. Ello, como sostiene el citado Informe americano, se traducirá previsiblemente en un aumento de las pólizas de seguros. Sin embargo, parece la única solución jurídica admisible, ya que, en caso contrario, no sólo se lesionaría el derecho fundamental a la intimidad, sino que se dejaría sin posible cobertura, sobre todo en países sin sanidad pública, precisamente a quien más lo necesita, aquellos sujetos aquejados de enfermedades. Asimismo, nos deslizaríamos hacia un sistema distinto de seguros, en palabras de Billings desde un *risk-sharing model* a un *group-narrowing model*, o, lo que es lo mismo, desde un modelo en el que todos se encuentran en la misma situación de partida a otro, extremadamente individualista, en el que cada uno pretende ventajas personales por encontrarse en un grupo del que se ven desplazados aquellos que poseen mayores riesgos debido a factores sobre los que el sujeto no tiene elección, como son los que nos ocupan⁷⁶. Para Capron, detrás de todo ello también se encuentra un modo de entender la solidaridad con los más desfavorecidos⁷⁷. De cualquier modo, como destaca el Informe del *National Center for Human Genome Research* ya citado, hay que admitir que el camino más efectivo para la no discriminación genética en los cuidados sanitarios es aumentar la cobertura pública de servicios básicos de salud⁷⁸.

⁷⁵ Vid. WATSON, J., «Polimorfismo genético y entorno medioambiental», en *Proyecto Genoma Humano. Ética*, op. cit., pp. 37-39.

⁷⁶ CAPRON, A. M., «Which Ills to Bear?: Reevaluating the “Threat of Modern Genetics”», en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, op. cit., p. 635.

⁷⁷ CAPRON, A. M., «Which Ills to Bear?: Reevaluating the «Threat of Modern Genetics»», en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, op. cit., p. 635.

⁷⁸ «Genetic Information and Health Insurance», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, op. cit., p. 2.

El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos

Por VICENTE BELLVER CAPELLA

Universitat de València

*«While created equal, all Americans were not,
as things turned out, being poisoned equally.»*

Mark DOWIE

Desde 1990, el ecologismo americano ha sufrido una convulsión histórica con la consolidación y extensión de un nuevo movimiento ciudadano, que ha recibido diversas denominaciones: movimiento por la justicia ambiental (*Environmental Justice Movement*), movimiento contra el racismo ambiental (*Environmental Racism*) o movimiento por la igualdad ambiental (*Environmental Equity*)¹. Esta movilización –que ha sido comparada con la que se produjo a principios de los sesenta en favor de los derechos civiles, y que de hecho hunde sus raíces en los mismos fundamentos– se ha extendido por todo el país; ha dado lugar a un interesante diálogo-confrontación con las grandes organizaciones ecologistas; ha requerido la intervención del presidente de Estados Unidos, reconociendo y respaldando las reivindicaciones de este movimiento; ha generado

¹ De las tres denominaciones, la primera ha sido la más aceptada. La segunda tiene una connotación negativa y centrada en una de las varias formas de injusticia ambiental; la tercera parece que aspire a una equitativa distribución de la contaminación más que a la eliminación de la misma. Cfr. LAZARUS, R., «Pursuing Environmental Justice: The Distributional Effects of Environmental Protection», en *Northwestern University Law Review*, núm. 87, 1993, pp. 787-790, y MANASTER, K., *Environmental Protection and Justice. Reading and Commentary on Environmental Law and Practice*, Cincinnati, 1995, Anderson Publishing Co., p. 155.

unos cuantos proyectos de ley sobre la materia, y ha sido objeto de estudio desde las más diversas perspectivas, siendo las dominantes la sociológica y la jurídica.

Aunque los mismos precursores de este movimiento no se consideran continuadores de la corriente ecologista dominante, es indudable que existe una contigüidad con ésta, ya que se trata de una forma nueva de aproximarse al problema medioambiental. En este sentido, supone la aparición de un nuevo paradigma ecológico² que asume y critica aspectos de otros paradigmas anteriores: el de la *deep-ecology*, el ecofeminista, el del desarrollo sostenible³.

Inicialmente, el término «Justicia ambiental» se utilizó para aludir al movimiento que se generó para luchar contra la localización de instalaciones contaminantes —particularmente, las plantas para el tratamiento de residuos peligrosos— en barrios de minorías raciales o de ciudadanos con bajos ingresos económicos. Pero pronto el objetivo del movimiento se amplió hasta abarcar la lucha contra la discriminación racial-ambiental (*Environmental Race Discrimination*), entendida como la exposición desproporcionada de las minorías a los peligros ambientales: automóviles, instalaciones industriales, vertederos de residuos tóxicos e incineradoras, productos tóxicos como el plomo de algunas pinturas de pared, etc.⁴

En la parte I, exponemos a grandes trazos la génesis y evolución del movimiento por la justicia ambiental. En la parte II nos centramos en revisar cuáles son los medios más legítimos y efectivos para alcanzar el objetivo de una mayor justicia ambiental, a la vista de la experiencia de éste y de otros movimientos ciudadanos. En la parte III estudiamos las relaciones entre los grupos ecologistas tradicionales y el movimiento por la justicia ambiental. En la parte IV nos ocupamos de los fundamentos del movimiento y de su trascendencia en a escala planetaria. Aunque el debate ambiental en el plano internacional siempre se ha caracterizado por el enfrentamiento entre los países desarrollados —que consideran que el crecimiento económico actual es suficiente y que la prioridad es conservar el medio ambiente— y los países en desarrollo —que entienden que el principal problema ambiental es la pobreza que padecen y que el cre-

² Una síntesis de la emergencia del nuevo pensamiento ecológico, con una crítica a sus contradicciones internas, puede verse en BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, Madrid, 1995, Tecnos; *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Madrid, 1989, Tecnos, pp. 182 ss.; «Hacia un modo ecológico de pensar», en *Anuario Filosófico*, 1984.

³ En la parte III del artículo, al hablar de los fundamentos teóricos del movimiento por la justicia ambiental, aludimos a los puntos comunes y discrepancias con cada uno de estos paradigmas. Para un conocimiento de las características de estos paradigmas, cfr. BELLVER, V., *Ecología: de las razones a los derechos*, Granada, 1994, Comares, pp. 50-54 y 88-100. Se ha señalado que en este movimiento se encuentran las más variadas tradiciones, narrativas y perspectivas: sociológica, de los derechos humanos, feminista, de los nativos americanos, del conflicto entre el Primer y el Tercer Mundo, de las distintas concepciones culturales acerca de la naturaleza, etc. Cfr. POIRIER, M., «Essays on Environmental Justice: Environmental Justice/Racism/Equity: Can We Talk?», en *West Virginia Law Review*, núm. 96, pp. 1098-1099.

⁴ Cfr. United Church of Christ Commission for Racial Justice, *Toxic Waste and Race: a National Report on the Racial and Socio-economic Characteristics of Communities with Hazardous Waste Sites*, 1987, pp. 9-10.

cimiento económico es una exigencia ineludible para superar ese problema—⁵ nos parece que el estudio de una situación de conflicto análoga en el contexto interno de un país puede ofrecer vías de solución para el problema en la escala planetaria.

La valoración que hasta el momento cabe hacer del movimiento por la justicia ambiental es doblemente positiva, tanto por lo ya realizado como por las expectativas que genera. Durante los años ochenta, en los que los movimientos sociales surgidos en los sesenta en los Estados Unidos sufrieron un grave retroceso y la política social del gobierno americano acusó sustanciales recortes, éste fue el único movimiento que adquirió solidez y fue capaz de hacer efectivas las reivindicaciones de algunos de los grupos sociales más desfavorecidos de la sociedad⁶. Con respecto al futuro, parece que este movimiento puede abrir vías hacia una ordenación social más justa, en la medida en que aglutina la defensa de: los derechos civiles; el diálogo intercultural-inter-racial; los ámbitos sociales más vulnerables y complejos, tradicionalmente asignados a las mujeres, como el hogar, la familia, la comunidad, y la conservación del medio ambiente para todos los seres humanos presentes y futuros⁷.

I. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL MOVIMIENTO POR LA JUSTICIA AMBIENTAL

El movimiento por la justicia ambiental tiene unos perfiles netamente americanos: se trata de un fenómeno social nacido en Estados Unidos como reacción ante unos problemas ambientales internos suscitados en los últimos veinticinco años. El origen⁸ inmediato lo podemos encontrar en el

⁵ La literatura sobre este debate es muy abundante. Para una síntesis de las posiciones cfr. BELLVER, V., *cit.*, pp. 72 ss. Para una exposición del ecologismo del Tercer Mundo desde una perspectiva crítica hacia el ecologismo de los países desarrollados y, en particular, Estados Unidos, cfr. GHUA, R., «Radical American Environmentalism and Wilderness Preservation: A Third World Critique», en *Environmental Ethics*, v. 11, núm. 2, 1989, pp. 71-83. Para conocer la analogía entre el movimiento americano por la justicia ambiental y el conflicto ambiental en la esfera planetaria, cfr. TARLOCK, A., «Environmental Protection: The Potential Misfit Between Equity and Efficiency», en *Colorado Law Review*, núm. 63, 1992, pp. 871-872.

⁶ Como veremos en la parte II, la valoración del movimiento por la justicia ambiental no es unánimemente positiva. Voces críticas estiman que los problemas que padecen las minorías y los grupos de escasos recursos no son ambientales sino de estricta justicia, y la etiqueta ambiental únicamente sirve para distraer la atención de los objetivos prioritarios y dirigirlo hacia otras pretensiones, estrictamente ecologistas, de grupos sociales más poderosos; cfr. GREEVE, M., «Environmental Justice or Political Opportunism?», en *St. John's Journal of Legal Commentary*, núm. 9, 1994, pp. 475 ss.

⁷ Cfr. SZASZ, A., *Ecopopulism. Toxic Waste and the Movement for Environmental Justice*, University of Minnesota Press, 1994, Minneapolis, pp. 5 y 165-166. Sobre la relevancia de estos aspectos en la configuración de un paradigma civilizatorio alternativo, cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad...*, *cit.*, pp. 122 ss.

⁸ En el mismo momento en que el movimiento ecologista adquirió protagonismo entre la opinión pública americana, con la multitudinaria participación en la celebración del primer

escándalo del *Love Canal* en la ciudad de Buffalo (Nueva York) del que se dio cuenta a la opinión pública por primera vez el 2 de agosto de 1978 y que ocupó la atención de los medios de comunicación durante más de dos años⁹. La historia se remonta a los años cuarenta, cuando la industria química *Hooker* utilizó un canal de navegación parcialmente abandonado para verter en él miles de bidones de residuos tóxicos. En 1952, el canal fue completamente cubierto y, un año más tarde, el terreno fue vendido al *Niagara Falls Board of Education*, que construyó una escuela y, entorno a ella, un pequeño vecindario.

Más de veinte años después, como consecuencia de unas fuertes lluvias, los residuos químicos empezaron a aflorar tanto alrededor de la escuela como de las casas. El incremento desproporcionado de determinadas enfermedades entre los niños de la escuela generó una fuerte reacción, liderada por la madre de uno de los niños afectados: Lois Marie Gibbs. En 1980, después de dos años de protestas, finalmente la administración Carter declaró la zona como desastre nacional: el gobierno federal compró todas las casas de la zona afectada y reubicó a los residentes en barrios más seguros¹⁰. A partir de ese momento, empezó a extenderse por todo el país una infinidad de movimientos locales contrarios a la instalaciones de tratamiento de vertidos tóxicos o peligrosos: *Love Canal* se había convertido en «el grano de arena entorno al cual se empezaría a formar la perla»¹¹. A partir de ese momento, irrumpiría una nueva forma de ecologismo, que con el tiempo se perfilaría con unos rasgos muy distintos de los anteriores: más populista, liderada por mujeres o representantes de minorías, y cuyo primer objetivo era preservar la salud de las personas frente a los residuos tóxicos¹².

Inicialmente, las reacciones de protesta que se desencadenaron por todo el país no tenía más pretensión que la de evitar en el propio territorio ese tipo de vertidos y, por ello, recibió el nombre peyorativo de síndrome NIMBY (*not in my backyard*)¹³. Esa reacción fue protagonizada principalmente por comunidades de clase media o alta y su objetivo era conse-

Earth Day en 1970, surgieron voces denunciando la desigualdad en la distribución de la carga de la contaminación, en perjuicio de las poblaciones pobres o de minorías raciales. La reacción no tuvo, sin embargo, trascendencia nacional hasta el año 1978; cfr. MANASTER, A., *cit.*, p. 156.

⁹ Para un conocimiento del suceso del enfoque que los medios de comunicación fueron dando al asunto y la evolución de la opinión pública al respecto, y de su trascendencia en la aparición del movimiento, cfr. SZASZ, A., *cit.*, pp. 42 ss.

¹⁰ Cfr. DOWIE, M., *Losing Ground. American Environmentalism at the Close of the Twentieth Century*, Massachusetts, 1996, The MIT Press, p. 126. En 1980 LOIS GIBBS puso en marcha el *Citizens' Clearing House for Hazardous Wastes* (CCHW), que en estos momentos es una organización nacional que ofrece apoyo a miles de organizaciones ambientales de estas características en Estados Unidos.

¹¹ SZASZ, A., *cit.*, p. 40.

¹² Durante las décadas de los setenta y ochenta, el perfil dominante en el ecologismo americano era el elitismo de los varones de raza blanca; cfr. DOWIE, M., *cit.*, p. 129.

¹³ Ese nombre fue ideado con el propósito de desacreditar a estos grupos, sugiriendo que la lucha que se limitaba a exigir la protección de la salud de uno, de su familia o de su barrio era un defecto moral, o peor, una enfermedad social que deslegitimaba estas pretensiones; cfr. *ibidem*, p. 133.

guir que las instalaciones de residuos peligrosos se ubicaran en cualquier sitio (*somewhere else*) alejado de sus hogares. Sin embargo, paulatinamente, el movimiento fue ampliando su base social y sus objetivos. Así, tras constatar que esas instalaciones de residuos tóxicos o peligrosos se concentraban en territorios habitados por grupos de escasos recursos económicos y, en particular, por minorías raciales, se inició la lucha por unas condiciones igualitarias en la distribución de esas instalaciones¹⁴.

La vinculación entre pobreza, raza y degradación del ambiente en los entornos de producción de residuos industriales se manifestó de forma evidente en 1982, cuando una comunidad de vecinos del condado de Warren (Carolina del Norte) trató de impedir el vertido de residuos venenosos en un vertedero próximo a sus viviendas¹⁵. Este ejercicio de desobediencia civil, protagonizado principalmente por mujeres y niños afro-americanos, que acabó con el arresto de más de 500 personas, es considerado por los historiadores del movimiento como la primera demostración del emergente movimiento por la justicia ambiental¹⁶.

Un acontecimiento importante en la definición, consolidación y expansión del movimiento fue el estudio sobre «Residuos tóxicos y raza en Estados Unidos: Informe Nacional sobre las características raciales y socioeconómicas de las comunidades próximas a instalaciones de residuos peligrosos» (*Toxic Waste and Race in the United States: A National Report on the Racial and Socioeconomic Characteristics of Communities with Hazardous Waste Sites*) patrocinado y publicado por la *United Church of Christ Commission for Racial Justice* (UCC-CRJ) en 1987. El reverendo Benjamin F. Chavis, uno de los arrestados en *Warren County* y entonces director ejecutivo de la Comisión de Justicia Racial de la *United Church of Christ*, fue el coordinador de este informe. Fue él quien, años antes, con ocasión de la protesta de *Warren County*, acuñó el término racismo ambiental¹⁷.

El estudio indicaba que la población de color sufría un riesgo desproporcionado porque tanto las instalaciones de tratamiento de residuos como los vertederos incontrolados se ubicaban en territorios habitados por minorías raciales: afroamericanos, latinos, asiáticos y nativos ameri-

¹⁴ Algunos autores consideran que la diferencia entre el síndrome NIMBY y el movimiento por la justicia ambiental consiste en que los segundos están más legitimados en sus pretensiones, puesto que aspiran a que no haya necesidad de construir instalaciones contaminantes o peligrosas. Frente al síndrome NIMBY se opondría la filosofía NIABY (*Not in Anyone Backyard*): cfr. BULLARD, R., «Environmental Blackmail in Minority Communities», en BRYANT, B., & MOHAI, P. (eds.), *Race and the Incidence of Environmental Hazards: A Time for Discourse*, Boulder (Colorado), 1992, Westview Press, p. 85.

¹⁵ Cfr. BULLARD, R., «Race and Environmental Justice in the United States», en *Yale Journal of International Law*, núm. 18, 1993, pp. 323-329.

¹⁶ Cfr. DI CHIRO, G., «Nature Community: The Convergence of Environment and Social Justice», en CRONON, W. (ed.), *Uncommon Ground: Toward Reinventing Nature*, W. W. Norton & Co., 1995, Nueva York, pp. 3-5 ss. Para conocer la historia de la lucha en *Warren County*, cfr. BULLARD, R., *Dumping in Dixie: Race, Class and Environmental Quality*, 1990, pp. 35 ss.

¹⁷ Cfr. JEFFREUS, K., «Environmental Racism: A Skeptic's view», en *St. John's Journal of Legal Commentary*, núm. 9, 1994, p. 679. Desde 1993, el Dr. Davies es Director Ejecutivo de la *National Association for Advancement of Colored People*.

canos. «Aunque la gente que vivía junto a las instalaciones de residuos conocía desde hacía muchos años los perjuicios de las mismas para su salud y para el medio ambiente, sólo después de la aparición de este informe se tomó conciencia en el ámbito político del racismo ambiental que ello suponía»¹⁸.

Será en 1990 cuando, por primera vez, la Administración de Estados Unidos, a través de la *Environmental Policy Agency* (EPA) se interese por la incidencia de la contaminación sobre las minorías raciales y los grupos de escasos recursos económicos. Como consecuencia de la presión de un grupo de científicos sociales, activistas políticos y biólogos, agrupados bajo el nombre de la *Coalición de Michigan*, la EPA formó un grupo de trabajo para determinar si la Agencia había sido insensible a la consideración socioeconómica a la hora de desarrollar sus políticas ambientales. El informe, publicado en 1992¹⁹, concluía que:

1. La Agencia carecía de datos sobre la incidencia de los problemas ambientales en la salud humana, en función de los criterios de raza e ingresos. La única información de que se disponía era la del alto índice de niños afroamericanos que tenían un nivel de plomo en la sangre muy por encima del aceptable.

2. Las personas de color y las poblaciones de bajos ingresos sufren una exposición más alta de la general a atmósferas contaminadas, a instalaciones de tratamiento de basuras peligrosas, a pescado contaminado y a pesticidas agrícolas en los lugares de trabajo.

3. Por su dependencia directa del gobierno federal, las tribus de americanos indígenas tienen unos problemas específicos: falta de infraestructuras, de instituciones, de capacitación personal y de recursos para proteger a sus miembros²⁰.

Aunque entonces la EPA reconoció formalmente que la injusticia ambiental era un asunto de su incumbencia²¹, el movimiento ha seguido su curso, apoyándose en las actuaciones ciudadanas. Así, un momento decisivo en la historia del movimiento lo constituye la primera reunión nacional de líderes de movimientos ambientales de minorías raciales, que tuvo lugar en Washington D. C. en octubre de 1991. El objetivo oficial del encuentro era «reformar y redefinir el movimiento ambientalista americano»²². En la Conferencia participaron más de quinientos delega-

¹⁸ DI CHIRO, G., *cit.*, p. 306.

¹⁹ U. S. Environmental Protection Agency, *Environmental Equity: Reducing Risks for all Communities*, vols. 1 y 2, Washington D. C., 1992.

²⁰ Cfr. resumen del informe en GAYLORD, C. & BELL, E., «Environmental Justice: A National Priority», en WESTRA, L. & WENZ, P., *Faces of Environmental Racism. Confronting Issues of Global Justice*, Lanham, 1995, Rowman & Littlefield Publishers, pp. 31-32.

²¹ La orientación de la EPA (*Environmental Policy Agency*) cambió sustancialmente a partir de 1993 cuando Carol Browner asumió la responsabilidad de la misma. Desde entonces, es objetivo de la EPA asegurar que ningún segmento de la población soporte una carga desproporcionada de contaminación, por lo menos no como resultado de una falta de información acerca de sus derechos bajo la normativa ambiental; cfr. *ibidem*, pp. 36 y 38.

²² Cfr. DOWIE, M., *cit.*, p. 151.

dos de organizaciones radicadas en Estados Unidos y en otros países de América y, como conclusión, aprobaron la Declaración de Principios de Justicia Ambiental, de la que nos ocuparemos en la parte III. Los fundamentos sobre los que se apoya la declaración son dos: el sentido de interdependencia entre las personas, las comunidades y la naturaleza; y la exigencia de que cualquier decisión sobre política ambiental sea expresión de los movimientos ciudadanos y no una imposición gubernamental²³.

Por estas fechas, en que el movimiento para la justicia ambiental ya tiene un importante respaldo social en todo el país, se inician las conversaciones con los movimientos ecologistas tradicionales que, hasta entonces, se habían mantenido al margen de estas reivindicaciones²⁴. Simultáneamente, se multiplican los estudios sobre de este movimiento. Uno de los principales estudiosos y, a la vez, activistas del movimiento es el profesor de Sociología en la *University of California at Riverside* (UCR) Robert D. Bullard. El fue el primero en dirigir una amplia investigación que vinculó la exposición a peligros ambientales a la pertenencia a una minoría étnica²⁵. En el ámbito jurídico, desde el año 1991 se han multiplicado los artículos sobre la justicia ambiental en todas las revistas especializadas americanas²⁶.

II. JUSTICIA AMBIENTAL Y ECOLOGISMO

El movimiento ecologista americano es muy distinto de los movimientos ecologistas europeos o de los países del Tercer Mundo. Aunque la base social en todos ellos está formada mayoritariamente por personas con estudios e ingresos económicos medios o superiores, el ecologismo americano se diferencia de los otros en que se ha centrado casi exclusivamente en el problema de la conservación de espacios naturales y de especies ani-

²³ Cfr. DI CHIRO, G., *cit.*, p. 305.

²⁴ En 1990, por iniciativa de varios grupos defensores de los derechos civiles, se escribieron cartas a las diez grandes organizaciones ambientalistas de Estados Unidos, denunciando la discriminación racial a la hora de contratar a las personas que trabajaban en las mismas y, en consecuencia, la dificultad de esas minorías para expresar sus opiniones en materias ambientales. La reacción de los grupos ecologistas fue tibia, cuando no de indiferencia. Desde entonces, se ha intentado por ambas partes aproximar posiciones con desigual fortuna, porque cada uno de estos grupos se inscribe en un entorno cultural completamente diferente que hace difícil el diálogo; cfr. DOWIE, M., *cit.*, p.146.

²⁵ Cfr. MANASTER, A., *cit.*, p. 158.

²⁶ Aunque muchos artículos señalan que el primer artículo sobre los desproporcionados riesgos ambientales que soportan las minorías raciales y los grupos con bajos ingresos económicos fue GODSIL, R., «Remedying Environmental Racism», en *Michigan Law Review*, núm. 90, 1991, pp. 394 ss., en realidad fue, AUSTIN, R., & SCHILL, M., «Poor and Poisoned: Minority Grassroots Environmentalism and the Quest for Eco-Justice», en *Kansas Journal Law & Public Policy*, núm. 1, 1991, pp. 69 ss., que apareció unos meses antes. Desde entonces y hasta 1995 se han publicado más de 150 artículos en revistas jurídicas, con un incremento creciente cada mes. Cfr. COLE, L., «A Jeremiad on Environmental Justice and the Law», en *Stanford Environmental Law Journal* núm. 14,-1995, p. XI.

males y vegetales²⁷. Como consecuencia, se ha tendido a desplazar al ser humano del centro de las preocupaciones ecologistas, llegándolo a considerar incluso como un predador peligroso, que debe quedar completamente al margen de la naturaleza pues su actuación es, en sí misma, dañina. Los movimientos ecologistas europeos y del Sur, por el contrario, han sido más sensibles a los problemas sociales generados por el deterioro ambiental, lo que se demuestra en su mayor preocupación por la ciudad²⁸, como ambiente común del ciudadano del siglo XX²⁹; por la adecuada integración, más que radical separación, entre el hombre y la naturaleza, y por la igualdad en el disfrute de los derechos, como primera exigencia de las relaciones del ser humano con la naturaleza.

El movimiento por la justicia ambiental surgió en Estados Unidos en un contexto por completo ajeno al movimiento ecologista tradicional americano. Es más, rechazaba el elitismo y la despreocupación por el ser humano y los entornos en los que vive, que caracterizaban a los ecologistas. Frente a grupos integrados principalmente por hombres blancos con posiciones sociales acomodadas, el movimiento por la justicia ambiental se nutría de mujeres, de minorías raciales, de personas con pocos recursos económicos. «La principal preocupación del nuevo movimiento es la salud humana. Sus partidarios consideran que la preservación de la naturaleza y de la estética ambiental son valores importantes pero excesivamente enfatizados... Muchos nunca se habían considerado anteriormente como ecologistas y algunos todavía se resisten a hacerlo. Su motivación es la protección de la familia y de los barrios»³⁰.

Desde finales de los ochenta –con la expansión del movimiento por todo el país–, se inició un diálogo entre ambos grupos, que ha generado recelos y críticas pero que también puede arrojar resultados positivos para las reivindicaciones de ambos. En cuanto a las críticas, muchos han querido ver en la aproximación de los ecologistas al movimiento por la justicia ambiental un intento de recuperar la vitalidad social perdida tras largos años de lucha centrada en los tribunales y no en las calles. Los ecologistas constituyen en la actualidad un movimiento sólidamente estructurado y con enormes recursos económicos. Frente a ellos, los grupos contra el racismo ambiental forman una multitud desorganizada y proteica, integrada por los menos favorecidos de la sociedad. Ante este estado de cosas, en el que Goliat y David parecen dispuestos a entender-

²⁷ El movimiento ecologista americano invariablemente se ha centrado en los temas tradicionales de la preservación de la fauna y de los espacios naturales, en la contaminación, en la conservación y en el crecimiento de la población. Cfr., FISHER, M., «On the Road from Environmental Racism to Environmental Justice», en *Villanova Environmental Law Journal*, núm. 5, 1994, p. 450; y TAYLOR, D., *Can the Environmental Movement Attract and Maintain the Support of Minorities?*, en BRYANT, B., & MOHAI, P. (eds.), *cit.*, pp. 31-32.

²⁸ Cfr. GELOBTER, M., «The Meaning of Urban Environmental Justice», en *Fordham Urban Law Journal*, núm. 21, 1994, pp. 841 ss.

²⁹ La obra de LEWIS MUMFORD sobre la necesidad de edificar ciudades adecuadas para el desarrollo de la persona y el respeto de la naturaleza es una destacada excepción en un entorno en que la ciudad ha tendido a verse como el enemigo de la naturaleza. Cfr. MUMFORD, L.

³⁰ DOWIE, M., *cit.*, p. 127.

se, está justificado que David recele de los movimientos de Goliat. Y así algunos representantes del movimiento por la justicia ambiental temen que al final de este viaje sólo haya un beneficiado: «el movimiento ecologista americano ha construido su imperio sobre la negación de que lo que puede ser bueno para los pingüinos con frecuencia es muy malo para las personas, especialmente para las pobres. De hecho, no son capaces de refutar esta verdad. Por su parte, el movimiento por los derechos civiles no tiene la voluntad de gastar su poder político en batallas para conservar territorios o proteger especies marginales. Por esta fundamental divergencia de intereses, el movimiento contra el racismo ambiental se ha visto obligado a centrarse en asuntos muy determinados, como el de la localización de las basuras. La localización de vertederos puede generar un gran apoyo en la esfera local, por la fuerza del argumento *Not in My Backyard* (no en mi jardín), pero en el nivel nacional es demasiado marginal como para suscitar un apoyo significativo. Porque el movimiento contra el racismo ambiental tiene que encontrar un terreno común (con el movimiento ecologista), siempre tendrá que moverse en estos asuntos específicos y marginales, y fracasará en servir a los intereses de las minorías de este país»³¹.

Subrayando este riesgo, no debemos perder de vista que en la alianza entre ecologistas de la primera y de la segunda generación ambos pueden verse favorecidos. Los ecologistas tienen la posibilidad de descargarse de su carácter elitista, que tanto limita la legitimidad de su empeño y, al mismo tiempo, de conectar con bases sociales más amplias y tradicionalmente excluidas del debate ambiental, si reconocen que la prioridad en la mejora del medio ambiente consiste en mejorar las condiciones de vida de los seres humanos.

La doctrina científica que, desde hace casi treinta años, busca incorporar en la Constitución americana el derecho al medio ambiente ilustra también este propósito de integrar el ecologismo con los derechos humanos. El objetivo que se persiguió con los dos intentos llevados a cabo hasta el momento, en 1968 y en 1970, era el de reconocer el derecho humano a un medio ambiente saludable (para los seres humanos) y sano (en relación con el mismo medio ambiente)³². Hasta ahora, el objetivo no se ha alcanzado, aunque las constituciones de treinta y un Estados ya han incorporado algún tipo de declaración en favor del medio ambiente³³.

³¹ GREEVE, M., *cit.*, p. 480.

³² Cfr. MCCLAREN, R. «Environmental Protection Based on State Constitutional Law: A Call for Reinterpretation»; en *University of Hawai Law Review*, núm. 12, 1990, pp. 124-125.

³³ Estas declaraciones van desde el reconocimiento explícito del derecho humano al medio ambiente (en ocho Estados) hasta meras referencias a la protección de los recursos naturales y del medio ambiente. Sin embargo, «hasta el momento, incluso las constituciones de los Estados que expresamente reconocen el derecho al medio ambiente no se han mostrado particularmente efectivas en el tratamiento del racismo ambiental. Esta falta de éxito puede deberse, en parte, a la relativa juventud de algunas de las provisiones constitucionales, a la mentalidad de algunos jueces de las cortes de los Estados, y al ejercicio limitado que han hecho los defensores de la justicia ambiental»; POPOVIC, N., «Pursuing Environmental Justice with International Human Rights and State Constitutions», en *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 15, 1996, pp. 355-356.

Por otra parte, el movimiento ecologista tiene ocasión de reconsiderar sus objetivos y las bases sobre las que éstos se asientan. Buena parte del ecologismo americano se fundamenta en una visión dualista de las relaciones del hombre con la naturaleza, propia del pensamiento moderno: o el hombre o la naturaleza³⁴. El hombre es visto como un predador peligroso e incorregible que amenaza continuamente con su acción el equilibrio de la naturaleza. La única forma de salvaguardar la naturaleza que no está todavía mancillada por la huella del hombre consiste en preservar esos espacios, permitiendo el acceso del hombre a los mismos únicamente como mero espectador. Esta concepción antihumanitaria resulta sustancialmente injusta pues, al final, acaba resultando la coartada para que los poderosos puedan seguir subyugando a los débiles³⁵. Desde la perspectiva de la justicia ambiental, se considera al hombre como parte de la naturaleza y como responsable de la misma. La naturaleza no es algo ajeno, y mucho menos contrario al hombre: la naturaleza es el ámbito necesario en el que se desarrolla la vida del hombre; y el hombre es el sujeto responsable de preservar y embellecer la naturaleza para el disfrute de todos los seres humanos presentes y futuros³⁶.

Por su parte, los movimientos por la justicia ambiental pueden beneficiarse de la experiencia de los grupos ecologistas en lo relativo a estructura y procedimiento de los movimientos ciudadanos, aprendiendo a coordinar esfuerzos, generar procesos de toma de decisiones, a distribuir las tareas, etc. Es indudable que, como veremos en el siguiente epígrafe, un exceso de estructura puede ahogar la espontaneidad y la fuerza del movimiento, como de hecho ha sucedido con los grupos ecologistas. Pero, por el momento, no parece ése el problema del movimiento por la justicia ambiental, sino el contrario.

Igualmente, pueden beneficiarse de la credibilidad de los ecologistas ante las grandes fundaciones patrocinadoras y en la arena política. Hasta el momento, sin embargo, el resultado ha sido más bien el contrario: con la incorporación de programas sobre justicia ambiental, las grandes organizaciones ecologistas han recabado buena parte de los fondos de las fundaciones que podrían haberse dirigido a los nuevos movimientos³⁷.

Una de las críticas más reiteradas que se ha dirigido contra el movimiento por la justicia ambiental es la del carácter particularista del movimiento, que únicamente se preocupa de resolver el problema local

³⁴ Sobre la importancia de la idea de *Wilderness* (que traduciremos por espacios naturales pero que tiene un contenido mucho más denso en inglés) en la configuración del movimiento ecologista americano, cfr. NASH, R., *The Idea of Wilderness in the American Consciousness*, New Haven, 1984, Yale University Press. Para una crítica del dualismo hombre-naturaleza en la filosofía del *Wilderness*, cfr. CALLICOTT.

³⁵ Los ejemplos pueden multiplicarse tanto en la escala local como internacional. La política de parques nacionales en algunos países del Sur ha sido completamente contraria a los intereses de las comunidades que habitaban en los mismos o en las proximidades, y únicamente ha servido para proporcionar un lugar turístico de entretenimiento a las poblaciones ricas de los países del Norte que pueden afrontar ese gasto; cfr. JEFFREYS, K., p. 686.

³⁶ Cfr. BALLESTEROS, J., *Ecologismo...*, *cit.*, *passim*.

³⁷ Cfr. DOWIE, M., *cit.*, pp. 130 ss.

que padece una determinada comunidad, sin manifestar una mayor preocupación por las necesidades de los demás. La experiencia, sin embargo, ha demostrado que una fuerte base comunitaria no tiene por qué ser un obstáculo para coordinar los esfuerzos con otros grupos con iguales aspiraciones, sino que puede ser una fuente de enriquecimiento recíproco; y el inicio de unas reivindicaciones más amplias. En cualquier caso, el grado de internacionalización alcanzado por algunos de los grandes grupos ecologistas puede servir de apoyo para evitar que los movimientos por la justicia ambiental queden reducidos al síndrome NIMBY (*Not in my Backyard*).

En los próximos años, podremos comprobar si la alianza entre ecologismo y justicia ambiental efectivamente se ha producido y ha servido para conseguir unas condiciones más igualitarias en el reparto de las cargas contaminantes que genera cualquier sociedad de nuestro tiempo. Por el momento, las relaciones no han sido especialmente pacíficas ni fecundas y son muchos los que ven imposible una colaboración duradera y efectiva. En cualquier caso, la coordinación entre ambas corrientes podría resultar beneficiosa para ambas partes, así como para la defensa de la justicia social y ambiental ³⁸.

III. JUSTICIA AMBIENTAL Y MEDIOS DE ACTUACIÓN

Otra de las controversias que se han suscitado en torno al movimiento por la justicia ambiental ha tratado acerca de los medios más efectivos para alcanzar los objetivos que este movimiento persigue. Mientras que algunos autores se han manifestado partidarios de una actuación paternalista por parte del Estado, como única forma efectiva e inmediata de descargar a los grupos afectados del peso desproporcionado de contaminación que padecen ³⁹; otros rechazan esas intervenciones y entienden que únicamente son legítimas y eficaces en el largo plazo las que se sostienen en la acción directa de los ciudadanos ⁴⁰. Una tercera alternativa que se presenta a los movimientos ciudadanos como el de la justicia ambiental, para su actividad reivindicativa, es la de recurrir a los tribunales, sirviéndose de los recursos que ofrece la legislación del momento. Veamos cómo afecta cada una de estas formas de actuar sobre el movimiento por la justicia ambiental.

³⁸ Cfr. BULLARD, R., «Anatomy of Environmental Racism and the Environmental Justice Movement», en BULLARD, R., (ed.), *Confronting Environmental Racism: Voices from the Grassroots*, 1993, pp. 30, 33, 39; y COLE, L., *Empowerment...*, cit., p. 654.

³⁹ Cfr. METZGER, E., «Driving the Environmental Justice Movement Forward: The Need for a Paternalistic Approach», en *Case Western Law Review*, núm. 45, 1994.

⁴⁰ Cfr. COLE, L., «Remedies for Environmental Racism: A View from the Field», en *Michigan Law Review*, núm. 90, 1992, pp. 1996-1997, y «Empowerment as the Key to Environmental Protection: The Need for Environmental Poverty Law», en *Ecology Law Quarterly*, núm. 19, 1992, pp. 619 ss.

a) El paternalismo del Estado

Sin entrar en la polémica acerca del concepto y legitimidad del paternalismo estatal, lo definiremos como la actitud del Estado tendente a favorecer a un grupo específico de la sociedad, sin verificar la naturaleza exacta de los deseos del grupo favorecido⁴¹. Por lo que respecta a los problemas de racismo ambiental decimos que nos encontramos ante un caso de paternalismo cuando el Estado intenta reconducir las desigualdades ambientales, actuando él como principal actor en la localización de las instalaciones contaminantes; con el objetivo de beneficiar a las comunidades pobres o formadas por minorías raciales, y partiendo de la premisa de que es injusto localizar esas instalaciones en las inmediaciones de esas comunidades, aunque no se haya consultado previamente la opinión a los miembros de las mismas⁴².

El desarrollo de esta actitud paternalista en los Estados Unidos, todavía en fase embrionaria, ha tenido dos momentos principales: los primeros intentos, hasta ahora infructuosos, de aprobar una ley que evite la localización discriminatoria de instalaciones contaminantes, y el anuncio, por parte del presidente Clinton el Día de la Tierra (*Earth Day*) de 1993, de que la lucha contra el racismo ambiental constituía una de las prioridades de su gobierno, declaración cuyo primer paso efectivo fue la *Executive Order* de 11 de febrero de 1994.

1. En 1992 el entonces senador Al Gore presentó un proyecto de *Environmental Justice Act*. Desde entonces se han presentado otros borradores con distintos planteamientos pero, en líneas generales, los objetivos que se persiguen con la aprobación de esta ley son: identificar las áreas de alto impacto medio ambiental (*Environmental High Impact Areas* –EHIA–), es decir, las que soportan las mayores exposiciones a tóxicos; ordenar inspecciones periódicas para asegurar que las instalaciones tóxicas cumplen con las exigencias normativas para la protección de la salud y el medio ambiente; facilitar, mediante subvenciones, la participación de las comunidades afectadas por escapes producidos en áreas de alto impacto ambiental (EHIA), e identificar y prevenir los impactos de los tóxicos en la salud humana⁴³.

Uno de los puntos más controvertidos en este proyecto de ley es el de establecer una moratoria en la ubicación de nuevas instalaciones en áreas de alto impacto medio ambiental (EHIA). Unos consideran que el objetivo de reducir o eliminar la exposición a sustancias tóxicas no puede con-

⁴¹ Cfr. REGAN, D., «Justifications for Paternalism», en PENNOCK, R., & CHAPMAN, J., (ed.), *The Limits of the Law*, 1974, pp. 189-190. Shapiro distingue un paternalismo débil y uno fuerte: en el primero, el beneficiario no tiene capacidad para opinar por sí mismo, pero es probable que si el obstáculo que se lo impide fuera removido, diera su consentimiento; «la acción pasa de paternalismo débil a fuerte cuando por lo menos una de esas condiciones no está presente»; SHAPIRO, D., «Courts, Legislature and Paternalism», en *Virginia Law Review*, núm. 74, 1988, pp. 539-540.

⁴² Cfr., METZGER, E., p. 392.

⁴³ Cfr. BLANK, L., «Seeking Solutions to Environmental Inequity: the Environmental Justice Act», en *Environmental Law*, núm. 24, 1994, pp. 1119-1129.

seguirse si se añaden nuevas fuentes contaminantes en esas áreas. Otros, por el contrario, estiman que la moratoria no es necesaria pues la respuesta al problema no consiste en eliminar el crecimiento comercial de esas áreas sino un control más estricto de la polución y una mejor tecnología que pueda prevenir los efectos perjudiciales para la salud, al tiempo que se sigue estimulando la economía⁴⁴.

Otro intento significativo de conseguir la aprobación de una norma federal sobre justicia ambiental fue el proyecto de *Environmental Equal Rights Act* de 1993, como una enmienda a la *Solid Waste Disposal Act* (Ley sobre destrucción de residuos sólidos). Su objetivo era autorizar a cualquier ciudadano residente en un Estado en el que se haya propuesto la construcción de una nueva instalación para el tratamiento de residuos sólidos o peligrosos el derecho de petición para prevenir los resultados negativos causados por esa actividad⁴⁵.

2. La *Executive Order on Environmental Justice* (Orden Ejecutiva sobre Justicia Ambiental) de febrero de 1994 aspira a conseguir una igual protección ambiental para todos los ciudadanos independientemente de la raza o de la posición económica. Para ello, se dirige a todos los departamentos federales con alguna competencia en materias de salud pública o medio ambiente, para que incorporen la justicia ambiental como un objetivo de sus actividades. En este sentido, la orden prevé la creación del *Interagency Working Group on Environmental Justice* (grupo de trabajo interdepartamental sobre justicia ambiental) del que forman parte los principales responsables de los departamentos y agencias federales⁴⁶. En cualquier caso, el principal problema con que se ha encontrado esta orden para desarrollar con efectividad su programa es la ausencia de una legislación federal sobre justicia ambiental pues, como hemos visto, hasta el momento, todos los intentos se han visto frustrados⁴⁷.

Este enfoque de la lucha contra el racismo ambiental ha sido objeto de severas críticas. En las democracias consolidadas cualquier medida que pueda suponer una restricción a la autonomía del individuo tiende a verse con recelo, como un gesto intolerable de paternalismo estatal. Algunas de las críticas que se han dirigido contra esta forma concreta de paternalismo son:

1) Tiende a inhibir el sentido de responsabilidad y de motivación de los individuos, en la medida en que fomenta la dependencia del Estado.

⁴⁴ Cfr., GAYLORD, C., y TWITTY, G., «Protecting Endangered Communities», en *Fordham Urban Journal*, núm. 21, 1994, p. 781.

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, p. 782; y GAYLORD, C. & BELL, E., *cit.*, p. 34.

⁴⁶ Cfr. *ibidem*, p. 33. Aunque la incluyamos en el epígrafe sobre medidas paternalistas, esta propuesta no debemos considerarla propiamente como tal puesto que la iniciativa para que no se instale una determinada planta de tratamiento de residuos depende de los miembros de la comunidad; Cfr. METZGER, E., *cit.*, p. 392. Tratamos de ella en esta sede para ponerla en el contexto de iniciativas legales emprendidas sobre esta materia.

⁴⁷ En el tiempo en que los proyectos de ley se han debatido en el Congreso, diez Estados han adoptado leyes sobre justicia ambiental; cfr. GAYLORD, C., y TWITTY, G., *cit.*, p. 784.

2) Ahoga las iniciativas no paternalistas, con todos los beneficios que en ellas se encuentran: «en primer lugar, como estos problemas son de naturaleza política, las tácticas no legales pueden ser la mejor manera de afrontarlos. Además, el activismo social ha demostrado ser un método mucho más efectivo porque ha conseguido que los agentes contaminadores pasen del control de la contaminación a la prevención. Por último, el compromiso directo de la comunidad crea un cauce real de participación para los pobres, reforzando los lazos de solidaridad entre los miembros de esas comunidades»⁴⁸.

b) La acción directa

Parece que la fuerza y los resultados de cualquier reivindicación social se apoyan básicamente en la extensión de la acción directa. De hecho, la administración Clinton reconoció el problema de la justicia ambiental como una de las prioridades de la agenda gubernamental, cuando el movimiento se había extendido por todo el país, y había conseguido una cierta coordinación global.

Sin embargo, también este tipo de acciones han sido criticadas por algunos sectores como insuficientes y poco eficaces. Entre otras razones, se aducen las siguientes:

1. Cuando el movimiento se reduce a un conjunto disperso de reacciones ante problemas locales, se corre el riesgo de perder la perspectiva global: la lucha por la justicia ambiental acaba convirtiéndose en la reivindicación del interés particular de una comunidad afectada. Con este tipo de actuaciones se puede conseguir la reparación de un daño local pero no una política preventiva general⁴⁹.

2. Frecuentemente estos grupos carecen de la educación necesaria para apreciar la trascendencia de los riesgos que padecen y actuar frente a ellos. Y en el caso de que hayan recibido esa educación, les suele resultar difícil acceder a la información necesaria para actuar a tiempo y con la coordinación necesaria para ser eficaces⁵⁰.

3. Cuando una comunidad con escasos recursos se encuentra ante la disyuntiva entre mayores ingresos económicos o mejores condiciones ambientales, la respuesta siempre es la primera por razones de estricta necesidad⁵¹. Únicamente con una intervención externa, que proporcione

⁴⁸ METZGER, E., *cit.*, p. 395.

⁴⁹ Cfr. TAYLOR, D., *cit.*, p. 41.

⁵⁰ «La legislación paternalista está justificada cuando se produce una pequeña intrusión para evitar un gran riesgo. Una iniciativa a corto plazo que sirve para limitar la expansión o el desarrollo de una industria es una pequeña intrusión para evitar un grave riesgo. Este tipo de iniciativa es una pequeña intrusión porque sólo limitaría temporalmente la directa intervención de estas comunidades en la decisión acerca de un determinado desarrollo industrial. Sin embargo, el riesgo evitado –la exposición continuada a peligros ambientales inaceptables para la comunidad general– es grande»; METZGER, E., *cit.*, p. 396.

⁵¹ Ante la disyuntiva entre un incremento en los ingresos o una mejora en la calidad del ambiente, las personas con ingresos reducidos tienden a votar por la primera»; LAZARUS, R., *cit.*,

los medios para que las decisiones de las personas sean completamente libres y no condicionadas por la necesidad económica, podrá salir una comunidad del círculo de dependencia que condiciona sus elecciones.

Por la urgencia del problema y por la falta de recursos educativos y económicos necesarios para combatirlo se justificaría la intervención del Estado en el corto plazo. El objetivo de esta intervención, por tanto, no sería suplantar las decisiones de los movimientos ciudadanos (*grassroots movements*) sino ponerlos en condiciones de poder participar con libertad material⁵².

Sin embargo, este procedimiento de actuación —que se basa exclusivamente en la acción directa y rechaza las actitudes paternalistas— ha sido defendido por otros autores. Éstos consideran que, ni la formulación de estas pretensiones ante los tribunales (de la que hablamos a continuación) ni, por supuesto, la actuación paternalista del Estado, ofrecen una respuesta justa y efectiva. Según ellos, sólo las movilizaciones ciudadanas serían capaces de modelar un orden ecológico-social justo de forma eficaz.

c) La actuación jurídica a través de los tribunales

A medida que se institucionaliza un movimiento social y sus pretensiones pasan a estar presentes en la agenda gubernamental, su actuación tiende a canalizarse a través de instrumentos normativos creados al efecto. El movimiento ecologista norteamericano ilustra perfectamente esta evolución: las movilizaciones multitudinarias de los setenta originan una cascada normativa a la que seguidamente se acude para ubicar las demandas medioambientales. Visto desde las organizaciones ecologistas, se pasa de una estructura volcada hacia la opinión pública a otra centrada en la actividad jurídica ante los tribunales, que es la que acaba dominando el aparato del grupo ecologista en cuestión. La continuidad de un movimiento ciudadano a largo plazo y la consecución de logros duraderos depende de la aparición de esta estructura que dé solidez al movimiento, siempre que no pierda el contacto con las bases sociales de las que depende⁵³.

Por lo que respecta al movimiento por la justicia ambiental, hemos visto que la normativa es exigua. Pero un importante esfuerzo de interpretación doctrinal está abriendo vías para poder combatir el racismo ambiental con las leyes actuales, principalmente a través del título VI de la *Civil Rights Act* de 1964⁵⁴ y la interpretación revisada de otras leyes como la *National Environmental Policy Act* (NEPA)⁵⁵. Otros recursos

p. 796; y BEEN, V., «What's Fairness Got to Do with It? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses», en *Cornell Law Review*, núm. 58, 1993, pp. 1002-03.

⁵² Cfr., METZGER, *cit.*, pp. 398-399.

⁵³ Cfr. POIRIER, M., *cit.*, pp. 1104 ss.

⁵⁴ GAREIS-SMITH, D., «Environmental Racism: The Failure of Equal Protection to Provide a Judicial Remedy and the Potential of Title VI of the 1964 Civil Rights Act», en *Temple Environmental Law & Technology Journal*, núm. 13, 1994, pp. 57 ss.

⁵⁵ Ésta ha sido una de las líneas de actuación seguida por la EPA desde 1993; cfr. GAYLORD, C., & BELL, E., *cit.*, p. 37.

que se han empleado, como el de invocar la Enmienda 14 de la Constitución americana, han resultado infructuosos porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que para que pueda apreciarse discriminación es necesario demostrar la intencionalidad discriminatoria de la actuación, resultando insuficiente la mera constatación del resultado discriminatorio⁵⁶. Otras herramientas jurídicas a las que se ha acudido para combatir la discriminación ambiental son el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Convenio para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Después que Estados Unidos depositara su instrumento de ratificación del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos el 8 de junio de 1992, un sector de la doctrina americana ha visto en este convenio una vía de presión sobre el Gobierno americano para que adopte medidas que eviten la discriminación ambiental existente.

El convenio reconoce una amplia gama de derechos personales, desde el derecho a la vida (art. 6) hasta el derecho de los miembros de comunidades étnicas, religiosas o lingüísticas a desarrollar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión o a utilizar su propia lengua (art. 27), para cuya realización son necesarias unas mínimas condiciones ambientales. El artículo 2.1 dispone que los Estados respetarán esos derechos sin discriminación basada «en la raza, color, ... origen social o nacional, u otras circunstancias». Según esto, se produce la violación del artículo 2 cuando se constata que un derecho reconocido por el convenio es objeto de un disfrute desproporcionado en función de la raza, el color u otra categoría discriminatoria. Aunque el convenio no hace referencia expresa al medio ambiente, podemos decir que sí protege aquellos derechos relacionados con el medio ambiente que constituyen una condición para el ejercicio de los derechos civiles y políticos reconocidos en el texto, como son precisamente el derecho a la vida (art. 6) o el derecho al disfrute de la propia cultura, religión o lengua (art. 27)⁵⁷.

Detrás de esta interpretación subyace la idea de que junto a los derechos de los individuos pertenecientes a las minorías existen los derechos de las minorías como grupo. Junto a las nociones de pluralismo y autonomía, estos derechos tendrían como objetivo el etnodesarrollo, es decir, «el ensanchamiento y la consolidación del marco cultural propio de un grupo dado, mediante el refuerzo de la capacidad autónoma de decisión... con el

⁵⁶ Cfr. GAREIS-SMITH, cit., p. 58

⁵⁷ Cfr. GLICK, R., «Environmental Justice in the United States: Implications of the International Covenant on Civil and Political Rights», en *Harvard Environmental Law Review*, N. 19, 1995, pp. 89 ss. Al depositar su instrumento de ratificación, Estados Unidos presentó un *understanding* (declaración interpretativa) según la cual entiende que la discriminación basada en la raza, el color, u otras circunstancias podrá permitirse cuando esas distinciones estén racionalmente vinculadas a un objetivo gubernamental legítimo. A pesar de ese intento de evitar las consecuencias del convenio mediante este *understanding*, parece que el convenio obliga a combatir cualquier forma de discriminación ambiental, sin que esta especie de reserva pueda evitarlo; cfr. *ibidem*, p. 103.

fin de permitirle orientar su desarrollo por sí misma y ejercer su derecho a la autodeterminación, sea el que fuere el nivel que se proponga»⁵⁸.

También se ha señalado que, desde el momento en que Estados Unidos ratificó el Convenio para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en noviembre de 1994, dicho convenio constituye un arma eficaz con la que presionar sobre el Gobierno para que adopte las decisiones políticas y legales necesarias que hagan posible el logro de la justicia ambiental⁵⁹. «El Derecho ambiental americano tiende a ocuparse del uso de los recursos o de la generación de contaminación, más que del bienestar y de la salud de las personas afectadas, o del diferente impacto según los grupos de población (...). Como ni la normativa sobre medio ambiente ni sobre derechos civiles provee remedios efectivos contra el racismo ambiental, el gobierno americano tiene una obligación legal internacional de adoptar las provisiones adecuadas: protección efectiva, y procedimientos y recursos efectivos»⁶⁰.

Pero también las actuaciones basadas en la actividad litigadora de las organizaciones ciudadanas han sido objeto de severas críticas, muchas de las cuales tienen que ver con la tendencia autorreferencial del Derecho.

1. Las normas permiten la resolución pacífica de las controversias pero siempre según unos procesos preestablecidos, que hacen imposible el acceso a nuevas dimensiones de justicia⁶¹.

2. Los cambios normativos –que se realizan también conforme a unas normas establecidas– son impulsados o paralizados por la actividad política de los grupos hegemónicos, a la que no tienen acceso los movimientos ciudadanos desprovistos de poder económico y, por tanto, de influencia real.

3. En el momento en que la reivindicación jurídica ante los tribunales sustituye a la social en las calles y en la opinión pública, el poder pasa inmediatamente al experto, al operador jurídico, desposeyendo de autoridad a las bases sociales, a los no iniciados. Sobre los ciudadanos comunes, que promovieron el movimiento, se acaban elevando los juristas, quienes, en vez de canalizar las voces ciudadanas, pasan inconscientemente a asumir un papel protagonista que se va separando de los verdaderos intereses de los ciudadanos. El caso más patente de lo dicho se presenta cuando, aun en contra de lo conveniente para los objetivos del movimiento para la justicia ambiental, los juristas se empeñan en largas, costosas y estériles batallas jurídicas, que consumen los recursos y las energías de los grupos a los que presuntamente tratan de defender. Éste es

⁵⁸ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Madrid, 1994, Temas de Hoy, p. 204.

⁵⁹ POPOVIC, N., «Environmental Racism in the United States and the Convention on the Elimination of Racial Discrimination», en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 14, 1996, pp. 277-287.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 283 y 287.

⁶¹ Cfr. COVER, R., «The Supreme Court, 1982-Foreword: Nomos and Narrative», en *Harvard Law Review*, N. 97, 1983, pp. 4 ss.; «Violence and the Word», en *Yale Law Journal*, núm. 95, 1986, p. 1601; y POIRIER, M., *cit.*, p. 1089.

el caso de los grupos ecologistas americanos durante la década de los ochenta⁶².

Para preservar la vitalidad del movimiento por la justicia ambiental, se ha defendido el rechazo del litigio como principal instrumento de reivindicación: «La colonización del movimiento por los grupos legales disolvería las premisas del movimiento, convirtiendo el poder potencialmente transformador del movimiento social por la justicia ambiental simplemente en un asunto más entre muchos otros, en los que los grupos legales están trabajando»⁶³.

En estos momentos, tanto los estudiosos como los representantes del movimiento por la justicia ambiental discuten acerca de la legitimidad y eficacia de cada una de las vías de reivindicación apuntadas. A nuestro entender, más que discutir sobre los riesgos, las sospechas o las limitaciones que pueda suscitar un tipo u otro de actuación, vemos prioritario coordinar esfuerzos, vengan de donde vengan. Junto a ello, entendemos que el motor de cualquier empeño por la justicia lo constituyen los movimientos ciudadanos, por lo que tanto la actuación desde el Estado como la que se desempeña ante los tribunales deberá servir como apoyo para aquéllos y en ningún caso como sustituto. Los temores se suscitan cuando el Estado y el Derecho, con sus poderosas fuerzas centrípetas, enervan o suplantán la iniciativa ciudadana.

IV. UNIVERSALIDAD DEL MOVIMIENTO POR LA JUSTICIA AMBIENTAL

En estos momentos, el único documento programático que condensa los principios de justicia ambiental es la Declaración con la que acabó la primera reunión de líderes medioambientales de personas de color, celebrada en Washington D. C. en octubre de 1991. Esta «Declaración de Principios de Justicia Ambiental» asume parcialmente elementos de otros paradigmas ecológicos, integrándolos en una perspectiva más amplia que, en cierto modo, podemos decir que inaugura una nueva formulación del paradigma ecológico.

1. De la *Deep-Ecology* asume la idea de la sacralidad de la tierra y la interdependencia entre todas las especies (principio 1)⁶⁴.

⁶² Quizá el autor que más crítico se haya mostrado con respecto a la eficacia de la actuación jurídica por parte de los grupos ecologistas haya sido Luke Cole: «Estimo que el haberse centrado en la actividad jurídica es una de las razones por las que, movimiento ecologista tradicional está sumido en una profunda crisis»; COLE, L., «A Jeremiad on Environmental Justice...», *cit.* pp. XI ss.

⁶³ *Ibidem* p. XI.

⁶⁴ La idea de la sacralidad de la tierra tiene unas raíces muy profundas y, dependiendo de la orientación que demos a la expresión, puede asociarse a la tradición griega, a la budista o a la cristiana. En principio, la *Deep-Ecology* está más familiarizada con las dos primeras tradiciones. Pero también encontramos muchos otros que mantienen la sacralidad de la tierra y a la vez la trascendencia de la divinidad y la centralidad del ser humano en la naturaleza. El ejemplo histórico de esta actitud sería San Francisco de Asís y un ejemplo reciente el de Erich Fritz Schumacher.

2. Del paradigma del desarrollo sostenible asume la idea de que la tierra y los recursos renovables pueden utilizarse en interés de los seres humanos y de otros seres vivientes, de una forma equilibrada y responsable, que garantice la capacidad de sustentación de la tierra (p. 3).

3. A lo largo de toda la declaración está presente la idea de que el ser humano —que es incomprendible para sí mismo sin la naturaleza de la que forma parte— es el centro de las preocupaciones y de las actuaciones de este movimiento. En vistas a asegurar la justicia ambiental se hace imprescindible garantizar los siguientes derechos: el derecho a la autodeterminación de las personas y de los pueblos (p. 5); el derecho a participar en las decisiones sobre medio ambiente (p. 7); el derecho a un lugar de trabajo seguro y saludable (p. 8); el derecho a vivir en ciudades respetuosas con las herencias culturales y en equilibrio con la naturaleza (p. 12); la protección frente a las pruebas de medicamentos en personas de color (p. 13); el derecho a la educación (p. 16); y el deber de armonizar el propio estilo de vida y consumo con el respeto a la naturaleza, para que pueda ser disfrutada por las generaciones presentes y futuras (p. 17).

Estos dos últimos principios tienen un especial interés. El principio 16 indica que el medio ambiente no es un concepto puramente científico ni un concepto estático: es fruto de nuestras experiencias colectivas y de la atención a las distintas perspectivas culturales. En consecuencia, el momento histórico de una sociedad condicionará decisivamente el concepto de medio ambiente que sea objeto de protección. El principio 17 es una llamada a la responsabilidad personal como exigencia primaria para cualquier ordenación social ambientalmente justa.

Independientemente de que al final se alcance una integración entre las pretensiones de los movimientos ecologistas tradicionales y los nuevos movimientos por la justicia ambiental, ya se ha conseguido que la cuestión medio ambiental no pueda considerarse en los Estados Unidos disociada de los problemas de justicia social y económica. Es algo que resultaba muy familiar a la tradición ecologista europea que, en general, nunca se ha quedado en la mera preservación de los espacios naturales (*wilderness*), sino que ha aspirado a una transformación de la sociedad en la que, a partir del efectivo reconocimiento de los derechos de todos los individuos, se alcanzarían unas relaciones armónicas del hombre con la naturaleza⁶⁵.

Pero para que este movimiento desarrolle todas sus virtualidades es necesario que se proyecte a escala universal. Así se vio ya en la reunión de Washington, a la que se unieron representantes de Latinoamérica. Los principales problemas de justicia ambiental tienen que ver con la localización de los recursos y de los residuos. Según la tendencia natural, las sociedades nacionales y la sociedad internacional tienden a organizarse de modo que los grupos con mayores ingresos ocupan los espacios donde

⁶⁵ Cfr., DOBSON, A., *Green Political Thought*, Nueva York, 1990, Routledge, pp. 130 ss.

están los recursos (ambiente limpio, lugares de esparcimiento, recursos naturales o ya transformados...) mientras que los grupos con menos capacidad económica viven en lugares donde se concentran los vertidos y la contaminación, faltan los recursos básicos (agua potable, aire limpio, alimentos sanos) y se expolían los recursos naturales en beneficio de agentes extranjeros.

Invertir esta tendencia exige la reducción de los niveles de consumo en los países desarrollados, para realizar una distribución más justa de los recursos económicos y educativos, y flexibilizar las políticas de emigración, de modo que los que no tienen un entorno habitable puedan conseguirlo. Para lograr estos propósitos se requiere invertir completamente algunas líneas hegemónicas de la política internacional:

1) Elaborar normativas sobre emigración que, teniendo en consideración la destinación universal de todos los recursos materiales, sean sensibles a las necesidades de los países más pobres y de los vecinos más próximos, así como de las futuras generaciones.

2) Conseguir un cumplimiento efectivo del Convenio de Basilea sobre control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación⁶⁶.

3) Proporcionar recursos económicos y tecnológicos, para que los países no desarrollados puedan crecer lo suficiente como para atender las necesidades de sus ciudadanos; y los educativos, para que puedan gestionar eficientemente esos recursos y adoptar decisiones informadas y libres.

4) Apoyar los regímenes democráticos, en los que se garantizan los derechos humanos y la participación de los ciudadanos en la vida pública, y condenar los regímenes represivos.

5) Combatir la imposición de políticas de control de la población, como atentado gravísimo contra la libertad individual y como forma de dominación social⁶⁷.

Estos objetivos han ido reconociéndose en las principales declaraciones internacionales sobre medio ambiente y desarrollo. Y, en este sentido, las declaraciones de Estocolmo y de Río constituyen verdaderas declaraciones de justicia ambiental. Aunque no tienen fuerza vinculante para los Estados, su virtualidad se proyecta en el largo plazo, orientando las directrices de las organizaciones internacionales, y generando una opinión pública global cuyos efectos se plasman en iniciativas legislativas estatales. Veamos cuáles son los principios sobre justicia ambiental que se recogen en ambas declaraciones:

1) Con carácter general y, en especial en materia ambiental, se condena cualquier política discriminatoria (p. 1 DE).

⁶⁶ En el preámbulo del Convenio de Basilea de 1989 se señala que el convenio responde, entre otras motivaciones, «al creciente deseo de que se prohíban los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación en otros Estados, en particular en los países en desarrollo».

⁶⁷ Cfr. JEFFREYS, K., *cit.*, pp. 685-686.

2) La erradicación de la pobreza es un objetivo prioritario del desarrollo sostenible, al que se deberán dedicar medidas y recursos especiales (p. 12 DE, pp. 4, 5 y 6 DR).

3) La educación es una condición imprescindible para estar informado y poder participar en las decisiones ambientales (p. 19 DE).

4) Se deberá fomentar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones sobre medio ambiente, y para ello se les proporcionará la información pertinente (p. 19 DE; p. 10 DR).

5) Los Estados son responsables de las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control y deberán reparar los daños causados al medio ambiente de otros Estados (p. 22 DE; p. 2 DR).

6) Las políticas demográficas serán sensibles a las circunstancias propias de cada Estado en un momento determinado y, en todo caso, serán respetuosas con los derechos humanos (p. 16 DE; p. 8 DR).

7) Se protegerá la identidad, cultura e intereses de los pueblos indígenas y sus comunidades, integrándolos en la participación para el logro del desarrollo sostenible (p. 22 DR).

Reflexiones jurídicas sobre un reto de futuro: la maternidad ¹

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ

Universidad de Granada

Se afirma que los «tiempos» han cambiado. El «progreso» ha llegado y con él, la inevitable emancipación de la mujer. Ahora, las féminas pueden acceder a la Universidad sin dificultad, y culminar los estudios con la obtención de una titulación que las habilite para desempeñar cualquier puesto de trabajo en nuestra sociedad. Ya no existen prohibiciones. Se puede ser médica, abogada, escritora o ingeniera, sin necesidad de disfrazarse –como en su día hizo Concepción Arenal– o esconderse tras un nombre de varón –como María Lejárraga–. Mucho se luchó para poder «romper» con la antinomia Intelecto/Femineidad, porque «por saber más no es una mujer menos mujer; por tener más conciencia y más voluntad no es una mujer menos mujer. Por haber vencido unas cuantas perezas seculares, y encontrarse capaz de trabajo y de interés en la vida, no es una mujer menos mujer (...). Así, por mucho que una educación superior, que una instrucción fuerte, que un aumento de libertad y responsabilidad cultiven y perfeccionen el espíritu de la mujer, ensanchando sus capacidades y dilatando el campo de sus actividades, no correrá el peligro de acercarse a ser hombre. Por el contrario, cuanto más perfecta llegue a ser, más mujer será. Cuanto más complete su vida, cuanto más cultive su cuerpo y su alma, más mujer será» ².

¹ Este artículo no es más que un avance de un estudio más complejo y detallado que será publicado próximamente por el Instituto Andaluz de la Mujer.

² Vid. MARTÍNEZ SIERRA, G., *Feminismo. Feminidad. Españolismo*, Editorial Saturnino Calleja, Madrid, 1920, pp. 14-15. Se trata de una conferencia leída el día 2 de febrero de 1917 en el primero de los Festivales Artísticos celebrados en el Teatro Eslava a beneficio de la «Protección

Y, efectivamente, nos encontramos actualmente con un tipo de mujer «cuasi» perfecta que recoge en su haber una «jornada de vida completa». Durante veinticuatro horas no sólo va a desempeñar las tradicionales tareas asignadas a su sexo —me estoy refiriendo al ámbito privado—, sino que además es capaz de salir a la calle, y desenvolverse en el ámbito público «como gato panza arriba»³. Pero mejor echemos un vistazo al panorama social-laboral actual.

Buena parte de los oficios siguen segregados en masculinos y femeninos, siendo ambos, cotos reservados según sexo. Las mujeres continúan ocupando categorías con escasa cualificación, baja remuneración y poco prestigio social. Sólo algunas llegan a alcanzar puestos de responsabilidad o de alta dirección. El paro golpea especialmente al sector femenino de la población, y muy concretamente a las más jóvenes. Los contratos a tiempo parcial parecen diseñados para éstas, con la parcialidad subsiguiente que implica en lo relativo a salario, promoción y jubilación⁴. Todo ello aderezado de significativas cotas de acoso sexual. Y esto es así —entre otras razones—, porque la mujer sigue acarreado su maternidad, o como diría Rousseau⁵, su condición de serlo, por doquier. Este solo punto volverá a unir todo: vida social y vida moral.

La mujer no sólo no puede promocionarse, ni reciclarse, sino que además se ve abocada a abandonar el empleo y los estudios —la carrera promocional— durante el tiempo que dure «la crianza» de los hijos, con lo que supone de imposibilidad o, al menos, «dureza» para reincorporarse, y con movimiento «uniformemente acelerado», a la carrera laboral. La otra opción supondría combinar trabajo remunerado «público», con el —no menos— trabajo «privado» de cuidado del hogar, en su acepción más amplia. Este último trabajo implica atención a tareas culinarias y de limpieza; así como a marido, hijos y tercera edad. La conclusión directa de este oscuro panorama es la carencia de *tiempo* y la consecuente ebullición de sentimientos de culpabilidad, frustración e impotencia femenina. La situación, llamemos, «psíquica» de la mujer trabajadora viene a confirmar nuestra ulterior pesquisa, aunque esta vez más precisa. Esto es, la mujer sigue arrastrando el pesado lastre de una identidad pre-designada

del trabajo de la mujer». Durante mucho tiempo, la producción intelectual de María Lejárraga aparecía firmada con el nombre de Gregorio Martínez Sierra, su marido.

³ En anteriores trabajos hemos hecho referencia al «empleo del tiempo» femenino. Véase al respecto mi libro titulado *Las Políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Instituto Andaluz de la Mujer, 1996; así como los datos aportados por estudios recientes del Instituto de la Mujer.

⁴ Vid. *I Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 55 y 71; y *II Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1993-1995)*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, p. 57.

⁵ «Pero que las madres se dignen alimentar a sus hijos: las costumbres se reformarán por sí mismas, los sentimientos de la naturaleza despertarán en todos los corazones, el Estado se repoblará; este primer punto, este solo punto, volverá a reunir todo»; vid. ROUSSEAU, J. J., *Emile ou De l'éducation*, Classiques Garnier, París, 1961; o en *Oeuvres Complètes*, vol. III, Seuil, 1971. Existe traducción al español, *Emilio o de la educación*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 47.

de madre, esposa e hija, ahora completada con una nueva faceta de «trabajadora».

Pero, los tiempos han cambiado. Permítaseme el tono irónico cuando digo que al menos el mundo del electrodoméstico ha traspasado las fronteras del espacio y del *tiempo*, para que las mujeres tarden menos en sus quehaceres. Ya se sabe que la mujer ahora «puede» trabajar, sin que ninguna norma –jurídica, se entiende– lo prohíba.

Sin embargo, y antes de entrar en las reflexiones sobre «quién lleva el peso de lo privado», o «en qué medida existe un reparto de tareas» en la cobertura de las necesidades familiares, surge ineludiblemente la pregunta: ¿qué se entiende por maternidad?, ¿cómo se valora?, ¿se protege y se cuida socialmente; o, por el contrario, se penaliza y recrimina?

1. LA MATERNIDAD: CRIMEN Y CASTIGO

¿Existe libre acceso de las mujeres al mundo laboral?

Si, en teoría, la mujer ha alcanzado elevados niveles de «progreso», la práctica es algo más descorazonadora. No solamente la mujer se ve abocada a una opción, –trabajo o maternidad–, cuando no a un salto mortal, sino que además conocemos la cruda realidad del mundo laboral. Sabemos de entrevistas de trabajo en donde a las candidatas mujeres se les pregunta: ¿casada?, ¿con novio, tal vez?, ¿pretensiones de matrimonio?; o la más sutil, ¿le gustan los niños? Sean cuales fueren las respuestas, siempre se pierde. De este hecho es consciente la CEE, cuando en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva del Consejo 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 afirma:

«La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las *condiciones de acceso*, incluidos *los criterios de selección*, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional»⁶.

Las mujeres saben que en las preguntas les va «el trabajo» y la posibilidad de realizarse profesionalmente: tanto por lo que lucharon, tantos años de estudio y sacrificio... Se trata de «un más difícil todavía», en donde se compatibiliza política, mercado laboral y hogar.

El poder de los estereotipos está tan presente que la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad lo recoge fielmente, ratificándolo: «Uno de los ámbitos en los que la discriminación por razón de género se sigue

⁶ Vid. Directiva del Consejo 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 39/40, 14 de febrero de 1976, p. 70. La cursiva es mía.

produciendo, aunque de forma indirecta, es el correspondiente al de acceso al mercado laboral en la *selección de personal*»⁷.

Y es que habría que plantearse si en la actualidad se encuentra penalizado en el ámbito laboral «el ser mujer» en la tradicional, pero no desfasada, dimensión de esposa, madre y asistente social (no olvidemos el cuidado de la tercera edad).

Parece ser que sí. Al fin y al cabo el fantasma del «*absentismo*» amenaza con posarse en la cabeza de todas y cada una de las mujeres que solicitan «una oportunidad» para trabajar.

Uno o una se plantea además por qué se recoge como causa de absentismo el parto y post-parto, equiparando éstos a otros motivos propios de «ocio» entendidos —en la 4.^a acepción del diccionario de la RAE— como inútiles, sin fruto, provecho, ni sustancia. No creemos que traer un hijo al mundo sea algo «inútil, sin fruto, provecho, ni sustancia», sobre todo en los tiempos que corren y en donde el nivel de fecundidad de nuestro país, después de Italia, es el más bajo del planeta, habiéndose reducido a menos de la mitad de su valor en tan sólo doce años. Rejuvenecer nuestra vetusta pirámide poblacional se sanciona, o lo que es peor, se sanciona la «potencialidad» de rejuvenecerla; y esto es así, porque ni siquiera las estadísticas confirman la falacia propalada sobre el significativo absentismo femenino.

Efectivamente, una encuesta realizada por el Instituto de la Mujer y recogida en el diario *El País*, de fecha 25 de junio de 1992, señalaba que las ausencias laborales no justificadas suponían un 11 por 100 del total de horas trabajadas, porcentaje prácticamente igual a las ausencias por embarazo, maternidad/paternidad, que ascendían a un 13 por 100. Del mismo modo, otro sondeo del Instituto de la Mujer, publicado en este mismo diario, con fecha 30 de junio de 1989, desmentía el tradicional bulo que adjudica altísimos niveles de absentismo laboral al colectivo femenino frente al masculino. Los datos hablan por sí mismos: el porcentaje de hombres de más de cuarenta y un años que adujeron motivos de enfermedad para la interrupción de su trabajo por un tiempo superior a seis meses, ascendía al 25,8 por 100, frente al 12,4 por 100 de mujeres.

En definitiva, uno o una se plantea si el artículo 35 de la Constitución Española de 1978 sigue vigente en la actualidad o ha sido derogado por otra disposición de rango superior: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

Quizás, la razón del no cumplimiento del artículo 35 sea la de que aun cuando se reconoce que el trabajo asalariado es «igual de importante» para el hombre que para la mujer, se admite también que el *trabajo femenino* tiene un rasgo de *voluntariedad* que no tiene el *masculino*, al

⁷ Véase la Exposición de Motivos de la *Ley 4/1995, de 23 de marzo*, de regulación del permiso parental y por maternidad, *BOE* de 24 de marzo de 1995. La cursiva es mía.

que se le otorga carácter de *obligatoriedad lo que legitima el poder reivindicarlo como un derecho*, mientras que ese carácter «opcional» del trabajo femenino es, por el contrario, un factor limitador de derechos. Esto se refuerza con la valoración del desempleo, que se considera en general menos importante para la mujer que para el hombre⁸.

Y esto es así, porque se sigue partiendo de una premisa en la que se basaba el Estado de bienestar tradicional: las mujeres eran básicamente inactivas desde el punto de vista económico, y desempeñaban sobre todo el trabajo doméstico no remunerado; frente a los hombres, que ocupaban trabajos remunerados, con lo que adquirirían derechos a la protección social. «La creciente participación de la mujer en el mercado de trabajo ha distorsionado la relación armoniosa entre producción, reproducción y protección social; dando lugar a tensiones cada vez mayores entre los ámbitos profesional, familiar y asistencial»⁹.

Es cierto. Los cambios demográficos, sociales y económicos acaecidos en nuestra sociedad contemporánea plantean numerosos desafíos a los sistemas de protección social de los distintos países europeos —en lo que a la CEE se refiere—requiriendo un proceso de adaptación institucional común. Efectivamente, la mujer ha sido *responsable y víctima* directa de la desestabilización de las cuatro premisas de las que partía un Estado de bienestar tradicional, a saber: equilibrio equitativo entre las generaciones; matrimonios estables y unidad familiar; empleo continuo y a tiempo completo; y por último, nivel limitado de conflicto entre la vida profesional y familiar. Y esto obliga, en mi opinión, primero, a una adaptación institucional; y, en segundo lugar, a un cambio de modelo.

La inadaptación institucional puede tener —como de hecho está teniendo—efectos negativos de gran alcance. No sólo tiende a incrementar las responsabilidades de las mujeres, de las que esperan cumplan «la triple jornada» —tiempo reproductivo + tiempo productivo + tiempo para el foro—; sino que además «invita» a éstas a no tener hijos, con el peligro de envejecimiento demográfico ya señalado.

El cambio de modelo se reclama para no reproducir el círculo vicioso imparable: la vacante de una mujer —en lo que a «sus» tareas domésticas se refiere—, se vería cubierta por otra —mujer— que vendría a retomar el arcaico modelo.

Pero no avancemos nada más y detengámonos en el primero.

2. UN PASEO POR EL DERECHO

La necesidad de un cambio institucional ha sido incluso denunciada por la Comunidad Europea. Se trata de una oportunidad única, una estra-

⁸ Vid. Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer (ed.), *Los hombres españoles*, Serie Estudios, núm. 22, Madrid, 1988, p. 102. La cursiva es mía.

⁹ Véase el *Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas. COM (93) 531 final*, Bruselas, 26 de abril de 1994, pp. 123 ss.

tegia de convergencia que fijando objetivos comunes «puedan guiar las políticas de los Estados miembros con el fin de permitir la coexistencia de los diferentes sistemas nacionales y hacer avanzar a todos ellos en armonía hacia los objetivos fundamentales de la Comunidad»¹⁰.

Esta Recomendación del Consejo de la CEE, 92/442/CEE de 27 de julio de 1992, define, pues, determinados objetivos comunes que han de servir de orientación para las políticas de los Estados miembros. En el ámbito de la familia (I, punto 6, apartado c) recomienda a éstos, textualmente: «contribuir a suprimir los obstáculos al ejercicio de una actividad profesional por parte de los padres¹¹, con *medidas que permitan conciliar las responsabilidades familiares y la vida profesional*»¹². Veamos qué sucede con la legislación española en lo relativo a maternidad.

2.1. La maternidad como enfermedad

Mucho tiempo ha pasado desde que José Antonio Searle en 1947 publicara su artículo titulado «Período de descanso y prestaciones económicas de las embarazadas» en la afamada *Revista Española de Seguridad Social*¹³. En éste, además de criticar la Reglamentación del Seguro de Maternidad vigente en la época, propugnaba un nuevo sistema basado en la abolición del llamado «descanso voluntario», y su sustitución por el «obligatorio discrecional» –según criterio del médico especialista–, y por el «obligatorio forzoso» que comprendía desde que «la embarazada saliera de cuenta» hasta que tuviera lugar el parto. Limitaba el descanso obligatorio *postpartum* a tres semanas, «pudiendo prolongarlo el especialista *discrecionalmente* cuando lo considere necesario»; frente a las seis semanas posteriores al parto que estipulaba como obligatorias la legislación de la época.

Ahora bien, entendía que la asegurada debía percibir *la totalidad de su sueldo o jornal* durante el descanso forzoso o discrecional, y no el 60 por 100 del salario con arreglo al cual cotizasen últimamente. «Encaje de bolillos» hace para romper el parangón maternidad-enfermedad, para luego, curiosamente reestablecerlo en su sistema. Que la prestación por enfermedad sea porcentual tiene sentido, según él, para evitar fraudes, pero «en el caso de las aseguradas embarazadas, este razonamiento no nos sirve para nada, puesto que en su estado no cabe fingimiento ni simulación»¹⁴. No obstante, cuando expone su alternativa establece que no

¹⁰ Vid. Recomendación del Consejo 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 245/49, de 26 de agosto de 1992.

¹¹ En este sentido, entendemos el vocablo «padres» como plural de padre y madre.

¹² Vid. Recomendación del Consejo 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, *op. cit.* La cursiva es mía.

¹³ Vid. SEARLE, J. A., «Período de descanso y prestaciones económicas de las embarazadas», en *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 12, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, diciembre de 1947, pp. 1065-1072.

¹⁴ *Ibidem*, p. 1068.

deben empezar a regir las condiciones económicas de indemnización previstas para maternidad hasta el comienzo del séptimo mes de embarazo, fecha en la que el feto es viable, ya que cualquier alteración anterior a este momento «más puede considerarse equiparable a *otra enfermedad* cualquiera que a un proceso normal, aun con desviaciones, a consecuencia del cual nacerá un nuevo ser»¹⁵. Sólo a título anecdótico, merece la pena transcribir textualmente su argumentación,

«Coadyuva, bien que en mínima parte, a que mantengamos este punto de vista, la posible existencia de abortos criminales, considerados fortuitos, que siempre se provocan en los primeros meses del embarazo, y ello, no porque creamos que aliente a su ejecución las diferentes condiciones económicas de indemnización entre enfermedad y maternidad, favorables a este último supuesto, sino porque nos repugna pensar que a quien lo provoca pueda concedérsele idéntica generosa ayuda que a quien realiza con alegría, y a veces duro sacrificio su elevada y noble función maternal»¹⁶.

De cualquier manera, el criterio *enfermedad* ha venido persiguiendo a la maternidad en lo que a su regulación se refiere. De este modo, el artículo 126 de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 que regulaba la prestación por Incapacidad Laboral Transitoria (ILT), recogía en su apartado c) a «los períodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad, con la duración que reglamentariamente se determine y que, en ningún caso, podrá ser inferior a la prevista para los mismos en la vigente Ley de Contrato de Trabajo»¹⁷.

Se equiparaba la baja por maternidad con la de la enfermedad consistiendo la prestación económica «en un *subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre las bases de cotización*, que con carácter unitario se fijará y se hará efectivo en la cuantía y términos establecidos en esta Ley, y en los reglamentos generales para su desarrollo»¹⁸.

En otras palabras, no sólo se confunde a la maternidad con un tipo de patología, sino que además se le «castigaba» con un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base de cotización. Y nos preguntamos, ¿acaso traer un hijo al mundo es traer un microbio, virus, o bacteria?, ¿por qué no se valora el bien social? Se exigía la revisión de la baja por maternidad por entender que su naturaleza, contenido y finalidad eran distintos al de la Incapacidad Laboral Transitoria, por lo que supone no sólo respecto al salario, sino respecto a la consideración de la reproducción como bien social. Se «invitaba», en definitiva, a la mujer trabajadora a abandonar su función «patológica» reproductiva, y concentrarse en la «sana» productiva.

¹⁵ *Ibidem*. La cursiva es mía.

¹⁶ *Ibidem*, p. 1069.

¹⁷ *Vid. Decreto 2065/1974, de 30 de mayo*, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE de 20 y 22 de julio de 1974. Véanse al respecto los artículos 45 y 48 del antiguo Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo, BOE de 14 de marzo de 1980.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 127. La cursiva es mía.

De esta urgencia se hizo eco el II Plan Para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1993-1995), en su actuación 1.3.1, y quizás por ello, el legislador reaccionó —aunque se tomó su tiempo—, elaborando un nuevo capítulo en el título II, el IV bis, titulado «Maternidad», que venía curiosamente a reformar y completar el inmediato Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social a la que aludimos establecía además una nueva rúbrica del capítulo IV, título II. Ya no se llamará «Incapacidad Laboral Transitoria», sino «Incapacidad Temporal». El propio Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo) lo explicita en sus artículos 45.c), 48.2, 49.e) y en su disposición transitoria 10.^a

Pero retomemos el asunto que nos ocupa. Efectivamente, se ha suprimido el artículo 128.1.c) de la LGSS de junio de 1994 que colocaba a la maternidad como situación determinante de incapacidad laboral transitoria, creando un supuesto específico para ella. Teóricamente, esto nos lleva a pensar que, por fin, maternidad y enfermedad quedan escindidas para siempre. Sin embargo, investiguemos la regulación y veamos si aún quedan atisbos de hermanamiento.

En cuanto al *período de carencia* exigido para beneficiarse del subsidio por maternidad es necesario acreditar «un *período mínimo de cotización de ciento ochenta días*, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (...)»¹⁹. El período de carencia para las contingencias comunes y para las contingencias profesionales será, según el artículo 130, apartados a) y b):

«a) En caso de enfermedad común, que haya cumplido un *período de cotización de ciento ochenta días* dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional *no se exigirá ningún período previo de cotización*»²⁰.

¹⁹ Artículo 133 ter de la LGSS introducido por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE de 31 de diciembre de 1994. La cursiva es mía. Afortunadamente, se suprime el requisito de que la trabajadora en cuestión tuviera que estar afiliada a la Seguridad Social al menos nueve meses antes de dar a luz; y que hubiera cumplido durante el año inmediatamente anterior al parto un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, así como las demás condiciones que reglamentariamente se exigieran. Véase el artículo 128.c) de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, BOE de 20 y 22 de julio de 1974, y el igualmente derogado apartado c) del artículo 130 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, BOE de 29 de junio de 1994, que incorporaba algunos matices al anterior.

²⁰ Artículo 130, apartados a) y b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, BOE de 29 de junio de 1994. La cursiva es mía.

Personalmente, no entiendo por qué el período de carencia de la maternidad coincide con el de la enfermedad común. ¿Por qué a unos se les exige un período de cotización y a otros no? ¿Acaso sería absurdo no exigir carencia alguna a quienes solicitaran el subsidio por maternidad?

Pero, ¿y la *prestación económica*? Se determina con concreción que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al *100 por 100 de la base reguladora correspondiente*. Ahora bien, surge la pregunta, ¿cuál es la base reguladora correspondiente? El artículo 133 quáter de la LGSS matiza: «A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de la incapacidad laboral temporal, derivada de *contingencias comunes*»²¹. Nuevamente la comparación con la enfermedad común. ¿Por qué no se compara —y no digo que haya que hacerlo, todo lo contrario— con la profesional, en donde la base reguladora equivale al salario real percibido?

Efectivamente, hay que reconocer el avance legislativo en lo que se refiere al aumento del subsidio, de un 75 por 100²² al 100 por 100 de la base reguladora; pero no confundamos esta base con el salario total. Determinados aspectos englobados en este último, no se toman en cuenta para el cálculo de la base reguladora.

Pero no reprochemos sólo al ordenamiento español estas continuas dislepsias entre maternidad y enfermedad. Antes de continuar con la legislación española, reparemos brevemente en la comunitaria.

La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, afirma tajantemente «que (la maternidad) no debería en caso alguno ser interpretada como que comporta una analogía del embarazo a la enfermedad»²³. No obstante, cuando tiene que determinar el nivel de las *prestaciones* de la trabajadora que ha dado a luz —a que se refiere la letra *b*) del punto 2, y el punto 3 del artículo 11— estima que «se considerará adecuada cuando garantice unos *ingresos equivalentes*, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de *interrupción de sus actividades por motivos de salud*, dentro de un posible máximo determinado por las legislaciones nacionales»²⁴.

Del mismo modo, entiendo que deja una puerta abierta a la arbitrariedad, cuando ofrece a los Estados la facultad de someter este derecho de remuneración a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos

²¹ Artículo 133 quáter de la LGSS introducido por la *Ley 42/1994, de 30 de diciembre*, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, BOE de 31 de diciembre de 1994. La cursiva es mía.

²² Véase la *Ley 3/1989, de 3 de marzo*, para el supuesto de maternidad, BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1989.

²³ Véase el último Considerando de la *Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992*, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 348/1, de 28 de noviembre de 1992.

²⁴ *Ibidem*, artículo 11, apartado 3. La cursiva es mía.

contemplados en las distintas legislaciones nacionales para «obtener el derecho a tales ventajas»²⁵.

El Consejo y la Comisión de la CEE son conscientes de este «no deseado» paralelismo maternidad-enfermedad de sus disposiciones, e insisten justificándose— en declaración expresa aparte que «Dicha referencia en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad. (...) En la redacción de la disposición, la relación que se establece con dicha prestación pretende sencillamente indicar una cuantía de referencia concreta y fija en todos los Estados miembros, con el fin de determinar la cantidad mínima que percibirá la trabajadora en concepto de prestación de maternidad»²⁶.

No obstante, otro tipo de lapsus encontramos en su normativa. De este modo, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, no recoge en su artículo 2 el supuesto de maternidad. Dispone que «la presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por *enfermedad*, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos»²⁷. Posteriormente, y por mandato de su artículo 3 apartado 3.º, el Consejo adoptará otra Directiva que vendrá a determinar el contenido, alcance y modalidades de aplicación, con el fin de garantizar la aplicación de igualdad de trato en los regímenes profesionales. Nos estamos refiriendo a la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986.

En ella se determina su ámbito de aplicación. Dice así su artículo 3: «La presente Directiva se aplicará a la población activa —incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, *maternidad*, accidente o paro involuntario, y a las personas que busquen empleo— así como a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos»²⁸. En ésta sí aparece la maternidad, mientras que en la anterior no. Si la segunda Directiva no es más que un desarrollo de la primera, y en la segunda se recoge la maternidad, ¿habría que

²⁵ *Ibidem*, artículo 11, apartado 4. «Entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto».

²⁶ *Vid.* Declaración del Consejo y de la Comisión relativa al punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, incluida en el acta de la 1 608 sesión del Consejo (Luxemburgo, 19 de octubre de 1992), en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 348/8, de 28 de noviembre de 1992.

²⁷ Véase el artículo 2 de la *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978*, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 6/24, de 10 de enero de 1979. La cursiva es mía.

²⁸ *Vid. Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986*, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de Seguridad Social, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 225/40, de 12 de agosto de 1986.

entender que se encontraba también en la primera?, ¿dónde?, ¿quizás dentro del vocablo «enfermedad»?

No obstante, –y antes de continuar con la normativa española– si fuera cierto que se reconoce a la maternidad autónomamente, con un valor propio, distinto de la enfermedad²⁹, ¿por qué la normativa comunitaria no recoge los supuestos de adopción y acogimiento?, ¿qué clase de derechos tiene una madre adoptiva?, ¿y un padre adoptivo, aunque se insiste en hablar sólo de «permisos y subsidios por maternidad»?

Esto viene a dibujar sensiblemente la segunda parte de nuestro estudio, la necesidad de un cambio de modelo. ¿Por qué hablamos sólo de permiso de maternidad? ¿Por qué «inconscientemente» negamos «este derecho» a quienes no pueden ser «madres»? ¿No sería más correcto hablar de «permiso parental»³⁰ –de padres y de madres– rompiendo con valores cultural y «naturalmente» interiorizados?

2.2 Cambio de modelo. Hacia un permiso parental real

Aunque efectivamente la reciente redacción del Estatuto de los Trabajadores se refiere al «permiso parental y por maternidad», por inspiración de la Ley 4/1995, de 23 de marzo³¹, también es cierto que, la letra de la ley queda desahuciada a papel mojado cuando la realidad cotidiana se empeña en vivir divorciada de la jurídica.

No obstante, no podemos ni debemos ignorar el enorme esfuerzo que la legislación laboral ha realizado en este último año para acercar la igualdad de principio al colectivo de mujeres trabajadoras. Es consciente de que «en este ámbito, es la mujer quien recibe las peores consecuencias,

²⁹ En este sentido, merece mencionarse la ley italiana sobre permiso de maternidad que frente a la *Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, op. cit.*, incorpora un análisis más global, primando el reconocimiento del valor social de la maternidad y estableciendo una serie de medidas significativamente más progresistas. Debido a la urgencia del tema en cuestión, y cuando la Directiva no era más que una propuesta de Directiva del Consejo de Ministros de la CEE, presentada a la Comisión el 18 de septiembre de 1990 –90/C 281/04–, se celebró en Italia, con sede en Roma, y durante los días 9 y 10 de enero de 1992, un Congreso nacional de las mujeres del PDS italiano, bajo el lema «Il Tempo de la Maternità», en el que se dieron cita representantes significativas del mundo de la política. Todas las ponencias presentadas en este Foro fueron posteriormente publicadas bajo el mismo título en *Editori Reuniti, Roma, 1993*, con prólogo de Livia Turco. Al respecto, véanse –entre otras– las ponencias de RIVIELLO, Anna Maria, «Soggettività femminile e procreazione: quale società»; GAIOTTI DE BIASE, Paola, «Sostenere le scelte procreative delle donne: quali politiche»; y CATASTA, Anna, «La normativa europea».

³⁰ Según informa la *Tribuna del Parlamento Europeo*, de marzo de 1996, año IX, núm. 3, la Unión Europea contará pronto con una Directiva que hará obligatoria la concesión de una licencia parental de tres meses a aquellas madres o padres que necesiten cuidar de sus hijos recién nacidos o en casos de fuerza mayor. La futura Directiva, fruto de un acuerdo entre la UNICE, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos, que obtuvo el respaldo del Parlamento Europeo el 14 de marzo, ha sido calificado por la Eurocámara como «un punto de partida fundamental» en la consecución de la igualdad de oportunidades, aunque se lamenta de que su adopción sea a través de una Directiva y no como Reglamento con aplicación inmediata, debiendo esperar a su transposición a la legislación de cada Estado miembro.

³¹ Vid. *Ley 4/1995, de 23 de marzo*, de regulación del permiso parental y por maternidad. *BOE* de 24 de marzo de 1995.

debido a la división del trabajo que por razones de género existe en la sociedad»³². Sabe que el ser mujer sigue siendo un tabú para algunos empresarios que se obstinan en contratar hombres, libres, por naturaleza, de la carga de la maternidad. Si contratan hombres, no tendrán que plantearse «embarazos repentinos», que los obliguen a cubrir las vacantes. No habrá problemas de «permisos», ni bajas maternales.

Hay, por lo tanto, una predisposición «de» y «por» principio de rechazo hacia un género, y de aceptación automática del otro. Y esto es así, porque la mujer sigue arrastrando la «pesada carga de “su” maternidad», y digo «su», porque sólo a ella le incumben tales menesteres. Quizás por eso, tan sólo 20.000 mujeres decidieron optar en 1991 por un régimen compartido de excedencia³³.

Y es que el modelo ha alterado la forma, no el contenido. Mujer igual a esposa, madre, asistente social, y ahora también «trabajadora». Muchos problemas para un empresario; muchos problemas para una sociedad con un índice de parados crítico; para una sociedad con una pirámide demográfica invertida; y para una mujer presa de su propia construcción de identidad. Qué duda cabe que ante un panorama así, más vale optar por un profesional varón (cabeza de familia) que por una problemática, pródiga y absentista mujer trabajadora.

«Para poder mitigar esta problemática –según la normativa– es conveniente extender el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el período de excedencia establecido para el cuidado de los hijos, introduciendo como contrapartida la posibilidad de que aquellos puestos de trabajo que queden vacantes con motivo de la excedencia, puedan cubrirse mediante la celebración de nuevos contratos, los cuales gozarán de una reducción del 95 por 100 durante el primer año de excedencia, del 60 por 100 durante el segundo año de excedencia y del 50 por 100 durante el tercer año de excedencia, *en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, siempre y cuando se contrate a trabajadores en paro que estén cobrando una prestación por desempleo*»³⁴.

Y con esto se pretende «matar tres pájaros de un tiro»: eliminar obstáculos a la contratación femenina, reducir los índices de desempleados y estimular la contratación laboral. Pienso, no obstante, que esta medida parece más dirigida a premiar a empresarios que coloquen trabajadores en paro, que a otros menesteres. De hecho, existe este tipo «aséptico» de medidas «promocionales»; como también existe otro que pretende premiar a industriales que se instalen en determinadas zonas o polígonos de desarrollo, mediante reducción de impuestos o subvenciones.

³² Véase la Exposición de Motivos de la ley anteriormente citada.

³³ Véase el *Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (93) 531 final*, *op. cit.*, p. 113.

³⁴ *Ibidem*. La cursiva es mía. Véase también al respecto la disposición adicional 14.^a del *RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *BOE* de 29 de marzo de 1995.

En cualquier caso, los trabajadores –hombre o mujer– tendrán derecho a un período de excedencia no mayor de tres años para atender al cuidado del hijo, fuere éste natural o adoptivo. El avance con respecto a la normativa comunitaria es claro: se reconoce la *adopción* y el *acogimiento*³⁵, tanto para la excedencia como para una suspensión laboral; así como se habla de «permiso parental» –en relación a la suspensión–, frente al tradicional «permiso de maternidad» mantenido por la legislación de la CEE³⁶, fundamento de recelo y suspicacias empresariales.

Pero continuemos con la regulación de la excedencia. Aun cuando el artículo 46.3 de la LET dispone que el tiempo de excedencia será computado a efectos de antigüedad; que el derecho a reserva de puesto de trabajo sólo regirá durante el primer año, quedando referida la reserva durante los siguientes años a una plaza de categoría equivalente; y que «el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación», ciertas cavilaciones se generan en mi discurso.

Efectivamente se trata de un régimen de excedencia bastante favorable al trabajador. No se trata de una simple «excedencia voluntaria». Al fin y al cabo se computa la antigüedad y se reserva el puesto de trabajo durante el primer año. Pero, ¿sería absurdo aplicar las condiciones del tipo de excedencia forzosa³⁷ recogida en el punto 1 del artículo 46? ¿Por qué no se conserva el derecho al mismo puesto de trabajo durante los tres años en que puede durar este tipo de excedencia por cuidado de los hijos?

Digo esto, aun sabiendo que estoy jugando deliberadamente con la letra de ley, porque el artículo 37.3.d), se refiere a un tipo de situación que podría derivar en excedencia forzosa en caso de no poder cumplir con la prestación del trabajo debido, en más del 20 por 100 de las horas laborales y en un período de tres meses. Nos referimos al caso en el que

³⁵ Véase la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento en materia de adopción. Al respecto, repárese en los artículos 45.1.d), 46.3 y 48.4 del nuevo Estatuto de los Trabajadores ya referido.

³⁶ A modo de ejemplo, véase el artículo 8 titulado «Permiso de maternidad» de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, *op. cit.*

³⁷ La excedencia forzosa dará derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad de su vigencia; y se concederá por la designación o elección a un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo (art. 46.1 LET). La excedencia voluntaria comprende un período de dos a cinco años. Sólo podrá ser ejercitado por el trabajador si hubieren transcurrido cuatro años desde el final de la última excedencia; y sólo dará un derecho preferente al ingreso de éste en las vacantes de igual o similar categoría a la suya, que surgieran en la empresa (arts. 46.2; 46.5 LET). La excedencia por hijos, que podríamos decir que se dibuja como régimen intermedio a ambas, a la excedencia forzosa y a la voluntaria, se articula por un plazo de tiempo inferior a tres años. El trabajador excedente por cuidado de cada hijo –ya sea natural o adoptivo– tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año (efecto coincidente con la excedencia forzosa). En los restantes años, sólo conservará un derecho a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional (previsión similar a la establecida por la excedencia voluntaria). Asimismo, se computa el tiempo a efectos de antigüedad; y tendrá derecho a cursos de formación (art. 46.3 LET). Hemos, no obstante, de señalar el enorme avance, en estos últimos años, de la normativa referida a la excedencia (por hijos), puesto que con anterioridad se aplicaba directamente el régimen de excedencia voluntaria.

el trabajador puede ausentarse del trabajo y con derecho a remuneración «Por el tiempo indispensable, para el *cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal...*»³⁸. Dicho así, creo que tal deber podría encontrarse en la propia naturaleza del «permiso parental y por maternidad», y que consecuentemente no sería un absurdo aplicarle el régimen de excedencia forzosa genérico. Ahora bien, el legislador no pensaba en absoluto en esta elucubración cuando elaboró el referido artículo, sino en el sufragio activo. Efectivamente, la cita textual anterior acaba así: «el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, *comprendido el ejercicio del sufragio activo*»³⁹.

Los artículos 45.1.d) y 48.4 de la LET establecen otra medida para poder mitigar la problemática antes referida. Se trata de una suspensión laboral temporal para el supuesto de «maternidad de la mujer trabajadora y adopción y acogimiento de menores de cinco años». Quizás, la perpetuación de la expresión «maternidad de la mujer trabajadora» no resulta del todo precisa o completa, al no recoger dentro de ella la posibilidad –que ofrece la ley– de que el padre disfrute parte de este período de descanso. Y resulta aún más curioso si reparamos en que es la propia Ley 4/1995, de 23 de marzo, que inspiró parte de la reforma del Estatuto de los Trabajadores, la que acuña la revolucionaria expresión «permiso parental y por maternidad».

No obstante, y pese a las limitaciones del lenguaje, la ley concede una suspensión de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables a dieciocho por parto múltiple, las cuales serán distribuidas *a opción de la interesada* siempre y cuando seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Sólo en el caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de éstas y cuidar al recién nacido. Pero, «no obstante lo anterior, en el caso de que la madre y el padre trabajen, aquélla, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque el *padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión*, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud».

Ahora bien, planteémonos algo. La ley habla de «mujer trabajadora» y de «en el caso de que la madre y el padre trabajen». ¿Qué sucedería con aquellos casos –que son los más– en que sólo el padre trabaja, mientras que la madre «sigue trabajando», aunque en el hogar? En otras palabras, ¿podría un padre disfrutar de cuatro semanas para ocuparse del cuidado del hijo, aunque su mujer no trabaje fuera del mercado del hogar? ¿Estaría justificada esta «suspensión», o inconsciente y legalmente se piensa que ya que la mujer «no trabaja» –trabajo no remunerado es trabajo no reconocido–, debe ser ella quien se ocupe de «sus» tareas?

¿Qué sucedería en el caso inverso? ¿Qué ocurriría si fuere sólo ella quien trabajara en el mercado laboral, mientras el hombre se encuentra

³⁸ Véase el artículo 37.3.d), en relación con el artículo 46.1. de la LET.

³⁹ *Ibidem*. La cursiva es mía.

desempleado, o simplemente en el hogar? ¿Por qué no nos resulta tan absurdo que la mujer cubra el período completo de la suspensión?

Probablemente, el término antes criticado de «maternidad de la mujer trabajadora» es el único que hace honores a esta situación, estando quizás más acorde con una realidad reacia a «distribuir tareas», y a romper con «prejuicios culturales». Todo se disfraza de un paternalismo malentendido, y se colocan las piezas «como deben ser» en el tablero de la vida. Mujer-hogar-maternidad/Hombre-mundo-cabeza de familia.

Este mismo efecto lo encontramos en preceptos como el 37.4 referido a «*las trabajadoras*, por lactancia de un hijo menor de nueve meses» que permite una hora de ausencia del trabajo por tales motivos. Nuevamente reitera que «*La mujer por su voluntad*, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad». Se trata, pues, de una disposición pensada «para» la mujer, y no así para ambos, aunque el último párrafo actúe como coletilla final: «Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen». Las reflexiones son las mismas.

Quizás habría que definir exactamente qué se entiende por «lactancia», al ser ésta la situación que ha motivado el privilegio del permiso de reducción de la jornada. Si entendemos por «lactancia» la acción estricta de mamar, abarcando en consecuencia el período de la vida en que la criatura mama, muy probablemente habría que reducir significativamente el período de nueve meses establecido por ley, así como suprimir la apostilla última ya aludida. El derecho pertenecería estrictamente a la madre natural –no así a la adoptiva–, y durante el tiempo en que pueda amamantarlo con sus senos.

Tanto la acotación final del precepto como el período de disfrute señalado –nueve meses–, parecen ampliar el sentido del vocablo «lactancia» incluso a la acción de «dar leche de complemento» al recién nacido, en cuyo caso habría que pensar tanto en el padre como en la madre, ya fueren naturales o adoptivos, como indistintos actores. Pero, ¿qué sucedería si sólo uno de los progenitores «trabajara»? ¿Afectaría el precepto por igual al padre, en caso de que fuera él quien estuviera desempleado, que a la madre? ¿Qué ocurriría si la madre se encontrara en el hogar? ¿Podría el padre solicitar su supuesto derecho por lactancia del hijo?

En cualquier caso, y pese al «esfuerzo normativo» –excedencias, suspensión, permisos retribuidos–, el divorcio entre realidad y legalidad parece insalvable. Los empresarios se inclinan por «trabajadores», puesto que conocen bastante bien la realidad social en la que viven. Las cargas familiares de cuidado de los hijos y del hogar en general siguen soportadas por las espaldas de las mujeres; y saben que, pese a que la LET, en su artículo 48.4, habilita al padre para que disfrute de cuatro de las últimas semanas de la suspensión en el supuesto de parto, sólo un escasísimo número de varones hará uso de esta facultad.

Qué duda cabe que cierto bloqueo «masculino» existe; sin embargo, no podemos caer en la ingenuidad y en el error de colocar un veredicto de

culpable a un sector de la población –los varones– reacios a romper con costumbres hechas leyes. El bloqueo no sólo reside en las mentes, llámemos masculinas, sino en todo un género, el de las mujeres, presas de lo que podríamos calificar «la maternidad cultural aprehendida».

La mujer no se plantea siquiera, en la mayoría de los casos, «optar porque el padre disfrute» de esta potestad; y es que, –como reza la ley–, *tiene que ser ella* quien, al iniciarse el período de descanso por maternidad, lo determine. Conoce bien, porque así la socializaron, su misión. «Su identidad personal de mujer, sigue unida al rol de esposa y madre, aspecto que le ha sido recordado desde siempre, y que ha interiorizado como parte de su ser, hasta el punto de *no ser*, o de serlo a la mitad si alguna de estas facetas fallaran. Esta dependencia a la dependencia de los demás, que a su vez “la” y “se” obliga a entregarse abnegadamente a ellos para obtener aceptación y amor, genera una tendencia al “perfeccionismo extremo y autodestructivo” por el que la obsesión por ser “la mujer perfecta” –siempre en relación a referentes externos–, olvida y relega la búsqueda y el cuidado de sí misma; asumiendo una subjetividad hipotecada»⁴⁰. Lo auténticamente pernicioso reside en que la propia mujer ha incorporado en sí misma tales «criterios de evaluación» para colocar y colocarse en el *ranking* femenino. Ocuparse de otras tareas, les está permitido, y ellas lo permiten, siempre y cuando sean capaces de conciliar y sobrellevar con entereza su destino –el de la maternidad– y sus opciones profesionales.

Toda esta problemática plantea, entiendo, un segundo plan de ataque que venga a complementar al primero jurídico.

3. EN BUSCA DE NUEVAS SUBJETIVIDADES. EL PODER DE LA MATERNIDAD

«La pregunta a realizar sería en qué medida el sustento (mayor o menor según el lugar de referencia, pero, en todo caso, escaso), que el Estado Social “ha concedido” y viene concediendo a las mujeres, contribuye a la emancipación de éstas y, por tanto, a la superación definitiva de la discriminación que sufren en los diversos ámbitos de la vida, o si, por el contrario, simplemente aporta elementos que implican un aumento del bienestar pero prolongando e institucionalizando su condición de subordinadas»⁴¹.

⁴⁰ Véase mi libro *Las Políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*, op. cit.

⁴¹ Vid. GRANADOS GÁMEZ, Francisca, y LÁZARO DIEST, Inmaculada, «Feminismo e Instituciones. La política institucional de la mujer a nivel local (los centros municipales de información a la mujer): Aproximación teórica y concreción de una experiencia», en *Jornadas Feministas Estatales «Juntas y a por todas»*, celebradas en Madrid, durante los días 4, 5 y 6 de diciembre de 1993, y organizadas por la Federación de Organizaciones Feministas del Estado Español. Texto inédito.

Efectivamente, las medidas jurídicas y políticas⁴² tomadas en apoyo a las mujeres pueden afectar a las opciones de vida de éstas, favoreciendo el alcance de la igualdad de oportunidades; sin embargo, entiendo que tales propuestas exigen ser acompañadas además de un cambio de actitudes y de conciencia social. Se reclaman con urgencia nuevos modelos. Ya no nos valen los maniqueos *macho* –fuerte, aguerrido, emprendedor–/*hembra* –débil, sensible, maternal.

De poco nos sirven Recomendaciones y «buenas disposiciones» jurídicas –como la Recomendación 92/241/CEE, del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas–, si tal y como establece, «dichas iniciativas tendrán por objeto, en particular, los permisos especiales que hagan posible que todos los progenitores que trabajen por cuenta ajena, tanto hombres como mujeres, *si así lo desean*, puedan asumir efectivamente sus responsabilidades profesionales, familiares y educativas, previendo, en particular, un cierto grado de flexibilidad en la concesión de permisos»⁴³. Quizás el problema comienza manifestándose en el deseo, deseo aprehendido culturalmente, y que se confunde con nuestra identidad.

Poco sentido tienen –insisto– los esfuerzos jurídicos al respecto, si la exclusión sigue haciéndose en silencio, camuflada, subrepticia. Inyectada ya en la cuna, los individuos –hombres y mujeres– intuyen –como si de su naturaleza se tratara– sus lugares de pertenencia. El hombre pertenece al mundo (ámbito público) y se le prepara para él; la mujer pertenece al hogar (ámbito privado) y se la educa para que permanezca en él, y sobre todo, para que *desee* permanecer. Si el punto de mira para algunos se dirige hacia el futuro, para otras, la visión se concentrará en el pasado y en el presente. Si en los primeros se fomenta la intrepidez, la innovación (mundo público), a las segundas, se les programa –como si de un ordenador se tratara– hacia la rutina, la conservación y la repetición (mundo privado).

Lo auténticamente deplorable, en lo relativo a esta socialización diferencial, es «el hecho de que socialmente se *infravalore a uno de ellos (el privado)* y el hecho de que se eduque a cada sexo *para desarrollarse en uno solo de los ámbitos*»⁴⁴.

Quizás, éstos sean aspectos claves que deberíamos tener en cuenta en la búsqueda de nuevos modelos. Tal vez, se trataría de pensar en una alternativa que no se olvidara, como en su día lo hizo el discurso moderno, de la esfera de la domesticidad. Evidenciar y calificar de «trabajo»

⁴² No me detengo en las medidas de política social propuestas en los distintos planes para la igualdad de oportunidades de las mujeres, ya sean comunitarios o nacionales, por haber ya tratado puntualmente este tema en mi libro.

⁴³ Véase el artículo 4, párrafo 2.º, de la *Recomendación del Consejo 92/241/CEE, de 31 de marzo de 1992*, sobre el cuidado de los niños y de las niñas, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de 8 de mayo de 1992. La cursiva es mía.

⁴⁴ *Vid.* POAL MARCET, Gloria, *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundo laboral*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, febrero de 1993, p. 71. La cursiva es mía.

—porque de trabajo hablamos— la dedicación y el esfuerzo empleado en el hogar: hijos, esposos, abuelos..., consumidores de trabajo no mercantil, que requieren de un tiempo a fondo perdido. Reconocer y admitir que los grandes productores son a su vez grandes consumidores de necesidades sociales que otros deben cubrir; y esto tiene un coste. Poner precio teórico a la empresa nada fácil de ser «ama de casa» y contabilizar un tiempo/gasto —hasta ahora, no visible—, que venga a levantar la eterna e involuntaria deuda del colectivo de siempre, el femenino. Y digo «precio teórico», porque soy consciente de que establecer un salario fijo para todas las «amas de casa» —como algunos han aludido— supondría sancionar y ratificar el *status quo* establecido, y sentenciar a la mujer a seguir viviendo sólo en «la cárcel» del hogar, y cumpliendo la condena de realizar, por prerrogativa «estatal», determinados quehaceres, predesignados como «propios de su sexo». Excesivo nos parece además calificarlo de «amor de casa», aunque efectivamente el discurso que la relegó al hogar, disfrazó, y sigue disfrazando, las razones de afectividad y sentimientos; y ya se sabe que por amor, la realidad no se analiza, sino que se asimila y reproduce.

Ahora bien, tal vez «en el pecado esté la penitencia». ¿Qué país del mundo podría permitirse pagar un salario ajustado a todas las llamadas «amas de casa»? ¿Qué modelo macroeconómico podría soportar tal partida presupuestaria? La medida actuaría de revulsivo, y evidenciaría una realidad social y económica flagrante. El actual sistema económico⁴⁵ necesita del trabajo solapado, callado y anónimo de las mujeres. Calificarlo como tal significaría «la perdición»; por eso, mejor ignorarlo e inferirlo a través de un complejo proceso socializador: familia, ámbito académico, religión, lenguaje, medios de comunicación. La mujer interpreta el papel de activa y pasiva, de culpable y víctima, en la eterna película «la fábrica de identidades».

La prueba de que el trabajo «clandestino» de la mujer en el hogar sigue sin reconocerse, ni valorarse —puesto que no se remunera—, la encontramos en las irrisorias pensiones de viudedad⁴⁶, donde la mujer que nunca trabajó fuera del hogar obtendrá sólo el 40 por 100 de la pensión correspondiente al marido —que fue quien cotizó—; o en Recomendaciones comunitarias como la 92/442/CEE, donde se establece que la concesión de las prestaciones de protección social deberá respetar el principio de equidad, para que, textualmente, «los beneficiarios de las prestaciones sociales *reciban la parte que les corresponde de la mejora del nivel de vida del conjunto de la población*, sin dejar de tener en cuenta las prioridades fijadas a nivel nacional»⁴⁷. ¿Qué sucede, por lo tanto,

⁴⁵ Vid. CARRASCO BENGUA, Cristina, «El trabajo doméstico. Un análisis económico», *Colección Tesis Doctorales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

⁴⁶ Vid. artículo 174 de la LGSS.

⁴⁷ Véase el punto I,2.b) de la *Recomendación 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, op. cit.* No olvidemos que esta Recomendación repara no sólo en los «trabajadores», sino también en «las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a

con el trabajo –no remunerado, aunque del todo prescriptivo para el mantenimiento del sistema económico– realizado por las mujeres dentro del hogar? ¿Acaso se valora su incidencia en la mejora del nivel de vida? ¿O sólo se está pensando en trabajos «productivos», y por lo tanto remunerados? ¿Cuanto más productivos, más remunerados? ¿Remuneración y mejora del nivel de vida se corresponden en una relación directamente proporcional?

Todos estos aspectos llaman a la reflexión, y al rastreo de nuevos modelos, nuevas claves simbólicas, donde hombres y mujeres sean capaces de reconocerse como son en realidad (con sus igualdades y diferencias) y no como se les hizo pensar que eran. Yacer en actitud crítica, impasibles ante cualquier atisbo socializador resulta compulsivo para las mujeres, conscientes ahora de *su enorme potencial en la formación de subjetividades individuales*. Saben –o deben saber– que son ellas las que a través de los procesos de socialización, han interiorizado un modelo de mujer hipotecado y subordinado al varón, que luego transmitirán en la propia subjetividad de mujeres y hombres. Inyectarán cargas determinantes simbólicas en su descendencia; y ésta, a su vez, lo hará en la siguiente generación. Círculo vicioso imparable que parece haber caído en la indeterminación de su infinidad.

Curiosamente, la Maternidad Culpable es también Responsable; responsable en la construcción de nuevas identidades, y en el diseño de una nueva cultura. Una cultura que recoja entre sus postulados valores de relación con los demás, de relación con uno mismo, de relación con la Naturaleza. La Naturaleza ya no sería algo que extorsionar, ni los individuos algo que subyugar. Se daría fin a un discurso que ha venido excluyendo, no sólo a las mujeres, sino a buena parte de colectivos «distintos», parias de la sociedad; siervos que no ciudadanos.

Por eso, invertir de un nuevo contenido la función reproductiva, propia de mujeres, así como la doméstica y «socializadora», puede ser hoy una gran arma de lucha; y son «las mujeres (las que) podemos (y debemos) ser los agentes del cambio. En nuestras manos está»⁴⁸.

él, ya por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y recursos suficientes, adaptados a su situación personal». La cursiva es mía.

⁴⁸ Vid. POAL MARCET, Glòria, *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundo laboral*, op. cit., p. 71.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación (PB95-1212) subvencionado por la DGICYT: *Estado liberal, derecho y bienestar social*.

III

DEBATES

Sobre la justicia constitucional.
Reflexiones a partir del libro de Roberto
Gargarella *La justicia frente al Gobierno.*
Sobre el carácter contramayoritario del Poder
Judicial, Ariel, Barcelona, 1996¹

Por PABLO DE LORA

Universidad Autónoma de Madrid

El profesor Aranguren solía afirmar que el pensamiento metafísico consiste no en un catálogo de respuestas sino más bien en la formulación de un conjunto de preguntas pertinentes. Esta idea provocadora describe con precisión las aporías a las que continuamente se ve sometido el que aborda la reflexión más especulativa y el carácter inconcluso y por ello crítico de dicha tarea, como también sucede en ámbitos como la filosofía jurídico-política en los que, con frecuencia, no pisamos un suelo firme. Si adoptáramos respecto de ella la actitud arangureniana, creo que no habría dudas sobre que, dentro del conjunto de preguntas relevantes propias de esa materia, tendría que estar la que hace referencia a los límites de la decisión democrática. El camino seguido para responderla a partir de la confluencia de las tradiciones liberal y democrática representadas por el pensamiento de Hobbes, Locke y Rousseau, ha sido el de ver en el establecimiento de ciertos derechos fundamentales mediante un procedimiento democrático la forma idónea de conjugar la necesidad de contar con una estructura de gobierno que regule la vida en sociedad y preserve al tiempo la garantía del respeto a la libertad y dignidad de los individuos.

¹ El presente escrito se inscribe dentro de un proyecto de investigación financiado por la DGICYT, del Programa Sectorial de Promoción del Conocimiento (núm. PB94-0193). Agradezco a los profesores Francisco Laporta, Alfonso Ruiz Miguel, Liborio Hierro y María Angeles Ahumada las observaciones y críticas hechas a las primeras versiones del trabajo.

Las Constituciones escritas a partir de las revoluciones francesa y norteamericana son, básicamente, la realización política de tal encaje y no sólo, como se empeñó en mostrar Kelsen a lo largo de este siglo, la fuente de validez jurídica de un sistema normativo presuntamente desvinculado de la moral; la Constitución es, por encima de eso, la zona de mediación, en expresión de Elías Díaz, entre la democracia y los derechos individuales.

Son estas algunas de las cuestiones que Roberto Gargarella aborda en el libro; y lo hace no dejándose llevar del todo por los posibles efectos paralizantes del *dictum* de Aranguren, sino intentando también a lo largo de sus páginas aventurar algunas respuestas, y desde luego repensando la que, incluso en los momentos germinales de la mencionada solución constitucional, fue la pregunta fundamental para los más perspicaces de sus valedores: ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?

Como bien señala el autor hay varios *loci classici* del pensamiento político y jurídico en los que podemos encontrar algunas pistas: en las reflexiones de Hamilton en *El Federalista*, núm. 78; en la opinión del juez Marshall en *Marbury v. Madison*; en los escritos de Sieyès; en la polémica entre Kelsen y Schmitt, y, más recientemente, en la obra de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* en la que Gargarella encuentra apoyo para plantear la que es objeción fundamental a la respuesta más comúnmente aceptada y que rezaría: el defensor de la Constitución, es decir, el encargado de decidir cuándo la Constitución ha sido vulnerada, ha de ser el poder judicial (ya sea un órgano jurisdiccional específico o bien los órganos judiciales en general). Y la objeción a tal solución, que Bickel bautizó como «dificultad contramayoritaria», ha sido y sigue siendo realmente uno de los más arduos interrogantes del derecho constitucional: ¿qué razones hay para que jueces no responsables electoralmente decidan con carácter final sobre los derechos que tienen los individuos? En el marco del debate sobre la implantación o no de una Constitución en Gran Bretaña y de un órgano encargado de velar por ella, un autor tan incisivo como Jeremy Waldron (sorprendentemente no mencionado por Gargarella), ha insistido recientemente con gran agudeza en las pocas posibilidades de responder con éxito a esa pregunta desde una teoría liberal que se tome en serio sus propios postulados básicos (en particular, la incommensurabilidad de las perspectivas morales y, por tanto, la asunción de que en caso de desacuerdo no hay opinión privilegiada sino la que surge de la mayoría; del hecho de que esto es así daría cuenta hasta el propio procedimiento mayoritario de adopción de decisiones en el seno de los tribunales constitucionales mismos).

Aceptando como una invitación a continuar el debate la apelación constante de Gargarella a las virtudes de la deliberación como forma de resolver las controversias públicas, plantearé en las próximas líneas lo que me parecen las mayores debilidades de su libro y dejaré a un lado lo que me resulta más sugerente y de interés en sus planteamientos.

Para Gargarella la justificación clásica del control judicial de la Constitución (*judicial review*) sería fruto de la confluencia de dos tradiciones del pensamiento norteamericano del período colonial: el elitismo y el conservadurismo. Ambas habrían actuado en común como sostén teórico de la primacía del poder judicial frente a una corriente, que Gargarella denomina radical, para la cual se hacía más difícil de aceptar la idea de un poder no sometido al examen popular que acabara situándose por encima de la decisión mayoritaria. Según esta última corriente, la determinación de soluciones políticas imparciales precisa de la consulta y consenso de todos los sujetos potencialmente afectados por la misma, y dentro de ella cabe distinguir, de acuerdo a Gargarella, entre el radicalismo populista y lo que llama pensamiento genuinamente radical. La actitud de desconfianza hacia el poder de la mayoría que comparten el conservadurismo y el elitismo tendría su raíz histórica en algunas de las consecuencias que en lo económico produjo la Guerra de Independencia en Estados Unidos: la aparición de una gran masa de deudores unida al incremento notable del poder asambleario local controlado por ellos. La conjunción de ambas circunstancias provocó que los intereses de la tradicional (minoritaria) clase dirigente pre-revolucionaria de acreedores y propietarios quedarán en grave peligro. Un conjunto de ideas difusas sobre los peligros de las mayorías junto a las implicaciones de la epistemología lockeana, que daban pábulo al recelo de elitistas y conservadores, quedó así reflejado en los escritos de Madison; en particular en *El Federalista*, núm. 10, donde el que luego fue presidente de los Estados Unidos esboza su célebre tesis sobre el «faccionalismo». Esta línea es continuada por el conservadurismo, para el que en la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no se precisa de la consulta a todos los individuos afectados por aquéllas. Y más allá todavía por la posición elitista, cuya influencia teórica más importante es cifrada por Gargarella en el pensamiento de Burke, y su convicción de que la consulta es incluso contraproducente, pues sólo la reflexión de ciertos individuos aislados especialmente virtuosos o ilustrados garantiza tal corrección. Entre estas aguas y las de la corriente radical habrían navegado los padres fundadores. Esta última habría sido encabezada por los «antifederalistas» (opositores a la aprobación del texto constitucional), herederos de la tradición radical inglesa e influidos por el pensamiento de Rousseau y Paine y que contaron con la figura de Jefferson en la defensa de sus planteamientos democrático-radicales (uno de los más célebres fue su propuesta de revisión de la Constitución cada diecinueve años para asegurar así que cada generación no se gobierne más que a sí misma).

La solución madisoniana consistió en la difuminación del poder evitando su concentración en individuos con pasiones e intereses comunes que pudieran por ello sojuzgar a la minoría. De ahí las propuestas en pro del establecimiento de pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre los poderes del Estado, y el favorecimiento de extensos distritos electorales. Y junto a ello, la idea de la primacía de la Constitución como premisa

fundamental de la argumentación en favor del control de constitucionalidad, idea que efectivamente, como escribe Gargarella, se encontraba apuntada –ya antes de que el juez Marshall la canonizara en la sentencia *Marbury v. Madison*– en decisiones judiciales en algunos Estados como Virginia antes de la aprobación de la Constitución federal sobre la base de sus propios textos fundamentales, pero cuya mejor y más elaborada defensa es debida a Alexander Hamilton en *El Federalista*, núm. 78. Para Hamilton no se trataría ya de argumentar descarnadamente en favor de la primacía de la visión de ciertos individuos, reyes-filósofos platónicos, sino de la propia voluntad popular plasmada en la Constitución. Si el poder del parlamento no encuentra límites en las disposiciones de la Constitución aprobada por mayoría, ésta carece de fuerza obligatoria y, por tanto, es inútil.

Hasta aquí la génesis histórica del debate que ocupa los tres primeros capítulos del libro, y en los que el lector más familiarizado con la historia constitucional norteamericana quizás eche de menos episodios y datos relevantes. Seguramente por la necesidad de síntesis, la visión de las posturas en liza es en ocasiones excesivamente esquemática, y encaja a veces difícilmente con algunas categorías construidas más modernamente que Gargarella utiliza. Tal es el caso por ejemplo del análisis del movimiento antifederalista, que si, bien permite su adscripción a posiciones democrático-radicales o populistas, fue también, no hay que olvidarlo, el que insistió en incluir en el texto constitucional la famosa novena enmienda (frente a la férrea oposición de los federalistas, entre ellos el propio Madison), es decir, una enmienda que es ejemplo paradigmático de invocación de un orden superior de derechos por encima de los plasmados en el documento, pues según esta cláusula, «la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe ser interpretada de forma tal que deniegue o anule otros retenidos por el pueblo». El debate en la historiografía constitucional norteamericana sobre el significado de la enmienda y las motivaciones de los antifederalistas para su inclusión ocupa bibliotecas enteras, y alguna referencia por parte del autor se hacía necesaria a los efectos de disponer de un cuadro de situación más completo.

A partir de ahí, el libro de Gargarella se ocupa de dos grandes cuestiones: *a)* el análisis y crítica de lo que llama «soluciones intermedias» y radicales-populistas a la objeción democrática al control de constitucionalidad, y *b)* las propuestas de reforma institucional que cabe hacer en sintonía con la que él considera la versión más asumible del radicalismo (la que etiqueta como «genuinamente radical»), a partir de algunos ejemplos proporcionados por la jurisprudencia constitucional norteamericana y española y el caso del poder judicial en Argentina. La sistemática de estos capítulos resulta un tanto confusa y, así, el apéndice al segundo capítulo queda absolutamente desconectado de lo que le precede y sucede, aunque el propio autor llama la atención sobre su carácter marginal en la estructura general del libro.

La verdad es que hubiera podido quedar hilvanado con el resto, pues efectivamente versa sobre una cuestión central en el debate: la interpretación del texto constitucional. Gargarella, de hecho, apunta con precisión la que es la clave subyacente que explica el auge de este tema en la literatura filosófico-jurídica norteamericana (y cada vez más en otros ámbitos). Pues efectivamente cabe entender que la interpretación era y es en cierta forma la gran panacea para los que observan la dificultad de Bickel como una amenaza genuina: pero al tiempo intuyen que la justicia constitucional es de alguna forma necesaria. Y creo que las distintas preferencias hermenéuticas, que Gargarella analiza con alguna premura en el apéndice, hubieran podido ser mejor vistas integradas en las tradiciones históricas de que se habla en los dos capítulos previos (muy particularmente la corriente «originalista»).

La descripción y crítica de las soluciones intermedias es precedida por la exposición de las objeciones clásicas contra la argumentación bamiltoniana en favor de la supremacía de la Constitución, y que Alexander Bickel revitalizó a comienzos de los 60 en *The Least Dangerous Branch*: se trata respectivamente del argumento histórico —¿cabe hablar de voluntad popular cuando del proceso constituyente fueron excluidos negros y mujeres?—, del argumento intertemporal o generacional —¿qué razones hay para asumir dicho consenso como nuestro si no participamos en él?— y del argumento, apuntado en el referido apéndice, de la imposibilidad de hablar de la aplicación de la Constitución como si esta fuera un conjunto de formulaciones normativas claras cuya interpretación y aplicación pudiera generar, en línea con las tesis de Dworkin, una única solución correcta y admisible para todos en cada caso. Las soluciones de carácter intermedio no serían sino intentos de salvar la institución del control judicial de la Constitución, que se considera valiosa, mediante la vía de reforzar su legitimación democrática; es decir, eliminando sus rasgos conservadores o elitistas. Para lo que nos interesa, podríamos cifrar en tres las estrategias básicas disponibles al efecto: 1) la tesis del dualismo constitucional de Bruce Ackerman; 2) la propuesta de Carrió-Nino en favor de que el órgano encargado de custodiar la Constitución esté compuesto por miembros elegidos por el parlamento, y 3) la posición de John Hart Ely sobre la auto-restricción o actitud de deferencia hacia el legislativo que deberían mantener los miembros de la Corte Suprema que actuarían así como meros garantes del propio procedimiento democrático de toma de decisiones.

A partir del primero y segundo de los escollos al planteamiento hamiltoniano (objeciones histórica e intertemporal), el constitucionalista norteamericano Bruce Ackerman ha tratado de reconstruir la tesis de la primacía de la Constitución y el papel de defensa de la misma que correspondería a los jueces constitucionales. Para el partidario de la justicia constitucional la objeción intertemporal tiene una respuesta relativamente sencilla: la propia norma fundamental cuenta con un procedimiento de reforma y si el consenso de antaño no responde ya a las inquietudes

actuales, cabe siempre la puesta en marcha de dicho mecanismo. Ackerman asume tal respuesta, pero insiste en la necesidad por parte de los jueces de percibir que en ocasiones extraordinarias dicha «reforma» se produce de facto, informalmente. Esas ocasiones, en contraposición a los avatares ordinarios de la política cotidiana, son denominadas por Ackerman «momentos constitucionales». La sociedad norteamericana habría atravesado, según este autor, algunas de estas situaciones de gran movilización social (la más reciente, el movimiento en favor de los derechos civiles durante las décadas de los 60 y 70) y correspondería a los jueces tenerlas en cuenta. De hecho, éstos harían bien en actuar de «muro de resistencia» como ocurrió cuando la Corte Suprema entorpeció el programa de reformas sociales del New Deal. De alguna forma, indica Ackerman, lejos de haber adoptado una postura regresiva durante aquel período, la Corte, al mantener esa actitud de rechazo, habría estado pidiendo a la sociedad civil que efectivamente mostrara la «intensidad de dichas preferencias» refrendando lo que el legislador en aquel momento se empeñaba en implementar y que para los jueces aparecía *prima facie* como vulnerador de la Constitución.

No le falta razón a Gargarella cuando denuncia que la propuesta de Ackerman es una mera acomodación o re-descripción de lo que ha acontecido en el devenir jurisprudencial y político en Estados Unidos, y que, por ello, no contiene una respuesta satisfactoria a la pregunta crucial que expresamos al principio. No sería descabellado sostener que nadie mejor que el parlamento está en posición de responder a las demandas que la sociedad plantea en los momentos constitucionales. So pena de quedar sometidos a la arbitrariedad de los jueces constitucionales en su constatación de la existencia de tales momentos, ha de establecerse un criterio o test para afirmar que efectivamente estamos en presencia de tal situación excepcional. ¿Por qué no el propio procedimiento de reforma constitucional? De esa forma estaría salvada la que además es también grave objeción que Gargarella esgrime contra el planteamiento de Ackerman: ¿cómo interpretar la exigencia que se produce en el momento constitucional?

La crítica de Gargarella a las soluciones de Ely y Carrió-Nino se basa fundamentalmente, en el primer caso, en su preferencia por la concepción de la democracia deliberativa, que a diferencia de la simple o populista que parece subyacer en la estrategia del autor de *Democracy and Distrust*, no asume como obvio que las decisiones imparciales o correctas se identifiquen o resulten definidas a partir de los acuerdos mayoritarios (las mayorías sí pueden equivocarse) y, en el segundo caso, en que los jueces no son, para Gargarella, los que han de tener la «última palabra» en cuanto a lo que la Constitución exige, corolario este que, sin embargo, se deduce de los planteamientos de Carrió y Nino. Tanto en un caso como en otro, pues, es la ciudadanía la que, según Gargarella, tiene que decidir, ya que no cabe «pensar que por el solo hecho de haber sido el elegido, a través del voto directo alguien se convierte en auténtico representante de

sus electores» (p. 118). El radicalismo genuino del que es partidario Gargarella pondría el acento, en cambio, en la importancia de defender la propia forma o procedimiento de adopción de decisiones; se trataría así no tanto de velar por el resultado adoptado por la mayoría (cualquiera que éste sea), como de procurar mantener y mejorar la discusión colectiva sobre los asuntos que atañen a la moral pública. Este último aspecto de mejora o perfección es el que estaría ausente en el planteamiento de Ely, y de ahí que Gargarella no acabe de adoptarlo del todo, aunque es sin duda el que más se aproxima a sus postulados. Veamos por qué.

En *Democracy and Distrust* la justicia constitucional aparece como un instrumento construido a imagen y semejanza del derecho de la competencia (*antitrust*) cuyo objetivo prioritario es, como se sabe, garantizar tanto como resulte posible las condiciones de la competencia perfecta entre los agentes económicos. Este entendimiento de la democracia al modo del mercado lleva a una concepción «pluralista» de la misma. La arena democrática sería concebida como un ámbito público poblado de grupos con intereses distintos, y normalmente conflictivos entre sí, que han de ser armonizados. Lo fundamental es, siguiendo con el símil del derecho de la competencia, impedir que se dé por parte de alguno de ellos un abuso de posición dominante. En esta concepción de la política, compartida en términos generales por los modelos populistas, oiría Gargarella los ecos del concepto rousseauiano de voluntad general, resultado de la mera agregación de razones individuales concebidas rígidamente, a diferencia del modelo deliberativo en el que el proceso de intercambio de argumentos tiene virtudes purificadoras de las preferencias o posiciones iniciales que los individuos llevan a la discusión pública.

Si nos quedáramos ahí, el modelo adoptado por Gargarella coincidiría prácticamente con el populismo o «mayoritarismo». Pero no sucede así. Hay razones normativas importantes para afirmar que la mayoría no puede decidir sobre todo (incluso si lo que ha antecedido a la decisión ha sido una deliberación modélica). Para el autor, han de excluirse las materias propias de lo que llamaríamos la «moral privada»; en general, la legislación de carácter perfeccionista o paternalista (la imposición de obligaciones que tienen como única razón el propio beneficio del sujeto obligado a la conducta prescrita). El fundamento de esta exclusión radica en el especial valor que Gargarella concede a la propia persecución de planes de vida que cada individuo se plantee. Nadie más que el propio sujeto debe ser juez de sus propios intereses, siempre y cuando ello no suponga afectar con sus decisiones los planes de vida que también el resto de individuos deciden liderar. La noción de daño, como criterio que nos permitiría determinar cuándo efectivamente se da tal intromisión impermisible, y que es central en la teoría moral liberal desde John Stuart Mill, juega por ello un papel fundamental. Ahora bien, como es sabido, es este un concepto que no está exento de problemas en lo que hace a la delimitación de sus contornos, en cuanto resulta contrastado con la idea de beneficio, cuestión esta sobre la que Gargarella pasa de puntillas. Pues

efectivamente, ¿qué significa concretamente no impedir el desarrollo de los planes de vida ajenos?, ¿incluye tal cláusula la imposición de ciertos deberes de carácter positivo, de ayuda a los demás? En la discusión acerca de la existencia de dichos deberes se puede percibir cómo los conceptos de daño y beneficio funcionan de forma más compleja de lo que Gargarella parece asumir. No afirmamos, por ejemplo –que determinadas conductas omisivas son dañosas y por ello han de ser prohibidas, sino que se produce un daño si se tenía el deber de actuar (y se incumple) puesto que el sujeto que hubiera resultado beneficiado tenía un derecho a recibir asistencia. Esta relativa elasticidad de la noción de daño ofrece algunas armas al partidario del establecimiento de determinadas obligaciones que Gargarella entendería intolerables, pues al que está más dispuesto a limitar el alcance de la autonomía individual y, por tanto, a mantener una posición «mayoritarista» estricta, no le sería excesivamente difícil alegar la presencia de algún bien que resulta dañado por conductas que en principio parecen no afectar más que a los propios sujetos que las llevan a cabo (como, por ejemplo, en el caso del uso de material pornográfico, el «daño» que puede suponer la estigmatización de la mujer). Digamos que la noción de daño no viene dada, sino que opera como un concepto normativo, parasitario con respecto a los derechos y deberes previos existentes.

¿Existentes o que hemos decidido establecer? Creo que más que de existencia previa en algunos de ellos, resulta más acertado predicar su carácter trascendental, de condición de posibilidad de la argumentación y deliberación colectiva; en suma, de la idea misma de democracia. Derechos fundamentales y democracia aparecen así como inescindibles. Es en torno a este punto, me parece, sobre el que radicaría la objeción fundamental que cabe hacer al planteamiento de Ely. El papel de los jueces en defensa del propio mecanismo democrático no conduce a un menor activismo, pues, en definitiva, aquéllos habrán de velar por dichas condiciones de posibilidad: es decir, por derechos fundamentales como la libertad de expresión, reunión y asociación, etc. Y una vez establecidos esos derechos, entiendo, a diferencia de Gargarella, que no cabe pretender de la organización política mucho más, so pena de que por esa insistencia en que se aliente la deliberación y discusión en todas las cuestiones que afecten a la vida pública, podamos caer en esa suerte de actitud paternalista o perfeccionista que el propio autor censura. Me parece que la representación política, a pesar de lo que en algún momento parece afirmar Gargarella en defensa de la democracia directa, cuenta con ventajas obvias no sólo en lo que hace a la racionalidad política, sino precisamente en lo que respecta a la posibilidad de que los individuos efectivamente puedan llevar a término sus planes de vida. No se puede decidir todo por todos, y no sólo por razones de orden técnico, sino también, como es sabido, por una dificultad lógica que tiene que ver con la fijación de la agenda política; con las decisiones acerca de lo que ha de ser sometido a deliberación (que no pueden a su vez ser some-

tidas a la deliberación de la mayoría so pena de caer en una regresión al infinito).

Y es verdad, como dice Gargarella, que los contornos precisos de aquellos derechos, lo que en nuestro ámbito se conoce como su «contenido esencial», no resultan claros. Sobre tales límites no cabe afirmar la existencia de acuerdo, pero sí parece aceptarse que, en aplicación de una teoría política liberal y democrática, en casos de desacuerdo creemos que es la opinión de la mayoría la que debe imponerse, lo cual abona la tesis según la cual no hay mejores razones, sino más bien al contrario, para que sea una minoría no elegida de jueces constitucionales la que acabe teniendo la última palabra. De ahí que resulte coherente con las premisas de Gargarella y con esa preocupación suya por la garantía y perfeccionamiento de la deliberación política, la propuesta en favor de la técnica de reenvío (acogida en algunos sistemas como el canadiense), que en definitiva supone quitarle a los jueces la última palabra: los jueces constitucionales determinarían que cierta norma propuesta en sede legislativa es contraria a la Constitución y el efecto de tal declaración sería requerir al parlamento que considerara sus argumentos (que discutiera más y a la luz de las razones esgrimidas por los jueces constitucionales) y decidiera finalmente sobre la materia. Gargarella no especifica con mayor detalle de qué forma debe operar tal reenvío: ¿en qué fase de la elaboración legislativa?, ¿por parte de quién habría de activarse?, ¿de oficio por parte del juez constitucional?, ¿a instancia de cualquier representante? Conviene recordar que el recurso previo de inconstitucionalidad que durante algunos años existió en España respondía en gran medida a dicha técnica de reenvío. La experiencia desgraciadamente ha demostrado que es un excelente mecanismo para procurar la parálisis política.

¿Qué garantías tendrían con todo ello las minorías si finalmente es siempre la mayoría la que conserva la última palabra, la que resulta ser juez de su propia actuación? Gargarella propone en este punto la creación de un órgano especialmente orientado a la protección de aquellos grupos que asesoraría a los jueces en los casos en los que se encuentren implicados derechos de las minorías. No queda claro en su exposición si este asesoramiento se daría en lo que hace a la aplicación judicial ordinaria, o también en relación al control de constitucionalidad de las leyes. En el segundo supuesto, y de prevalecer la técnica del reenvío, la propuesta es obviamente ociosa, pues es la mayoría la que acaba decidiendo.

Muchas veces, me parece que cuando el defensor de la justicia constitucional recurre a la protección de las minorías como última razón justificativa, asume dos premisas que son cuando menos dudosas. En primer lugar, que cabe identificar claramente a la mayoría, y en segundo lugar, que es predicable de ella su carácter potencialmente «peligroso». Y, frente al que no acaba de verlo claro, alude a ejemplos trágicos recientes en la historia europea, asumiendo, implícita y contrafácticamente, que de haber existido un órgano defensor de la Constitución se habría evitado la barbarie mayoritaria, lo cual es, evidentemente, mucho suponer. Si de ejem-

plos históricos se trata, los hay para todos los gustos. Tanto países de sólida tradición democrática y liberal que carecen de justicia constitucional, como es el caso paradigmático de Gran Bretaña, como Estados (algunos latinoamericanos, por ejemplo) donde resultaría difícil decir que las minorías se encuentran respetadas y protegidas, pero que sí cuentan en cambio con tal institución.

El proyecto de Gargarella tiene riesgos evidentes, como todo intento de abordar las preguntas difíciles y las tensiones inconmensurables, y más aún si el que reflexiona sobre ambas avanza soluciones de reforma institucional y política. Pero en ese arrojo radica también su mayor virtud como afirmé al principio; la de una obra que sin duda aporta nuevos y frescos aires al debate, excesivamente contaminado por dogmas, que no por más repetidos resultan más convincentes, acerca de la defensa de la Constitución y de la propia concepción de ésta.

Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora

Por ROBERTO GARGARELLA

Antes que nada, quisiera agradecer a Pablo de Lora el comentario que ha hecho de mi libro *La justicia frente al gobierno*¹. Entiendo que, en líneas generales, De Lora repasa adecuadamente la mayoría de los puntos de vista que expongo en el escrito citado, y alcanza a presentar algunas críticas relevantes. Como forma de honrar el trabajo que De Lora ha realizado, quisiera, en lo que sigue, responder a algunos de sus comentarios. Dividiré mi respuesta, de aquí en más, en dos partes: la primera, relativa a sus críticas sobre la concepción «deliberativa» de la democracia —concepción sobre la que, en definitiva, apoyo buena parte de mi análisis de la tarea judicial—; y la segunda, referida a las críticas que De Lora dirige contra algunas de las (pocas) propuestas de reforma institucional que sugiero en el libro.

LOS PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN «DELIBERATIVA» DE LA DEMOCRACIA

Puesto a examinar las objeciones de De Lora a la visión deliberativa de la democracia que yo defiendo, quisiera rescatar, primeramente, un comentario que aparece escabullido por allí hacia el final de su presentación, y que —me parece— ayuda a entender algunas de sus observaciones.

1 Ed. Ariel, Barcelona, 1996. PABLO DE LORA me responde a través de su trabajo *Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella*.

De Lora sostiene que la representación política cuenta con ventajas «obvias» frente a formas de organización alternativas «no sólo en lo que hace a la racionalidad política» sino también en lo relativo a «la posibilidad de que los individuos efectivamente puedan llevar a término sus planes de vida». Esta observación, según entiendo, abre la pequeña brecha que separa a la postura de Pablo de Lora de la mía. En efecto, en mi trabajo tomo a la discusión pública de «todos los potencialmente afectos» como un «ideal regulativo», y ello porque considero que tal tipo de discusión podría ayudarnos, justamente, en lo que De Lora considera que nos perjudica (tomar mejores decisiones; poder seleccionar y desarrollar mejor nuestros planes de vida).

Defender la discusión pública como ideal regulativo, por ejemplo, no implica ningún compromiso con soluciones institucionales como las que De Lora sugiere —al asimilar la democracia deliberativa con un sistema organizativo sobreexigente—. En mi opinión, por caso, sería seguramente irracional exigirle al «ciudadano común» que abandone sus prácticas de violín, o —aun— que abandone por unos instantes su cómodo puesto frente al televisor, para llevarlo a discutir con otros —en algún foro imaginario— acerca de qué nombre ponerle a una plaza recién erigida. En cambio, podría resultar aceptable que se le pregunte a este mismo ciudadano común qué es lo que opina acerca del modo en que se van a utilizar sus recursos (junto con los de todos los demás) en el próximo año. Omitir este tipo de discusiones es lo que, según considero, puede afectar «la posibilidad de que los individuos efectivamente puedan llevar a término sus planes de vida», como dice De Lora. Ello, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque, en la ausencia de una discusión pública amplia, los decisores pueden terminar decidiendo, simplemente, a partir de su exclusivo autointerés². Y en segundo lugar, porque —es dable esperar— aun decisores de buena fe pueden faltar a la imparcialidad por el mero desconocimiento de opiniones relevantes³.

De Lora se pregunta, además, si la defensa de la deliberación no entraña «una suerte de actitud paternalista o perfeccionista». Seguramente que no —le respondería—, mientras no se fuerce a nadie a abandonar su sillón frente al televisor para llevarlo por las narices a discutir con otros, ni se distribuyan los beneficios sociales de modo tal de premiar, sobre todo, a los ciudadanos «virtuosos» o comprometidos políticamente (decir esto, de todos modos, no me compromete con una actitud ineludiblemente antipaternalista, como la que De Lora parece defender).

² En este sentido, la deliberación colectiva viene a forzar a los funcionarios de gobierno a que justifiquen públicamente las políticas que promueven.

³ En este sentido, la deliberación colectiva viene a enriquecer el proceso de toma de decisiones con información necesaria. Ocurre que la virtual ausencia de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones puede provocar que los decisores elijan un modo de resolución del conflicto que en definitiva desconozca algún punto de vista relevante; o que, queriendo tomar en cuenta las consideraciones de un cierto grupo relevante, identifiquen de modo equivocado los puntos de vista de este grupo.

Por último, De Lora objeta la idea de deliberación colectiva, llamando la atención sobre «una dificultad lógica que tiene que ver con la fijación de la agenda política»: ¿quién decide lo que debe ser sometido a deliberación? —se pregunta. Ahora bien, en mi opinión este cuestionamiento tendría algún atractivo si yo defendiera —lo que no hago— la extraña petición de que «todos discutan acerca de todo», o si De Lora no defendiera —como lo hace— el contramodelo de la democracia representativa. Y, efectivamente, De Lora defiende la democracia representativa, con lo que muestra un implícito reconocimiento hacia la posibilidad de fijar la agenda política de modo razonable (si no, la democracia representativa sería simplemente una farsa indefendible)⁴.

LA NO EXHAUSTIVIDAD DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

En críticas como la mencionada en la última parte de la sección anterior (la crítica a las dificultades lógicas, propias de la discusión) se vislumbra una actitud que se reitera en el escrito de De Lora: la de descartar, de algún modo, las «soluciones alternativas» que presento en mi libro, a partir del carácter no exhaustivo de las mismas. Quisiera dar, rápidamente, tres muestras de dicha actitud:

i) La crítica a la técnica de reenvío: De Lora objeta mis comentarios, favorables a dicha técnica, diciendo que no especifico con mayor detalle la forma en que la misma debe llevarse a la práctica.

ii) La crítica a mi propuesta de una institución judicial localizada en la atención de los derechos de las minorías: De Lora objeta mis sugerencias, dado que no especifico si la misma va a actuar «en lo que hace a la aplicación judicial ordinaria, o también en relación al control judicial de las leyes», para agregar luego que, mientras las mayorías sean quienes conserven la «última palabra institucional» (como surge de las conclusiones de mi trabajo), las minorías nunca van a poder sentirse efectivamente protegidas.

iii) La crítica a la distinción que propongo entre «cuestiones de moral pública» —cuestiones en donde puede dañarse a terceros— y «cues-

⁴ No quisiera pasar por alto una cierta contradicción que advierte DE LORA entre la defensa de sistemas institucionales mayoritarios —como el defendido por el populismo norteamericano en el siglo XVIII—, y la invocación —propia de estos populistas— de un «orden superior de derechos» (aunque me ocupo específicamente de este punto en «La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos», *Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 64, Madrid, España, 1991). En mi opinión, una persona convencida de que las cuestiones de interés público deben someterse al voto mayoritario puede, coherentemente, pretender el respeto de un sistema de reglas destinado, justamente, a asegurar la vigencia de tal procedimiento mayoritario de toma de decisiones. Los antifederalistas norteamericanos, entre otras cosas, reclamaron el respeto de «los derechos del pueblo» porque temían que el sistema que en dicho tiempo se creaba fuese altamente inadecuado frente a sus reivindicaciones, más cercanas a la democracia directa. Temían razonablemente, y por ejemplo, que dicho sistema autorizase la emergencia de nuevas «aristocracias» capaces de vaciar de contenido a la organización institucional, o de obstaculizar la expresión de las mayorías empobrecidas.

tiones de moral privada» –cuestiones en donde los terceros no resultan afectados– como forma de comenzar a delimitar los alcances de las decisiones mayoritarias: De Lora objeta tal distinción aludiendo a la «relativa elasticidad de la noción de daño» que ofrezco.

Está claro, ninguna de las observaciones de De Lora resulta equivocada: la propuesta del reenvío merece mayores precisiones; quedan muchos blancos por donde pueden filtrarse violaciones de los derechos de las minorías; es imperioso echar más luz sobre la noción de daño a terceros. De todos modos, frente a tales observaciones cabe aclarar, ante todo, que en las conclusiones de mi trabajo sólo pretendo marcar algunas líneas posibles para continuar explorando en investigaciones futuras. Aclarado esto, según entiendo, tales líneas de investigación podrían impugnarse (por ejemplo), si se presentasen como utópicas, o se mostrasen, en un acercamiento inicial, como imperseguidos. Sin embargo, este no parece ser el caso de las propuestas que apoyo. Existen países, como Canadá, que han utilizado de modo relativamente exitoso mecanismos como el del reenvío; propuestas similares a las que sugiero, en materia de minorías, se han ido implementando por vías informales; la investigación acerca de la noción de daño ha dado lugar a avances muy provechosos (como en los cuatro fabulosos tomos escritos por Joel Feinberg).

Alguien podría continuar objetando, de cualquier forma, que, aun cuando tales líneas de investigación resultasen fructíferas, complican innecesariamente la solución de los problemas que vienen a resolver. Pero, nuevamente, este no parece ser el caso. Claramente, por ejemplo, la necesidad de precisar la noción de daño a terceros es imperiosa, mucho más allá de que a mí me interese especialmente hacerlo. Del mismo modo, la necesidad de mejorar la protección institucional que le otorgamos a las minorías es también imperiosa, aunque las propuestas que yo sugiero estén condenadas al completo fracaso.

Finalmente, agregaría que propuestas como las que realizo merecen ser evaluadas, también, en relación con el tipo de propuestas a las que se contraponen. Quiero decir, vale la pena detenerse a considerar la plausibilidad de las alternativas que quedan, una vez dejadas de lado vías de solución como las que propongo. Por ejemplo, De Lora sostiene que el reenvío puede procurar parálisis políticas. Pues bien, convendría examinar hasta qué punto la ausencia de este tipo de mecanismos favorece la superación de bloqueos institucionales. Por ejemplo, sería interesante saber qué pensaba al respecto, digamos, Roosevelt, cuando veía frenadas sistemáticamente sus leyes de reconstrucción económica (su «New Deal», que obtenía amplio respaldo popular y legislativo) sólo por la obstinada oposición de un grupo de jueces. Del mismo modo, De Lora sostiene que, aun si se implementasen propuestas como las que ofrezco, las minorías seguirían estando amenazadas por las mayorías. Pues bien, valdría la pena evaluar la situación presente, en todos aquellos (comunes) casos en donde no sólo las minorías no reciben una especial atención,

sino que, además, y para peor, la misma voluntad de las mayorías resulta amenazada, a partir de la voluntad de una minoría de jueces⁵. De igual forma, convendría examinar las consecuencias de nuestro cotidiano desdén frente a la necesidad de precisar la noción de daño a terceros, ante casos de perfeccionismo muy comunes dentro de las «avanzadas» sociedades en donde vivimos (así, por ejemplo, frente a casos como el de una mayoría que pretenda castigar a algún grupo alegando sentirse afectada por el modo en que dicho grupo habla, se viste o ejerce su sexualidad). A pesar de todas estas reservas, de todos modos, acepto la observación de De Lora según la cual la noción de daños —y dada la centralidad que dicha noción adquiere, sobre el final de mi trabajo— merece ser explorada más a fondo, a pesar de las enormes dificultades que existan para llevar adelante dicha tarea.

Entiendo que las aclaraciones anteriores sirven para responder al núcleo de las observaciones formuladas por De Lora en torno a *La justicia contra el gobierno*. Lo que quedan luego son descripciones en general adecuadas de los argumentos que expongo (salvo, me parece, algunos malentendidos que creo entrever acerca de mi distinción entre «populismo» y «pluralismo»; o una cierta superposición entre «federalistas» y «antifederalistas», que yo trato de evitar), y observaciones relativamente marginales en su escrito, acerca de las cuales no siempre estoy de acuerdo (por ejemplo, una repetida y entiendo injustificada insistencia en los buenos efectos de la reforma constitucional como mecanismo para renovar los acuerdos sociales originales⁶).

⁵ Conviene aprovechar este punto para aludir a un par de dudas que DE LORA deja anotadas, acerca de la relación política entre mayorías y minorías. Por ejemplo, DE LORA alude a las dificultades que tenemos para «identificar claramente a la mayoría (y supongo, aunque no lo dice, a «la minoría»». Tal apreciación puede resultar atractiva en muchos casos. Sin embargo, lo cierto es que —muy comúnmente— nos resulta fácil identificar a una particular mayoría (enfrentada a una particular minoría). Por ejemplo, luego de un plebiscito en donde la población católica termina rechazando un proyecto de ley de aborto, resulta bastante razonable decir que «la mayoría (católica) terminó imponiendo su opinión acerca del aborto», o «el reclamo levantado por la mayoría (católica) resultó victorioso. Decir esto, además —y en respuesta a otra de las dudas de DE LORA—, no implica asumir que «las mayorías», inevitablemente, van a tender a oprimir a «las minorías» (como pudo pensar JAMES MADISON, por ejemplo). De todos modos, resulta todavía razonable que alguien se preocupe por los derechos de las (particulares) minorías perdidosas (luego de específicas votaciones), especialmente, frente a un sistema democrático que permite que la mayoría imponga su opinión aun en cuestiones de moral privada.

⁶ En este sentido, por ejemplo, me sumo al escepticismo de ALEXANDER BICKEL, o al de BRUCE ACKERMAN: ¿cómo llevar adelante tal reforma, por caso, si la generación que nos precede instaure un mecanismo de reforma constitucional extremadamente costoso? (por ejemplo, exigiendo el voto positivo de una mayoría parlamentaria amplísima, como precondition para promover dicha reforma).

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación)*, editorial Dykinson, Madrid, 1996, 184 páginas.

Creo que, en estricta índole científica, sólo tres valores deberían ponderarse al elaborar el análisis crítico de una obra: interés de la elección temática, acierto en su tratamiento y resultado obtenido. El resto, ya en otro ámbito, serían preferencias subjetivas, así la devoción o –también no infrecuentemente– el contrario fervor despertado por su autor, o bien ciertos motivos de oportunidad más o menos disimulados, y no obstante evidentes casi siempre, en orden, por ejemplo, a determinada orientación «académico-escolar». Por fortuna, el libro que examino me ahorra todo esfuerzo en esa línea, evitándome, además, el riesgo de no ser correctamente entendido. Bastan sus méritos objetivos, por la materia que trabaja, por la forma y sistemática aplicada, así como por las conclusiones extraídas. Es, pues, el global de la obra quien hace favor a su autor, no al revés, y de ahí, por extensión, también que sean por sí mismos obra y autor, no su comentarista, quienes promuevan el prestigio de la dirección «de escuela» a que se acogen. Sin embargo, dicho esto, también debo declarar que acerca de la obra y el autor algún juicio personal no desinteresado sí he llegado a formar, y es, ciertamente, que me hubiera gustado poderla escribir, y no me abstengo en admitir la sana envidia que su autor me produce. Detallaré las circunstancias de mi «fracaso» de escritura y confesable «pecado» capital.

Hace ahora diez años enfrenté, en un intento interpretativo de los usos del lenguaje jurídico, la noción de «institución jurídica». De la problematicidad del sentido en su proteica dimensión semántica y pragmática pude aislar hasta siete variantes, refiriendo en último lugar la utilizada por los representantes de la concepción institucional del orden jurídico, tanto en su dirección francesa (Hauriou, Renard, Delos) como italiana (Romano y Cesarini Sforza), a cuyo examen pormenorizado dedicaba la parte restante de aquel estudio, cerrando finalmente con un balance de su recepción en la literatura iuspublicista, privatista y de filosofía jurídica españolas¹. Para entonces, el positivismo jurídico neoinstitucionalista era todavía sólo un sugestivo vislumbre, apenas recién surgido, al horizonte de otras numerosas novedades². El primero en detectarlo fue Juan A. García Amado,

¹ CALVO GONZÁLEZ, José, *La Institución jurídica. Interpretación y análisis del lenguaje jurídico*, Dpto. Derecho Natural y Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga, 1986.

² MACCORMICK, Neil-WEINBERGER, Ota, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

que publicó en este mismo *Anuario*³ una reseña a *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (1985). La versión inglesa de esta obra, aparecida poco después, en 1986⁴, dotó a las tesis de MacCormick y Weinberger un amplio eco internacional. En esa difusión, y por lo que a nuestro país se refiere, me iba a corresponder la oportunidad de una modesta contribución durante el I Simposium Internacional sobre «Problemas actuales de Filosofía Jurídica y Teoría del Derecho», celebrado en el mes abril de 1987, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, al que también fue invitado y donde efectivamente participó el profesor Weinberger. Mi comunicación se registró con el título de «Institución jurídica y positivismo jurídico institucional», y en presencia de uno de sus mentores defendí la extrañeza que suscitaba observar la falta de referencia a la mayoría de los autores del institucionalismo clásico, cuyas teorías me parecía que abonaban, aún desde el silencio o la injustificada omisión, varias de las posiciones del neoinstitucionalismo jurídico, al que consideré como un «normativismo jurídico institucional»⁵. Weinberger, interesó algunas de aquellas observaciones, pero fue sin duda en la estimulante atmósfera del debate científico así suscitado donde obtuve mayor gratificación. De Enrico Pattaro, otro de los asistentes, recibí para mis puntos de vista un entusiasta ánimo en la idea de abordar por *suite* el estudio entre W. Cesarini Sforza –de quien no hacía mucho yo había preparado la traducción y estudio preliminar a *El Derecho de los Particulares* (1986)⁶– y G. Fassò. Becado en Italia (Istituto Giuridico A. Cicu), trabajé de finales de 1987 a principios de 1988 el tema «Experiencia jurídica e institucionalismo trascendental en la obra de Guido Fassò», siéndome de inestimable valor lo ya avanzado por el propio Pattaro⁷.

El fruto de esa estancia no materializó más allá del preceptivo informe. Más tarde, cuando quise retomar el asunto me urgieron otros proyectos, y así abandoné también, luego de diferentes incursiones preparatorias, indagar el institucionalismo germano de preguerra en C. Schmitt, y de posguerra en H. Schelsky, visto que del primero la doctrina del «orden jurídico concreto» sólo consentía analogías incidentalmente pertinentes y que para el segundo eran otros, mejor y con más solvencia que la mía, quienes ya disponían y señalaban lo adecuado⁸. Es cierto que, con posterioridad, en absoluto he ignorado cuantas referencias a lo «institucional» iba acumulando a través de diversas lecturas; especialmente en J. Raz, *The Concept of a Legal System* y *The Institutionalized Nature of Law*⁹. Sin embargo, en demorarme a censar más tendencias y trayectorias muy poco útil

³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Recensión a Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus», de Neil MacCormick y Ota Weinberger, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. III, 1986, pp. 695-698.

⁴ MACCORMICK, Neil-WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.

⁵ En su obra, ANSUÁTEGUI dedica precisamente con carácter presupuestario un detenido examen del institucionalismo de Santi Romano en sus relaciones con el positivismo jurídico institucional. *Vid.* cap. I, pp. 23-47.

⁶ CESARINI SFORZA, Widar, *El Derecho de los particulares*, trad. y estudio preliminar (pp. 9-21) de J. Calvo González, Civitas, Madrid, 1986.

⁷ PATTARO, Enrico, «In che senso la storia è esperienza giuridica: l'istituzionalismo trascendentale di Guido Fassò», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1983, 2, pp. 389-428.

⁸ *Vid.* KRAVUETZ, Werner: «Rechtssystem als Institution? Über die Grundlagen von Helmut Schelskys sinnkritischer Institutionentheorie», en Mayer-May, Dorotea, Weinberger, Ota, Strasser, Michaela, *Recht als Sinn und Institution*, en *Rechtstheorie*, Beiheft 6, 1984, pp. 209-244, y Küsters, Gerd-Walter: «Institution-Recht-Personalität: Ein Schelsky-Symposium», en *Rechtstheorie*, 18, 1987, 4, pp. 524-530.

⁹ RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford U. P., London, 1970, 2.^a ed. Clarendon Press, Oxford, 1980; «The Institutionalized Nature of Law», en *The American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, pp. 94-111, (hay trad. esp. de R. TAMAYO Y SALMORÁN en *La autoridad del Derecho. Ensayo sobre Derecho y Moral*, UNAM, México, 1979, pp. 133-155) y *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975, 2.^a ed. Princeton U. P., London, 1990 (hay trad. esp. de J. RUIZ MANERO, *Razón práctica y normas*, CEC, Madrid, 1991)

podía seguirse, sobre todo cuando era claro que, aun guardando relación, habían adquirido una identidad cada vez más autónoma e independiente. Esto, por el contrario, resultaba más discutible en Weinberger y MacCormick. Con todo, las actas de aquella provechosa y reconfortante reunión de Bilbao en 1987, cuidadosamente atendida por Ernesto Díaz de Guereñu, no se imprimieron hasta 1990¹⁰, y en el entretiem po, la teoría institucional del Derecho no detuvo su desarrollo¹¹.

Fue por eso que, de 1991 en adelante, intenté incorporarme a su marcha emprendiendo la divulgación del institucionalismo jurídico contemporáneo mediante traducciones de diversos textos «menores» a firma de MacCormick y Weinberger, así como de algún comentario en particular esclarecedor, por ejemplo, de Bankowski¹². A lo largo de ese período, nunca ha dejado de causarme asombro comprobar el que nuestro país, en una suerte de curiosa extravagancia¹³, se mantenía materialmente sordo y de espaldas al diálogo científico suscitado en torno al positivismo jurídico institucional.

En efecto, aparte la ya mencionada versión inglesa de 1986, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cuenta desde 1990 y 1992, respectivamente, con traducciones al italiano y al francés¹⁴. El texto de origen todavía, sin embargo, «no ha sido recibido» en España ni en Iberoamérica; y quiero confiar en que mis palabras, que sí son plenamente «de recibo», nada desmerezcan en sentido e intención. No obstante, más grave aún me parece el que tampoco se registre «mayor inquietud» por aprovechar en algo lo mucho que neoinstitucionalismo jurídico claramente permite. En otros lugares, y sólo aludiendo al último trienio, la experiencia de contacto y discusión científica ya ha traído numeroso fruto, y alguno muy sobresaliente. Así, el enfoque de teoría jurídica en la línea del positivismo jurídico institucional, presentado por D. W. P. Ruiter, *Institutio-*

¹⁰ Vid. MARTÍNEZ DÍAZ DE GUEREÑU, Ernesto (ed.): *Racionalidad e irracionalidad en la Política y el Derecho*, Publics. de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1990. Mi comunicación «Institución jurídica y Positivismo jurídico institucional», va en pp. 49-57. Antes, todavía, se publicó en la revista *Estudios de Deusto* (Bilbao), vol. 37/2, 1989, pp. 373-381.

¹¹ La circunstancia de esta cronología editorial origina que en el autoexamen de oportunidad o mérito en ciertos juicios y opiniones vertidos «a fecha cerrada» pero presentados muy posteriormente a veces precise de alguna revisión. En efecto, me reclamaría varias. Ese tipo de demoras también ocasiona, o al menos favorece, la aparición, por inadvertencia, de algún error material. Entre las citas que F. J. Ansuátegui hace a mis trabajos, desde luego agradecidas, hay una a la comunicación de 1987, de donde considera que «no es justa la observación relativa a la falta de referencia a los autores del Institucionalismo clásico, como Renard, Delos, Romano, Schmitt o Schelsky...» (cap. I, p. 25, núm. 13). Puede, quizá, que no sea justa, pero es ciertamente precisa. Los lugares a que acude en respuesta a mi punto de vista pertenecen a *Law, Institution and Legal Politics (Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy)*, obra que Weinberger edita en *Kluwer Academic Publishers*, Dordrecht, el año 1991.

¹² A las tres más señaladas por Ansuátegui para su detallado balance de recepción en España (Introducción, p. 20, núms. 15 y 16), añadir BANKOWSKI, Zenon: «¿Positivismo Jurídico Institucional?», (en colaboración con F. Navarro Martínez), en *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, núms. 19-20, 1996 (en prensa). Por otra parte, entre 1992 y 1995, he realizado un seguimiento bibliográfico del positivismo jurídico institucional manteniendo sobre él un apartado de carácter específico en la *Crónica Bibliográfica* anual a mi cargo, publicada por este *Anuario*.

¹³ En el preliminar a la trad. de «Derecho y conocimiento jurídico bajo el prisma del iuspositivismo institucional», *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, núm. 17, 1994, pp. 4249-4256, señalé: «Hemos considerado oportuna la traducción de este texto, a pesar de la presentación en ocasiones demasiado lacónica que en él se hace de algunos temas y problemas fundamentales, para con ello contribuir modestamente a una mayor difusión entre nosotros de las más importantes tesis del iuspositivismo institucional, en cuyo completo conocimiento quizá sea hoy nuestro país, dentro del área de filosofía jurídica europea actual más relevante, el único en no haber registrado todavía una adecuada y merecida recepción».

¹⁴ En Italia, la colección «Legal Philosophical Library», dirigida por C. FARALLI y E. PATARO, editó *Il Diritto come Istituzione* (trad. de M. la Torre), Giuffrè, Milano, 1990, 435 pp. Dígase que WEINBERGER y MACCORMICK prepararon para esta versión italiana una específica *Introduzione* con matices a textos de las traducciones alemana e inglesa. Para el ámbito de los países francófonos, se ocupó E. STORY-SCIENTIA, con *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, (trad. de O. Nerhot y Ph. Coppens), Kluwer Edition Juridique Belgique-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1992, p. 237.

nal Legal Facts. Legal Powers and Their Effects, (Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1993. En versión alemana, *Institutionelle Rechtstatsachen. Rechtlichen Ermachtigungen und ihre Wirkungen*, Nomos, Baden-Baden, 1995). Imprimiendo sesgo característicamente institucional, trasciende la concepción del derecho como mera agrupación de normas. En orden a la validez jurídica se incardina en la filosofía analítica del lenguaje de J. Searle. Muestra las nociones de acto institucional y de actos de habla «específicos» utilizadas como categorías en la clasificación de actos y normas jurídicas y concreta siete modalidades de acto de habla jurídico: *declarative, hortatory, imperative, purposive, commissive, assertive y expressive*. Otro importante aspecto va dado, en lo ontológico, por el tránsito de los hechos jurídicos institucionales a las instituciones. Sobre este último punto, y en general acerca de la teoría de los actos de habla, también puede consultarse el trabajo de W. G. Werner, «Legal Signs and Legal Science. The Relevance of Pragmaticism for the Institutional Theory of Law» (*International Journal for the Semiotics of Law*, VIII, 23, 1995, pp. 207-218).

El número 6, 2, 1993, de *Ratio Juris* trajo colaboraciones de Weinberger, «Institutional Theory of Action and Its Significance for Jurisprudence», pp. 171-180, C. Faralli, «Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison», pp. 181-189 (ello, en ampliación de la línea de un anterior comentario, «Il diritto come istituzione», *Sociologia del Diritto*, 3, 1992, pp. 142-145) y M. la Torre, «Institutionalism old and New», pp. 353-365. Un remonte a la sociología jurídica alemana de posguerra, centrado sobre la obra de Helmut Schelsky (1912-1984), en P. Werner, *Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines neuen Institutionalismus* (Dunker & Humblot, Berlín, 1995). Partiendo de la idea de Derecho en Schelsky, esto es, lo jurídico como estructura social normativa o «hecho institucional», explora relaciones con Hauriou y Santi Romano y precisa diferencias con el neoinstitucionalismo jurídico de MacCormick y Weinberger. En la producción de este último, «Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz», *Rechtstheorie*, 1994, 1, pp. 1-17), acogiendo facetas de relación entre realismo jurídico y lógica de los sistemas jurídicos dinámicos, planteamientos de normativismo jurídico institucional e implicaciones metodológicas y teórico-políticas del neoinstitucionalismo. El monográfico número 14, 1994 de *Rechtstheorie*, presentado bajo el título de *Institution und Recht, Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger*, contuvo entre otros los estudios de MacCormick, «Legal Reasoning and the Institutional Theory of Law» (pp. 117-139), y M. la Torre, «Ota Weinberger and the theory of Action (a formal-finalistic approach)» (pp. 143 y ss). Por último, reseñar asimismo dos recientes monografías: una, la de M. la Torre. *Linguaggio, norme, istituzioni. Contributo a una teoria istituzionalistica del diritto* (European University Institute, Florence, 1995), que en lo básico reproduce el «Appendice» de cierre a ed. it. 1990 (cit. *supra*), y conviene considerar también junto a su estudio titulado *Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma «Evolución del derecho»* (European University Institute, Florence, 1995).

Frente a todo ese panorama, en nuestra literatura únicamente es posible hallar dos aportaciones. Una es la constituida por el conjunto de notas de lectura que bajo título de *Neo-Institutionalism, Legal Dogmatics and the Sociology of Law* Barrete Unzueta¹⁵ dedicó a la ya referida versión italiana preparada por La Torre, y lleva sobre la comparación entre las tesis neoinstitucionalistas y otras diversas

¹⁵ BARRETE UNZUETA, María A.: «Neo-Institutionalism, Legal Dogmatics and the Sociology of Law», en *Ratio Juris*, 7, 3, 1994, pp. 353-365.

doctrinas dogmáticas y sociológicas actuales; así, con distinto alcance, respecto a Rottleuthner, Ferrajoli, Baratta, Cotterrell, Ost, Kerchove, Luhmann, Ferrajoli y Opalek. La otra es el mismo trabajo de Ansuátegui que aquí me ocupa. Y ello mismo prueba suficientemente lo antes señalado. También Ansuátegui lo ha sabido destacar: «si se repasa el panorama que ofrece la investigación iusfilosófica en nuestro país, resulta que las contribuciones sobre el Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista son prácticamente inexistentes», siendo «difícilmente explicable la poca atención que en nuestro país se (le) ha prestado» (p. 19). Y es muy cierto esto último.

Recuérdese cómo durante una larga y en ocasiones agria controversia pareció que sólo existían acerca de lo normativo dos vías de acceso, comprensión y validez, bien desde la pura facticidad, porque las normas valían a causa de los hechos, de los modelos típicos normalizados de comportamiento, o bien porque las normas valieran a causa de otras normas, por su pertenencia a un ordenamiento, es decir, por formar unidad con un sistema normalizado de comportamientos jurídico-típicos, así el constituido por reglas de organización o atribución de competencias determinadoras del criterio de la validez y definidoras de la posición de los sujetos y los hechos en el proceso de aplicación y creación del Derecho. Hoy, no obstante, la perspectiva de análisis es muy distinta, y frente a la insalvable divergencia entre partidarios de una y otra alternativa, son inmensa mayoría quienes, declaradamente o no, participan de la solución de «tercera vía» conocida como «normativismo realista» o «realismo normativista». En vistas al necesario ejercicio de resemantización que ahí se implica, no habría sido inconveniente disponer mayor diligencia y atención a la propuesta de doble fundamentación defendida desde el iuspositivismo institucionalista contemporáneo. En ese propósito de fondo, creo, es donde más ha arriesgado Ansuátegui, y donde también más notables resultados ha obtenido (*vid.* cap. II «Caracterización General del Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista», pp. 49-96, y cap. VI, «Consideraciones finales», pp. 167-172). La ocasión tampoco despreció otros riesgos; una investigación que tuvo por destino dar contenido al segundo ejercicio del concurso a titularidad, brillantemente superada, y que no siempre suele aceptar la dificultad de un compromiso semejante. En cuanto a la complejidad del tema, muy poco habré de insistir; es profunda y abarcadora, alcanzando problemas ontológicos, semántico-pragmáticos¹⁶ y lógicos. En la teoría neoinstitucional del Derecho las relaciones lógicas entre normas y operaciones con normas se plantean desde el marco lingüístico semántico de las proposiciones enunciativas y normativas, así como en el pragmático de las «informaciones prácticas» que determinan procesos significativos y acciones relevantes y que, además, es donde se localiza, como núcleo normativo, el ligamen entre hechos institucionales y reglas exigidas para la existencia de una institución¹⁷. Y así, efectivamente, Ansuátegui no elude medir el análisis ni de la teoría de la acción, ni de la idea de información práctica, ni de la teoría de los actos de habla, ni el examen crítico

¹⁶ Desde el enfoque de la Semiótica jurídica, se ha producido una importante reflexión de cuyo valor e interés cabría haber aprovechado, muy seguramente, otras perspectivas además de las sugeridas con el trabajo de PINTORE, Ana: «Law as Fact? MacCormick's Institutional Theory of Law», en *International Journal for the Semiotics of Law*, IV, 12, 1991, pp. 233-253. Me refiero al resto de las contribuciones que figuran en ese mismo vol. y núm, monográfico sobre «Semiotics and Institutional Theory». Así, JACKSON, Bernard S.: *Introduction: Semiotics and Institutional Theory*, pp. 227-232; DEN BOER, Monica: *Two in One Trolley: Reflections on the Relation between MacCormick's Institutional and Narrative Theory of Law*, pp. 255-266; PAYCHERE, François: *Contribution à une analyse narrative de la théorie institutionnelle*, pp. 267-278; VAN ROERMUND, Bert: *The instituting of Brute Facts*, pp. 279-308; SAMUEL, Geoffrey: *Epistemology Legal Institution*, pp. 309-333, y en el V, 13, 1992, a cargo MACCORMICK, Neil: *Further Thoughts in Institutional Facts*, pp. 3-15.

¹⁷ Sobre ello, tempranamente (1984), WEINBERGER, Ota: «Das institutionelle Desein des Rechts», en *Recht als Sinn und Institution*, cit., pp. 245-259.

requerido ante las parciales –pero sustantivas– posiciones encontradas de Weinberger y Searle (*Vid.* cap. III, § A, B y C. 1-2, pp. 97-143). Lo anterior repercute, en cualquier caso, desde la previa (ontológica) comprensión de «institución», en cuyo concepto se interaccionan hechos y realidades normativas.

Para terminar, me resta sólo confirmar e insistir sobre mi total ausencia de arrepentimiento en la «envidia» por el acierto de elección temática, tratamiento y resultado con el que Francisco Javier Ansuátegui tan abundantemente ha llenado la escritura de su libro.

José CALVO GONZÁLEZ

John AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, editado por Wilfrid E. Rumble, Cambridge, University Press, 1995, 298 páginas.

Las numerosas críticas que se han dirigido a la teoría jurídica de John Austin (1790-1859) a partir de la publicación póstuma de sus lecciones, desde la propuesta por el máximo representante de la escuela histórica inglesa, Henry Sumner Maine (*Lectures on the early history of institutions*, London, John Murray, 1875) hasta la que se puede considerar como decisiva, desarrollada por H. L. A. Hart (*The Concept of Law*, Oxford, 1961, trad. al castellano de Genaro R. Carrió, en Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990), no han impedido, sin embargo, que siga teniendo interés para la jurisprudencia anglosajona. Algunos autores han hablado de un renacimiento del interés en la doctrina austiniana a partir de los años ochenta del presente siglo, durante los que, efectivamente, han aparecido excelentes trabajos dedicados en todo o en parte a este clásico del positivismo jurídico: se pueden destacar, entre otras, las obras de W. L. Morison (*John Austin*, London, Edward Arnold, 1982), W. E. Rumble (*The thought of John Austin*, London, The Athlone Press, 1985), Lotte y Joseph Hamburger (*Troubled lives: John and Sarah Austin*, Toronto, University Press, 1985), R. N. Moles (*Definition and role in legal theory*, Oxford, Basil Blackwell, 1987), R. Cotterrell (*The politics of jurisprudence: a critical introduction to legal philosophy*, London, Butterworths, 1989) y M. Lobban (*The Common Law and English jurisprudence: 1760-1850*, Oxford, Clarendon Press, 1991).

Por ello, no sorprende descubrir una nueva edición de su obra más conocida a cargo de uno de los autores citados que más esfuerzo ha dedicado en los últimos años a tratar de comprender el significado de la doctrina de Austin. Wilfrid E. Rumble es autor de un importante estudio sobre el realismo jurídico americano y, además de la monografía arriba citada, de varios excelentes artículos sobre la teoría jurídica, ética y política de Austin. Su nueva edición de las primeras lecciones austinianas coincide prácticamente con la aparición de su traducción italiana bajo el título de *Delimitazione del campo della giurisprudenza* (Bologna, Il Mulino, 1995, edición a cargo de M. Barberis).

No creo, sin embargo, que un renacimiento del interés en la doctrina de Austin deba producir una vuelta al tipo de teoría y ciencia jurídica que elaboró, como ha pretendido algún autor de los arriba citados, forzando excesivamente la interpretación de la obra de Austin (Morison, *John Austin*), sino más bien una vuelta a su obra para tratar de comprender su propósito oculto sobre el que no existe todavía consenso entre los estudiosos. No cabe duda de que, como afirma Rumble, *The Province of Jurisprudence Determined* (en adelante *PJD*), es sólo un «clásico de la jurisprudencia inglesa del siglo XIX» (*PJD*, 1995, p. VII) y que en la actualidad los estudiantes de jurisprudencia ingleses conocen a Austin a través de las páginas de *El Concepto de Derecho*, de Hart, que construye, no con total fidelidad, la obra austiniana para luego demolerla (*vid.* recensión a *PJD* de 1995, en *The Cambridge Law Journal*, vol. 54, 1995, p. 473).

Sí tiene interés volver a los que se han llamado los orígenes del positivismo jurídico para examinar cuánto hay de verdad en las afirmaciones que suelen hacerse acerca de esta corriente, y cuántas de las doctrinas que suelen calificarse de austinianas sin vacilación, fueron realmente tales.

I

Fue *PJD* publicada por primera vez en 1832 (London, John Murray) a partir de las diez primeras lecciones del curso de Teoría del Derecho que Austin impartió durante los años 1829-1833. Como se describe en todas las biografías que se han tratado de escribir a partir de los pocos datos disponibles, la vida de Austin fue «una decepción y un fracaso continuo» (Janet Ross, *Three generations of English women*, London, T. Fisher Unwin, 1893, p. 373): tanto su estancia en el ejército y su breve carrera en la práctica jurídica, como sus intentos de dar a conocer y poner en práctica sus estudios teórico-jurídicos acabaron en profundas desilusiones que le infundieron un espíritu depresivo y un aislamiento progresivo de la vida social de la época.

Son éstas, junto a su excesivo perfeccionismo que le hacía observar numerosos defectos en sus lecciones y la escasa atención que recibieron en su primera publicación, las que suelen señalarse como razones de su negativa a llevar a cabo una segunda edición. Lotte y Joseph Hamburger, sin embargo, han apuntado otra causa que pondría de relieve el substrato político de las lecciones austinianas: para estos autores, Austin no revisó su *PJD* ni completó la gran obra de teoría jurídica y ética que había planeado debido al cambio que experimentaron sus ideas políticas y al conflicto que ese cambio producía entre las nuevas ideas y las teorías que había mantenido en su *PJD*. «Fue su conservadurismo recientemente desarrollado, afirman, el que minó su creencia en la validez de *The Province of Jurisprudence*», puesto que «se movía en la dirección de la escuela histórica, que acentuó la importancia de la continuidad y la tradición, y estaba dejando de ser un austiniano» (*Troubled lives*, cit., pp. 180 y 189).

Por unas u otras razones, la segunda edición de *PJD* no fue elaborada por el propio Austin, sino por su esposa, Sarah, a quien se debe no sólo esa segunda edición, sino la completa publicación del resto de lecciones y de una serie de esquemas y ensayos que nunca antes habían sido publicados. En 1861 reeditó *PJD* (London, John Murray) sin alterar su contenido ni el prólogo del autor, pero añadiendo un nuevo prólogo, en el que explica los motivos que le indujeron a volver a ofrecer esta obra al público, insertando algunos apuntes aislados relativos a las modificaciones que Austin pretendía llevar a cabo y cambiando la ubicación del *Outline of the course of lectures on general jurisprudence or the philosophy of positive law*, que aparecía al final de la edición de Austin y aparece ahora al comienzo.

En 1863, Sarah Austin publicó dos nuevos volúmenes —con todas esas lecciones, esquemas y ensayos nunca publicados—, que junto con el de 1861 conformaron la primera edición de las *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law* (London, John Murray). A partir de ésta, hubo nuevas ediciones de todas las lecciones con algunas correcciones (1869 y 1873) hasta la edición que se considera más completa de 1885, llevada a cabo por Robert Campbell, el cual empleó los apuntes que John Stuart Mill había tomado en clase para completar o mejorar la publicación de las lecciones. Las *Lectures* de Austin se convirtieron casi inmediatamente en el libro de texto de las Universidades británicas y se elaboraron ediciones resumidas por el propio Campbell (*The student's edition*, London, John Murray, 1875) y por Jethro Brown (*The Austinian theory of law*, London, John Murray, 1906) que fueron frecuentemente reimpresas.

Se publicó *PDJ*, por lo tanto, junto al resto de lecciones recopiladas por Sarah Austin hasta 1954, año en el que Hart volvió a editarla por separado (London, Weidenfeld and Nicolson), incorporando también en su edición el ensayo *On the uses of the study of jurisprudence*, que había aparecido por primera vez en el volumen tercero de la edición de las *Lectures* de 1863 (publicado en las siguientes ediciones en el volumen segundo. Hay trad. al castellano de F. González Vicén, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981). Esta edición incluye una valiosa introducción del editor y una nota bibliográfica, que recopila los principales estudios acerca de la vida y obra austiniana hasta la fecha.

Por último, la edición de 1995 es una reproducción del texto publicado en 1885, que, como se ha señalado, suele considerarse la mejor edición de las lecciones austinianas, con la ventaja añadida de que las alteraciones que realizó Campbell aparecen entre corchetes y se han suprimido, igual que hizo Hart, prácticamente todas las notas de los anteriores editores, manteniendo casi exclusivamente las que añadió el propio Austin. La publicación incluye una completa y elaborada introducción, que merece una detenida lectura, una cronología de los principales acontecimientos de la vida de Austin, una bibliografía básica para cualquier estudioso de Austin muy actualizada y una nota biográfica de filósofos y políticos que pudieron tener algún significado en la obra o el entorno de Austin.

Los capítulos que componen *PJD* fueron pensados para ser leídos en clase, como parece ser que hacía Austin, y por ello no están escritos en forma de ensayos sino como lecciones. El estilo en el que están redactados es difícil y sumamente repetitivo, con una obsesión por la precisión, que no hace sino impedir una lectura fluida de la obra –en muchas ocasiones, por ejemplo, Austin reemplaza los pronombres por los nombres a los que sustituyen–. Son causas de este estilo la naturaleza perfeccionista y obsesiva de Austin, que pretendía elaborar definiciones libres de cualquier ambigüedad y los años que dedicó a la práctica jurídica en que redactaba documentos jurídicos, cuyo lenguaje se caracteriza por el afán de precisión. En 1861, Stephen afirmó que «no puede negarse que un estilo tan difícil, aplicado a una materia tan novedosa, hacen que el libro de Austin sea sumamente complicado de leer y explican la falta de popularidad que durante tanto tiempo le ha acompañado» (J. F. Stephen, «English Jurisprudence», en *The Edinburgh Review*, vol. CXIV, 1861, p. 474).

II

Las lecciones que ahora se editan nuevamente son la parte de la obra de Austin que más difusión ha recibido; de hecho, ediciones resumidas como la de Brown anteriormente citada no son más que una recopilación de las lecciones primera, quinta y sexta de *PJD* y del ensayo sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia. Ésta es la causa de algunos errores en la interpretación de la doctrina austiniana, que no se encuentra expuesta en su plenitud en las lecciones de *PJD*. Es en el resto de lecciones donde podemos conocer con mayor profundidad su concepción del *common law* y, en general, de las fuentes del Derecho, su exposición de los conceptos jurídicos fundamentales, su clasificación de los sistemas jurídicos o sus nociones acerca de la codificación. Sus ideas políticas se desarrollaron fundamentalmente en artículos y reseñas no recopilados en las lecciones y algunas de las ideas acerca de cómo pretendía elaborar sus doctrinas se encuentran más desarrolladas en su escrito *Jurisprudence*, publicado con los pla-

nes de estudios de la Universidad de Londres en 1828 (London, John Murray, pp. 78-93). Pero es fundamentalmente en su *On the uses of the study of jurisprudence* donde mejor pueden buscarse las intenciones y propósitos de Austin, ensayo que constituía la lección inaugural de sus clases y que, como he señalado, no se publicó hasta 1863.

Por todo ello, se olvida muchas veces el carácter meramente introductorio o preliminar y no completo de *PJD* (aunque nos lo recordara Hart en su introducción a la edición de *PJD* de 1954, p. IX). Con estas lecciones, Austin pretendía afirmar la autonomía de la jurisprudencia (empleo aquí el término como sinónimo de ciencia del Derecho), atribuyéndole un objeto único y exclusivo: el Derecho positivo, evitando de esta forma las confusiones que hasta entonces se habían producido entre Derecho y moral, entre ciencia del Derecho y ética. Para ello, era necesario trazar una neta separación entre lo jurídico y lo no jurídico. Pero no es en el *PJD* donde Austin expone completamente su concepción acerca de la función que la ciencia jurídica debe desarrollar sobre ese objeto previamente definido.

En esta obra, Austin comienza elaborando un concepto único de ley válido para toda norma (ley en *sentido propio*). Una ley es «una regla establecida para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre él», John Austin, *PJD*, Cambridge, University Press, 1995, p. 18). Agnelli ha desarrollado magistralmente esta concepción austiniana de un único concepto de ley válido para toda expresión de normatividad, caracterizado por su heteronomía, imperatividad y generalidad (Arduino Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 53-99). Toda ley es un mandato general dirigido por un sujeto a otro respecto del que se encuentra en una situación de superioridad que le permitiría infligir un daño si el deseo expresado en el mandato no resultara satisfecho. A partir de aquí, las siguientes lecciones se dedican a diferenciar las leyes positivas de los otros tipos de leyes con los que comparte esas características comunes: las leyes divinas y algunas de las de moralidad positiva (se trataría, en palabras de W. L. Morison, de diferenciar las distintas *species del genus* ley o mandato general, *vid. John Austin*, cit., p. 1).

Las leyes que derivan del principio de utilidad no son en la doctrina de Austin, como ocurría en la de Bentham, meras leyes científicas, sino auténticas leyes con las mismas características generales que las normas jurídicas, puesto que son mandatos divinos. Siguiendo a Paley, con el que, sin embargo, no comparte muchas otras doctrinas, Austin considera que Dios ha dispuesto la felicidad de sus criaturas y que, por ello, la forma de conocer sus mandatos no revelados es observando la tendencia de las acciones y considerando obligatorias aquellas que tienden a la felicidad general y prohibidas las que la obstaculizan.

Las doctrinas éticas de Austin, contenidas en las lecciones segunda, tercera y cuarta de *PJD*, han sido ignoradas por la mayoría de sus intérpretes, a pesar de que se haya afirmado que Austin las trata «de una manera tal que nunca habíamos visto otra igual» (J. S. Mill, «Review of "The Province of Jurisprudence Determined"», en *Tait's Edinburgh Magazine*, II; 1832, p. 346) y de que introduzca algunas novedades importantes respecto de su maestro Bentham (además de ser una versión del utilitarismo teológico, se defiende el papel relevante de las reglas, aunque no llega a ser un utilitarismo de la regla puro, pues se admiten excepciones a ésta, y se mantiene, por último, la relevancia de la confianza en la autoridad de la elite ética y política). A ello hay que añadir que las lecciones en que Austin trata estas cuestiones incluyen interesantes críticas a las concepciones éticas subjetivas, datos importantes para una posible interpretación ideológica de su teoría y su contribución esencial al tema de la obediencia al Derecho.

Por otra parte, sólo algunas de las normas de moralidad positiva son auténticas leyes según la definición general de la que parte Austin: aquellas impuestas por personas que se encuentran en una situación de superioridad, pero que no actúan como superiores políticos ni en cumplimiento de derechos jurídicos. El resto son meras opiniones o sentimientos de grupos indeterminados de sujetos, como la costumbre, el derecho constitucional o el derecho internacional, cuestión ésta, la de la no juridicidad de este tipo de normas, que ha sido ampliamente discutida.

En la última lección se define el Derecho señalando los criterios que lo diferencian de esos otros tipos de leyes *en sentido propio*: la fuente de la que emana y el ámbito en el que ejerce su eficacia. Sólo son jurídicas las normas que emanan del soberano político y se dirigen a los miembros de la sociedad política independiente en la que aquél es supremo. La definición de soberano y de sociedad política se basa en la noción de hábito de obediencia: las normas jurídicas emanan del sujeto que es habitualmente obedecido, existiendo, por lo tanto, un nexo entre los conceptos de validez y eficacia. En todo caso, Austin se preocupa especialmente por separar estas nociones de la de justicia, dedicando una larga nota al final de su quinta lección a afirmar la validez jurídica de las normas que estén en conflicto con leyes morales, siempre que le sean aplicables los criterios a los que me acabo de referir (*PJD*, 1995, pp. 157-163). Este último es el aspecto más conocido y más influyente de la doctrina austiniana y uno de los que más se han empleado para caracterizar la confusa corriente que se ha unificado bajo la denominación de positivismo jurídico.

La controvertida teoría de la soberanía que Austin expone en su sexta lección de *PJD*, basada en los caracteres de superioridad, indivisibilidad e ilimitabilidad, ha sido objeto de numerosas críticas por parte de representantes de las más variadas escuelas jurídicas (juristas históricos, constitucionalistas, sociólogos, etc.) pero no cabe duda de que sobre ella Austin funda su teoría jurídica y puede afirmar la autonomía de la jurisprudencia a partir de la configuración de un objeto propio.

III

Es fundamentalmente *PJD* un tratado acerca de la naturaleza del Derecho que, en gran medida, como señala Rumble en su introducción, se dedica a analizar el significado de las palabras (*PJD*, 1995, p. XIV). Austin reconoce que el término *ley* es ambiguo y se emplea para designar objetos diversos que se asemejan entre sí, y se propone atribuirle un significado preciso. A partir de aquí varían las interpretaciones según se considere que Austin no realiza un ejercicio meramente verbal y semántico, sino que con su definición precisa de *ley* pretende poner de manifiesto atributos de ésta que comparten todos los objetos a los que el término puede aplicarse y que pueden descubrirse con una investigación empírica de éstos (sería la interpretación de J. S. Mill, *vid.* «Austin on Jurisprudence», en *Collected works on John Stuart Mill*, ed. por J. M. Robson, vol. XXI, Toronto, University Press, 1984, p. 176), o se interprete que se trata de una definición construida para los propósitos de su propia ciencia y cuya verdad es independiente de los hechos (D. Gerber, «A Note on Woody on Dewey on Austin», *Ethics*, vol. LXXIX, 1969).

Esto no hace sino poner de manifiesto cómo la obra de Austin ha dado lugar a múltiples y diversas interpretaciones, muchas de ellas plenamente contradictorias, que se inician en las propias recensiones a su obra (es interesante en este sentido el artículo de W. E. Rumble, «Nineteenth-century perceptions of John Austin: utilitarianism and the reviews of the *Province of Jurisprudence Determined*», en *Utilitas*, vol. 3, núm. 2, 1991). Existe, por ejemplo, contradicción entre las interpretaciones de su teoría de la soberanía, entre aquellas que consideran que es una mera generalización de la situación constitucional inglesa de la época en que vivió (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan and Co., 1885), aquellas que limitan su validez al ámbito de los modernos Estados occidentales (H. S. Maine, *Lectures on the early history of institutions*, cit.), aquellas que la consideran inadecuada para explicar la realidad jurídica de los Estados constitucionales (J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901), aquellas que le atribuyen un significado ideológico (E. Ruben, «John Austin's Political Pamphlets: 1824-1859», E. Attwooll (ed.), en *Perspectives in Jurisprudence*, Glasgow, University Press, 1977) o aquellas que la consideran un mero criterio jurídico formal sin ninguna pretensión de reflejar la realidad o de apoyar una estructura política concreta (D. Gerber, «A Note on Woody on Dewey on Austin», en *Ethics*, vol. LXXIX, 1969).

Pero, en último término, todas las contradicciones en las interpretaciones de la obra austiniana derivan de las propias contradicciones que subyacen en ella y del desconocimiento de las intenciones últimas de Austin. De manera muy breve, se podría hablar de dos grupos de interpretaciones, según se considere que Austin pretendía elaborar y elaboró una teoría empírica del Derecho o que Austin sólo pretendía desarrollar los instrumentos necesarios para analizar los sistemas jurídicos vigentes, sin pretender que aquéllos se adecuaran a la realidad, sino meramente que fueran útiles. Entre los primeros, destacan Morison, Agnelli o Hart, con sus obras ya citadas, y entre los segundos es fundamental la interpretación de J. Stone (en *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Sydney, Maitland Publications Pty. Ltd., 1964).

Excedería el propósito de la presente recensión tratar de dar solución a este fundamental problema que plantea la interpretación de la obra austiniana. Se puede, sin embargo, señalar que esas contradicciones pueden ser consecuencia del estado incompleto y fragmentario en que Austin dejó sus lecciones, pero, sobre todo, que se deben sin ninguna duda, como ha señalado Moreso, a una «oscilación presente en el propio pensamiento de Austin», que tiene como causa la doble formación de nuestro autor, influido tanto por la tradición de la filosofía empirista inglesa como por la filosofía idealista alemana O. J. Moreso, «Cinco diferencias entre Bentham y Austin», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, 1989, p. 364).

Pero *PJD*, como señala Rumble (*PJD*, 1995, p. XII) no es sólo un tratado jurídico de jurisprudencia analítica, sino que contiene interesantes cuestiones éticas y políticas. Si se puede afirmar que Austin está incurso en la corriente iuspositivista, desde luego ello no quiere decir que mantenga una concepción subjetivista en ética (mucho menos aún que Bentham, pues considera que las leyes morales son auténticos imperativos reforzados por sanciones e impuestos al sujeto por una autoridad exterior a él) ni que identifique Derecho y justicia: Austin reconoce que el Derecho puede ser evaluado y criticado desde criterios independientes, que pueden, incluso, producir la desaparición del ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unánimemente los miembros de la comunidad política consideren que el soberano no actúa conforme al fin que le es propio. La separa-

ción de Derecho y moral no significa en Austin el reconocimiento de una única esfera normativa, sino exclusivamente la identificación de un objeto concreto para la ciencia del Derecho.

Es interesante, por lo tanto, volver a este clásico de la jurisprudencia anglosajona, no sólo para recordar que en sus orígenes la corriente iuspositivista no se caracterizaba por muchas de las doctrinas que se le suelen atribuir y en virtud de las cuales ha sido criticada, sino también para comprobar, leyendo su propia obra, cómo no está tan claro que Austin mantuviera algunas de las tesis que tradicionalmente se le han atribuido (la concepción de que los jueces no crean Derecho, la concepción del soberano y del Derecho como pura fuerza y arbitrariedad, la idea de la necesidad del soberano en *toda* sociedad, la obligatoriedad absoluta de obediencia al Derecho, etc.). Como se ha repetido en varias ocasiones, de la doctrina de Austin se ha creado un *mito* que sólo la lectura reposada y desapasionada de su propia obra podrá ir haciendo desaparecer.

Isabel TURÉGANO MANSILLA
Universidad de Castilla-La Mancha

Miguel AYUSO TORRES, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid, Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Pèrcopo, 1994, 387 páginas.

El auge que han experimentado los estudios sobre la más reciente historia española, la del siglo XX, ha traído consigo el interés por el análisis tanto del concepto como del papel que la extrema derecha ha jugado en nuestra patria últimamente. Un campo particular de esa labor historiográfica general es el que se refiere al pensamiento y, más en concreto, a la última evolución de nuestra filosofía del Derecho y del Estado, donde también las categorías «derecha» e «izquierda» han sido llamadas a intervenir. En este ambiente, por tanto, no es extraño que haya aparecido una monografía, primero Tesis Doctoral, dedicada a la sin duda importante figura de Francisco Elías de Tejada. Importante —digo—, entre otras cosas, porque a su manera dirigió los destinos de la academia iusfilosófica hispana hasta que, por fijar una fecha simbólica, en 1975 desapareció el franquismo.

I. *Sobre el método.*

A mi juicio, por tanto, y dado que estimo de especial interés la historia del pensamiento español, un trabajo sobre la filosofía jurídica y política del autor en cuestión está sobradamente justificado. En este sentido, estoy plenamente de acuerdo con Ayuso cuando afirma que se precisaba un «estudio español sobre la obra de Elías de Tejada» (p. 19). La cuestión crítica que desde un comienzo planteó, entonces, no se refiere tanto al objeto del estudio, aunque también, como se verá, cuanto al método utilizado y al fin perseguido. En concreto, el interrogante es éste para la historia: ¿qué ha de significar «comprender»? Claro que ni yo ni cualquier otro lector del libro comentado puede dejar de hacerse esa pregunta, cuando el autor, con una sinceridad fuera de toda duda, se reconoce discípulo de, entre otros, Francisco Elías de Tejada (p. 16), a la vez que afirma sin ambages que sólo *desde dentro* se puede hacer una historia seria, toda vez que desde la «crítica extrínseca» se han de alcanzar necesariamente resultados desconsoladores, «incomprensión total e indiscriminada» (p. 20), la que le achaca, por cierto, a Elías Díaz cuando clasifica a los filósofos del Derecho que desarrollaron su labor bajo el franquismo (p. 203). Y a Javier Herrero (pp. 259-260), y a Antonio Osuna, dominico con intención «disolvente» (!) (p. 142).

Se me concederá que esta cuestión introductoria no es ni mucho menos baladí y que, al contrario, es una de las centrales del discurso filosófico y, en especial, del referido a la posibilidad de las llamadas ciencias humanas. En esta dirección, las dualidades *dentro-fuera*, *emic-etic*, *observación-participación*, *comprensión-explicación*, alrededor de las cuales gira hoy el debate, son aquellas desde las que, en principio, se puede tratar de elevar la ciencia humana de que se trate. El problema es éste: ¿ha de ser el observador o el participante quien haga, en este caso, ciencia de la historia? A juicio de Ayuso, y radicalmente, el participante, dado que el observador, ajeno al objeto, es incapaz de comprenderlo o, si se quiere, que sólo puede comprender quien está comprendido, esto es, quien mira *desde dentro*. Comprender, entonces, no equivale a entender, a explicar(se), sino a justificar, a estimar, a mostrar benevolencia.

Ni mucho menos pretendo que ese debate esté cerrado, como tampoco niego que las perspectivas *dentro-fuera. etic-emic* o como quieran llamarse, sean los límites de un amplísimo territorio. Antes bien, por lo que a la labor historiográfica se refiere, mantengo que sólo la pluralidad de perspectivas posibilita un acercamiento fiable a un objeto tan moldeable como el de la historia. Aun así, y reconociendo que un estricto acercamiento *desde dentro* puede aportar interesantes resultados, no puedo sino negar científicidad a una perspectiva interna radical como la que se propone, esto es que, por poner un ejemplo, quien se identifique con el credo hitleriano será el peor observador de entre todos los posibles para historiar el nacional-socialismo y que, por tanto, en principio y antes de adentrarnos en la obra, planteo reservas acerca de la científicidad de los postulados de que parte el autor. Claro que si se identifica adentrismo y perspectiva del «amigo», y afuerismo y punto de vista del «enemigo», entonces también he de negar científicidad a la segunda posibilidad, es cierto, pero porque tal vez el «enemigo» esté más *dentro* que *fuera*. En fin, creo que podemos convenir que si el resentimiento es capaz de distorsionar el juicio, no menos ha de serlo la admiración excesiva, y que ambos han de ponerse entre paréntesis si se pretende una investigación fiable.

II. *Sobre el objeto.*

Una segunda objeción que he de lanzar sobre el trabajo doctoral de Ayuso se refiere a su objeto, si se quiere, al interrogante al que se trata de dar respuesta: ¿cuál es la filosofía jurídica y política de Elías de Tejada? Pues bien, creo que la pregunta, debido a sus límites, deja en la penumbra aspectos importantes que, entre otras cosas, explican ese pensamiento. A cambio, pienso que sería fructífero contestar a esta otra que completaría la anterior: ¿qué significó Elías de Tejada para la filosofía jurídica y política española? Claro que la expresión «filosofía jurídica y política española» ha de tomarse en el amplio sentido, esto es, refiriéndola no sólo a un concreto pensamiento, sino también a la relevancia práctica de éste y, en todo caso, ha de integrarse en un contexto que abarque, junto a otros aspectos, el de la academia de esa filosofía.

Así las cosas, presiento que la más acusada significación del tradicionalista deriva del control que, en los años sesenta y setenta, ejerció sobre esa academia de iusfilósofos. Lo que es lo mismo, que durante tiempo fue quien decidió el acceso a las cátedras de Filosofía del Derecho y Derecho Natural. Lo dicho, sin embargo, no tiene que interpretarse en detrimento de quienes obtuvieron plaza durante su «mandato», ni nada por el estilo. Tampoco significa que no tenga una obra extensa y erudita; sólo, que aquel rasgo es el que más lo singulariza en relación a la filosofía española, entendida –repito– en el amplio sentido. Por eso uno echa de menos una mayor referencia a las peripecias académicas del protagonista: que ejerciera «la jefatura de una escuela universitaria» (p. 17), que sólo se apunte que en 1941 obtuvo la cátedra (p. 28), o que se haga una referencia de segunda mano al discipulado que presuntamente lo vinculaba con Puigdollers (p. 29); parece insuficiente información para quien de veras quiera conocer su perfil. En efecto, no se profundiza en aquella escuela, ni tampoco se tienen en cuenta las anteriores oposiciones a que se había presentado, lo que es fundamental para «comprender» posteriores actuaciones y trabajos suyos, por cierto, ni se resalta su personal carácter, que también debe ser tenido en cuenta. En la misma dirección, por mucho que se quiera desvincular a nuestro autor del franquismo,

representa mejor que nadie lo que aquel régimen significó para la Filosofía del Derecho académica. No hace falta utilizar nuevas palabras para describirlo, pues, si no me equivoco, era Elías de Tejada quien «sin tener cargos políticos, salvo la presencia en el Consejo de Educación, tenía acceso, complaciente o no, a los despachos de quienes los tenían» (Gil Cremades). A resultas de aquello, se produjo cierta situación de «terror intelectual», que algunos recordarán especialmente. Precisamente, se pone fin al «franquismo iusfilosófico» en el momento en que, en unas conocidas oposiciones a las que no fue ajeno Elías de Tejada —era 1974 cuando tras múltiples sucesos terminan—, se resquebraja semejante coyuntura. La oposición filosófica ya había comenzado a actuar desde principios de los sesenta, pero no bastaba con criticar las tesis iusnaturalistas imperantes, sino que también había que ganar oposiciones, había que acceder a la academia, y eso no ocurrirá hasta más adelante.

Que ésa sea la significación más relevante de nuestro protagonista no impide para que también haya de estudiarse su obra y, entonces, el trabajo de Ayuso merece —creo yo— la loa, pues amén de la cuestión referida de la objetividad, sin duda sistematiza y expone ordenadamente su pensamiento. Otra cosa, claro, es la trascendencia que hoy pueda tener esa filosofía, y que yo imagino más que escasa. Sin embargo, también en este capítulo me quedan algunas dudas, pues sigo sin ver claro que fuera Elías de Tejada tan estricto seguidor de Tomás de Aquino como el autor de la monografía pretende (p. e., p. 43), sin que creo que haga falta decir nada acerca de su relación con el tomismo del siglo XX (Maritain, Gilson, Mounier, Copleston y &). Tampoco se especifica su presunta adscripción existencialista (p. 196), lo que exigiría, aunque fuera para negarla, un mínimo determinamiento. Y también creo que falta un mayor abundamiento en lo tocante al orteguismo (p. 139), que tanto combatió.

Por lo que se refiere a su formulación política, carlista, uno también echa de menos una teoría general donde encuentra acomodo su tradicionalismo. Creo que la simple exposición no es suficiente si no va acompañada de una clasificación previa, una ordenación que distinga a los diversos grupos de la derecha autoritaria. Entre las varias existentes, me parece la de Payne la más fructífera, cuando diferencia entre el fascismo, la derecha radical y la conservadora, y eso era necesario para situarlo en el mapa de un territorio que es demasiado abrupto para transitar por él sin una guía. En ese mapa, además, habría que ver los límites que separaban a los antiguos radicales alfonsinos de los carlistas, pues sus relaciones no fueron tan claras como a primera vista pudiera parecer, y a ellas no fue ajeno Elías de Tejada. Así quedaría explicada, tras los años de la guerra española, su separación de los totalitarismos fascistas (pp. 256 y 289), pero también de otras corrientes más moderadas que pervivieron a lo largo del franquismo (p. 114).

Llegados a este punto, hay que referirse a la polémica cuestión de las relaciones que guardó Elías de Tejada con el régimen de Franco. De la lectura de la obra de Ayuso parece desprenderse que nuestro protagonista fue especialmente crítico con aquel sistema político. A estas alturas, resulta sorprendente semejante afirmación, mas no porque se dude de las razones que Elías de Tejada esgrimió para retirarse de la *Alianza Nacional 18 de Julio*, que ésta era «fiel al pensamiento de Franco» (p. 339), como tampoco se duda de la «revolución pendiente» que alegaron otros, sino porque casi todos ellos, es curioso, ocuparon una situación de privilegio en aquel tiempo. Si nuestro hombre no era franquista era porque estaba «mas allá» del franquismo (García San Miguel). Desde luego que no sorprende que últimamente se le haya incluido en el «ala integrista» del carlismo (Rodríguez Jiménez).

III. *Conclusión.*

El lector de la obra puede llegar a una conclusión de interés, incluso aunque no se identifique con el pensamiento tradicionalista estudiado en ella. Fue Elías de Tejada la defensa de un asedio: contra Grimau, contra Montini (p. 38), contra el *Opus Dei* (p. 80, n.), contra el totalitarismo, contra el franquismo, contra Balmes y la Democracia Cristiana vaticanista (p. 276), contra el liberalismo (p. 289), contra la revolución (p. 344). Frente a la tolerancia, su cultura fue la de la intransigencia (p. 282). «Nosotros somos algo en el mundo porque supimos quemar herejes y porque supimos librar batallas de Dios» (Elías de Tejada).

Benjamín RIVAYA

José CALVO GONZÁLEZ, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, XVII + 141 páginas.

Derecho y narración es un libro exploratorio. Constituye uno de los resultados de un programa de investigación más amplio que su autor viene desarrollando sobre la dimensión narrativa del Derecho. En tanto que exploración es asimismo un libro experimental que nos introduce en el campo de las relaciones entre Semiótica y Derecho a través de una perspectiva eminentemente posestructuralista y, más en concreto, por razón de método, deconstructiva. Su cometido es mostrar el carácter narrativo y, por tanto, discursivo también, de la justificación jurídica: desde la presentación razonada de la ley hasta las decisiones judiciales, todo ello en orden a su fundamentación argumental.

En este sentido, *Derecho y narración* no es sólo un libro sobre narrativismo en la argumentación del material jurídico, sino al mismo tiempo, como programa de trabajo, una argumentación en forma de libro. Su propia estructura, en efecto, lleva al lector, especializado y no especializado, a experimentar la teoría y el ejercicio del Derecho como una actividad discursiva de carácter narrativo. Una actividad de interlocución razonada que permite entender la justicia como un proceso argumental (basado en razones públicas y, por tanto, públicamente revisable) construido sobre la experiencia de la racionalidad intersubjetiva. Es decir, de la racionalidad (o de la narración razonada) que construyen los sujetos (narradores y narratarios) en el marco discursivo de una interlocución permanentemente abierta y expuesta al público, disponible, donde las reglas de juego impiden que la posición práctica de los participantes pueda llegar a ser inamovible. La justicia se convierte así en un proceso de interlocución igualitario entre ciudadanos de una misma comunidad política o, lo que podría ser lo mismo, una comunidad jurídica. Por el principio de la igualdad ante la ley, el papel del narrador es justamente esto, un papel dentro de una representación sometida a reglas. La fundamental: que su intérprete, los intérpretes constitucionalmente reconocidos, interpretan indisolublemente el papel, en tanto que ciudadanos, de narratarios del mismo proceso de justicia.

El recurso a la narración constituye, pues, una alternativa heurística y hermenéutica. Lo primero, en tanto que modo de investigación que sitúa el problema de la justicia en el entorno de la racionalidad intersubjetiva. El recurso a la narración permite considerar la construcción del Derecho como una tarea argumentativa participada desde funciones de discurso diferenciadas entre sí, pero todas ellas interdependientes y equilibradas, dado el presupuesto del acceso igualitario a las oportunidades de interlocución. Por otra parte, la narración abre la posibilidad de una alternativa hermenéutica. «Lo narrativo posee valor de método», escribe José Calvo, por una doble razón: en primer lugar, por orientar los pasos de la argumentación jurídica desde la tarea previa de la reconstrucción del término narración, que si bien comienza siendo un ejercicio de arqueología, no queda en ésto, pues un paso más allá acaba por clarificar en el presente las fronteras del significado y el sentido: narrar, es contar, es «dar cuenta». Se percibe así lo compartido por la comunidad de intérpretes/narradores/narratarios es justificatorio. En segundo término, por obligar al intérprete a no perder la perspectiva real de la argumentación (discurso normalizado pero abierto, sin embargo, a la construcción de cada participante; por consiguiente, dando lugar a distintas versiones

posibles) y a referir a ese contexto plural la formación de la racionalidad y de la razonabilidad del diálogo-relato de la justicia.

Este segundo imperativo se integra como elemento sustancial de la «coherencia narrativa»: la argumentación judicial no puede exceder el ámbito de lo racional y de lo razonable. Debe mantener la continuidad argumentativa (la justicia como relato) hasta la justificación última de las razones que sustentan una decisión, sea teórica o práctica. José Calvo aborda este problema en el primero de los seis capítulos, *Teoría de la argumentación jurídica y narración*, que integran la obra. Se incluyen dos trabajos, uno sobre razonamiento indiciario y otro sobre razonamiento en la observancia y divergencia del precedente judicial, donde se pone de relieve el imperativo de la coherencia narrativa de la justificación como criterio no sólo de racionalidad sintáctica (nivel de corrección lógico-formal de la validez de los enunciados interpretativos o proposiciones normativas), sino también pragmático de razonabilidad en la argumentación, en tanto que significado de la validez de aquellos enunciados y proposiciones. El precedente judicial reduce la complejidad de la argumentación y, en efecto, se incorpora (intercala) en el discurso como un relato intertextualizado cuya admisibilidad habrá de basarse en una doble condición: la consistencia lógica y la coherencia narrativa fundamentadoras de la validez del consenso o disenso, con el precedente para justificar la resolución final.

De nuevo, en el cuarto capítulo, *Semiótica jurídica y narración*, retoma el autor el hilo conductor de lo narrativo, esta vez por referencia al uso retórico y hasta fabulador de la figura del juez como *iudex suspectus*, en un tratamiento «semionarrativo», tanto de las semióticas explícitas como de ocultación del gesto, con respecto a la pretensión justificadora retórico-argumental en satisfacer una determinada imagen de la justicia y, más en concreto, de la imagen administrativa (burocrática) de la justicia. Un paso más es dado en el siguiente y último capítulo, *Metanarrativa e interpretación jurídica*, con el trabajo «*Iurisdictio* como traducción» al contrastar el oficio de la jurisdicción (decir el derecho) sobre el fondo semiológico y pragmático de la traducción, al objeto de recuperar la continuidad entre narración e interpretación, vindicada a la base, y de hacer explícito el juego del lenguaje, los múltiples juegos de lenguaje (la «deriva interpretativa» de diversas versiones, in-versiones, re-versiones, di-versiones, perversiones, a-versiones), participados multilateralmente por una comunidad infinita de interlocutores (intérpretes-traductores) sobre la narración dialogada de la justicia.

Anteriormente, en el capítulo III, *Teoría del Derecho y narración*, el autor incidió en el papel argumentativo y justificatorio de lo narrativo, abordando una perspectiva complementaria a la jurisdicción: la producción legislativa. Se analizaron allí los preámbulos y exposiciones de motivos en su dimensión persuasiva de relato argumental, como «prólogo» a las leyes. Lo que podría parecer obvio, que justifican la racionalidad del producto normativo a que anteceden, contiene además otra consideración hermenéutica y jurídica en la medida en que constituyen textos de clave interpretativa y, de por sí, asimismo, material legislativo. Pues bien, al ser contemplados como prólogos (e igualmente, «pro-Logos») generan también un «efecto especular», que puede incluso inducir al engaño, pues no es tanto propiamente una la justificación de motivos «prologal», como una justificación que culmina la argumentación de la ley al detallar en síntesis las razones (fundamentos y fines u objetivos) que la avalan. En cualquier caso, hay un elemento común, un argumento común que permite liberar de aquel efecto especular al destinatario de la ley, que es también narratario en su prólogo. Se

trata de la misma destinación del relato allí contenido, cuyo tiempo narrativo profuturo lo deja abierto al escrutinio del narratario y debilita el dominio aparentemente indisponible de la escritura de autor, del legislador como narrador. La recepción de la narración rompe, o permite romper, el espejismo y algunas de sus consecuencias perversas: el riesgo de ininteligibilidad en la comprensión de lo narrado, o de confusión entre motivos y fines, al permitir someter el curso (decurso, discurso) de la narración al imperativo procedimental de interlocución con la misma ley y las condiciones históricas, en cuyo diálogo se pone a prueba no sólo su racionalidad formal o arquitectónica, sino también su razonabilidad, es decir, su carácter y pretensión de ley justa.

Otro ejemplo de esa pretensión de razonabilidad «como relato» viene planteado con toda su fuerza ante el problema de la publicidad y su conexión con la idea de ley justa en el caso de la publicidad de las sentencias judiciales y el «relato de los hechos» que en ellas se ha de dar a conocer. El capítulo II, *Derechos fundamentales, proceso y narración*, reconstruye, deconstruye y formula una interpretación crítico-alternativa al acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 12 de enero de 1994, que resolvió suscribir el informe de su Gabinete Técnico sobre «acceso al texto de las sentencias penales por parte de los medios de comunicación para su ulterior publicación en extracto». El informe había desarrollado una interpretación que primaba el derecho a la intimidad del ofendido sobre el derecho a la información, lo que condujo –al limitar la publicidad con objeto de salvaguardar la intimidad del ofendido– al «irrazonable» menoscabo de la libertad informativa. José Calvo rebate punto por punto la argumentación del informe, hasta poner de relieve no sólo su inconsistencia lógica (y además, en efecto, su déficit de coherencia narrativa), sino también la frágil técnica de ponderación, de apelación al equilibrio de consecuencias, su insuficiente argumentación consecuencialista respecto de ambos derechos en el *iter* conflicto-colisión-conculcación y para la motivación justificatoria presentada, que bien puede probarse, y con plena coherencia, a la inversa (reversiblemente), pues la limitación de publicidad puede volverse (por re-versión) incluso contra el mismo derecho que busca proteger.

Es, en fin, *Derecho y narración*, un ejercicio de práctica narratológica, de aprovechamiento de lo narrativo como método de investigación aplicable a la comprensión y a la construcción misma de la justicia. Tras la lectura de esta obra, y con una libertad no menor que la de este comentario, el lector podrá acudir a un útil apéndice bibliográfico, *Addenda bibliotemática* (1986-1996), que una vez más da muestra de la voluntad investigadora y oferta científica de diálogo de su autor para seguir explorando otras vías de teoría y crítica narrativa del Derecho.

José María ROSALES

María CASADO GONZÁLEZ, *La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Reus, S. A., 1994, 164 páginas.

Las consecuencias que los avances científicos están originando en todos los campos, pero sobre todo en el de la medicina, hace que las nuevas situaciones deban ser afrontadas desde distintas perspectivas, con el fin de lograr una comprensión global del problema, una visión íntegra del mismo, debido a la complejidad y a los distintos enfoques y matices con los que se nos presenta. Será pues ineludible a la hora de dar salida a los conflictos que se plantean el «reunir» a especialistas pertenecientes a distintos foros: médicos, filósofos, éticos, juristas, sociólogos... Sólo así se podrá otorgar a cada una de las cuestiones un tratamiento científico y riguroso y aportar una solución coherente a las distintas cuestiones que se planteen.

La complejidad de estas situaciones y, en concreto, del tema objeto de estudio en el libro de la Dra. Casado, la eutanasia, es debida fundamentalmente al conflicto de valores que en el fondo implican: «si se decide que —en un determinado caso— la muerte es un mal menor que el continuar viviendo, estamos realizando una ponderación entre dos valores que resultan contrapuestos: el de la vida y el de la cualidad de la vida. Es éste el principal problema de fondo de la eutanasia, sea cual sea el calificativo de la misma» (p. 26). Asimismo, en estas situaciones, se entremezclan sentimientos muy íntimos del ser humano que «obligan a cuestionarse y redefinir constantemente los propios planteamientos ante numerosas cuestiones que afectan a temas de importancia primordial [...] e implican la sistemática revisión de las propias certidumbres morales y su vigencia» (p. 13). Sin duda alguna, ante este panorama, la primera reacción del investigador es la de huir, sobre todo si el campo de investigación al que se pertenece no está (en apariencia) directamente relacionado con la problemática que se pretende analizar. Éste es precisamente el caso del Derecho, en donde se constata, por lo que se refiere a estas cuestiones, una evidente paradoja: si por un lado, existe una tendencia a despojar al Derecho de su función de velar por los bienes jurídicos primarios de la persona cuando se entra en el escenario médico-sanitario y dejar únicamente a la *lex artis* la capacidad de regulación (el denominado, «espacio jurídico vacío»); por otro, se revela un sustancial acuerdo entre varios colectivos sobre la urgente necesidad de que el Derecho se pronuncie sobre ciertas cuestiones de frontera, para eliminar la inseguridad (sobre todo jurídica) que esta situación a la que venimos haciendo referencia produce.

Esta última es la posición que mantiene la autora a lo largo de su libro, «... resulta indudable la conveniencia de que sea la ley la que establezca las reglas de actuación: el sometimiento al principio de legalidad ¡también debe estar vigente para los médicos!» (p. 31). Es lógico si tenemos en cuenta los valores o bienes jurídicos que se ponen en juego. El Derecho debe aportar una solución con el fin de resolver los graves conflictos que en la eutanasia confluyen.

Estas consideraciones de carácter teórico presentan un cariz poco esperanzador, cuando se intentan llevar a la práctica. Me explico. La necesidad de que el Derecho se pronuncie sobre estas cuestiones implica correlativa e ineludiblemente que los juristas, anclados en muchas ocasiones en construcciones dogmáticas ajenas a la realidad, salgamos de nuestra torre de marfil con el fin de resolver los conflictos que los fenómenos originados por los nuevos avances tecnológicos plantean. Esto, evidentemente, no es tarea fácil. Salir del mundo que se domina y del cual se conocen los límites, para inmiscuirse en ámbitos totalmente novedo-

sos, como puedan ser el de la medicina, ingeniería genética, etc., supone un esfuerzo y un riesgo que no todos están dispuestos a correr.

Por estas razones, entre otras, el libro que ahora tenemos entre manos es ya, sin adentrarnos en más profundidades, un trabajo digno de elogio y una prueba de que el Derecho (el jurista) tiene mucho que decir ante estos nuevos desafíos de la tecnología. Por otra parte, este trabajo es doblemente valioso, porque surge en un ámbito –la Filosofía del Derecho– en el cual existía un vacío relevante en este tema. Como apunta la propia autora, «... se intenta cubrir una importante laguna, ya que hoy por hoy no abundan obras que abarquen completamente el abanico de cuestiones que se abre en torno a la eutanasia ni que proporcionen una información amplia exenta de prejuicios» (p. 9). Por otra parte, es precisamente en el ámbito de la Filosofía del Derecho donde más fructíferas pueden ser las investigaciones sobre estos temas. En palabras de Peces-Barba, «El punto de vista de los filósofos del Derecho [...] es útil porque integra las perspectivas éticas y jurídicas, y también es la sede central de las reflexiones de teoría de la argumentación y de la interpretación, claves para los razonamientos que justifiquen las soluciones a este tema»¹.

Adentrándonos ya en el contenido del libro en sí, éste se nos presenta en cinco capítulos. Después de una breve introducción, los dos primeros nos sitúan en el centro de los principales problemas que implica la eutanasia. La autora comienza fijando ya desde ese momento lo que se entiende por eutanasia, «acto médico necesario para hacer más fácil la muerte a petición del enfermo o, incluso, la connotación de “asesinato piadoso”» (p. 14), con el fin de evitar malos entendidos, porque «dependiendo de qué se considere como eutanasia se estará en disposición de aceptarla o no; en función del hecho de que sea posible establecer una significación precisa y clarificadora que delimite el campo conceptual que se está tratando, será posible llegar a un acuerdo entre las distintas maneras de abordarlo y será factible, consiguientemente, elaborar una regulación precisa que proporcione la tan deseada seguridad jurídica sin menoscabo de la libertad y la dignidad humana» (pp. 14-15). A continuación, centra la cuestión eutanásica poniendo de manifiesto los dos criterios básicos en torno al problema: la santidad de la vida *versus* calidad (pp. 17-19). Se aprecia que cada vez más la vida humana es objeto de una valoración cualitativa, que implica su ponderación con otros valores. No obstante, a pesar de la protección que merece la vida de toda persona, la autora pone de manifiesto que existen figuras en todos los ordenamientos jurídicos que excepcionan dicha protección, como, por ejemplo, la legítima defensa, la pena de muerte, la muerte en guerra defensiva..., y hace que no se pueda hablar hoy en día de valores absolutos. «Si puede –la vida– contrastarse con otros valores, como la defensa, el sacrificio, el castigo, etc., ¿por qué no se puede confrontar con la calidad de la misma? ¿o con el propio deseo de vivirla, con el imperativo de la voluntad?» (p. 19).

Otro de los problemas fundamentales que se suscitan cuando se habla de eutanasia es la oportunidad o idoneidad de la distinción entre eutanasia activa y pasiva, a efectos justificatorios, principalmente (pp. 19-22). La doctora Casado expone las posturas enfrentadas en esta cuestión –por un lado, como representante de la no distinción entre ambas, la del utilitarista J. Rachels, y, por otro, la de las doctrinas de las religiones mayoritarias, así como las de las declaraciones de ética médica, que establecen «una diferenciación inicial entre aquellos actos que de manera determinante y positiva producen la muerte y aquellos otros que per-

¹ Véase PECES-BARBA, G., «Reflexión moral sobre la eutanasia», *ABC*, 16 de septiembre de 1995.

miten que la muerte sobrevenga al dejar de aplicar algunos procedimientos de mantenimiento de la vida, que en la terminología médica se denominan como “medios extraordinarios”» (p. 21). La práctica médica habitual consiste, sin embargo, en considerar como totalmente lícita la eutanasia pasiva, mientras que a la activa se la sitúa en el polo opuesto. «La táctica de dejar morir es la solución que se utiliza, dado que, con las capacidades que hoy se poseen, resulta indefendible hacer siempre todo lo que es técnicamente posible para mantener la vida meramente biológica» (p. 22). Otro tema unido inescindiblemente a éste es el de la distinción entre medios extraordinarios y ordinarios, para lo cual, a pesar de ser expresiones de difícil evaluación, habrá que tener en cuenta «factores diversos, como la posibilidad de éxito, el nivel de calidad de la vida que se trata de conservar, el tiempo de supervivencia, las molestias ocasionadas al paciente y a su familia por el tratamiento y el propio gasto que la terapia acarree, no sólo al individuo y su familia sino incluso desde el punto de vista de la colectividad, poniendo en juego una cuestión de la llamada economía de la salud» (pp. 24-25).

El capítulo III, sin duda el que, a mi juicio, constituye la parte esencial de este trabajo, está dedicado fundamentalmente a los aspectos jurídicos del fenómeno eutanásico. Tras una breve exposición de una encuesta demostrativa de la valoración que de la eutanasia tiene la sociedad española (pp. 29-31), se adentra en las aguas de la legislación aplicable a esta cuestión. Partiendo de una posición clara, la de regular jurídicamente las situaciones relacionadas con la eutanasia, la autora, basándose en la normativa vigente, establece los principios que deben ser tomados en cuenta para proceder a tal regulación. Por un lado, el principio general del consentimiento informado del paciente en relación con los tratamientos a seguir, recogido en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, así como el de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el artículo 10.1 de nuestra Constitución y la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Asimismo, menciona el artículo 16.1 de la CE, en el que se garantiza la libertad ideológica, o el mismo artículo 15. Todo ello lleva a la Doctora Casado a afirmar que «el Estado en un marco no confesional, como es en nuestro caso, debe propiciar la vida, pero no imponer el deber de vivir». Sin embargo, dada la redacción de nuestro Código Penal, en el que se castiga el auxilio al suicidio, será necesario acudir a eximentes exculpatorias (móvil piadoso, estado de necesidad...) para mitigar las consecuencias extremadamente graves que resultarían de la aplicación de esa normativa penal.

Dado que la eutanasia se encuadra actualmente en el marco de las relaciones médico-paciente, en este trabajo también se afronta la problemática de las mismas, estableciendo las diferencias que existen entre las tradiciones latina y anglosajona (la doctrina del consentimiento informado) (pp. 39-42), haciéndose referencia al papel que en este tipo de situaciones corresponde a los Comités de ética y la validez que pueda tener el denominado «testamento vital» (*living will*). Respecto a este último, la autora se muestra partidaria de otorgarles validez legal, «estableciendo requisitos respecto de su vigencia temporal y su posible renovación, y propiciando la elaboración de un registro de los mismos que garantizase su eficacia» (p. 44).

Las páginas siguientes están dedicadas a ofrecer un panorama de la regulación de la eutanasia en los sistemas de Derecho Comparado, haciendo especial hincapié en el caso holandés, así como una lista de los distintos proyectos que han surgido en nuestro país (el proyecto de C. Rodríguez-Aguilera, la propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros, relativas a la disponibilidad de la propia vida, el anteproyecto de Código Penal –actual Código

Penal—) (pp. 44-53). Finaliza este capítulo haciendo una breve referencia a la clásica objeción contra la legalización de la eutanasia (la «pendiente deslizante», «efecto palanca»...), sin embargo, la autora considera que esta objeción puede ser superada, ya que ante todo en la eutanasia debe garantizarse la voluntariedad de su puesta en práctica. A renglón seguido, pone de manifiesto algunas de las alternativas que existen actualmente para hacer frente a la petición eutanásica, como son los cuidados paliativos o la creación de centros como los *Hospices* británicos «en los cuales se atiende a los pacientes terminales en un clima familiar pero que están dotados con todas las capacidades para atender las necesidades derivadas del dolor que pudieran aparecer» (p. 55).

En el capítulo IV por medio de la exposición de varias sentencias, sobre todo americanas, trata el problema de la determinación de la muerte y situaciones conexas a la misma, como el estado vegetativo persistente, el valor de la hidratación y alimentación en estos casos, analizando, a su vez, las argumentaciones de los jueces (pp. 57-63). A continuación, expone el camino judicial del primer caso español de eutanasia: la demanda de Ramón Sampetro, la cual está pendiente actualmente de resolución por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de Estrasburgo.

En el último capítulo (pp. 69-70), la autora concluye este periplo por la problemática eutanásica, abogando por la regulación jurídica de la eutanasia, en la cual la voluntariedad sería la pieza clave, a la que debería acompañar correlativamente el derecho del médico y del personal sanitario a la objeción de conciencia.

Para finalizar este trabajo, se ha elegido una importante recopilación de documentos que están relacionados directamente con el fenómeno de la eutanasia, que a continuación paso a enumerar: *Resoluciones adoptadas por la Comisión de la Salud y Asuntos Sociales del Consejo de Europa (Estrasburgo, 29 de enero de 1976)*; *Declaración canadiense relativa a los enfermos en fase terminal*; *Declaración de Sydney. Postulado sobre la muerte, adoptada por la 22.ª Asamblea Médica Mundial, Sydney, Australia, 1968*; *Declaración de Venecia sobre enfermedad terminal (adoptada por la 35.ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, octubre 1983)*; *Declaraciones sobre Trasplantes*; *Normas Deontológicas del Colegio de Médicos de Barcelona*; *Código de Ética de Enfermería*; *Comité de Ética del Hospital de San Juan de Dios de Barcelona (1988)*; *texto preliminar sobre el testamento biológico (Asociación Médica Mundial)*; *Testamento Vital redactado por el Euthanasia Education Council de Nueva York*; *Testamento Vital (Iglesia Católica)*; *actual situación del tratamiento legal de la eutanasia en Holanda*; *borrador del Proyecto Rodríguez-Aguilera*; *propuesta de regulación alternativa elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal (Alicante, 12 de febrero de 1993)*; *Declaración sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación para la doctrina de la fe*; *la Resolución judicial del Caso Sampetro*. Las páginas siguientes constituyen un apéndice bibliográfico de indudable ayuda para quien se inicie en el análisis profundo de esta temática.

En resumen, se puede decir que independientemente de que se concuerde o no con el planteamiento y desarrollo de este libro, es una obra pionera en este ámbito que, sin duda, incentivará la investigación de otros muchos especialistas en este campo.

Ana María MARCOS DEL CANO

Amadeo G. CONTE, Carlos ALARCÓN CABRERA, *Deóntica de la validez*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, 164 páginas.

Este libro constituye el resultado del trabajo en común realizado en los últimos años por A. G. Conte y C. Alarcón en torno a la deóntica. Ésta, que constituye una novedosa aportación del Catedrático de Derecho de la Universidad de Pavía a la filosofía del lenguaje normativo, tiene como objeto de estudio los sistemas formales del cálculo deóntico desde el punto de vista de sus fundamentos teórico-filosóficos. Pues bien, en esta línea, y como señala C. Alarcón, el presente volumen se centra en el carácter paradójico de los conceptos de «validez sintáctica athética», «validez semántica athética», «validez pragmática athética».

El primer capítulo gira en torno al concepto de Validez Deóntica, e incluye un artículo de cada autor. El primero de ellos, «Paradigmática y sintagmática de la validez», corresponde a A. G. Conte, y versa sobre los diferentes conceptos de validez deóntica: validez semántica, validez sintáctica y validez pragmática. En relación con el concepto de validez semántica, Conte critica la tesis (anteriormente sostenida por él) de que lo válido y lo inválido son los analoga deóntico de lo verdadero y lo falso; y mantiene que la validez semántica es en sí misma una verdad: la verdad deóntica. Esta concepción aparece en deóntica de las dos formas siguientes: la teoría de la validez semántica thética, elaborada por el propio A. G. Conte, K. Opalek y J. Wolenski, y la teoría de la validez semántica athética, formulada por primera vez por G. Kalinowski. En palabras de A. G. Conte, según la teoría de la validez semántica thética «la validez semántica de un enunciado deóntico consiste en su correspondencia con un *status* deóntico théticamente constituido a través de la enunciación thética del propio enunciado deóntico», y según la teoría de la validez semántica athética «la validez semántica 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 cuanto a la validez pragmática, A. G. Conte distingue también dos tipos: la validez pragmática thética (o validez praxeonómica) que es la validez pragmática relativa a las reglas que ponen théticamente en los diferentes ordenamientos las condiciones de validez, y la validez pragmática athética (o validez praxeonómica) que es la clase de validez pragmática relativa al concepto de acto en cuestión. Paralelamente Conte distingue dos conceptos de validez sintáctica: la validez sintáctica thética («es la validez de *status* deónticos que es el producto de un acto deóntico») y la validez sintáctica athética («es la validez de *status* deónticos que no es el producto de un acto deóntico»).

El segundo trabajo lleva por título «Validez deóntica entre semántica y ontología» y en él C. Alarcón realiza una introducción a algunos aspectos de la deóntica cotidiana poniendo de relieve el concepto de regla constitutiva, la diferencia entre reglas constitutivas y reglas hipotético-constitutivas, los diferentes tipos de reglas constitutivas (puestas de relieve por G. G. M. Azzoni) y las relaciones existentes entre lo deóntico y lo adeóntico.

Para clarificar de qué se predicen los diferentes conceptos de validez (sintáctica, semántica y pragmática), C. Alarcón repasa las cuatro acepciones de «norma» empleados por A. G. Conte, los tres significados de «validez»; y por último se refiere a la ambivalencia pragmática de los enunciados deónticos.

El segundo capítulo, «Semiótica de la validez», está dividido en tres partes correspondientes a cada uno de los vértices del triángulo deóntico cotidiano. El primer apartado, dedicado a la «Sintáctica de la validez», comienza con el texto

de A. G. Conte «Validez thética vs. validez athética», en el que analiza el paradigma: validez téthica vs. validez athética, formulado por él mismo en «Mínima deóntica» (1988). Pues bien, tomando como referencia aquél, A. G. Conte analiza tres paradigmas que aparecen en los *Estudios de sociología del derecho*, de T. Geiger, y que son relevantes para la deóntica y la metadeóntica: 1.º el paradigma de la regularidad deóntica vs. regularidad adeóntica; 2.º el de norma vs. enunciado deóntico, y 3.º el del enunciado deóntico proclamativo vs. enunciado deóntico declarativo.

El segundo trabajo incluido en este apartado corre a cargo de C. Alarcón y se titula «Condiciones de validez sintáctica». El artículo comienza señalando una diferencia fundamental entre los conceptos de validez deóntica semántica y validez deóntica pragmática, y la validez deóntica pragmática: mientras que los dos primeros se predicán de los enunciados deónticos y de los actos deónticos respectivamente, el tercero se predica de los *status* deónticos. Los dos epígrafes siguientes están dedicados a profundizar en los conceptos de validez sintáctica athética e invalidez sintáctica athética. En el primero examina la tesis de que la validez pragmática de un acto lingüístico no es condición necesaria de validez sintáctica del *status* deóntico producido; para lo cual analiza los tres paradigmas de T. Geiger antes mencionados. En el segundo epígrafe discute la tesis contiana de que la validez pragmática de un acto deóntico sea condición suficiente de la validez sintáctica del *status* deóntico producido.

El apartado «Semántica de la validez» da comienzo con un trabajo de A. G. Conte, titulado «Deóntico vs. dianoético», donde el autor se replantea la siguiente cuestión [analizada anteriormente en *Lógica et normas* (1965)]: si una norma es dianoéticamente válida en relación a otras normas, ¿es por ello también deónticamente válida en el ordenamiento en el que son deónticamente válidas las normas en relación a las cuales es dianoéticamente válida? Después de señalar las limitaciones que a esta cuestión diera en 1965 («la validez dianoética de una norma no es condición suficiente de su validez deóntica»), responde que ahora que «el problema de las relaciones entre lógica y normas se configura en términos diferentes para las diferentes especies de normas», más concretamente señala que se configura en términos diferentes en el caso de las reglas hipotético constitutivas.

El siguiente trabajo de C. Alarcón se titula «Condiciones de validez semántica». En él el autor examina una cuestión central de la lógica deóntica, como es la de la posibilidad de realizar inferencias entre normas. En relación con esta cuestión analiza en primer lugar la tesis de de Kelsen, para más adelante profundizar en la de Radice: en esencia C. Alarcón se propone disipar la ambigüedad de la tesis de este autor despejando, de la mano de Conte, la ambigüedad de dos conceptos: el de «norma» y el de «validez deóntica». De esta manera cuenta con el instrumento conceptual necesario para responder a la cuestión de ¿en qué sentido es deónticamente válida una norma inferida de otra norma deónticamente válida? Para C. Alarcón la cuestión hay que plantearla en términos de «relación condicional *asimétrica*» entre los conceptos de «validez sintáctica» y «validez semántica»: «(i) La validez sintáctica de un *status* deóntico general *no* es condición suficiente de validez sintáctica de los *status* deónticos individuales; la validez semántica de un enunciado deóntico general *sí* es condición suficiente de validez semántica de los enunciados deónticos individuales. (ii) La validez sintáctica de un *status* deóntico *sí* es condición suficiente de validez semántica del enunciado deóntico correspondiente al *status* deóntico; la validez semántica de un enuncia-

do deóntico *no* es condición suficiente de validez sintáctica del *status* deóntico al que corresponde el enunciado deóntico».

El tercer vértice del triángulo deóntico es la Pragmática, a la que está dedicada la tercera parte. En el primer artículo «Performatividad vs. imperatividad» A. G. Conte analiza algunos aspectos de la teoría de la performatividad. En primer lugar, A. G. Conte pone de manifiesto que la idea de performatividad fue teorizada, mucho antes de que J. Austin le diera su nombre, por L. Lessius, *De justitia et iure* (1609) y E. Koschmieder. En segundo lugar, analiza las condiciones de validez pragmática, que son de dos tipos: condiciones praxeológicas y condiciones praxeonómicas: las primeras derivan del propio concepto del acto, las segundas están théticamente determinadas por una regla anakástico-constitutiva sobre la validez. Posteriormente examina los performativos théticos (en cuanto que son los performativos más relevantes para la deóntica y para la filosofía del lenguaje normativo), ofreciendo numerosos ejemplos de los mismos. Por último, analiza las dos teorías existentes acerca de las relaciones entre performatividad y normatividad: la que afirma que lo performativo es una especie de lo deóntico (K. Olivecrona), y la que reconoce la especificidad de la performatividad thética (H. Spiegelberg).

El último estudio de este apartado dedicado a la semiótica de la validez lleva por título «Condiciones de la validez pragmática». C. Alarcón comienza analizando algunas de las distinciones contianas entre las dos especies de reglas técnicas anakásticas: reglas praxeonómicas y reglas praxeológicas de un lado, y los dos tipos de validez pragmática: la validez pragmática praxeonómica y la validez pragmática praxeológica, de otro. Pues bien, esta introducción a los conceptos contianos resulta imprescindible dada la finalidad del iusfilósofo sevillano: poner en cuestión el carácter athético que según Conte posee la validez praxeológica. Según C. Alarcón, la validez pragmática de un acto deóntico depende siempre de reglas, bien sea por reglas anakástico-constitutivas, o por reglas eidético-constitutivas.

El tercer apartado del libro lleva por título «Negación de validez», e incluye dos trabajos, «Negación en Deóntica» de A. G. Conte y «Derogación en Deóntica» de C. Alarcón. Comienza Conte presentando dos hallazgos filológicos de historia de la deóntica: el primero es un ensayo de un filósofo polaco, J. Sztykgolg, titulado *Negacja normy* (La negación de una norma), y el segundo es la aparición del sintagma «*negation-norm*» en *Norm and Action*, de G. H. von Wright. A partir de aquí, A. G. Conte se plantea las que, a su parecer, son las dos preguntas fundamentales de la deóntica de la negación: ¿Puede una norma *tener* una negación?, y ¿puede una norma *ser* una negación? En el epígrafe siguiente analiza la contribución de J. Sztykglod a la deóntica de la negación, distinguiendo cuatro tesis del mismo (tres de ellas de semántica y una de pragmática): 1) la verdad tiene un *análogon* deóntico; 2) este *análogon* es la «justeza»; 3) la «justeza» corresponde estrictamente a la verdad de la que es el *análogon* deóntico, y 4) para las normas valen todas las tesis de la lógica proposicional que valen para los enunciados apofánticos. El epígrafe 3 de este artículo, «La negación de la norma», es la traducción castellana del ensayo de J. Sztykgold presentado como comunicación al II Congreso de filósofos polacos, celebrado en Cracovia en 1936, así como las intervenciones de otros autores. La importancia de este artículo reside en plantear quince años antes de que G. H. von Wright lo hiciera en *Deontic Logic*, los problemas que más tarde darían lugar a una nueva rama de la lógica: la lógica deóntica.

El último artículo de C. Alarcón se titula «Derogación en deóntica». En primer lugar, se refiere a la disposición derogatoria 1.^a de la Constitución: es una regla constitutiva, más concretamente thético-constitutiva, en cuanto que «basta como condición de aquello sobre lo que versa» o, en otras palabras, «la constitutividad de una norma derogatoria..., consiste en que la regla *produce estados de cosas théticos* subsistentes en el ordenamiento y por el ordenamiento al que pertenece: produce théticamente la invalidez de una norma». Más adelante analiza el artículo 2.2 del Código Civil, calificándolo como regla metatético-constitutiva (es una regla que pone condiciones *suficientes* de invalidez deóntica). La mayor parte del artículo está dedicada al tema «Derogación constitucional y Norma Fundamental», en que examina el *puzzle* constitucional de Ross: según C. Alarcón, la paradoja deóntica que se deriva del dicho *puzzle* se debe «a la confusión acerca de la naturaleza de la norma que regula la derogación y reforma constitucional, en algunas ocasiones considerada “regla constitutiva” y en otras ocasiones considerada “regla hipotético-constitutiva”». El autor defiende la solución dada por el propio Ross, pero critica el camino seguido por éste para llegar a ella. Si se considera que el artículo 88 de la Constitución danesa es una regla nómico-constitutiva, no es autorreferente porque se refiere a la norma fundamental (no carece de significado porque atribuye un predicado a una expresión lingüística a través de otra expresión construida en un metalenguaje), y tampoco es contradictoria (más exactamente no es contradictoria la inferencia que hace Ross al explicar la paradoja). El artículo finaliza con una crítica del autor a la crítica que Guastini realiza a la solución ofrecida por Ross para resolver el *puzzle* constitucional. El libro se cierra con una bibliografía de los trabajos mencionados en el libro, cuya utilidad va más allá del presente libro, pues constituye una fuente de información imprescindible para todo aquel que quiera adentrarse en los temas analizados.

Por último, no cabe sino alabar el esfuerzo realizado por los autores al aglutinar en esta obra las distintas vertientes (semántica, sintáctica y pragmática) del concepto de validez, fundamental para comprender la deóntica kantiana. Hay que señalar también que las dificultades que plantean los temas abordados por los autores quedan ampliamente compensadas por el tratamiento exhaustivo y meditado de los mismos. En definitiva, se trata de un libro totalmente recomendable para todo aquel que pretenda profundizar en la filosofía del lenguaje normativo.

Victoria ITURRALDE SESMA

Neil DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, 520 páginas.

Patterns of American Jurisprudence es un intento de comprender y abarcar las principales tendencias del pensamiento jurídico norteamericano de los siglos XIX y XX. Conforme con la inclinación que prospera entre los historiadores del pensamiento anglosajones, Duxbury asume que el entendimiento de formas de pensar de otro tiempo, sujetas a circunstancias pasadas y a motivaciones tal vez diferentes de las que hoy dominan, precisa de una consideración conjunta de la forma de pensar y del contexto en que surgió.

Así es como Neil Duxbury nos propone un examen de las diferentes trayectorias seguidas por la teoría del Derecho estadounidense, en el que el análisis interno de las diferentes corrientes de pensamiento se combina con la situación de las mismas en el entorno intelectual, académico, social, económico y político de la época.

Esta concepción contextual de la historia del pensamiento jurídico es importantísima para Duxbury, que cree que la forma en que entendemos los conceptos y los temas de la teoría del Derecho influye en la forma en que hacemos historia del pensamiento jurídico. Consecuentemente, es vital entender tales conceptos y temas de manera correcta, y para ello necesitamos recurrir a la comprensión del contexto en que fueron desarrollados.

Por otra parte, la presentación que nos ofrece Duxbury en su libro rehuye explícitamente el modelo pendular de la evolución de las ideas jurídicas. El autor intenta demostrar que determinadas concepciones acerca del Derecho no surgen en respuesta crítica a otras concepciones dominantes en ese momento, sino que cada diferente concepción sigue un proceso, relativamente lento, de incubación, desarrollo, madurez y declive; en cualquiera de estas fases, desde luego, la concepción de que se trate puede entrar en pugna con otras, y salir victoriosa o derrotada de dicha pugna. Pero este hecho no es determinante de su especificidad, sino resultado de ella.

Según Duxbury, el pensamiento jurídico norteamericano se caracteriza por la coexistencia en su seno de varios modelos: el formalista, el realista, el procesual y el enfoque de análisis económico del Derecho coexistieron por algún tiempo, y ninguno ha llegado realmente a desplazar a los demás; el realismo feneció, víctima de sus propias insuficiencias, pero dejando una herencia que otros movimientos aprovecharían más adelante; los demás modelos han pervivido de un modo u otro. El movimiento de los *critical legal studies* también parece estar debilitándose, sin que ello pueda atribuirse a un empeño singular por parte de los académicos más conservadores en desacreditarlo.

Patterns of American Jurisprudence se compone de una introducción y seis capítulos, respectivamente, dedicados a la caída del formalismo jurídico, a la evolución del realismo, a la propuesta «post-realista» de Harold Lasswell y Myres McDougal, que se apoya en la ciencia política, al retorno al pensamiento jurídico racionalista que caracterizó a la *process jurisprudence*, al análisis económico del Derecho, y al movimiento de los *critical legal studies* y sus epígonos actuales (las *race theory*, *pragmatist philosophy*, *feminist theory*). Hagamos un somero repaso de cada uno de estos temas.

En el capítulo primero de su obra, Duxbury nos presenta el pensamiento jurídico formalista en los Estados Unidos como el doble producto de las facultades de Derecho y de los tribunales. Necesario como actitud intelectual para facilitar

el nacimiento y la consolidación de las disciplinas científicas, el formalismo se extendió durante el siglo XIX, y se plasmó en un método de enseñanza del Derecho, conocido como el *case-method*, y en la adopción de la doctrina del *laissez-faire* por los tribunales norteamericanos, una doctrina curiosamente entreverada de evolucionismo y darwinismo social -creencia en la supervivencia del mejor adaptado.

El formalismo jurídico en su doble vertiente fue puesto en entredicho ya a finales del siglo XIX. Así lo prueba, dice Duxbury, el pensamiento de Holmes, de Pound y de Gray. De Holmes, Duxbury destaca el poderoso influjo que en él operó el pragmatismo americano, y que le llevó a la construcción de un pensamiento jurídico centrado en la gente y sus intereses. Pero Duxbury nos hace notar que, aunque Holmes se había mostrado crítico con la tradición formalista en el pensamiento jurídico, aunque había dicho que la vida del Derecho no era lógica, sino experiencia, no negaba un lugar para la lógica en el mundo del Derecho, y tenía un genuino interés en hacer que el estudio del Derecho fuese «científico», puntos ambos que la acercan a la propia tradición que critica.

En el segundo capítulo de su libro, Neil Duxbury nos relata la evolución de la crítica realista, sus virtudes y sus defectos. El autor caracteriza este movimiento como un *estado de ánimo intelectual (intellectual mood)*, que consistió en una insatisfacción con el formalismo jurídico, pero que fue además sólo una pieza de un escenario intelectual y político más amplio. Dicha insatisfacción indujo a los realistas a intentar incorporar las ciencias sociales a la enseñanza del Derecho, lo que a su vez elevaría la disciplina jurídica de modo incuestionable a la categoría de ciencia. Así descrito, pues, el realismo jurídico fue un intento de convertir la Teoría del Derecho en una ciencia aplicada.

El realismo es el producto de una evolución lenta y vacilante, nos dice Duxbury. Con ello desacredita la versión clásica, que sostiene que el «realismo» es un movimiento que surgió acuñado por Llewellyn en su conocida polémica con Roscoe Pound. Esta polémica, sujeta al escrutinio de Duxbury, que acude en busca de ayuda a otros investigadores que han tratado a fondo el aspecto histórico de la cuestión, resulta no ser más que un enfrentamiento en que Llewellyn quiere demostrar que la nueva forma de hacer ciencia del Derecho es diferente de la vieja de Pound sin que, a juicio de Duxbury, haya razones para pensar que el realismo no fue sino una continuación del escepticismo de Holmes y la *sociological jurisprudence* de Pound.

El autor sostiene que, estorbados por una cierta falta de visión y de estrategia científica, los realistas insistieron demasiado en la reacción contra el formalismo, y se preocuparon demasiado poco por definir el propio concepto de interdisciplinariedad que tanto defendieron. Por otro lado, el realismo también incurrió en vicios formalistas, por querer superar las insuficiencias de la idea de seguridad jurídica formalista, por el procedimiento de sustituirla por una nueva idea de seguridad jurídica que se apoye sobre las ciencias sociales.

El capítulo tercero de *Patterns of American Jurisprudence* está dedicado al pensamiento de dos autores «post-realistas» que formularon una teoría del Derecho y unas propuestas de reforma de la enseñanza del Derecho particulares: se trata de Harold D. Lasswell y de Myres McDougal.

Lasswell y McDougal vinieron a construir una teoría del Derecho que, sin prescindir de los postulados esenciales del realismo, no pudiese ser achacada de ser nihilista en cuanto a valores. Ello a tono con la preocupación dominante en la política en tiempo de la Segunda Guerra Mundial, en la que el fascismo fue considerado como una amenaza potencial contra la que había que combatir, también

desde el terreno del pensamiento jurídico. Lasswell y McDougal, originalmente preocupados por el empobrecimiento intelectual de las facultades de Derecho, terminaron buscando una forma de establecer un orden mundial post-bélico, apoyado en valores e ideales propios de la democracia norteamericana, y cristalizando su pensamiento en una teoría del Derecho internacional. En lo que respecta a la componente neorrealista de su pensamiento, fracasaron parcialmente. Duxbury sostiene, sin embargo, que el suyo fue el primer intento realizado por norteamericanos de concebir el ejercicio del Derecho en sus diferentes facetas como una empresa abiertamente política. Además, su *policy science* estuvo demasiado preocupada por diseñar una metodología propia, y demasiado poco por la utilidad práctica de la misma. Por otra parte, dado que Lasswell y McDougal diseñaron un modelo que permite el progreso político y social, pero no definieron el término «progreso», sus propuestas no pasaron de ser un catálogo de objetivos difusos y de puntos a clarificar.

El capítulo cuarto de *Patterns of American Jurisprudence* lo dedica Duxbury al examen de lo que podríamos llamar la tradición racionalista en el pensamiento jurídico norteamericano. Una vez más, Duxbury nos recuerda que esta tradición no surgió en respuesta crítica al realismo, puesto que una y otro surgen y evolucionan históricamente en paralelo. En este aspecto, la *process jurisprudence* se revela como una faceta de la cultura norteamericana, que en consecuencia continúa apareciendo en el pensamiento jurídico contemporáneo. La *process jurisprudence* quiere convertir la razón en el motor del pensamiento jurídico, si bien al término *reason* se le otorga un significado que cambia según quien considere el término. Y es que la *process jurisprudence*, nos dice Duxbury, es un fenómeno de maduración colectiva de un pensamiento; está fundada en una actitud concorde, más que en una estrategia.

Aunque el término «proceso» ya se empleaba en tiempos de Langdell, y fue del interés de Holmes y de los realistas, la *process jurisprudence* adopta un concepto de «proceso» mucho más sofisticado, que se convirtió en concepto central de su pensamiento a partir del momento en que se volvió a dar vida al concepto de «principio». Duxbury repasa el proceso de recuperación de este concepto por la teoría jurídica estadounidense, por Robert M. Hutchins, John Dickinson y Lon L. Fuller.

Para Duxbury, el término «proceso» tuvo una enorme importancia en el desarrollo de la perspectiva del consenso racional que dominó el pensamiento político estadounidense a partir de la Segunda Guerra Mundial. Lo que mueve a Duxbury a examinar qué respuestas se había dado a la cuestión de si el consenso era o no un factor de gobernación en los Estados Unidos durante la primera mitad de este siglo. Al final de esta trayectoria se pensaba en un sistema democrático fundado sobre un consenso racional sobre convicciones políticas, sin el cual no soportaría las permanentes tensiones de la lucha política. La tarea de la ciencia política, pues, consiste en hallar técnicas eficientes de realización de los valores sobre los que exista un amplio consenso; como dice Duxbury, la estructura social existente sería el criterio de la racionalidad política.

Un aspecto interesante de la obra de Duxbury consiste en que aborda, bajo la óptica del historiador del pensamiento jurídico, desarrollos relativamente recientes, como lo son los últimos hitos del análisis económico del Derecho, el movimiento de los *critical legal studies*, y las excrecencias del mismo surgidas en los ochenta, como la *feminist jurisprudence* o la *race theory*.

En el capítulo quinto, Duxbury nos narra toda la historia de la interconexión entre el pensamiento jurídico y la ciencia económica en los Estados Unidos. Ésta

se remonta a finales del siglo XIX, y se mantiene hasta la fecha, adoptando diferentes formas y con propuestas diferentes, y sin que se pueda hablar de una verdadera continuidad y homogeneidad en su pensamiento. Mientras los primeros analistas económicos del Derecho (entre los que se encontraban los institucionalistas) se interesaban por cuestiones muy fundamentales a propósito de la relación entre el Derecho y la distribución de los recursos, la tradición de análisis económico del Derecho centrada en la Universidad de Chicago asume los perfiles de un retorno a la economía neo-clásica, perfeccionándola y dotándola de instrumentos de comprobación empírica. Entre las varias figuras de esta tradición cuya trayectoria intelectual analiza Duxbury, destacan Milton Friedman, Ronald Coase y Richard Posner. En particular, merecen el interés de Duxbury los recientes intentos de extender el análisis económico del Derecho a ámbitos de regulación no primariamente económica, como la familia o la criminalidad y que, a su juicio, con todo lo que implican de aberración, significan la demostración de que las herramientas del análisis económico pueden ser potencialmente extendidas a todos los campos del Derecho, así como ponen de manifiesto que es posible y hasta conveniente una integración de la economía con las demás ciencias sociales.

Por lo que hace al movimiento de los *critical legal studies*, Duxbury señala que estamos ante uno de los pocos movimientos de pensamiento jurídico norteamericano que sí ha surgido en respuesta crítica a los demás, al tiempo que se declara explícitamente sucesor del realismo jurídico -afirmación ésta que, de todos modos, hay que tomar con las debidas cautelas.

Duxbury traza los orígenes políticos del movimiento en las revueltas universitarias de los años sesenta, y señala interesantes paralelos entre éstas y aquél, siendo muy crítico con la «cultura de la queja» y la sumisión de la libertad de pensamiento a la corrección política que el movimiento crítico ha propiciado. Las figuras principales del movimiento, Morton Horwitz, Duncan Kennedy y Roberto Unger, reciben la atención de Duxbury, utilizando su pensamiento para trazar a grandes rasgos el ideario de la teoría crítica: rechazo del consenso político y social liberal, que resulta opresivo por mor de sus contradicciones internas (en el orden liberal existiría una contradicción no resuelta entre libertad y dominación); prédica de la necesidad de trascender el orden liberal *vía* diseño de otro apoyado en valores de tipo comunitario, y esfuerzos (son notables los de Unger) por construir una nueva utopía social y política, sobre las ruinas del orden liberal.

La obra de Duxbury puede ser considerada, por el detalle de sus consideraciones, y por la riquísima documentación que el autor ha manejado sabiamente, como imprescindible para todos aquellos que quieran conocer las principales tendencias del pensamiento jurídico norteamericano, aunque el enfoque contextual pueda resultar al lector un tanto dispersador de la atención, y de poca ayuda al análisis crítico de dicho pensamiento. Su análisis del realismo, en particular, resulta revelador en muchos puntos, y pone en entredicho ciertas versiones algo simplificadas y sesgadas de este movimiento que circulan por Europa.

En cuanto a la tesis de Duxbury de que las corrientes intelectuales siguen dinámicas propias, convendría, de todos modos, no olvidar que es muchas veces el diálogo externo con otras tradiciones lo que hace a una o a otra cristalizar como tales corrientes, fenómeno que serviría para explicar por qué la visión pendular de la historia del pensamiento, tan denostada por Duxbury en este libro, ha gozado de tanto predicamento.

Félix Francisco SÁNCHEZ DÍAZ

Vittorio FROSINI, *La letra y el espíritu de la ley*, prólogo de Carlos Alarcón Cabrera, Ariel, Barcelona, 1995, 158 páginas.

La tensión entre la legislación y la interpretación jurídica no es una cuestión novedosa. Sobre este respecto Adolf Merkl ha destacado que ambas actividades encarnan el rostro bifronte del Derecho, produciéndose entre estos dos extremos una paradójica y simultánea relación de atracción-repulsión que permite su complementariedad aunque no su definitiva identificación.

Ahondando en estas consideraciones Vittorio Frosini parte del «círculo hermenéutico» en el que se subsumen tanto el tenor literal del texto legal como su intérprete, aproximándose con particular interés a la recíproca comunicación dialéctica que se registra a lo largo del proceso de elaboración, exégesis y aplicación de una norma. Discrepando de aquellas corrientes doctrinales que, como en la Escuela analítica de Oxford, propugnan la reducción de la ley a una faceta estrictamente semántica y postergan a la interpretación a una paráfrasis explicativa del contenido lingüístico de la ley o a una eliminación de las dudas y de los equívocos verbales, nuestro autor sostiene que si se acepta a la ley no sólo como un objeto cognoscible o mensaje informativo, sino como un instrumento a través del cual el operador jurídico interviene en el mundo de la acción, modificándolo y estructurándolo mediante sus efectos, entonces la interpretación desempeñará una función crucial que garantizará la perfecta correspondencia entre la ley y la intención del legislador, habida cuenta de que, como señala Frosini, si se prescindiera de dicha actividad, la información legislativa sobre el comportamiento a seguir carecería de significado.

Así pues, de todo cuanto antecede se desprende que, para el iusfilósofo italiano, la ley se entiende como una experiencia de vida civil con carácter universal, utilizando aquí su acepción general y no la singular, esto es, refiriéndose al ordenamiento jurídico en su globalidad, al Derecho comprendido como una estructura colectiva de comportamientos sociales que se incardina en la historia de la civilización humana; de ahí que en este libro el espíritu de la ley se valore desde una perspectiva amplia en la que se analice no sólo la conexión existente entre la legislación y la interpretación, sino también la correlación que media entre la ley, el ordenamiento y los principios, distanciándose así de la concepción defendida por Montesquieu, para el que la ley, en su convergencia con la razón del hombre, se circunscribiría a aquellos casos en los que se empleaba la *ratio*.

De especial relevancia se nos antoja la apelación realizada por Frosini al objetivismo hermenéutico, pues, como anteriormente señalara Guido Fassò, el trabajo del intérprete se desarrolla a través de una estructuración de la realidad social siguiendo los parámetros exigidos por la ley y no al contrario, ya que, según nuestro autor, si se verificase la inversión de esta tendencia, estaríamos ante una evidente patología del Derecho: la invocación del *Volksgeist* como medio para eludir el *minimum* de legalidad y seguridad jurídica exigible al sistema jurídico de cualquier Estado de Derecho, justificando así en cualquier soporte material exegético (desde una simple sentencia judicial a cualquier disposición administrativa) el recurso a lo que Frosini denomina «cautelos ideológicos» externas a la *vox legis*. Por todo ello, creemos que cabe resaltar la exquisita ponderación con el que éste ha descifrado la incógnita motivada por la interpretación de los principios generales del Derecho, sobre todo si tenemos en cuenta el mayor índice de dificultad que esta operación ofrece dentro de un orden jurídico positivo como el europeo, tan diverso del anglosajón —en donde prevalecen la jurisprudencia—

dencia y el Derecho consuetudinario—, lo cual induce a pensar que aunque la afinidad de la propuesta doctrinal de Frosini con la teoría de los «derechos tomados en serio» de Ronald Dworkin resulta obvia, no pueden soslayarse la trascendencia y la originalidad de unas investigaciones consagradas a la armonización de las dimensiones en las que se articula el Derecho.

Sin llegar a quebrar la jerarquía de fuentes normativas, Frosini sugiere unos paradigmas axiológicos que cristalicen y se contemplen en los derechos humanos, los cuales constituyen el último fundamento al que hay que remontarse para conferir validez a las leyes, en contra de lo que mantienen los partidarios del positivismo jurídico. Sin embargo, como indica Carlos Alarcón Cabrera en el prólogo de esta obra, conviene subrayar el hecho de que el profesor de la Universidad de «La Sapienza» trata de superar la tradicional polémica que ha enfrentado a las corrientes iusnaturalistas e iuspositivistas, proponiendo al jurista encargado de la interpretación jurídica una mayor observación de la letra de la ley, pero sin renunciar a una conciencia reflexiva o «nomológica» que le incite a una percepción de la Ley, en mayúsculas, como principio universal de la experiencia humana.

En suma, de la crítica expuesta por Frosini en su manual dimanaban continuamente una serie de apuntes y sugerencias orientadas a esclarecer y detectar aquellas lagunas aún inexploradas de la interpretación jurídica, suministrándonos además datos de indiscutible valía que, sin temor a incurrir en un error, nos permiten aventurarnos a predecir que servirán no sólo para avivar la controversia en los foros de debate iusfilosóficos, sino que también proporcionarán un flujo inagotable de motivos para la reflexión sosegada del lector.

Fernando H. LLANO ALONSO

**Emmanuel MOUNIER, *Obras Completas* (varios traductores),
Salamanca, Ediciones Sígueme, 1988/1993 (4 vols.).**

Desde que Emmanuel Mounier viajara a España en 1930 buscando conocer a Unamuno, hasta que en 1993 se publique en castellano el último de los volúmenes de sus obras completas, han pasado más de sesenta años, durante los cuales la relación del francés con nuestro país y nuestra cultura ha sido siempre desigual. Ya no digamos con nuestra filosofía del Derecho, que mayormente –creo yo– lo desconoció. Sin embargo, curiosamente, la relación que Mounier guardó con España comenzó en los ámbitos iusfilosóficos, de la mano de su amistad con José María Semprún Gurrea, abogado madrileño, hombre metido en la política republicana, pero también ayudante de Recaséns durante algún tiempo, en la Universidad Central. Creo que en la etapa de los treinta, al igual que Mendizábal fue el representante de Maritain en España, Semprún lo fue de Mounier. Por eso sería en *Cruz y Raya* donde primero apareció el personalista con un artículo que traduciría el mismo Semprún, «El movimiento *Esprit* y la revolución espiritual» (1934), y luego otra vez firmando un manifiesto colectivo contra el fascismo y el comunismo, «El clavo ardiendo. No y no» (1934). Mientras tanto se va constituyendo un grupo de amigos de *Esprit* en España, donde se integran avanzados democristianos: Romero Otazo, Ruiz Manent, Serrahima, Mendizábal, Legaz y el propio Semprún, entre otros.

La guerra civil constituirá el siguiente capítulo en la relación de Mounier con España. Con grandes tensiones, el grupo citado se disuelve, mientras Mounier, desde las páginas de su revista, tomará opción por el contendiente republicano, si bien con el paso del tiempo irá matizando su postura. La conflagración española no sólo había hecho desaparecer un incipiente arraigo de personalismo mounieriano en nuestro suelo, sino que iba a significar su silencio durante largo tiempo. El franquismo consideró enemigos al comunismo, el socialismo y el liberalismo, pero nunca pudo comprender que afamados católicos le enfrentaran abiertamente con su crítica. Maritain, el más conocido, fue objeto de las iras de los pensadores del régimen, pero a Mounier ni siquiera se le concedió ese trato; al menos como regla general, se le ignoró.

Así, durante los cuarenta, de Mounier y de su pensamiento casi nada se supo. Salvo alguna referencia incidental o cierto influjo que se observará en algún iusfilósofo (Legaz), silencio. Hasta que cuando ya finalizada la década, aparece en la editorial de la Revista de Occidente su *Introducción a los existencialismos* (1949), un cabal estudio sobre la última filosofía europea. Desde entonces y hasta los sesenta, poco a poco, alguna que otra traducción, algún que otro artículo. La recepción –creo– se fijará más en la vertiente especulativa que en la crítica, sobre todo en la que pudiera ser la crítica del franquismo, frente a aquel «desorden establecido».

En los sesenta, sin embargo, cambiarán las cosas, y Mounier comenzará a ser conocido, si bien de formas distintas. Por lo que se refiere a la filosofía jurídica, el grupo en torno a Ruiz Giménez, aun con diversas tendencias, será más maritainiano que mounieriano, es cierto, pero el proyecto de apertura que fue *Cuadernos para el Diálogo* ya dio acogida global a la línea personalista. Allí publicarán tanto Alfonso Comín cuanto Carlos Díaz, apareciendo un Mounier más o menos socialista o más o menos anarquista, más o menos político o más o menos ético, con matices distintos en cualquier caso. El personalista se conoce cada vez más, sirviendo muchas veces de puente entre cristianos y marxistas, y así hasta avanzada la siguiente década, la de los setenta. También durante esos años, y ya en la iusfilosofía, aparecen trabajos de corte académico sobre Mounier como los de Abril Castelló, o más referencias de Legaz, por ejemplo.

Después, según avanzan los ochenta, Mounier va recayendo en el olvido y el desinterés. En los ámbitos filosóficos será Carlos Díaz quien mantenga su bandera, cuando el predominio de un pensamiento de corte analítico desprecie al francés por metafísico. Precisamente el *Instituto Emmanuel Mounier*, impulsado por C. Díaz, ha colaborado en la cuidada edición de las *Obras Completas* ya aparecidas. Iusfilosóficamente hablando, otro tanto, pero sin ningún representante de sus ideas. Sin embargo, ¿ya no tiene Mounier nada que decir a la filosofía social, a la filosofía del Derecho? Por si no fuera así, sean bienvenidas sus *Obras Completas*.

Nosotros, aquí, pretendemos, quizá más simbólicamente que de hecho, recuperar la argumentación de Mounier, y para ello nos ofrece una excelente excusa la publicación de sus obras en castellano. Lo que queremos es recordar a un Mounier frecuentemente olvidado, cualquiera sabe si justa o injustamente (pues no es momento de discutir acerca de la virtualidad de la justicia).

El hecho es que los cuatro volúmenes de la obra de Mounier aparecen en castellano, posiblemente para recordarnos, esta vez en nuestra «lengua patria», que mucho de lo que se está diciendo ya se dijo y, aunque ésta no sea una razón para dejar de decir, que es útil tener presentes las argumentaciones ya formuladas —como la de Mounier—, para bien o para mal, por continuar proponiendo y debatiendo en un camino abierto en el que sólo quede ir hacia adelante a partir de lo ya «andado» por quienes con anterioridad se ocuparon de nuestras mismas preocupaciones.

Presentamos, pues, a Mounier en relación con el «comunitarismo» actual, el de Sandel, MacIntyre, Taylor, Bellah, Rorty..., por saber si nos presentan un *corpus* doctrinal compartido con aquél, por mucho que el reciente «comunitarismo» haya obviado todo paso por Mounier.

Últimamente Paul Ricoeur, en un estudio sobre la definición de la persona, de la comunidad y de la autoridad y sus relaciones¹, volvió a Mounier al que situó en su punto de mira junto a otros, como Strawson, Husserl o Rawls, desatendiendo el frecuente olvido en el que actualmente es sumido el «personalismo» mounieriano por aquellos que analizan la relación individuo-comunidad.

Ahora, nosotros, bien atentos al moderno comunitarismo, pretendemos poner en conexión, dentro del actual panorama iusfilosófico político y jurídico, la propuesta ética comunitarista de primacía de la «comunidad» —frente al liberalismo atomizador y disgregante—, con los postulados mounierianos.

Para ello abordaremos tres apartados.

I. «Comunitarismo» y «Personalismo» como reacción antiliberal

Al igual que el comunitarismo, Mounier critica el atomismo liberal promotor del aislamiento individual y la pérdida de los valores que posibilita el desarraigo y el «todo vale» en una sociedad en la que, por ser todas las opciones y respuestas posibles —«emotivismo»—, no hay una que pueda ser tomada por verdadera. Mounier criticará el «relativismo» conducente, exclusivamente, a la máxima búsqueda del placer y del interés individual; búsqueda frente a la cual el Estado y el Derecho tan sólo podrán ocuparse de intentar articular unos intereses en permanente conflicto.

El fracaso del «optimismo liberal» se cifra para Mounier, primero, en la asunción de ciertas premisas existencialistas e ideológicas que erigen al indivi-

¹ Agradezco al profesor Benjamín Rivaya su colaboración e interés en la elaboración de esta primera parte histórica que sirve de introducción.

En *Persona, Comunità e Istituzioni. Didattica Giustizia e Amore*. ECP. San Doménico di Fiesole, 1994.

duo como libre e igual desde el momento de la proclamación de sus derechos y, segundo, en la confianza formal en la capacidad del sujeto aislado para buscar y afirmar sus propios valores².

La Revolución Francesa, tan necesaria como determinaba la opresión frente a la que reacciona, hoy sólo representaría el esperanzador intento que, en sus esfuerzos por liberar al sujeto de las estructuras opresoras a las que se hallaba sometido, acaba convirtiéndose en el expediente «legalizador» de la vacuidad y la deslegitimación del individuo a manos del sistema de mercado instalado para satisfacer los intereses de la burguesía capitalista que se consagra en la Declaración de Derechos de 1789³.

El individualismo liberal se presenta como la encarnación de la concepción subjetiva, de la técnica industrial, del sistema jurídico y de las estructuras éticas en los parámetros capitalistas⁴. Así, la crítica frente al capitalismo es reflejada, por Mounier, sobre el ámbito ético más estrictamente personal, para hablarnos de la desintegración de la subjetividad; por eso, el capitalismo burgués instrumentalizado a partir del liberalismo económico, es, en realidad, el soporte del liberalismo ético, político y jurídico y, por eso, con el liberalismo, la única libertad efectiva es la de «una minoría de privilegiados que, monopolizando el tener, coloniza el poder y el saber».

Se comprende, así, la crítica de Mounier hacia la formulación y proclamación de unos derechos individuales universales que, para él, al igual que para el «comunitarismo», es inaceptable; el argumento fundamental y compartido es el del ostracismo que promueven al enmascarar al sujeto tras el conjunto de sus derechos, despertando así su individualismo más radical y egoísta. Un cierto comunitarismo, más radical, enfatizará sobre la inaceptable representación de primacía del sujeto sobre la comunidad, a la par que sobre el argumento de que el universalismo individualista supone y promueve la negación del particularismo ético de cada comunidad concreta; sin embargo —siendo cierto que Mounier no es ajeno al «particularismo comunitarista»—, su crítica parece deslizarse, más bien, hacia la articulación de los derechos en la Declaración de 1789, como promotora del individualismo que enmascara el interesado anhelo de las elites económicas.

II. Crítica y prevención de los totalitarismos

Mounier, a diferencia del grueso de la corriente comunitarista —que así ofrece un fácil y accesible flanco de crítica frente a sus postulados—, resaltó el «ries-

² De ambas premisas se seguirá, o bien del eclecticismo propio del más recio y legítimo relativismo reafirmado por el «todo vale», o bien en un posicionamiento del individuo frente a una «realidad» de valores que se pretende objetiva y de la que el individuo es espectador y no partícipe.

³ A este respecto, recordar que la crítica de Mounier hacia tal Declaración se centrará en el exceso de racionalismo e individualismo de la Carta. Frente a la misma Mounier opondrá y propondrá otra que se esforzará por evitar los mencionados fallos manteniéndose «al ras de la realidad y añadiendo a los derechos de las personas los de las colectividades y los del Estado» (es cierto que, posteriormente, el mismo Mounier se mostrará escéptico frente a tal tipo de documentos).

Eludimos hacer mención de las referencias concretas de nuestras citas. La pretensión, más bien simbólica, es la de abstenemos, en la mayor medida de lo posible, de ofrecer una visión más analítica que global o de conjunto.

⁴ No queremos dejar pasar esta ocasión para apuntar cómo el actual comunitarismo, menos justificadamente que Mounier, yerra su caracterización de un liberalismo que es por ellos tomado, más parece interesadamente que de buena fe, de una forma monolítica que olvida —o voluntariamente pasa por alto— ya no sólo cuantos recursos ofrece el liberalismo, sino también el actual y variado esfuerzo doctrinal por diferenciar las distintas modalidades de liberalismo. A modo de ejemplo, se puede apuntar la distinción entre el «liberalismo clásico» —«neoliberalismo» o, simplemente «liberalismo», y la «socialdemocracia»— término, para Ruiz Miguel, identificable al de «socialismo liberal» (Ruiz Miguel/1995, 32, en «Igualdad liberal y socialdemócrata», *Claves*, núm. 53); esfuerzo éste al que Mounier es ajeno y frente al que el sector comunitarista más duro hace «oídos sordos» fundamentados en su defensa a ultranza de la «prioridad ética» de la comunidad sobre el individuo.

go» que entraña el volver a hablar de las «comunidades» como entes orgánicos necesarios para dotar de sentido pleno a la Persona.

A su crítica de los colectivismos organicistas sigue la forma de prevención de los totalitarismos en los que se encarnan.

La crítica de Mounier de las formas de colectivismo fascista, nazi y marxista, se orienta hacia los modelos de reacción que presentan (y representan) frente al denostado liberalismo, a partir de los cuales se delimitan unas estructuras opresoras de la persona «engullida» por una masa anónima –definida bien por ciertos valores que se erigen como nacionales o comunitarios o bien por su simple posicionamiento frente a quienes detentan los medios de producción–, dirigida, en el caso del fascismo y del nazismo, espiritualmente, por un líder que define y establece el discurso global sobre los valores personales, políticos y jurídicos⁵ y, en el caso del marxismo, por los postulados teóricos de la acción como reacción frente a los medios de producción, con lo que se cierra el círculo para volver al mismo punto de partida, el de la dirección del marxismo, en último término, por el capitalismo, al haberse olvidado de la definición y el posicionamiento de la Persona por no haber dado con la clave para diferenciar los medios necesarios para combatir la opresión capitalista, del resultado de tal ejercicio⁶.

La prevención, por su parte, en tanto que Mounier nos presenta al «individualismo» y «colectivismo totalizante y de vasallaje» como una moneda de dos caras, dos pasos consecutivos, habrá de ser una «prevención global», si es que no queremos caer en reacciones radicales y extremistas. De lo que se trata es de prevenir el individualismo, negándonos al racionalismo y al idealismo que encierran al individuo en su reducto existencial, pero no entregándonos a una «reacción espiritual» destinada a dotar al individuo de unos valores legitimados en la desesperanza, el miedo y la búsqueda de las seguridades proclamadas por el líder o el movimiento.

La prevención, pues, vendrá de la mano de la negación del individualismo y, paralelamente de la clara delimitación de la perspectiva comunitarista propuesta.

III. *Cuestiones controvertidas: «Persona», «Comunidad», «Sistema democrático y parlamentarismo»*

La crítica de la «*democracia parlamentaria y liberal*» corre paralela a la del liberalismo burgués y a *sus* proclamados Derechos, en tanto que pretendiendo responder a la opción frente a la relación antagónica individuo-sociedad, sobre la proclamación de la fórmula «optimismo de la persona, pesimismo del poder», en realidad no consigue resolver el verdadero problema, el de asegurar que la subordinación individual al sistema político y jurídico pase por la conservación de *su* «soberanía de gobernado».

En la democracia actual –o «formal»–, «soberanía popular», «voluntad general» y «parlamentarismo» no representan sino el lenguaje del engaño, que viene a encubrir toda una técnica, interesadamente manipuladora de los individuos, al servicio de los intereses del poder. Para Mounier, la «soberanía popular ya no es otra cosa que una fantasmagoría. En ella el Estado político... (representa) masas

⁵ «... culto de la raza, de la nación, del Estado, de la voluntad de poder, de la disciplina anónima, del jefe, de los éxitos deportivos y de las conquistas económicas».

⁶ A este respecto importa destacar la distinción, asumida por Mounier, entre el marxismo ortodoxo –leninista– y otros marxismos; a partir de la que se comprenderá mucho mejor la afinidad de Mounier, y su intento de establecer un diálogo, con aquellos comunistas que, ante la crítica, apuntada nos recuerdan «que la dictadura colectiva y minoritaria del proletariado no es más que una necesidad provisional, y que el marxismo ha puesto siempre como fin último “la manumisión del individuo”, el “reinado de la libertad” y la desaparición del Estado».

de gente “libre”, indiferentes, hastiadas, que votan no importa de qué manera» y se ponen ellos mismos bajo «el dominio de los poderes capitalistas que, por medio de la prensa y el Parlamento, mantienen el círculo de ese denigramiento».

La superación de la «democracia formal» vendrá de la mano de la verdadera concepción de la Persona y de la Comunidad, por eso, previamente, es necesario caracterizar a esa Persona y a esa Comunidad.

Respecto de la «*persona*», apuntará Mounier que, si el «personalismo» reivindica que la persona es en alguna manera un absoluto, sin embargo, no se está diciendo que es el Absoluto, y tampoco se está proclamando «el absoluto del individuo jurídico» —al modo del construido por los *Derechos del Hombre*—. Por eso, el personalismo pretende la integración de las dos realidades —igualmente depauperadas— que han sido convertidas en los dos elementos antagónicos y alternativos de una opción fundamental entre lo individual y lo colectivo, opción que vaciará de verdadero significado a aquella realidad tomada en detrimento, *ab initio*, de la otra, su rival.

Las directrices básicas cara a la descripción de la Persona serán: *primera*, y de acuerdo con los parámetros kantianos, que la persona no puede ser tomada, en ningún caso, como medio, ni por otra persona, ni, por supuesto, por su comunidad; *segunda*, que lo único impersonal que hay es la materia; así, no existe un Espíritu impersonal, un acontecimiento impersonal, un valor impersonal o un destino impersonal; *tercera*, consecuentemente, será condenable todo régimen que, de hecho o de derecho, considere como objetos intercambiables, a las personas, coartándolas, constriñiéndolas o imponiéndoles su vocación desde el exterior a partir de una tiranía del *moralismo legal*; *cuarta*, que el régimen legal, jurídico y económico tiene como función ayudar a la persona (sin coacción, a través de una educación sugestiva) a desprenderse de los conformismos y de los errores de otros sistemas, así como a darle, gracias al apoyo del organismo social y económico, «los medios materiales que son comúnmente necesarios..., para el desarrollo de esta vocación»⁷.

Y, por lo que se refiere a la «comunidad», si, para Mounier, «la persona sólo se realiza en la comunidad», de lo que se tratará será de buscar un estatuto conjugado de la persona y de la comunidad; desde esta perspectiva cobra pleno sentido el cuestionamiento acerca de «¿qué forma de comunidad integra a la persona y qué formas le repugnan?».

A partir del análisis de las comunidades imperfectas —descriptivas básicamente de individualismo y de los totalitarismos—, Mounier concluirá que *la única comunidad válida* es la «comunidad personalista», «*persona de personas*», porque «un *nosotros* orgánico, el *nosotros*, realidad espiritual consecutiva al *yo*, no nace de un desvaimiento de las personas, sino de su realización». En ésta, cada persona sería insustituible, el vínculo entre sus integrantes sólo sería el amor, cada persona se realizará en la totalidad de su vocación y cada persona hallará en los valores objetivos superiores comunes el lenguaje y el instrumento que la vincula a todas las demás.

El problema, bien lo reconoce Mounier, es que semejante comunidad *no es de este mundo*. Por eso, siendo conscientes de que el verdadero problema que se presenta, en tanto que no estemos hablando de una verdadera Comunidad de Personas, es el de la tensión individuo-sociedad, descriptiva de un régimen de «*subordinaciones conflictivas*», hemos de delimitar el grado o el punto hasta el cual Persona-Comunidad están comprometidos⁸. A este fin nos guiará una *regla absoluta*: que «toda sociedad temporal no existe sino en vista del bien propio de las Personas». Por

⁷ Debiendo evitarse en la línea de J. S. Mill, «por medio de los mecanismos de coerción material el nacimiento de injusticias derivadas de la libertad de algunos susceptibles de volverse contra la libertad de todos».

⁸ Por eludir el regreso subrepticio al «individualismo», dejando a la Persona en la plenitud de sus «facultades» más allá de toda forma de anonimato totalitarista y tiránico.

ello, para Mounier, no es admisible una razón de Estado legítima que vaya en contra de la justicia. A este respecto, nosotros, sólo cuestionaremos⁹, las pautas de definición y examen de los términos en los que se concreta la justicia de Mounier, pues sólo a partir de la misma podremos determinar si se admite o no se admite la «razón de Estado» —esta última posibilidad, indudablemente, vendría determinada por la adjetivización *a priori* de la «razón de Estado», tal y como ésta haya de ser entendida, como «injusta»— y, de ser admitida —en tanto que en ocasiones no sea contraria a la justicia—, ser conscientes de lo subjetivo y racionalista de esa argumentación sustentada, exclusivamente, sobre un determinado modelo de «justicia» subjetiva y contingentemente adoptado al respecto. Lo cierto es que, posiblemente, también la delimitación *a priori* de la razón de Estado como injusta, a pesar de sus pretensiones de universalidad, no sea menos subjetiva que aquella a la que acabamos de aludir.

En un esfuerzo por concretar la relación obligacional recíproca «Persona-Comunidad», apuntaremos cómo, para Mounier, la determinación de los deberes de las personas respecto de las sociedades se presenta como una labor más ardua que la inversa —que se define de un modo categórico.

A este respecto, parece que el individuo habrá de sacrificarse en favor de su comunidad hasta el límite de sus intereses «incluyendo la vida»¹⁰.

En este sentido se plantea, al menos, el problema práctico de saber, ya que las indicaciones que nos han sido propuestas están «sometidas a todos los desfallecimientos del juicio individual, a todas las mistificaciones del instinto», «cuando el sacrificio exigido por la comunidad deja de aplastar al individuo... para empezar a lesionar a las personas»¹¹, ¿cómo no caer nosotros también en tales desfallecimientos?, por tanto «¿quién juzgará cada vez?».

Pues bien, «los que esperan... “soluciones concretas”, es decir utopías armadas y rentables, refugios para la imaginación, pretextos para la irresponsabilidad personal, se verán decepcionados. *El mañana no nos pertenece, y sin duda es todavía inimaginable en el detalle de sus mecanismos*». Así, para Mounier, su único compromiso será el de la pertinente crítica del desorden establecido y de las rupturas que éste crea.

A modo de *conclusión*, tan sólo apuntaremos que esperamos haber podido aportar, siquiera, una mínima prueba de que el «personalismo» de Mounier incide en algunos de los postulados básicos del «comunitarismo» y que, a pesar de ser su visión del liberalismo global, extrema y, en cierto modo anacrónica, igualmente presenta toda una fenomenología acerca de los «riesgos» que conlleva la oposición al liberalismo y la opción por la primacía —ética o material— de la colectividad a tiranizar. Sirva, pues, la visión de Mounier para la depuración de aquel modelo caracterizado por reconocernos el juicio autónomo y la capacidad crítica suficientes para alejarnos, definitivamente, de todos aquellos modelos que no admiten más pronunciamiento que el sumiso consentimiento.

M. Leonor SUÁREZ LLANOS
Universidad de Oviedo

⁹ Soslayando, ya, la cuestión de la definición de «razón de Estado» y más aún de la concreción y justificación de su adjetivización como legítima.

¹⁰ Ahora bien, sobre esta premisa, Mounier establecerá dos condiciones: una, que el sacrificio lo sea a intereses de la comunidad —aún imperfecta—, y «no a sociedades de intereses materiales, confesados o disimulados»; la otra, que tal sacrificio quede referido a su individualidad, esto es, a todo aquello que está vinculado a sus intereses materiales.

¹¹ Pues nos estamos moviendo dentro del ámbito de la compulsión por la fuerza por parte de la comunidad sobre la persona, hacia la renuncia de los intereses mencionados; no de otra forma cobra verdadero sentido la argumentación de Mounier.

Lluís PEÑUELAS I REIXACH, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1996, 106 páginas.

De las dos labores que desempeña todo docente universitario, enseñanza e investigación, generalmente se tiende a primar la segunda y a dedicarle los mayores esfuerzos y cuidados, dejando la primera en un discreto segundo plano, como si fuese el enojoso precio que hay que pagar por saborear los deleites que ofrece la investigación. En los últimos años, sin embargo, se ha podido observar entre el profesorado universitario, y especialmente entre los juristas, una creciente preocupación por la mejora de la calidad de la docencia, tan criticada por lo que respecta a nuestras Facultades de Derecho, unida a una reivindicación de su importancia y complejidad. El libro que se recensiona se integra precisamente en esta línea de revalorización e intento de renovación de la actividad docente. Su autor es Lluís Peñuelas i Reixach, profesor titular de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Pompeu Fabra, que en este caso se adentra por los intrincados, pero apasionantes, caminos de la metodología de la docencia universitaria.

El libro se dirige principalmente a los profesores universitarios, proponiéndoles un modelo ideal de docencia que, al mismo tiempo que pretende eliminar las carencias de la enseñanza tradicional en las Facultades de Derecho españolas, intenta asumir las ventajas de otros sistemas educativos, principalmente los aplicados en las universidades norteamericanas de elite.

Así, a través de propuestas prácticas y de sugerencias factibles en nuestras aulas, Peñuelas se hace cargo de la difícil tarea de enseñar a los enseñantes. Para ello el autor se ha apoyado en los últimos avances sobre pedagogía universitaria, metaconocimiento y metaaprendizaje llevados a cabo fundamentalmente por pedagogos y psicólogos estadounidenses, así como de materiales elaborados por prestigiosos centros de mejora pedagógica.

La obra se estructura en cinco capítulos y una introducción donde se explican las razones del libro, sus finalidades y objetivos. Los dos primeros capítulos, titulados respectivamente «Los sistemas jurídicos occidentales» y «La docencia del Derecho en Estados Unidos», pretenden dar cuenta de dos tradiciones jurídicas diferentes, que se reflejan en dos formas diversas de entender el Derecho y, por tanto, de enseñarlo. No obstante, el autor indica cómo en la actualidad ya no es posible sostener una dualidad absoluta, pues ambos sistemas tienden a estar cada vez más cercanos. Esta cercanía permite asimismo el trasvase de métodos y formas de enseñanza. Precisamente el capítulo segundo está dedicado a la descripción de las técnicas educativas, los fines que éstas persiguen y el funcionamiento interno de un grupo escogido de Escuelas de Derecho norteamericanas. Peñuelas muestra especial atención por el método del caso, examinando no sólo su puesta en práctica, sino también las ventajas que aporta para el aprendizaje y, en virtud de todo ello, recomienda su aplicación a los enseñantes españoles.

Los tres capítulos restantes abordan el análisis de los objetivos docentes y los métodos propuestos para su consecución. Previamente, el autor ha clasificado tales objetivos en cuatro grupos: la comunicación de conocimientos, el desarrollo de las capacidades intelectuales, la inculcación de valores y actitudes, y la motivación del estudiante. Los tres primeros grupos de objetivos, así como sus métodos, son analizados en capítulos independientes. El único grupo que queda sin tratar de forma separada es el de la motivación de los estudiantes, pues, además de hacerse referencias puntuales sobre este aspecto a lo largo de todo el libro,

Peñuelas considera que la mejor forma de motivación es la que surge de la consecución del resto de los objetivos docentes y del entusiasmo que el profesor pone en su trabajo y transmite a sus alumnos.

En el capítulo tercero, titulado «Docencia de conocimientos», el autor comienza a desgranar los rasgos de su modelo ideal de docencia, que ha de ser «integral, interdisciplinar y significativa». Es decir, propugna una docencia que preste mayor atención a aspectos de la formación jurídica que en la actualidad no reciben un tratamiento suficiente, y que no son sólo aquellos relacionados con la dimensión práctica del Derecho, sino también los que tienen que ver con el aprendizaje de los valores jurídicos propios del ordenamiento y de la cultura jurídica en general. Esta docencia ha de ser también «interdisciplinar», porque el alumno debe integrar los nuevos conocimientos en el conjunto de su saber —no sólo jurídico— permitiendo la interrelación entre todos ellos. Y «significativa», pues la mejor —o la única— forma de conseguir el anterior objetivo consiste en fomentar un aprendizaje no memorístico, sino significativo, consciente de la adquisición de nuevos conocimientos y racional. Como método para alcanzar este tipo de enseñanza tan apetecido, el autor propone un determinado sistema de organización de las exposiciones teóricas, entre cuyas sugerencias se incluye la propuesta de explicación detenida del programa de la asignatura.

En el capítulo cuarto, titulado «Docencia de capacidades intelectuales», Peñuelas aborda la cuestión de la enseñanza de las técnicas de creación y aplicación del Derecho. En su opinión, para que esta enseñanza sea verdaderamente útil, debe combinar dos dimensiones complementarias. Por una parte, es evidente que hay que transmitir al alumno los conocimientos necesarios para que sea capaz de comprender y practicar estas técnicas. El autor sugiere en este sentido el desarrollo de un mayor número de explicaciones significativas y lecturas recomendadas, así como una atención más profunda al análisis de casos prácticos reales, argumentación de sentencias, etc., haciendo especial hincapié en el aprendizaje práctico del uso de las fuentes del Derecho. Sin embargo, para conseguir un completo dominio de las técnicas de creación y aplicación del Derecho por parte del estudiante es necesario que el profesor intente desarrollar en los alumnos las capacidades y habilidades intelectuales que requieren dichas técnicas. En ello consiste lo que ha denominado «docencia formativa del Derecho». Para conseguir esta finalidad, Peñuelas aconseja fomentar las técnicas de autoaprendizaje —por ejemplo, a través de trabajos personalizados— y practicar el método del caso, utilizado en las universidades norteamericanas, a través del cual se hace posible la discusión de los casos jurídicos en clase, fomentando así tantas aptitudes necesarias en los profesionales del Derecho que, desgraciadamente, hoy no se aprenden en las aulas.

El quinto capítulo, que, bajo el rótulo «Docencia de valores y aptitudes», pone el punto final a este libro, contiene las propuestas adecuadas para alcanzar una «docencia crítica del Derecho». Este nuevo rasgo conformador del modelo ideal de docencia, sugerido a lo largo de todo el libro, consiste en el aprendizaje de los valores jurídicos que inspiran el ordenamiento, así como su conexión con las realidades políticas, éticas y sociales de las que derivan. A través de este tipo de docencia se ofrece una imagen del Derecho más flexible y también más accesible. La propuesta del autor en torno a este punto pasa ineludiblemente por inculcar a los alumnos una actitud «partidista y activa», siempre en defensa de los valores sociales y políticos que establece la Constitución de 1978.

Para terminar, creo necesario señalar que, aunque el modelo de docencia defendido por el autor reúne todas las características de un excelente método de

enseñanza, su aplicación en las Facultades de Derecho españolas hoy en día se muestra ciertamente difícil. Peñuelas es consciente de ello, y se refiere a este extremo en varios lugares del libro. Entre las principales causas de esta dificultad figuran la reticencia de los alumnos a probar nuevos métodos que obligan a hacer un esfuerzo suplementario, la mayor comodidad que supone para el profesor impartir las tradicionales clases magistrales, o la falta de condiciones materiales para desarrollar este tipo de enseñanza –aulas masificadas, acceso restringido a los fondos bibliográficos, programas demasiado amplios, etc.–, entre otras. A mi modo de ver, todas estas causas se encuentran encadenadas y no son más que el resultado de la organización del sistema universitario español. Si la reforma de la docencia universitaria es necesaria, como parecen demostrar los hechos, de poco sirve que un profesor o un grupo de profesores aislados se esfuercen en ensayar nuevos métodos y abrir nuevos caminos, si estos esfuerzos no van acompañados de una reforma en profundidad desde la Administración. Y viceversa, cualquier reforma hecha por la Administración no servirá de nada si entre los docentes universitarios no hay una auténtica voluntad de cambiar las cosas. Por otra parte, como ya se ha señalado, el ideal educativo por el que se orienta Peñuelas a lo largo de todo el libro es el practicado en las universidades norteamericanas de elite. Y sin embargo, pienso que no es necesario salir de la tradición jurídica en la que se integra nuestro sistema para encontrar modelos de enseñanza distintos al nuestro y más provechosos. Así, la docencia impartida en las mejores universidades europeas tampoco sigue un método tan «escolar» como el de las universidades españolas, y fomenta muchas de las aptitudes que el libro de Peñuelas trata de instaurar como objetivos irrenunciables.

En cuanto a otros aspectos del libro, hay que alabar su claridad, y añadir que, si bien la realización de la propuesta global de docencia es, por ahora, *contrafáctica*, un buen número de las recomendaciones hechas por el autor se pueden aplicar sin mayores dificultades, consiguiendo buenos resultados. En definitiva, cabe decir, adhiriéndonos al optimismo del autor, que la propuesta contenida en esta obra ha de ser valorada positivamente, tanto por su dimensión de meta por alcanzar, como por su testimonio de una preocupación que cada vez es más frecuente entre los docentes del Derecho españoles.

Nora M. MARTÍNEZ YÁÑEZ
Facultad de Derecho de Santiago de Compostela

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, 222 páginas.

Uno de los rasgos más característicos de la cultura occidental en la segunda mitad de este siglo es el desarrollo tecnológico. No en vano la época actual ha llegado a ser denominada como la «era de la revolución tecnológica». Entre las obras que se están publicando acerca de estas cuestiones en el ámbito jurídico hay que destacar el reciente libro de Pérez Luño, *Manual de Informática y Derecho*. A través de él, el autor quiere exponer un panorama general de las cuestiones básicas que plantea hoy la interrelación entre Informática y Derecho, al mismo tiempo que propone las respuestas o las líneas a seguir en la búsqueda de soluciones. Las razones que le han llevado a emprender tal tarea son dos. Por una parte, la necesidad de estimular en nuestro país el estudio y la investigación acerca de estas materias, a las que sólo ahora comienza a prestarse una mayor atención, todavía insuficiente. Y, por otra, la necesidad de construir una Teoría del Derecho abierta, capaz de acoger de manera crítica y eficaz los nuevos problemas generados por la tecnología y la ciencia. Una Teoría del Derecho, en definitiva, comprometida con la «consciencia tecnológica» de la que habla Frosini.

Hay que recordar, además, que el libro se integra en una trayectoria de constante interés de Pérez Luño por estos temas, cuyos frutos más destacables fueron *Cibernética, Informática y Derecho*, publicado en 1976 y pionero de este tipo de estudios en nuestro país, y *Sociedad y Derecho*, de 1987. La principal diferencia entre estas obras y la que ahora se recensiona es, según el propio autor, que en esta última se deja de lado el enfoque estructural para adoptar una perspectiva funcional que permite apreciar mejor la interrelación existente entre informática jurídica y Derecho informático. También hay que señalar que para la redacción de la obra Pérez Luño se ha servido en algunos casos de artículos recientes que él mismo había ya publicado sobre estos temas. Así, este material ha sido tomado como base para continuar la investigación iniciada, completándola además con las últimas aportaciones doctrinales, legales y jurisprudenciales.

El libro se estructura en tres partes. Una, compuesta de dos capítulos, que el autor dedica a la exposición de ciertos «Presupuestos generales». Otra, rotulada «Derecho informático», que consta de cuatro capítulos. Y por último, una tercera, en la que, a lo largo de tres capítulos, se abordan los problemas propios de la «Informática jurídica».

Dentro del primer bloque temático, el capítulo primero, titulado «Conceptos básicos y sectores de estudio en Informática y Derecho», sirve de introducción conceptual a los estudios más especializados que comprende el resto del libro. En él, Pérez Luño expone sus nociones del Derecho informático y de Informática jurídica, defendiendo la sustantividad del primero como disciplina autónoma a través del análisis de su objeto —que constituye un objeto propio y específico de esta rama—, de su metodología —que no puede encajar en la vieja «lógica propietaria», sino que debe ser elaborada desde las características de la materia—, y de su sistema de fuentes.

En el capítulo segundo se aborda la cuestión de la «Informática jurídica y Derecho informático en la formación universitaria». Aquí, junto a un análisis crítico del tratamiento que la legislación en vigor da a estas materias —tratamiento que es tachado de obsoleto—, el autor expone el porqué de la necesidad de que tales asignaturas figuren en los nuevos planes de estudio, añadiendo una serie de propuestas sobre cómo debería ser su docencia en las Universidades españolas.

El capítulo tercero da inicio al segundo gran bloque temático dedicado al Derecho informático, y versa sobre «La libertad informática». Tras la exposición de los rasgos que según la construcción doctrinal —española y extranjera— reúne el concepto de libertad informática, o autodeterminación informativa, así como la garantía procesal que lo acompaña, esto es, el *habeas data*, Pérez Luño se adentra en un exhaustivo análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución Española, y que reconoce por primera vez en nuestro ordenamiento las nociones de libertad informática y *habeas data*. Este análisis se combina con la exposición de casos españoles y extranjeros, y el estudio de sentencias dictadas sobre esta materia.

Siguiendo con el tratamiento de la libertad informática, el capítulo cuarto trata de la «Criminalidad informática». El estudio de esta materia comienza con un necesario intento de clarificación del significado de la categoría de delito informático o criminalidad informática, dados los múltiples usos, no siempre compatibles entre sí, que ha recibido por parte de la doctrina. Esta labor culmina con la exposición del concepto más apropiado en opinión de Pérez Luño, en el que prima el aspecto funcional. El capítulo continúa con la exposición de las peculiaridades que hacen de la criminalidad informática un nuevo tipo de criminalidad, alejado de las categorías tradicionales de la dogmática jurídico-penal y difícil de aprehender a través de normas jurídicas, y termina con el análisis de la regulación de esta materia en el Código Penal de 1995.

En el capítulo quinto se aborda la cuestión del «Derecho Público Informático», y a lo largo de él Pérez Luño pone de manifiesto las distintas situaciones, a veces ventajosas y otras veces un tanto peligrosas, a que da lugar la introducción de técnicas informáticas en las labores de la Administración pública, en el procedimiento judicial y en el sector laboral, donde se puede llegar incluso a un cambio de la actual concepción de trabajo, así como los problemas e intereses de los trabajadores. Asimismo, se trata el tema de los contratos informáticos públicos, a través de un concienzudo análisis de la legislación que los regula. El capítulo concluye con el estudio de las cuestiones suscitadas por el flujo internacional de datos, donde el autor examina los principales textos internacionales en relación con esta materia y recomienda la compatibilización entre el flujo internacional de datos y el respeto a las libertades.

En contraposición al anterior, el capítulo sexto está dedicado al estudio del «Derecho privado informático» y en él, junto con el análisis de las características de los contratos informáticos, se examina la protección del *software*. En este último ámbito Pérez Luño expone en primer lugar los diferentes medios de tutela jurídica que se han ido proponiendo a lo largo del tiempo —los instrumentos de protección jurídica genéricos, la protección a través del derecho de patentes y del derecho de autor—, hasta llegar a los medios específicos de tutela, predominantes en la actualidad, que son examinados tanto en su regulación nacional como internacional.

Como ya se ha dicho antes, el libro se cierra con el bloque dedicado a la «Informática jurídica», que comprende los últimos tres capítulos. Así, en el capítulo séptimo se aborda el tema de «Informática jurídica documental: bases de datos jurídicas», donde Pérez Luño analiza las principales aportaciones de la informática en relación con el tratamiento de la documentación jurídica, mostrando especial atención a las bases de datos, así como los problemas propios de estas aportaciones. Este tipo de problemas son clasificados por el autor en pro-

blemas técnicos, y problemas que entrañan una dimensión ideológica o política, que por esta razón se integran más bien en el Derecho informático.

En el capítulo octavo, rotulado «Informática jurídica de gestión: ofimática y abogacía», el autor se adentra en el tema de los nuevos avances tecnológicos que son utilizados en el ejercicio de la abogacía, intentando establecer su utilidad, las ventajas y desventajas que presentan, así como la influencia que han ejercido en algunos aspectos de la profesión jurídica, por ejemplo, la transformación de la imagen tradicional del abogado, las nuevas posibilidades con las que cuenta el ejercicio de la profesión e incluso en la modificación de las condiciones del conocimiento de los datos jurídicos.

El capítulo que pone punto final al libro está dedicado a la inteligencia artificial, y su título es «Informática jurídica decisional: sistemas expertos en el Derecho». Un cuidadoso acercamiento a los términos «inteligencia» y «experiencia», que sirve a una posterior definición de inteligencia artificial y sistemas expertos supone el primer paso de este estudio, en el que Pérez Luño destaca las potencialidades que encierran los sistemas expertos en Derecho de una manera realista, es decir, sin ceder al impulso optimista del que se dejan llevar algunos estudiosos de estas cuestiones, y al mismo tiempo, sin entrar en comparaciones infundadas entre la inteligencia artificial y la inteligencia humana. Desde esta posición, el autor revisa las principales críticas que reciben los sistemas expertos jurídicos, junto con las opiniones a favor. Es interesante también la relación que en opinión de Pérez Luño media entre los sistemas expertos jurídicos y la Filosofía del Derecho.

Para finalizar, cabe decir que el libro es un excelente instrumento de acercamiento al conjunto variopinto de problemas que la informática suscita en el ámbito jurídico, cuyo tratamiento, a pesar de la brevedad y la claridad a la que obliga su configuración como manual, no peca de superficialidad. Por el contrario, me atrevería a decir que el profesor Pérez Luño ha sentado las bases de una nueva disciplina jurídica cuyo esquema llega a exceder el ámbito de la Filosofía del Derecho. En efecto, cada uno de los problemas analizados en el manual presenta aspectos que se integran en la esfera de estudio de la Filosofía jurídica. Y sin embargo, el conjunto de todos ellos da lugar a una disciplina más específica que posiblemente merecerá en el futuro una atención especializada, al igual que en su día ocurrió con otras ramas de la Filosofía del Derecho, como la actual Sociología jurídica o la Teoría del Derecho.

Por otra parte, el libro cuenta con una extensa lista de la bibliografía utilizada por el autor que, tanto por su variedad como por el carácter novedoso de muchas de las obras citadas, será de provecho para quien quiera seguir adentrándose por los derroteros del Derecho informático y la Informática jurídica. Lo mismo se puede decir de la exposición y examen de la normativa española sobre la materia, que es citada al completo a lo largo de los diversos capítulos, y que se complementa con frecuentes alusiones a la jurisprudencia. En cambio, se aprecia cierta independencia entre los diversos capítulos que integran el libro, circunstancia que, a nuestro juicio, perjudica la unidad de la obra y provoca algunas repeticiones que podían haber sido evitadas. No obstante, esta dispersión relativa no afecta al elevado valor científico de este estudio, cuya lectura resulta interesante y constructiva.

Nora M. MARTÍNEZ YÁÑEZ
Facultad de Derecho de Santiago de Compostela

José RUBIO CARRACEDO, *Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo*, Trotta, Madrid, 1996, 254 páginas.

El título de la última obra de J. Rubio Carracedo, que lanza sin parar al lector libros enjundiosos, es un resumen de su contenido. Educación moral, postmodernidad y democracia son, en efecto, los núcleos temáticos de los que el autor se ocupa. La educación moral (pp. 17-89) es una antigua querencia de J. Rubio. Viene ocupándose de ella desde hace casi veinte años. En cada ocasión reelabora y repiensa y actualiza las viejas ideas. Ahora, para dar unidad a un conjunto de trabajos que tienen «sentido en sí mismo» y pueden «leerse independientemente», los enlaza con un tratamiento muy personal y exigente de la democracia. Es notoria —y necesaria— la insistencia del autor en ideas como «la ciudadanía exige la democracia como la democracia exige la ciudadanía», «el ciudadano no nace, se hace», «no hay democracia sin demócratas», etc. El buen ciudadano y mejor demócrata es condición inexcusable de la democracia auténtica. ¿Cómo lograr el portento? Mediante la educación moral. Entre ambos existe «cierta interdependencia». «La educación moral implica una madurez cívica y personal, y ésta, a su vez, no es posible sin la maduración del juicio y de la conducta moral». Me parece excelente el empeño, magnífico el rigor y prometedor el resultado. Yo sólo le pondría un pero: apego excesivo al planteamiento de L. Kohlberg.

La segunda parte se centra en la postmodernidad y el comunitarismo (pp. 89-135). Viejas preocupaciones e inquietudes nuevas. Temas de siempre con problemas de ahora. Lo tradicional y «lo último». ¿Puede ser de otro modo la obra del estudioso inquieto? J. Rubio, que no sucumbe a la tentación de lo nuevo ni practica el deporte huero de estar al día, está al día y conoce lo nuevo. La postmodernidad y el comunitarismo son fenómenos recientes. Expresan, respectivamente, un «nuevo talante moral» y una ofensiva flamante «contra las teorías liberales de la justicia». No es raro dejarse engatusar por la novedad cuando se estudia la actualidad. A J. Rubio no se lo permite su navaja afilada, ¿tanto como la de Ockham?, que ya abre en canal para mirar por dentro, ya corta por lo sano. Reconoce y valora en su justa medida la novedad del postmodernismo. Es «un nuevo ethos frente al programa de la modernidad», una «nueva sensibilidad» y hasta una «nueva condición humana». Aúna indignación moral y denuncia. Pero «carece de consecuencialidad». Para eliminar el agua sucia, dice con gracia J. Rubio, arroja la bañera con el bebé dentro. «Su crítica es básicamente certera; pero su consecuencialidad es la rectificación o el replanteamiento del proyecto ilustrado, nunca su rechazo global». Parecido diagnóstico le merece el comunitarismo, esa acometida contra la idea liberal de justicia que inicia A. Mac Intyre, continúa M. Walzer y lleva a su madurez C. Taylor. El comunitarismo acierta en la crítica. Las acusaciones dan en el blanco: las teorías liberales de la justicia adolecen de formalismo, abstracción y estrechez. La denuncia del sujeto liberal sin atributos y la reivindicación de la comunidad compleja son, asimismo, oportunas. Pero son «críticas demasiado globales» o «responden a una unilateralidad con otra» o son «simplemente equivocadas». El comunitarismo tiene, ¿y qué no lo tiene?, luces y sombras, «fuerza y flaqueza». Pero no es Habermas —en este punto estoy en desacuerdo con J. Rubio— el que puede corregir los deslices liberales. No basta invocar un «horizonte universalizador y autónomo» para conciliar justicia y solidaridad.

Lo mejor y más original lo ha reservado el autor para el final. Como los buenos vinos. Se paladea ahora una cosecha crecida bajo el sol propicio. «La democracia ciudadana» (pp. 139-250) es, a mi juicio, la principal preocupación –y primera ocupación– de J. Rubio. Sus trabajos de los últimos años versan sobre ella. A ella se ha dedicado con juvenil entusiasmo. Sus ideas al respecto son originales y sugerentes. Y hay quien cree, yo entre ellos, que lo mejor está aún por llegar. A J. Rubio le preocupa la «crisis de la democracia representativa». El modelo representativo se halla «en franca descomposición». Su triunfo tras la revolución fue «lógico» y «conveniente». Pero ha olvidado su promesa de avanzar hacia la democracia. En ocasiones se ha orientado, incluso, a «reforzar su constitutiva estructura oligocrática hasta prescindir... de la legitimidad... que le prestaba el apelativo “democrático”». La partidocracia, la democracia de mercado o el neocorporatismo, y hasta una inquietante postdemocracia avistada en lontananza, son consecuencias del deterioro del modelo representativo. La salida del atolladero es la democracia auténtica. La verdadera democracia tiene varios nombres. Pateman la llama «democracia participativa». Barber «democracia fuerte». J. M. Colomer «neodemocracia». Y J. Rubio «democracia ciudadana». Yo me quedo con éste. El objeto de la democracia ciudadana es la participación de los ciudadanos en el control de los poderes estatales. ¿Cómo? Con reformas legislativas. «Cabría empezar, al menos, con un sistema de *representación directa*». Buen comienzo. Invito al lector a que descubra el resto estudiando despacio la obra.

José L. DEL BARCO

John Henry SCHLEGEL, *American Legal Realism & Empirical Social Science*, Chapell Hill, University of North Carolina Press, 418 páginas.

American Legal Realism & Empirical Social Science es el resultado de más de veinte años de paciente investigación entre archivos alojados en bibliotecas de las Facultades de Derecho de Columbia, Yale y Chicago, de examen de los archivos de la Johns Hopkins University, de entrevistas con protagonistas de esta historia, y de copiosas lecturas sobre materiales científicos y textos realistas. Las pruebas de tan arduo trabajo se pueden apreciar en las más de cien páginas que ocupan las notas del libro, cargadas de referencias, pero también de comentarios y ampliaciones de la información aportada en el texto principal, y que han sido enviadas al final del libro para no entorpecer la lectura del mismo. El autor expone los resultados de su labor a lo largo de cinco capítulos, precedidos por un prefacio, una introducción y un prólogo, y seguidos por un epílogo, un apéndice biográfico, una extensísima sección de notas finales, una bibliografía y un índice analítico.

La obra que se ofrece a la consideración del lector es un intento, a la vez, de desarrollar una nueva perspectiva en el campo de la historia de las ideas, y de explicar un fracaso –al menos, parcial: el fracaso de los intentos realistas de desarrollar una genuina ciencia empírica del derecho en los Estados Unidos, durante el primer tercio de este siglo.

¿Cuál es la propuesta de Schlegel en torno al mejor enfoque en historia de las ideas? Con su libro, el autor trata de demostrar que la única forma de concebir tal historia –*intellectual history*– es como una historia *de los intelectuales*; es decir, como la historia de unos seres humanos que, para este caso, trabajan con ideas.

La defensa de este punto de vista pivota sobre la idea de que para comprender a un determinado movimiento de pensamiento no es suficiente con leer las obras que salieron de la pluma de sus miembros, puesto que falta por apreciar debidamente todo el *contexto* en que tales obras fueron producidas, contexto que está constituido por «las actividades [...] del autor del texto y de los individuos con quienes el autor interactuó de forma regular, pues es dentro de este grupo donde el texto, como actividad humana, tenía sentido»¹.

Asimismo, esta concepción permitirá a Schlegel afirmar que Realismo es lo que los realistas hicieron, y así poder desacreditar la idea de que el centro del realismo es una determinada teoría del Derecho, así como que, entre las cosas que los realistas hicieron, está la investigación empírica, como tal susceptible de estudio específico. A esto es a lo que Schlegel dedica esta obra: a investigar la suerte que corrieron los esfuerzos realistas por establecer un núcleo de investigación jurídica empírica, y a determinar los factores que influyeron en que la misma fuese finalmente adversa.

La evolución de la ciencia jurídica empírica en los Estados Unidos tiene directa relación con la identidad profesional de los autores de aquellos esfuerzos: esta identidad profesional, formada a partir de la segunda mitad del siglo XIX en el «servicio colonial» que los jóvenes profesores formados en el Este hacían en Universidades nuevas del Medio Oeste, funcionaba como defensa frente a los desafíos provenientes de otras disciplinas, pero contenía un elemento en su seno

¹ SCHLEGEL, p. 5. Traducido del original en inglés.

que traicionaría parcialmente esta función defensiva: la identidad profesional del profesor universitario de Derecho le otorgaba una posición equiparable a la de cualquier otra disciplina científica, en la medida en que la Universidad le brindaba las aportaciones que al estudio del Derecho podían hacer otras disciplinas universitarias —entre ellas, las ciencias sociales. En esta clave son narradas las historias de Walter Wheeler Cook y William Underhill Moore, dos significados realistas, a quienes su identidad profesional les mantuvo inicialmente ligados al *case-law method*, y después les empujó a importar a la ciencia del Derecho la filosofía de John Dewey. Ello se tradujo en posiciones científicas diferentes en cada uno. Cook siguió un modelo de ciencia del derecho reconciliado con el método casuístico de análisis del Derecho; Moore quebró completamente dicho modelo e inició una carrera como investigador empírico.

En el capítulo segundo se cuenta la historia de los proyectos de investigación empírica dirigidos por otros dos realistas: Charles E. Clark y William O. Douglas. Aquí, Schlegel nos muestra cómo los orígenes de la investigación jurídica empírica, basados en proyectos de reforma legislativa de tono progresista, se convirtieron en el principal obstáculo para su ulterior desarrollo.

Por su parte, la historia de los proyectos de Douglas ilustra sobre cómo un jurista comprometido con las reformas legislativas como él era incapaz de asimilar las necesidades metodológicas propias de una investigación empírica, lo que convirtió en un fracaso lo que de otro modo podría haber sido considerado como un éxito resonante del realismo: la primera colaboración interdisciplinaria, personificada por las sociólogas Emma Corstvet y Dorothy Thomas. Esta no debió resultar muy gratificante para ellas, puesto que no mucho después la interrumpieron —no sin antes haberlo intentado de nuevo, con mejor éxito, con Underhill Moore. La tesis de Schlegel aquí es que entre el reformismo legislativo progresista y el movimiento por el establecimiento de las ciencias sociales existía una tensión excesivamente grande, que hacía impensable una fructífera colaboración entre juristas y científicos sociales.

En el capítulo tercero, Schlegel desarrolla la carrera en solitario —nunca mejor dicho— de Underhill Moore como investigador jurídico empírico. El desarrollo de sus ambiciosos estudios bancarios y el intento —tan a menudo ridiculizado— de comprobar la eficacia del Derecho *vía* observación de la conducta de los automovilistas son contados aquí en detalle.

El autor tiene una alta apreciación de los esfuerzos de este solitario, que no consiguió ser aceptado entre sus colegas del Institute of Human Relations de Yale, y fue objeto de burlas y mofas de parte de sus colegas de la Yale Law School, pero que sin embargo, a pesar de haber comenzado como un *amateur* y de su aislamiento, produjo una gran obra investigadora.

El capítulo cuarto está dedicado enteramente a analizar la corta trayectoria del *Institute of Law de la Johns Hopkins University*. Promovido por Griswold, uno de los fideicomisarios de la Universidad, del Institute of Law se esperaba que se convirtiese en un centro de investigación para juristas, y en una institución con capacidad asesora del gobierno y del legislativo norteamericanos.

Pero la evolución del Institute of Law de Johns Hopkins arrostra, según la presentación que Schlegel hace de la misma, importantes deficiencias: en primer lugar, los cuatro miembros del mismo —W.W. Cook, Herman Oliphant, Leon C. Marshall y Hessel Yntema— no formaban, ni podían formar, dados sus respectivos caracteres y preferencias académicas, un auténtico equipo de investigación; como consecuencia de ello, no era posible elaborar un programa de investigación mínimamente definido; esto a su vez resultó ser un importante inconveniente a la

hora de generar confianza en instituciones que pudieran financiar al Instituto —como la Fundación Rockefeller. A ello había que añadir, por otro lado, la oposición que a la mera existencia del Instituto hacía el resto de la plantilla de la Johns Hopkins University, científicos que eran incapaces de aceptar como colegas a miembros de una casta inferior, como los juristas. Esta actitud adversa resultó en última instancia decisiva del cierre del Instituto, por más que éste ya llevara tiempo afrontando una situación de carestía e inestabilidad económicas que, aunque limitaban grandemente sus proyectos, no exigían *per se* el cierre. Aun así, en el período 1929-1933, el Institute of Law de Johns Hopkins realizó una importante cantidad de investigación.

El quinto y último capítulo comienza con una evaluación sumaria del fracaso de la investigación jurídica empírica, a la que el autor compara con la cuadratura del círculo; las razones de este fracaso son, en su opinión, de tres órdenes: temporal (los años de la depresión económica estadounidense); personal (los protagonistas del arranque de la investigación jurídica empírica no eran ni con mucho las personas ideales para tales menesteres), y relativo a la naturaleza misma de la investigación empírica, que había asumido el modelo de ciencia defendido por Cook.

El modelo de Cook consistía en una propuesta de reforma del punto de vista interno de la ciencia jurídica, que abandonaba el pensamiento jurídico centrado en principios y adoptaba un nuevo tipo de pensamiento centrado en *políticas*. Todo ello en seguimiento de las ideas de Dewey en torno al pensamiento silogístico, concretamente las que afirman que el silogismo no es un reflejo de procesos de pensamiento, sino un método de ordenación del pensamiento, y que, al pensar en un problema nuevo se crean nuevas premisas o categorías, dando nuevo significado a los términos que aparecen en el silogismo.

En resumidas cuentas, el modelo de Cook no alentaba la investigación jurídica empírica; ésta sólo era posible a impulsos del movimiento reformista progresista; ahora bien, este movimiento quería resultados rápidos y favorables a sus propuestas, lo que la investigación empírica no siempre puede conseguir.

Moore, por su parte, había derivado de Dewey un modelo diferente de ciencia jurídica, éste sí genuinamente empirista; sin embargo, no supo darle un firme sustento teórico que permitiese la interpretación de los resultados de las investigaciones, como por otro lado sucedía con el realismo en general, que no aceptó las aportaciones de la teoría sociológica europea y norteamericana realizada hasta la fecha.

En último lugar, ni la Universidad americana, ni en concreto las *law schools* eran lugares que acogieran favorablemente las propuestas de investigación empírica, preocupadas estas últimas sobre todo por la formación de profesionales, antes que por la ciencia.

Efectuada esta evaluación de la ciencia empírica tal y como se había producido hasta entonces, Schlegel pasa a considerar tres intentos, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, de revivificar la investigación empírica en las facultades de derecho norteamericanas. Estos intentos son el *Chicago's Law and Behavioral Science Program*, dirigido por Edward Hirsch Levi; las iniciativas del *Walter E. Meyer Research Institute of Law*, que desembocan en la fundación del *Council in Law-Related Studies*, de corta vida, y las actividades de la *Russell Sage Foundation*, que han desembocado en la creación de la *Law & Society Association*. En todos los casos, la evaluación de Schlegel es sólo parcialmente positiva; en especial, el autor señala que ninguno de estos proyectos ha llegado a calar de forma duradera en las actividades de las facultades de Derecho, de forma que

la investigación empírica florece si es impulsada desde el exterior de las mismas, pero se termina en cuanto el estímulo desaparece.

En el fondo de todo ello late, dice Schlegel, la identidad profesional del profesor de Derecho norteamericano, profundamente arraigada, y muy difícil –aunque no imposible– de alterar, así como la potencial amenaza que para la misma supone la irrupción de la ciencia empírica, que se teme vuelva irrelevante la actividad normativa que sigue siendo el centro de los esfuerzos de los juristas académicos.

En general, puede decirse de este libro de Schlegel que presenta un enfoque de la historia intelectual que es en sí mismo nuevo, con un estilo fresco y vivaz, y con un conocimiento y uso de las fuentes originales que resulta impresionante; asimismo, el análisis de los acontecimientos y situaciones descritos es agudo e inteligente.

Sin embargo, algunos aspectos de su enfoque –y diríase que son aspectos centrales– no resultan muy convincentes:

a) En primer lugar, si bien se aprecia la necesidad de situar los textos realistas en su contexto, se sospecha que gran parte del contexto que se presenta en este libro no es relevante para la comprensión de aquellos textos; es, más bien, un excelentísimo ejercicio de sociología del conocimiento centrado en análisis de casos, del que se puede aprender mucho en torno a qué clase de vida, de personalidad y de entorno institucional, profesional, político, económico y cultural convienen a un investigador empírico.

b) En segundo lugar, la tesis principal del libro de Schlegel consiste en decir que el movimiento empirista en el derecho norteamericano ha fracasado por causa de la poderosa influencia de la identidad profesional del profesor de derecho; sin duda, esta es una forma válida de presentar las cosas, y Schlegel convence con su análisis de las diferentes tentativas de implantación de equipos de investigación. No obstante, esta forma de presentación descuida dos cuestiones que tal vez tengan alguna importancia:

b.1) Schlegel culpabiliza con su historia a un colectivo profesional por no haber tenido éxito en una aventura más allá de las fronteras de su propia profesión, sin que se diga nada sin embargo en relación con otro colectivo profesional en fase de consolidación en la época –el de los científicos sociales– que sencillamente había desatendido una parte de sus tareas –el estudio sociológico del Derecho. En este sentido, uno siente la tentación de decir que la aventura realista merecería algunas alabanzas más y bastantes menos críticas.

b.2) Por otro lado, el análisis de Schlegel no es un análisis de ida y vuelta; le interesa la influencia de la vida en el pensamiento y la ciencia, pero no la influencia de éstos en la vida y en la actividad de los científicos; en este sentido, se echa en falta un análisis dirigido a determinar si el estado de la ciencia social de la época *permitía* efectivamente la consolidación de una investigación jurídica empírica.

Todo lo cual no empece a la calificación general de esta obra como altamente interesante, innovadora en numerosos aspectos, rigurosa e instructiva.

Félix Francisco SÁNCHEZ DÍAZ

José Ignacio SOLAR CAYÓN, *La teoría de la tolerancia en John Locke*, Dykinson, Madrid, 1996, 274 páginas.

I

La tolerancia –tal y como el propio autor advierte en la presentación del libro– es uno de esos problemas recurrentes que nunca dejan de perder actualidad; quizá porque a pesar de lo mucho que se ha escrito y discutido sobre ellos nunca ha llegado a delimitarse del todo cuáles son sus precisos y concretos contornos. La cuestión de cómo tratar al diferente, es decir, al que no comparte los rasgos que definen a la mayoría ha ido cobrando en los últimos años una creciente vigencia dentro de las sociedades democráticas desarrolladas. En este sentido, los brotes de xenofobia y racismo provocados por la presencia de inmigrantes del Tercer Mundo en el seno de países en los que se creía desterrada la intolerancia ha estimulado el debate doctrinal acerca de si la tolerancia ha de ser tan sólo una virtud de carácter cívico ineludible dentro de la convivencia colectiva de una democracia o si requiere además una institucionalización jurídica que asegure coactivamente su observancia.

Aunque Locke no afronta específicamente este dilema, lo cierto es que su teoría de la tolerancia constituye uno de los planteamientos clásicos sobre esta materia. Considerado como uno de los portavoces más relevantes de la tradición liberal de la tolerancia, hasta ahora ha sido escasa la atención que su obra ha despertado en España. En este sentido, el trabajo de José Ignacio Solar –profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria– viene a suplir una grave carencia: la ausencia en nuestro país de una monografía que aborde en profundidad el pensamiento político lockeano. Para ello, *La teoría de la tolerancia en John Locke* –que tiene como origen la tesis doctoral del autor– despliega una metodología que combina el estudio de la evolución que a lo largo de la vida de Locke experimenta su teoría sobre la tolerancia con el análisis de las relaciones que surgen entre ella y los otros ámbitos del pensamiento lockeano. Así, el libro de J. I. Solar consigue dos importantes aportaciones en la interpretación de la obra de Locke. La primera es dar a conocer al lector español el fecundo debate que en las últimas décadas ha tenido por objeto el pensamiento de Locke, especialmente en los países anglosajones (Macpherson, Dunn, Seliger, Simmons, Ashcraft, o Tully, entre otros), aunque sin olvidar las importantes aportaciones que al mismo se han hecho en Italia (Viano y Bobbio), Francia (Polin) y Alemania (Euchner). A la luz de este debate la figura de Locke se nos muestra bajo unos perfiles muy distintos a los que venían siendo tradicionales al constatarse su notable compromiso con la política activa a través de la estrecha colaboración que mantuvo con Lord Shaftesbury –uno de los personajes relevantes de la Inglaterra de la restauración de los Estuardo–, el carácter autoritario de sus ideas juveniles y la importancia que lo religioso tiene en las distintas facetas de su pensamiento. La segunda y principal aportación del libro de J. I. Solar consiste en poner de manifiesto cómo los distintos ámbitos del pensamiento lockeano se relacionan entre si estrechamente, de manera que al hilo del estudio que se hace en sus páginas de la tolerancia lockeana puede apreciarse cómo sobre este concepto gravitan decisivamente no solo las ideas contenidas en los escritos políticos de Locke, sino también los planteamientos teóricos que sustentan tanto su epistemología como sus ideas acerca de la moral, la religión y la economía. De este modo, del análisis contenido en el libro de José Ignacio Solar se desprende

una imagen del autor de la *Epistola de Tolerantia* y de su pensamiento mucho más dinámica y compleja. Una imagen que nos descubre a un Locke más sinuoso de lo que se suponía y que a pesar de anticipar en su obra muchos de los principios que articularon la Ilustración, todavía conserva una carga importante del barroquismo del siglo XVII y de las claves que lo configuraron como un período de crisis y tensiones.

II

Después de llevar a cabo un quizá excesivo enmarque histórico del problema de la tolerancia –ubicándolo dentro de lo que G. Peces-Barba ha denominado el «tránsito a la modernidad»–, el libro del profesor Solar aborda directamente el estudio de la primera de las soluciones que Locke propuso a este problema y que se halla contenida en los llamados *Two Tracts on Government*. Inéditos durante siglos, estos escritos permanecieron en manos privadas hasta que en 1948 la Bodleian Library de Oxford los adquirió junto a otros importantes manuscritos de Locke. Desde entonces la imagen tradicional que los biógrafos del siglo XIX trazaron de Locke como un intachable exponente del liberalismo y la tolerancia se ha visto empañada al desprenderse de sus escritos de juventud un tono autoritario que difícilmente casa con el que luego adoptaron sus obras de madurez.

Escritos entre 1660 y 1662, los *Two Tracts* afrontan la cuestión de si el magistrado tiene o no autoridad para establecer una forma de culto determinada. La ley divina obligaba a adorar al Creador pero no decía cómo. Ésta era una de tantas cuestiones que se ubicaban dentro de las llamadas «cosas indiferentes»: aquellas materias que no soportaban ninguna disposición expresa por parte de la ley divina y que quedaban dentro de la esfera de la libertad natural de los hombres. El problema surgía a partir del momento en que los hombres renunciaban a esa libertad al entrar en la sociedad política: ¿la renuncia era entonces total o parcial?, ¿incluía todas las «cosas indiferentes» o permanecía una parte bajo la libre disposición de los hombres?

Llevado por un pesimismo antropológico que le hacía recelar de la naturaleza humana al creer que en ella subyacía una peligrosa tendencia hacia la ofuscación del entendimiento, Locke sostenía que el poder tenía que ser pleno y absoluto. Los hombres renunciaban completamente a su libertad cuando entraban en la sociedad política. El magistrado era esencialmente un *conservator pacis*: una instancia que había nacido con el fin de contener el impulso natural que sentían los hombres hacia la anarquía y que, por tanto, debía tener plena autoridad sobre todas las «cosas indiferentes».

Para evitar la acusación de quienes sostenían que atribuir todo el ámbito de lo indiferente al magistrado suponía negar la libertad de conciencia, Locke convierte a ésta en un fenómeno puramente interior: consiste en asentir o no internamente a las leyes que dicta el magistrado sin que esté nunca justificada la desobediencia a lo dispuesto en ellas. Si el magistrado actúa dentro del ámbito de las «cosas indiferentes» buscando el fin que justifica su autoridad –el bienestar público–, sus normas deben obedecerse no sólo expresando externamente su voluntad de acatarlas –obediencia *activa*– sino también internamente a través del asentimiento de la conciencia. Por el contrario, si el magistrado regula lo indiferente persiguiendo un fin contrario al bienestar público, la obediencia tan sólo operará externamente puesto que la conciencia no estará obligada a prestar su asentimiento. Y si lo dispuesto por el magistrado trasciende el ámbito de su auto-

ridad y vulnera lo previsto por la ley divina, el súbdito sigue estando obligado a obedecer aunque podrá hacerlo ahora pasivamente, es decir, podrá incumplir el mandato del magistrado pero tendrá que aceptar pacientemente la sanción que lleva aparejada su conducta, de manera que la conservación de la paz se mantiene sin merma alguna de la conciencia del creyente.

La conclusión que J. I. Solar extrae de los *Two Tracts* es que Locke consigue que la obediencia incondicional al magistrado coexista con la libertad de conciencia de los súbditos al ubicarlas en dos ámbitos rigurosamente escindidos: el de la religión y el de la política. El primero es completamente libre porque la fuerza del magistrado no puede afectar al entendimiento del que emanan las creencias de los hombres. El segundo es el terreno en el que juegan las leyes del magistrado y exige únicamente una conformidad exterior ya que la coacción que las respalda no puede ir más lejos. Esta separación que traza Locke entre el mundo privado de la religión y el público de los intereses civiles, anticipa ya lo que será el fundamento de sus futuros planteamientos liberales sobre la tolerancia. Pero como el propio Locke deja entrever al término del segundo de los *Tracts*, su propuesta estaba amenazada por el hecho de que sólo podía mantener su coherencia lógica en tanto hubiera acuerdo social acerca de cuál era el ámbito de lo «indiferente». Por eso, como señala J. I. Solar, bastaba con que cada grupo religioso considerase que lo necesario para la salvación de sus fieles incluía acciones que se situaban dentro de la esfera de lo que el magistrado tenía por «indiferente» para que fuera entonces imposible la rigurosa escisión trazada por Locke entre los mundos de la conciencia y de los intereses sociales.

III

La aparición en la vida de Locke de la figura de Lord Shaftesbury fue decisiva en la evolución del pensamiento lockeano tal y como la totalidad de los estudiosos de la obra de Locke hoy en día sostienen. Muchos de los planteamientos teóricos que Locke defendía antes de su asociación con el poderoso político se vieron transformados a la vista de la estrecha colaboración que ambos mantuvieron. Buena prueba de ello es su obra *An Essay Concerning Toleration*. Escrita en 1667, supone un paso sustancial en la progresiva delimitación de las ideas sobre la tolerancia. En este sentido, tal y como destaca el profesor Solar, el interés de este escrito reside tanto en el carácter germinal de algunos de los razonamientos que luego sostendrán su teoría sobre la tolerancia como en la incipiente conexión que empieza a percibirse entre sus planteamientos políticos y epistemológicos.

A pesar de que una lógica contractual parece deslizarse tímidamente en la fundamentación que Locke hace del poder del magistrado, lo cierto es que los ciudadanos siguen estando obligados a cumplir sus mandatos aunque las leyes que promulgue se aparten del fin al que su autoridad sirve: la salvaguarda de la paz civil. Esta paz —definida en el *Essay* como la protección de la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos— sigue siendo el presupuesto básico de la tolerancia. Guiado por un evidente pragmatismo, el magistrado practicará la tolerancia a la vista de la incidencia que las opiniones y las acciones ejerzan sobre la paz pública. Así, las opiniones puramente especulativas y las acciones de culto pasan a ser toleradas porque según Locke no pueden repercutir en la paz social. Las opiniones prácticas y las acciones con proyección exterior, esto es, todo lo que constituía en los *Two Tracts* el ámbito de lo «indiferente», es tolerado en el *Essay* en tanto no sea perturbada la paz, quedando la determinación de ello a la discre-

cionalidad del magistrado. Finalmente, las acciones que se engloban dentro de los llamados vicios y virtudes morales quedan en principio al margen de la autoridad del magistrado puesto que la salvación de las almas es asunto que no le compete. Sin embargo, como ciertas virtudes tienden a consolidar la unidad de la sociedad política y algunos vicios favorecen su descomposición, el magistrado puede decidir estimular los primeros y reprimir los segundos movido por su deber de proteger el fin al que sirve la comunidad.

Pero junto al evidente pragmatismo que encierra el *Essay*, lo más interesante del mismo es el hecho de que pase a considerar los actos de culto como una actividad que el magistrado tolera por considerar que ya no pertenece al ámbito de las «cosas indiferentes».

¿Cuál es el motivo de este cambio de actitud respecto a sus escritos autoritarios? Son varias las razones que apunta J. I. Solar, aunque quizá la más importante sea el problema epistemológico que encerraba la delimitación de lo «necesario-indiferente» y que Locke ya había intuido al concluir el segundo de los *Tracts*. Al admitir que los actos de culto pueden ser tratados como cosas necesarias si la forma elegida por el ciudadano no vulnera la paz civil, Locke está reconociendo que existe un nexo psicológico entre el mundo de la conciencia y el de la conducta. Un nexo que pone de manifiesto la aceptación por Locke de la tesis protestante de que la conciencia, aunque pueda ser errónea en sus convicciones, debe atar la conducta del creyente si no se quiere incurrir en el pecado. Si la persuasión subjetiva hace de la forma de culto algo necesario para la salvación del creyente, el magistrado debe tolerarla pues de lo contrario estará entrando en un campo que no es de su incumbencia. Y es que como acertadamente destaca J. I. Solar, para el Locke del *Essay* forzar la conciencia del ciudadano se convierte no sólo en un acto pecaminoso sino que además deviene irracional debido a su ineficacia: la fuerza no es un instrumento idóneo para actuar sobre el entendimiento, tan sólo para forjar la hipocresía de los ciudadanos.

La llamada *Epistola de Tolerantia* pone fin al desarrollo de las ideas que en esta materia Locke fue perfilando a lo largo de su vida, ubicando definitivamente su teoría dentro del ámbito del discurso liberal de la tolerancia. Escrita y publicada durante su exilio en Holanda, la primera edición inglesa tuvo lugar en 1690, sufriendo posteriormente diversas reelaboraciones a raíz de la polémica que Locke mantuvo con Jonas Proast acerca de si podía considerarse irracional la intolerancia practicada por el magistrado contra los disidentes.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía en el *Essay*, la *Epistola de Tolerantia* contiene una sólida fundamentación sobre el origen, naturaleza y límites de la autoridad política, que según sostiene J. I. Solar debe interpretarse relacionándola con lo dicho al respecto en la principal obra política de Locke, los *Two Treatises of Government*. Ante la inseguridad que engendra el estado de naturaleza, los hombres renuncian a proteger por si mismos los derechos que la ley natural les atribuye y, así, mediante un contrato proceden a instituir el Estado como una sociedad voluntaria constituida con el único fin de salvaguardar una serie de intereses civiles: la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de los bienes de los ciudadanos. Consagrada la defensa de los derechos naturales como el único fin de la ley, Locke hace depender la obligatoriedad de ésta a su adecuación a los fines para los que ha sido creada la sociedad política. Así, para J. I. Solar la tendencia que se apreciaba en el *Essay* es ahora llevada hasta las últimas consecuencias ya que mediante el mecanismo contractual la voluntad del legislador se encuentra limitada por los ciudadanos a la realización de unos determinados fines, de manera que su incumplimiento puede incluso provocar la disolución del gobierno.

Delimitado el dominio de lo político al ámbito de la acción legítima del Estado, la Iglesia pasa a concebirse como una sociedad voluntaria que los hombres constituyen con el único propósito de rendir culto a Dios del modo que consideren más idóneo para conseguir la salvación de las almas. Circunscrito el ámbito legítimo de la Iglesia a la consecución del bienestar eterno de sus miembros, las competencias de la misma serán las que aseguren el logro de esa felicidad futura.

Gracias a esta precisa delimitación que la *Epistola* traza entre los dominios de la religión y la política, J. I. Solar llega a la conclusión de que Locke buscaba a través de esta obra encontrar una vía que definitivamente desterrase la violencia de la vida pública al ordenarla de una manera más sensata y racional. De ahí que ante la eventualidad de un ámbito religioso ocupado por varias Iglesias, la *Epistola* establezca que las relaciones entre ellas deban estar presididas por un principio de tolerancia e igualdad mutuas, correspondiendo al magistrado la tarea de velar por el cumplimiento de ese principio. Y es que como la razón de ser del magistrado es asegurar la consecución de los fines de la sociedad política, su poder debe prevalecer siempre frente a las opiniones religiosas que sean contrarias a la sociedad humana o a las reglas morales que resultan necesarias para su preservación. Sin embargo, para J. I. Solar esta primacía de lo político no es absoluta en Locke debido a la conexión que establece entre la *Epistola* y los *Two Treatises*. Si el magistrado se extralimita en el fin que funda su poder al primar a una Iglesia atribuyéndola jurisdicción sobre las demás, los ciudadanos podrán resistirle legítimamente ya que el objeto del poder del magistrado no es salvar las almas mediante el establecimiento de un determinado culto religioso, sino exclusivamente salvaguardar la vida, la libertad y la propiedad de los hombres.

Especial atención merece para J. I. Solar uno de los argumentos que la *Epistola* utiliza repetidamente y que ya fue deslizado por Locke en el *Essay*: la irracionalidad del ejercicio de la coacción por parte del magistrado debido a que las creencias religiosas al situarse en el ámbito del entendimiento, no pueden ser constreñidas por la coacción, cuya acción sólo es eficaz frente a la voluntad. Y es aquí donde el libro de J. I. Solar hace sus más interesantes aportaciones al tener que penetrar en el difícil mundo de la epistemología lockeana y mostrar la estrecha vinculación que existe entre ella y la idea de tolerancia que Locke sostendrá a partir de la *Epistola*.

Frente al argumento de la irracionalidad de la coacción, Jonas Proast –un clérigo de Oxford con el que Locke polemizó durante varios años– sostuvo que la coacción no era completamente inútil en materia religiosa, puesto que la fuerza, aunque no puede reemplazar a la razón en la determinación de la verdad, si puede ser útil si se emplea moderadamente con el propósito de obligar a considerar lo que la razón establece pero la pasión y la desidia de algunos hombres no quieren atender. Ante esta crítica y otras que fueron formuladas durante la polémica que sostuvieron ambos autores, Locke abordó en la tercera edición inglesa de la *Epistola* una solución que desarrollaba muchos de los argumentos epistemológicos contenidos en el *Essay Concerning Human Understanding*. Así, contra la defensa que Proast hacía de que el magistrado puede emplear la coacción con el objeto de promover la religión verdadera, Locke opuso la idea de que ni el magistrado ni ninguna persona puede llegar a conocer cuál es esa religión. Si el conocimiento es para la epistemología lockeana lo único que puede producir certeza al ser la percepción del acuerdo o desacuerdo de nuestras ideas, la religión debe quedar excluida de él porque nunca puede proporcionar tal seguridad. El campo en el que las creencias religiosas deben ubicarse es el del asentimiento, es decir, ese terreno en el que no siendo posible alcanzar la certeza que proporciona

el conocimiento, la mente se ve inducida a asentir o aceptar determinadas proposiciones a la vista de una apariencia de razonabilidad. De este modo, al mantener que no era posible atribuir a la religión la certeza del conocimiento, Locke no sólo consiguió superar las críticas que Proast le hizo, sino que de paso aportó un argumento contra la arrogancia intelectual que implica la imposición de cualquier ortodoxia.

Sin embargo, tal y como J. I. Solar indica, el ataque a la posición de Proast no supone la adopción por parte de Locke de un discurso próximo al escepticismo descreído de la época. En el *Essay Concerning Human Understanding* se define claramente cuál es el objetivo moral del pensamiento de Locke y también de su teoría de la tolerancia. En esta obra la razón y la fe no son irreconciliables. Así, la razón, aun siendo necesaria en el descubrimiento del conocimiento moral es insuficiente a la hora de esclarecer por sí sola las verdades fundamentales de la religión. En este dominio la razón desempeña el papel de filtro de la revelación. Gracias a ella se puede determinar la autenticidad de las verdades que la fe revela ya que sólo son auténticas las revelaciones que no contradigan la razón. Al afirmar que el conocimiento sólo puede conseguirse mediante un esfuerzo individual en el que cada hombre debe emplear diligentemente sus facultades racionales mediante un proceso de perfeccionamiento intelectual, la ortodoxia se hace injustificable racionalmente. Como concluye J. I. Solar, con la delimitación de una nueva conciencia religiosa de signo liberal, la salvación no se hace depender ya de la aceptación pasiva de unos dogmas, sino de la empresa incansable de buscar la verdad con la ayuda de la razón. De este modo, y gracias a su individualismo epistemológico, Locke termina por establecer las bases de ese programa de la Ilustración que tan bien describió Kant cuando definió a ésta como la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad al descubrirse capaz de emprender la comprensión de la realidad por sí mismo.

José María LASSALLE
Universidad de Cantabria

Stamatios TZITZIS, *La Philosophie Pénale*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, 127 páginas.

1. La primera reflexión que este libro me permite es preliminar a su contenido. La enunciaría diciendo que señalar en nuestro mercado editorial un ejemplo semejante al ofrecido por la enciclopédica labor de PUF en su colección *Que sais-je?*, donde la obra se haya impresa (núm. 3043), resulta enormemente difícil. En efecto, bastaría la sola mirada a su fondo de publicaciones, que, como puede verse, ya supera en este momento los tres mil títulos, para hacer imposible cualquier comparación imaginable. Se me podrá puntualizar, sin embargo, que durante la década de los setenta Ediciones Oikos-Tau (Barcelona) dio a las prensas una colección homónima (Colec. *¿Qué sé?*), cuyo propósito era poner a disposición de los lectores en países de habla castellana una selección de aquel mismo y variadísimo elenco de obras. Y es cierto que ese proyecto prosperó más allá de lo tentativo, pero por igual también que el balance comercial de resultados pronto hizo desistir de tal empresa. Con todo, no es sólo ni principalmente el ciclópeo contenido de esta bien conocida colección francesa de ensayos lo que pretendo destacar, ni aun tan siquiera su ya muy larga existencia. Hace tiempo que en España existen potentísimos grupos editoriales, manifiestamente elefantiásicos además. En realidad, al afirmar el imposible estado comparativo tenía en mente parámetros distintos a los de volumen y continuidad. Pensaba propiamente en la enseñanza que en vista al actual panorama político español, puede extraerse en la experiencia de las Presses Universitaires de France. No está lejos el que la previsible reordenación financiera e industrial del sector del libro comporte indisponibles consecuencias legales o insostenibles exigencias de competitividad a la muy desarticulada y dispersa edición universitaria. Ante ello, la Universidad española, si es que en cuanto servicio público aún desea protagonizar un papel relevante en la creación y difusión de bienes culturales, habrá de aglutinar con urgencia esfuerzos y capacidad de respuesta frente al estricto funcionalismo producto-consumo ciertas políticas de mercado. El acierto en la empresa de gestión cultural y comercial demostrado por PUF no debería permanecer como un raro caso de difícil imitación.

2. La segunda reflexión concierne, ahora ya más próxima al particular de su asunto, a lo temático. Tengo a la mano dos recientes publicaciones que me parecen indicativas. Una es la firmada por G. Filizzola & G. López, *Victimes et victimologie*¹, aparecida con el núm. 3040 de la misma colección que acoge el estudio de Tzitzis. La otra está dada por la entrega 10/1995 de la revista *Esprit* que, con ocasión del vigésimo aniversario de *Surveiller et punir* de M. Foucault, elaboró la sección «Prisons a la Dérive»², disponiendo interesantes colaboraciones sobre penología e instituciones penitenciarias a cargo de D. Salas, J.-P. Jean, C. Faugeron, A. Garapon y D. Sales. De ellas extraigo como denominador común el deseo por activar la relativa escasez de debates intelectuales en torno a la refundación de la idea y realidad carcelaria y su función práctica en una sociedad democrática moderna y avanzada. Línea en la que, frente a la posición de paroxismo americano y el continuo aumento de su población reclusa, tanto el legisla-

¹ G. FILIZZOLA & G. LÓPEZ, *Victimes et victimologie*, Presses Universitaires de France, París, 1995.

² Con presentación de O. MONGIN, *A la dérive...* pp. 101-103, y estudios de D. SALAS, *Vingit ans après, le grand silence* (pp. 104-116); J.-P. JEAN, *L'inflation carcérale* (pp. 117-131); C. FAUGERON, *La dérive pénale* (pp. 132-144), y A. GARAPON-D. SALES, *Pour une nouvelle intelligence de la peine*, pp. 145-160.

dor galo, como también el español³, han introducido a través de sus respectivas reformas penales contrarios criterios al agravamiento de las penas y diseñado diversas y alternativas modalidades de cumplimiento. Sin embargo, qué duda cabe, es mucho todavía lo que aun resta por debatir y analizar; así, en perspectiva al mantenimiento de la pena como fundamental instrumento del actual y venidero Derecho penal. Porque repensar modernamente el *ius puniendi* ha de conducirnos un paso más allá de creer que la justicia penal cumple y agota su papel en lo punitivo, una vez que la sanción ha sido pronunciada.

3. Las publicaciones a que he hecho mención, en general respiran la atmósfera de una preocupación destinada a propiciar cambios en la política legislativa o, cuando menos, a favorecer nuevas ópticas valorativas en la criminalización de los comportamientos y el alcance de sus consecuencias, de acuerdo al principio de intervención mínima y a recientes posiciones de crítica a la dogmática penal tradicional por el concurso activo de estudios en criminología y victimología. Con todo, esa sensibilidad, aunque por fortuna incrementada, nos sería ya en gran medida conocida; remonta a episodios tan frecuentados como el debate acerca de la tortura, pieza emblemática en el humanismo reformista penal ilustrado⁴, o sobre *De los Delitos y las Penas* de Beccaria⁵, a otros que lo están mucho menos, como George Bernard Shaw⁶, y aun a capítulos muy anteriores, localizados en la historia del pensamiento antiguo. De ella también ha dado Tzitzis abundante prueba a lo largo de una sostenida trayectoria investigadora que, acumulada por más de una década⁷, supo además dotarse de un singularísimo sesgo capaz de trascender en «filosofía penal».

4. Las claves de su proyección filosófica al universo penal en su totalidad han sido ahora, en efecto, sintéticamente reunidas en la parte introductoria de esta *Philosophie Pénale* (pp. 3-10) quedando destacadas, desde una patente rai-

³ Vid. *Jueces para la Democracia*, 25, marzo 1996, «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal», por E. LARRURI, pp. 53-56, y «El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código Penal», por R. BONA, pp. 57-60.

⁴ Nunca estará de más, sin embargo, rescatar alguna noticia sobre ello. En ese sentido, adelantó su contrario parecer al uso de la tortura judicial AGUSTÍN NICOLÁS, magistrado del Franco-Condado en el siglo XVII, con la obra titulada *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets. Dissertation morale et juridique* (1682), reed. Laffite Reprins, Marseille, 1982. Para un estudio del recurso a este instituto en la Bretaña el antiguo régimen. V. PINSON-RAMIN, «La torture judiciaire en Bretagne au XVIIe», *Revue historique de Droit français et étranger*, 72, 4, 1994, pp. 549-568. En nuestra literatura, contrastando posiciones, Alfonso de AZEVEDO, *De rerum absolute objecta crimina negatium apud equuleum: ac de hujus usu eliminando, praesertium ab ecclesiasticis tribunalis exercitatio* (1770), trad. y prólogo de C. G. O. (Casimiro Gómez Ortega); *Ensayo acerca de la tortura o cuestión de tormento*, Imp. de Collado, Madrid, 1817, PEDRO DE CASTRO, *Defensa de la Tortura y leyes patrias que la establecieron*, Imp. de Miguel Escribano, Madrid, 1778, y Juan Pablo FORNER, *Discurso sobre la tortura* (1790), prólogo, ed. y notas de M. RICACOBIA Y RICACOBIA, Edeval, Valparaíso (Chile), 1990. En referencia a Azevedo y De Castro, L. DOMERGUE, «A propos de la torture et de a peine de mort: Un noyau sévillan de resistance à la refore du Droit penal, 1774-1792», en *Caravelle* (Université de Toulouse), 31, 1978, pp. 75-90. También G. MARTÍNEZ DÍEZ, «La tortura judicial en la legislación histórica española», en *AHDE*, XXXII, 1962, pp. 223-300, y F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Edit. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 171 ss. *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona, Edit. Ariel, 1973, en esp. pp. 103-164, y «El humanismo ilustrado en España y el Discurso de J. P. Forner sobre la tortura (circa 1791)», en *Iluminismo e dottrine penali*, L. Berlinger-F. Colao (eds.), Giuffrè, Milano, 190, pp. 373-402.

⁵ Vid. R. MONDOLFO, *Cesare Beccaria y su obra*, Depalma, Buenos Aires, 1946. Además, aportando un importante aparato bibliográfico, *Cesare Beccaria. Die Anfänge modrner Strafrechspfleg in Europa*, G. Deimling (hrsg.), Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1989.

⁶ Vid. G. B. SHAW, *The crime of imprisonment*, ilustrated by William Gropper, New York, Philosophical Library, 1946.

⁷ Vid. el elenco recogido en nuestra recensión a L. Négrier-Dormont y S. Tzitzis, *Criminologie de l'Acte et Philosophie penale (De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes)*, Preface de H. A. Schwartz-Liebermann von Wahlendorf, Posface de G. C. Christie, Editions Litec, Paris, 1994, publicada en *Anuario de Filosofía del Derecho* (en adelante *AFD*), XII, 1995, pp. 826-828.

gambre heideggeriana, como Epistemología (en la indagación racional dirigida a fundar y explicar los principios del ser penal), Gnoseología (por el examen crítico del conocimiento del crimen y la pena) y Praxeología (como estudio sociopolítico de las expresiones históricas del ser penal, *l' étant de l' être pénal*). Desde este triple enfoque, la filosofía penal de Tzitzis trasciende el marco de la ciencia jurídico-penal al no producir división entre la instancia fáctica (*sein*) y su evolución normativa como deber ser (*sollen*) y al fundir así, en un mismo horizonte, lógica, ética y derecho. Su Ontología se revela, además, en función estética y axiológica, pues relaciona con las diferentes recepciones experienciales y valores actuantes en la cualificación del ser, y con la voluntad finalista o teleológica de la sanción durante el devenir social. Es por ello que para la completa inteligencia de la compleja densidad del espacio penal en cuanto universo ser-deber ser, Tzitzis igualmente reclame una Metodología que no sólo dirija el proceso de comprensión desde la mera competencia hermenéutica fenomenológica o exegética, sino más bien como educación en una «semiología metafísica» capaz de identificar interpretativamente sus confines ontológicos, el signo del mensaje del ser, es decir, su significado (y aquí yo propondría, acaso como mejor, la *ratio* de su «sentido»), en las variables vicisitudes semánticas del significante, u Onomasíología penal.

5. Del resto, la obra alberga seis capítulos. El primero de ellos, «La règle pénale» (pp. 11-16), aborda la estructura de la proposición contenida en las diferentes modalidades del «acto de habla» que los textos formales penales pueden presentar, distinguiendo enunciados *sur* (o determinación interpretativa), *á* (o emisión comunicativa) y *de* (o demostración lógica de la relación entre el ilícito y la punición). Le sigue el estudio de sus funciones, donde señala como principal la *poiética*, creadora de la acción punible, cuya naturaleza es ontológica y óptica por definir el ser de la infracción en general e indicar ciertas especificidades de la infracción definida, y que asimismo se acompaña de otras dos. Tales serían: la *référentielle*, designadora de la relación entre el acto previsto por el legislador y la correspondiente punición de su autoría, dando lugar bien a reglas relativas a la relación entre infracción y castigo (diríamos objetivas), bien a reglas (diríamos subjetivas) directamente referidas a la figura del autor del crimen, y la *expresive*, que contemplada desde la semántica de la punición y a través de la previsión sancionadora, tiene por finalidad transmitir a los destinatarios del derecho penal, entendidos como la ciudadanía en su conjunto, un *dictum* imperativo de obediencia claro, comprensible y concreto, calificado con acierto por Tzitzis de *écriture d' autorité*. No obstante, tal vez hubiera sido deseable hallar también, ya aquí, alguna reflexión de orden pragmático sobre las dimensiones propedéuticas del mensaje penal que inclinan entre aquéllos hacia una voluntaria aceptación en el consenso de obediencia al deber jurídico, e igualmente referencia a los operadores judiciales, cuya faceta receptora del imperativo penal presenta un carácter vinculatorio muy específico.

Con todo, es lo cierto que mucho de todo ello se contiene, unas veces de manera expresa e implícita otras, en lo abarcado desde la materia del cap. II, resumido como «Herméneutique et Déontologie pénale» (pp. 17-31). Es aquí, fundamentalmente, el problema de la interpretación de los mandatos y prescripciones penales llevada a cabo «por los juristas» y que, desarrollado en antecedente desde un pasaje del *De Cive* hobbesiano, aprovecha para formularse como reflexión deontológica y técnica (el deber-ser [*sollen*] y lo conveniente [*déon*]) respecto del imperativo y optativo penales, conduciendo en su desembocadura a una caracterización del Derecho penal, según entiendo, más quizás que al uso propio del pensamiento iusfilosófico

de Villey, casi me atrevería a decir que muy cercano al normativismo realista, esto es, de corte originariamente kelseniano, aunque moderado. A este respecto, vale señalar que el punto de mayor distanciamiento de Tzitzis con el positivismo kelseniano está situado en su abierta discrepancia con la teoría normativa de la sanción. Tzitzis se muestra partidario de entender la regla penal en una interpretación «ni puramente normativa, ni enteramente indicativa, sino sobre todo propedéutica» (p. 31); esto es, dando entrada junto a su realidad normativa también a una estimativa ético-jurídica que exprese la pretensión axiológica del universo penal e igualmente reverbere sobre el conjunto del sistema de reglas de organización o atribución de competencias que determinan los criterios de validez, definiendo la posición de los sujetos penales y el alcance de los hechos justiciables durante el proceso de aplicación de la sanción penal. Sobre ello, en un ámbito más próximo a teoría del derecho, pueden consultarse con mayor extensión varios de sus más recientes trabajos⁸.

6. Mención particular merece el cap. III, «Le caractère polémogène du Droit de punir» (pp. 32-54), repartida su materia en cuatro apartados (dimensiones del derecho a castigar; el *polemos* y el derecho a castigar; el carácter polemógeno del derecho a castigar, y la intención fenomenológica). Tzitzis estudia la potestad jurídica de infringir un castigo o *ius puniendi* aislando cuatro dimensiones de legitimidad: cósmica, o de implícita exigencia objetiva de retribución, el *antipeponthos* del mundo antiguo⁹; utilitarista moderna, que arrancando del *Léviathan* se justifica en las exigencias del contrato social para prolongarse luego, a través del materialismo de La Mettrie y Helvetius, no sin ciertas correcciones, en la argumentación fundadora de Beccaria¹⁰ y Bentham¹¹; idealista, representada por Kant y Hegel, desde el proyecto de realización de un orden moral que reclama el respeto de la justicia y el derecho, y, finalmente, ecléctica, o de intento de conciliación entre lo justo y lo útil, asumida con base en el pensamiento de Pellegrino Rossi, y a la que el A., sintiéndose más proclive, define como «un mélange du rationalisme kantien et de l'utilitarisme benthamien qui trouvent une nouvelle expression à travers un humanisme inspiré par les droits de l'homme. Dans cette perspective, le Droit de punir s'exerce au nom d'une réparation qui n'exclut pas totalement l'idée de répression morale et qui peut aller directement jusqu'à la moralisation du coupable et indirectement jusqu'à celle de la société» (p. 44). En cuanto al perfil polemógeno del *ius puniendi*, éste y aquél vienen explicados en la dialéctica de anhelo y logro de paz social y por el concurso de diferentes estrategias y eventuales medios de control disponibles frente a la tendencial desviación violenta de los conflictos, en lo que el derecho a castigar testimonia un constante estado de lucha contra toda infracción que constituya amenaza para la integridad del individuo o la conservación del grupo¹². Rastreado desde la Antigüedad clásica y a todo lo

⁸ S. TZITZIS, «Nomos-Logismos: la Loi propédeutique chez Platon. (Le Nomos et la loi normative moderne)», en *L'Amour des Lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, Québec, 1995, pp. 415-431 y «De la "Theoria Dikaiou" à la Théorie du Droit», en *Persona y Derecho*, 32, 1995, pp. 229-247.

⁹ Vid. también, en otro lugar y recientemente, S. TZITZIS, «De la philosophie pénale à la théorie du Droit pénal. L'Être et le Paraître. (Les sources du Droit de punir)», en *Estudios de historia del Derecho Europeo. Homenaje al Prof. G. Martínez Díez*. Universidad Complutense de Madrid, vol. 2, 1994, pp. 260 ss.

¹⁰ Vid. G. FRANCONI, «Beccaria filósofo utilitarista», en *Cesare Beccaria, tra Milano e l'Europa*, S. Romagnoli-G. D. Pisapia (eds.), Cariplo-Laterza, Bari, 1990, pp. 67-87.

¹¹ Vid. F. ROSEN, «¿Es Bentham utilitarista?», en *Τελοολζ. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, III, 1, 1994, pp. 11-26. Para nuestra literatura, A. E. PÉREZ LUÑO, «Jeremy Bentham y la educación jurídica en la Universidad de Salamanca durante el siglo XIX» (1979), ahora en *Τελοολζ. Revista Iberoamericana...*, I, 3, 1992, pp. 69-94, y J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, PPU, Barcelona, 1992.

¹² Abundando en varios de estos aspectos, R. BERGALLI, «Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal», en *Sistema*, 132-133, 1996, pp. 129-143.

largo de la Modernidad, se le descubre también en la concepción punitiva expresada por los textos e instrumentos jurídicos internacionales para la salvaguarda del Derecho humanitario. En razón a lo anterior, la asunción del carácter polemógeno del derecho a castigar implica entre otras consecuencias un rol no pasivo ni simplemente sujeto a finalidades contingentes o meros expedientes de oportunidad en el diseño de las políticas criminales, sino ético-jurídico y social confirmador del reino ideal del Derecho respecto de la ley en sociedad, de acuerdo al *minimum* de moralidad exigido por la conciencia colectiva. Para terminar, se desgranar diferentes decisiones judiciales y diversa jurisprudencia casacional en torno a la colisión entre valores individuales y generales a la luz de la teoría, a la intención objetiva y la dicotomía ser-deber ser.

7. Los capítulos IV y V, titulados como «Le fondement synalagmatique de la punition» (pp. 55-63) y «Punition et désobéissance au Droit» (pp. 64-83), examinan, en su caso, las facetas semióticas y estéticas, profundizadas a partir de *La genealogía de la moral* de Nietzsche, presentes en la idea punitiva en cuanto acto de comunicación¹³ y expresión metafísica de una convención o pacto, y en otro, el castigo como contrapartida a la desobediencia, para cuyo planteamiento acude, tal vez con excesivo apego crítico-dogmático, a las manifestaciones y categorías expuestas y desarrolladas por Raymond Polin en su trabajo sobre *La désobéissance civile* (1987). Sin embargo sí es del todo posible apreciar como muy positivas las interesantes sugerencias traídas desde el apartado «Désobéissance au Droit normatif», al mostrar el tratamiento dado en general por la jurisprudencia francesa y, más en particular, ante el caso Paul Grüninger, sobre desobediencia funcional, e igualmente en lo rotulado como «Le Droit prosopologique», o Derecho que trasciende tanto reglas escritas o como leyes naturales, y que Tzitzis entiende como traducción de «l'effort dialectique de l'homme de dépasser le légalisme du Droit positif et la mystification juridique du Droit naturel. De cette manière, l'individu voit dans le Droit une dimension du juste propre à une humanité que cherche son sens dans son activité poétique» (p. 83)¹⁴.

8. La obra cierra con «Le Je et les autres», su capítulo VI, y entre todos el de más crecida extensión (pp. 84-121), justificada por la amplitud de las perspectivas a que va abierto desde el reflejo intersubjetivo de la alteridad del ser, del yo en y con los otros. De todo ello, focalizado en la amenaza de la imposición de la sanción, se ofrece una sugestiva interrogación sobre la solidaridad v. rivalidad social, seguridad pública y respeto a los derechos humanos (que bien podría extenderse al siempre problemático alcance del principio de orden público y la a veces muy discutible pulcritud de ciertas medidas preventivas), acerca del conflicto Eros-Thanatos en las penas de privación de libertad y pena capital, o la tensión sufrimiento-dignidad humana en el suicidio y la eutanasia (tan a menudo teñida de maniqueismos religiosos y «visiones» ético-jurídicas falsamente incontrovertibles)¹⁵.

¹³ Vid. S. TZITZIS, «Philosophie pénale et sémiotique punitive», en *Revue Internationale de Philosophie Pénale et de la Criminologie de l'Acte*, 7-8, 1995, pp. 77-85.

¹⁴ En la misma línea, S. TZITZIS, «Prosopologie et formation du Droit», en *EYΔΙΚΙΑ*, 3-4, 1995, pp. 43-65, «Du Droit aux Droits. Les polités, l'individu, le prosôpon», *TIMH ΓΕΩΡΓΙΟΥ Κ. ΒΛΑΧΟΥ-Mélanges G. C. Vlachos*, Ant. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ/Bruylant, 1995, pp. 729-745, y «La personne fondement du juste: du Droit prosopologique», en *RIFD*, 1, 1996, pp. 157-176.

¹⁵ No quiero dejar de señalar el esclarecedor ensayo de Hume, «Sobre el suicidio» (1757), en David HUME, *Sobre el suicidio y otros ensayos*, trad., selec. y prólogo de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 119-134. Vid. además el comentario de J. L. TASSET, «Suicidio y fiesta del yo: el suicidio como transgresión moral definitiva. A propósito de *On Suicide* de David Hume», en *Τελολξ. Revista Iberoamericana...*, I, 1, 1992, pp. 149-166. Asimismo, sobre eutanasia, la contundente argumentación de F. J. LAPORTA,

9. En punto y final a este comentario queda sólo por expresar una valoración global de la obra que, por la meditada profundidad filosófica y el enorme atractivo que su riguroso planteamiento jurídico encierra, ha de ser, a mi juicio, decididamente satisfactoria. La *Philosophie Pénale* que Tzitzis pone a disposición del público lector francés es, además, enteramente recomendable para el español, donde a la intrínseca utilidad que su teorización suscita también añade, como es el parecer de quien luego de su lectura y examen ha redactado estas líneas, en el constituir un buen incentivo, y muy estimulante, para ir remediando la severa penuria, si no el vacío casi absoluto, que en materias semejantes exhibe sin demasiado pudor intelectual nuestra actual bibliografía.

José CALVO GONZÁLEZ

«Pendiente deslizante», en diario *El País*, Madrid, 5 de marzo de 1994. Tampoco debo omitir los todavía muy recientes trabajos de J. L. DIEZ RIPOLLÉS, «Eutanasia y Derecho», y M.^a T. DE LA VIEJA, «Principios secundarios y muerte digna», ambos en *AFD*, XII, 1995, pp. 83-114 y 115-126 respectivamente, y J. L. DIEZ RIPOLLÉS-J. MUÑOZ SÁNCHEZ (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1996.

V

NECROLÓGICA

Francisco Tomás y Valiente: una evocación prospectiva

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Sevilla

Recibo la noticia, inesperada y terrible, en el umbral del aula donde acabo de concluir la clase de las once. Dos alumnos, delegados de otro grupo, me lo comunican. Casi incrédulo, confiando de que se trate de un siniestro equívoco, intento luego recogerme para calmar mi indignación y el sentimiento de dolor que la ausencia definitiva de Francisco Tomás y Valiente me produce. De inmediato, los apremios de la cotidianeidad, que sigue su curso, interrumpen la consternación intemporal en que se ha sumido mi ánimo; los delegados, que me consta lamentan sincera y profundamente el magnicidio, desean saber, no obstante, si la tragedia va a modificar la fecha del examen parcial convocado...

Cavilo obsesivamente en la identidad del marco en el que se ha perpetrado ese infame asesinato y en el que yo lo he conocido. Es un recinto cargado de emociones para Tomás y Valiente y para mí: la Universidad. El augusto y secular recinto dedicado al cultivo del conocimiento que postula y exige un clima de libertad en el pensar y tolerancia en el sentir; un ámbito que parece incitarnos a profesores y alumnos a proseguir. Morir es detenerse y nada más lejos de la actitud universitaria.

El estilo necrológico es un culto que tiene, en el seno de nuestra cultura, sacerdotes y devotos consumados. Se trata, en todo caso, de un culto legítimo y necesario que, tras el asesinato de Tomás y Valiente, se ha expresado a través de voces plurales y autorizadas. Ellas han contribuido a ordenar, en síntesis urgente, la vasta complejidad intelectual y cívica

que ha dejado de latir entre nosotros. Porque es necesario que todos sepamos medir la magnitud de este derrumbamiento, el peso exacto de esa vida ignominiosamente truncada, la hondura del hueco que abre en nuestro convivir.

A estas primeras valoraciones seguirán –deuda insoslayable– análisis más demorados tendentes a explorar, en sus múltiples facetas, el legado intelectual del profesor Francisco Tomás y Valiente. Pero es condición común de los estudios necrológicos el avanzar un balance retrospectivo, que tiende a establecer qué es lo que ha significado para nosotros la figura del desaparecido. A la inversa, yo propondría una evocación prospectiva de Francisco Tomás y Valiente. Una evocación que se preguntase qué podemos significar nosotros para su ejemplo y trayectoria; en otros términos, hasta qué punto seremos capaces de prolongar sus enseñanzas. Es evidente que, como toda vida y obra rica y múltiple, la de Tomás y Valiente es susceptible de prolongaciones infinitas. La que aquí propongo, con la brevedad que la ocasión demanda, alude a su actitud respecto al problema del nacionalismo, que me parece de especial actualidad y clarividencia.

En un trabajo de 1979 publicado en «Sistema», sobre *Los derechos históricos de Euskadi*, en cuya cordial dedicatoria aludía al «recuerdo de tiempos salmantinos comunes», indicaba Tomás y Valiente: «Desde aproximadamente el último cuarto del siglo XIX, la lucha por la diversificación del Derecho estuvo enmarcada dentro de unos fenómenos mucho más amplios y complejos: los distintos movimientos nacionalistas». Con penetrante sentido histórico se traza en este estudio una certera síntesis de algunos de los principales factores y presupuestos del nacionalismo vasco. Se pone en evidencia, de este modo, que tras la última Guerra carlista, a partir de 1876, nace un primer nacionalismo vasco preocupado por la defensa de la lengua y la raza, así como de la tradición de las formas de vida rurales frente a los inicios de la industrialización. Sabino Arana es un personaje clave en ese proceso nacionalista que se identifica con una aspiración a la independencia política. El fuerismo carlista queda relegado; la burguesía liberal e industrial ya no quiere oír hablar de fueros una vez satisfecha con el concierto fiscal que obtuvo a cambio; y los nacionalistas como Arana anteponen a cualquier consigna foralista la defensa de la lengua, la raza y el aislamiento respecto a todo lo que no tenga el sello de la procedencia vasca.

El primer nacionalismo vasco había germinado en el recinto del fuerismo tradicionalista, y su ulterior decantación hacia un nacionalismo excluyente no podía estar exento «de claros componentes racistas e integristas». Su base social se reclutó al margen de la burguesía liberal y frente a lo que Sabino Arana denominó «la invasión maketa», esto es, la clase obrera de procedencia exterior. Al estudiar el desarrollo ulterior del nacionalismo vasco, Tomás y Valiente indica que al furioso independentismo propio de la primera etapa de Sabino Arana le sucedió una cierta evolución hacia el «españolismo» en los últimos años de su vida (murió en 1903). El PNV, partido fundado por Arana en 1895, osciló entre un

separatismo verbalista, una preocupación dominante por la restauración del alma nacional vasca, largas etapas de decadencia frente al triunfo de partidos burgueses no independentistas (por ejemplo, en los años prósperos de 1915 a 1920) y momentos «españolistas» en los que acaso bajo influencia catalana «buscó fórmulas autonomistas compatibles con la inserción admitida en España».

En su último libro, *A orillas del Estado*, la preocupación por el resurgimiento de determinadas formas de nacionalismo radical sigue ocupando un lugar destacado en la reflexión de Tomás y Valiente. En su opinión, la cultura y la política europeas se hallan abocadas a optar entre dos alternativas contrapuestas: la humanista cosmopolita, de estirpe kantiana, que parte de la dignidad, la autonomía y la no instrumentalización de los hombres libres; y la tradición nacionalista, de signo herderiano, que concibe la nación o el pueblo como entidades colectivas naturales, dotados de espíritu propio, cifrado en esencias irracionales que trascienden los derechos de sus componentes.

Francisco Tomás y Valiente ha confirmado, al precio de su propia vida, el carácter violento, irracional y destructivo de los nacionalismos más radicales. Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la exigencia de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Pero como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se oponen ahora el resurgir de nacionalismos de zafio cuño tribal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a «los cuatro jinetes del Apocalipsis»: el hambre, la peste, la guerra y la muerte, en aquellos lugares en los que la barbarie nacionalista ha impuesto su sinrazón.

El nacionalismo constituye un absurdo lógico y ético, no obstante lo cual ha gozado en el pasado y goza en el presente de una amplia aceptación política. Desde el punto de vista *lógico* el nacionalismo representa una de las manifestaciones más burdas de la falacia naturalista (*Naturalistic Fallacy*), que hace referencia a la inconsecuencia lógica que entraña derivar el «deber ser» del «ser»; denunciada por David Hume y expresamente formulada por George Edward Moore. El discurso nacionalista parte siempre de la descripción de una serie de obviedades fácticas: que determinadas personas o grupos tienen rasgos distintivos en función del color de su epidermis, o de sus cabellos, o de los sonidos guturales que emiten, o de su sistema de creencias, apetitos o temores colectivos. Tras estos hechos notorios inmediatamente derivan prescripciones sobre la superioridad de determinadas razas, o el mejor derecho de unas tribus sobre otras. En todo caso, lo que hace de esas derivaciones algo *éticamente* inaceptable es que la apelación a la diferencia tiende siempre a establecer discriminaciones en *favor de* quienes la postulan.

La pugna entre los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios, propios del universalismo, frente a la reivindicación de la individualidad,

la variedad y la diferencia propias del nacionalismo han tenido repercusiones en distintos ámbitos y contextos de la vida jurídico-política contemporánea. El nacionalismo particularista y discriminatorio choca frontalmente con el ideal universalista que es inherente a la propia idea de los derechos humanos y de un constitucionalismo común de la humanidad. Por eso, el nacionalismo entraña un disvalor moral frente a la valoración ética positiva que merecen otras actitudes para las que la comprobación de diferencias fácticas no legitima la discriminación, sino que las lleva a postular, en el plano del «deber ser», la paridad de trato en función del dato común de la racionalidad, la dignidad o las necesidades de todos los hombres (iusnaturalismo racionalista, humanismo democrático, igualitarismo, cosmopolitismo...).

El trágico asesinato de Tomás y Valiente debiera despertar de su sueño culpable a quienes han mostrado indiferencia o, incluso, complacencia ante el desarrollo de los radicalismos étnicos, los fundamentalismos intolerantes y los nacionalismos excluyentes. Esas ideologías coinciden en auspiciar para el futuro de la humanidad un universo inhabitable: los hombres sólo pueden morir por ellas, mentir por ellas, matar y ensangrentar por ellas. Ha sido preciso llegar al holocausto de Tomás y Valiente y de tantas otras víctimas de quienes pretenden llevar hasta las últimas consecuencias los designios fanáticos de esas ideologías, para que el conformismo cotidiano de quienes han abdicado de sus responsabilidades cívicas se viese agitado por la gravedad del riesgo y la urgencia que revisite su respuesta. Aún es tiempo para una reacción colectiva -las últimas manifestaciones de estos días constituyen un signo esperanzador-, que se sienta heredera del compromiso de Tomás y Valiente por fortalecer el sustrato teórico e institucional del Estado de Derecho. Porque constituiría una cínica paradoja que se lamenten (cuando sea ya tarde) de la incapacidad del Estado de Derecho para hacer frente al desafío de las fuerzas de la irracionalidad y la barbarie, quienes no han contribuido, ni contribuyen, a forjarlo ni a nutrirlo.

Si sabemos proseguir su empeño, el pensamiento de Francisco Tomás y Valiente seguirá vivo entre nosotros. Es fácil conservar esa ilusión porque su magisterio y su ejemplo nos siguen siendo indispensables; y porque, como universitarios, somos del futuro. Por eso, más que una necrología retrospectiva, he querido esbozar una evocación prospectiva, porque seguir a Francisco Tomás y Valiente es seguir hacia adelante.

Consiste en proseguir la fe en los valores de la libertad, la justicia, la tolerancia y la fidelidad al Estado de Derecho, al que Tomás y Valiente sirvió con lealtad y competencia ejemplares, y del que ha sido mártir. El ejemplo cívico y la obra intelectual de Francisco Tomás y Valiente reclaman continuidad hacia su legado político y universitario. Como los mejores, Francisco Tomás y Valiente pudo hacer suya, en su más exacto y profundo sentido, la exhortación del verso machadiano: «Hacedme un duelo de labores y esperanzas».

José Luis López Aranguren, 1909-1996

Por EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Escribe Michel de Montaigne al comienzo del capítulo XIII del libro segundo de sus Ensayos que, «Cuando juzgamos la confianza de otro en la muerte, que es sin duda el acto más relevante de la vida humana, se hace necesario tomar en consideración una cosa: que difícilmente creemos haber llegado a este punto... Y ocurre esto porque nos damos demasiada importancia». Pues bien, el hecho irremediable de la muerte, sobre todo cuando el estado de salud de una persona no permite pensar en otra salida, no resta importancia al hecho y es una magnífica oportunidad para rememorar la vida de ciertos individuos ejemplares.

Me parece que no exagero al describir a Aranguren como uno de los intelectuales españoles más importantes de la segunda mitad del siglo. Sus aportaciones al estudio de la cultura y la sociedad contemporáneas, sus análisis de los logros, desafíos y límites de la democracia española y sus enormes conocimientos así lo constatan. Sus trabajos más directamente vinculados con su cátedra universitaria, la de Ética y Sociología de la Universidad de Madrid, están llenos de ideas y planteamientos notables y muchas veces originales, llamados a tener la enorme influencia que realmente han alcanzado en España. Así, la selectiva referencia de una extensa lista de libros, a obras como *La filosofía de Eugenio D'Ors* (1945), *Catolicismo y protestantismo como formas de existencia* (1952), *Ética* (1957), *Ética y política* (1963) *El marxismo como moral* (1968), *La cultura española y la cultura establecida* (1975) o *Ética de la felicidad y otros lenguajes* (1989), muestra una vida dedicada al estudio, con lecturas siempre al día y en estrecha y atractiva comunicación con las reflexiones e

ideas contemporáneas, a la vez que un extraordinario conocimiento de los mejores capítulos del pensamiento clásico.

Pero no solamente sus contribuciones se delimitan en el ámbito del magisterio de la ética teórica o del análisis crítico de la cultura y la sociedad contemporáneas, y todo ello estimulado por una independencia intelectual muy visible. Su conciencia crítica se apoya (a la vez que sirve para regenerarse mutuamente) en un claro y contundente compromiso práctico, solitario y solidario, como a él le gustaba definirse. Se trata de la figura del intelectual como moralista, otra de las expresiones utilizadas por Aranguren. «El intelectual debe ser la voz de los que no tienen voz», repite en una de sus últimas entrevistas.

Aranguren integró, por tanto, un talante moral y teórico, una forma de vivir y de pensar; fue un intelectual comprometido pero insobornable, alguien que gustaba de la provocación, del diálogo, que sabía escuchar, a la vez que detestaba los tópicos, la mediocridad y las fidelidades interesadas.

Buen número de filósofos del Derecho españoles nos sentimos discípulos suyos o deudores de sus ideas. Yo tuve, además, la oportunidad feliz, de ser su ayudante en los tres cursos que transcurrieron desde su reincorporación a la Cátedra de Ética y Sociología hasta su jubilación en el verano de 1979. Me correspondió además la tarea de ser su padrino en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid, en enero de 1993. Mi trato con él, una de esas experiencias inolvidables, que, muy de vez en cuando, la vida nos regala, no hizo más que acrecentar el respeto y el cariño hacia él profesado.

No creo que sea el momento, en una nota necrológica, de extenderme en su biografía o en la explicación de sus ideas. Lo he hecho en otros sitios y otros lo han efectuado con brillantez y profundidad. Simplemente me permito recomendar la lectura de dos entrevistas, la una realizada por Javier Muguerza para el libro «Retrato de José Luis L. Aranguren», publicado por el Círculo de Lectores en 1993; la segunda, hecha por su sobrina Begoña Aranguren unos días antes de su fallecimiento, apareció en «El País» del 18 de abril de 1996 junto con la noticia de su muerte. En ambas entrevistas se dibujan las características básicas de un filósofo lúcido y un hombre excepcional. Son el documento real de una vida que ha merecido la pena. A pesar de la muerte...

VOLUMEN XIV (1997)

I

PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL»

Estado de Derecho, argumentación e interpretación

Por MANUEL ATIENZA

Universidad de Alicante

1. De los tres términos que componen el título de este trabajo («Estado de Derecho», «argumentación» e «interpretación»), el primero de ellos es el que cabría considerar como menos polémico.

Si arrancamos, por ejemplo, para elucidar ese concepto, del ya clásico trabajo de Elías Díaz (*cf.* Díaz 1966 y 1995), nos encontramos con que el autor, aun reconociendo que se trata «de una realidad (como la democracia misma, precisa) de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo» (1995, p. 65), entiende que existen una serie de «necesarios caracteres generales» que permiten establecer lo que sería la intención o connotación de ese concepto. Concretamente, y como es bien sabido, se trataría del imperio de la ley, la división de poderes, el control de la Administración y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Por supuesto, no es fácil precisar en qué consiste —o debe consistir— cada una de esas características; e, igualmente, puede ser disputado si alguna de ellas juega un papel prioritario en la definición o goza, en algún sentido, de independencia con respecto a las otras [esta sería la opinión de Laporta (1994, p. 138) en relación con el imperio de la ley]; o bien si lo que hoy se entiende por «Estado constitucional» vendría o no a ser una forma del Estado de Derecho (lo que Elías Díaz llamaba el «Estado democrático de Derecho»). De manera que esa caracterización no impide que nos tropecemos con casos dudosos, esto es, con organizaciones estatales con respecto a las cuales existirían dudas razonables sobre si integran o no un Estado de Derecho (por ejemplo, ¿lo era España en la época de la transi-

ción: digamos, en 1977?; ¿lo es hoy México?). Ni puede impedir tampoco del todo un uso «interesado» de la expresión, habida cuenta de la carga emotiva de signo positivo que tiene esa palabra y que la hace especialmente apta para ser usada en definiciones persuasivas. Pero esos –inevitables– problemas de vaguedad y emotividad no impiden que la expresión «Estado de Derecho» designe siempre un cierto tipo de organización política. Dicho de otra manera, el concepto de «Estado de Derecho» puede que sea impreciso, pero al menos es unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas.

No es, sin embargo, con esto con lo que nos encontramos a propósito de «interpretación» o «interpretación jurídica», que son términos extraordinariamente ambiguos y en muy diversos aspectos. Así, desde el punto de vista del objeto, la interpretación puede referirse a cualquier entidad susceptible de tener un sentido (en definitiva, cualquier objeto no natural: un acontecimiento histórico, un comportamiento, etc.); o bien tan sólo a objetos lingüísticos (particularmente a textos escritos, como en la «interpretación de la ley»); o bien (sería el sentido más estricto de «interpretación») a textos problemáticos, esto es, textos cuyo significado es, en principio, dudoso y necesitan, pues, de una labor, de un esfuerzo, de aclaración. Pero además, hablamos de «interpretación» tanto para referirnos a una *actividad* (la actividad consistente en atribuir sentido a alguno de los tres anteriores tipos de objetos), como al *resultado*, al producto de esa actividad. Y, finalmente (sin que ello excluya otras posibles dimensiones de análisis), de «interpretación» se puede hablar –como lo ha hecho Gianformaggio (1987)– en un plano noético, lingüístico o dianoético. Una vez aclarado –a través del Diccionario de Ferrater Mora– que «desde Platón ha sido común en la filosofía griega usar *dianoia* para significar el pensamiento discursivo, el pensar que procede por razonamiento, a diferencia de noesis, entendida como pensamiento intuitivo, es decir, como captación intelectual inmediata de una realidad (inteligible)» (voz «Dianoia»), estamos en condiciones de entender los seis sentidos de «interpretación» (mejor, de «interpretación legal») que distingue Gianformaggio, combinando esta última distinción con la anterior, y que podría representarse así:

	Noética	Lingüística	Dianoética
Actividad.....	1.1	1.2	1.3
Producto	2.1	2.2	2.3

He aquí su (por lo demás, escueta) explicación:

«1.1 es el “fenómeno mental de la atribución de un significado a un documento”; 1.2 es la “adscripción de un significado a una disposición”; 1.3 es el “tipo de actividad que se dirige a elucidar el significado de un enunciado” (...)»

Pues bien: 1.1 es una aprehensión, una comprensión, un entender; 1.2 es una enunciación de un enunciado interpretativo; 1.3 es un razonamiento, una justificación, una argumentación.

En consecuencia: 2.1 es un significado –lo que se entiende o se ha entendido–; 2.2 es también un significado, pero sólo si existen condiciones o criterios de validez del acto, pues de otro modo, creo, es sólo una adscripción de significado; 2.3 *no es un significado, y no es una adscripción de significado, sino que es un enunciado o una proposición del tipo: «S (el signo S) ha de entenderse como S' (tiene el significado de S'), y es la conclusión de un argumento.»* (Gianformaggio 1987, pp. 90 y 91)

Con respecto a «argumentación» (en particular, «argumentación jurídica») cabría, en principio, hacer un análisis paralelo al que hemos visto a propósito de «interpretación». Así, por un lado, se podría hablar de «argumentar» en un sentido amplio (cuando se dice que las sentencias de los jueces –aunque se trate de casos fáciles, de casos no problemáticos– deben estar argumentadas), o bien en un sentido más estricto (según el cual, sólo se argumenta en presencia de un problema, esto es, cuando se trata de dar razones a propósito de una cuestión dudosa). Y, por otro lado, cabe también distinguir entre argumentación en cuanto actividad (la actividad de argumentar) y en cuanto producto o resultado de la misma (y aquí –diría yo, separándome en esto de Gianformaggio– tanto refiriéndose a la conclusión de un argumento, como al conjunto de las premisas y de la conclusión: el texto de una sentencia –incluyendo no sólo el fallo, sino también los antecedentes de hecho, los hechos probados en su caso y los fundamentos de Derecho– sería el resultado de la previa actitud deliberativa –argumentativa– del tribunal).

Lo que, sin embargo, no parece posible es utilizar –o utilizar del todo– la tercera de las perspectivas a propósito de «argumentación». Y no parece que pueda hacerse, porque la argumentación sería siempre, en definitiva, una actividad dianoética (o el producto de esa actividad). Esta característica de la argumentación aparece en cierto modo reflejada en nuestros usos lingüísticos, en cuanto tiene pleno sentido hablar de «la interpretación del artículo 15 de la CE (Constitución española)», pero no de «la argumentación del artículo 15 de la CE»; en el primer caso, podemos preguntarnos, por ejemplo, ¿cuál es la interpretación del artículo 15 de la CE?, mientras que en el segundo, lo que tendría sentido sería preguntar por los argumentos *en favor* del artículo 15 (de haber introducido ese artículo, de haberlo interpretado de una cierta forma, etc.). O sea, uno interpreta algo, pero no argumenta algo, sino argumenta en favor o en contra de algo. Por eso también, podemos ver, naturalmente, la argumentación como actividad o acto lingüístico, pero en ese caso –como lo ha mostrado Toulmin (*cf.* Toulmin, Rieke y Janik 1984)– lo que caracteriza al uso argumentativo del lenguaje es que para argumentar no basta con emitir ciertas preferencias en ciertas circunstancias (como ocurre al interpretar, al prescribir o al insultar), sino que se necesita añadir razones en favor de lo que se dice. Quizás sea también este rasgo lo que explique

que la interpretación, en cuanto actividad, tienda a verse como un tipo de relación que se da entre un texto, un sujeto (el interprete) y un (nuevo) texto, mientras que la actividad argumentativa tendría lugar entre un sujeto (orador o proponente) un discurso (si se quiere, un texto) y otro sujeto (el auditorio o el oponente).

2. Lo dicho hasta aquí parecería sugerir la idea de que el de *interpretación* es un concepto más amplio que el de *argumentación*, esto es, que la interpretación en sentido lato o latísimo (equivaliendo a entender o comprender algo) no envuelve ningún tipo de argumentación; sólo cuando hablamos de interpretación en sentido estricto (en cuanto aclaración de algo –de alguna entidad susceptible de tener un significado– que se haya vuelto dudoso) nos aparece también la idea de argumentación, en cuanto procedimiento (o resultado de ese procedimiento) para aclarar esa duda (para pasar, por ejemplo, del enunciado a interpretar al enunciado interpretado).

Sin embargo, las cosas podrían plantearse también de manera que llegáramos al resultado justamente opuesto. Podemos partir, por ejemplo, de considerar el Derecho como una serie de decisiones (en relación con ciertos problemas prácticos) cuya justificación requiere la producción de argumentos, esto es, de razones en favor de esas decisiones. Ahora podemos decir que de entre esas razones, de entre esos argumentos, algunos tendrían carácter interpretativo, pero otros no: por ejemplo, no tiene carácter interpretativo un argumento deductivo (digamos, la justificación interna de una decisión) y, por lo menos hasta cierto punto, tampoco serían argumentos interpretativos los que se usan para resolver problemas de prueba, de calificación o de relevancia.

Ahora bien, este último planteamiento, lo que viene a mostrar en realidad es que la argumentación no presupone la interpretación en sentido estricto, pero sí en sentido lato; esto es, argumentar implica necesariamente un entendimiento, la atribución de algún significado a las premisas y a las conclusiones, lo cual vale incluso para la concepción formal de la argumentación de la que luego se hablará.

En consecuencia, y dada esta cierta prioridad de la interpretación con respecto a la argumentación, en lo que sigue procederé de la siguiente manera. En primer lugar, presentaré en forma muy breve los problemas –y las posibles respuestas– que configuran la problemática de la interpretación jurídica. De menor a mayor densidad, las preguntas a las que habría que responder parecen ser éstas: 1. ¿qué es un enunciado interpretativo?; 2. ¿cuándo y quiénes interpretan?; 3. ¿cómo, de qué manera, ha de proceder –o procede de hecho– el intérprete?, esto es, ¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza?; 4. ¿en qué se fundamentan tales métodos?, esto es, ¿qué teoría de la interpretación –que ofrezca una respuesta al qué es, por qué y para qué interpretar– debe asumirse?; 5. ¿hasta dónde llega la interpretación?, esto es, ¿cuáles son sus límites?, ¿en qué punto se deja de interpretar y se pasa a crear o inventar algo?, ¿se puede identificar el Derecho sin interpretarlo?; y 6. ¿de qué criterios disponemos para

juzgar la corrección de una interpretación?, ¿qué es una buena interpretación? Luego, en segundo lugar, mostraré qué conexiones guarda lo anterior con la problemática de la argumentación, a partir de tres concepciones que creo importante distinguir: la concepción formal, material y dialéctica o pragmática de la argumentación. Y, finalmente, señalaré cómo se relaciona lo anterior con el Estado de Derecho, con las diversas características del Estado de Derecho antes aludidas.

3.1 Si limitamos el problema de la interpretación jurídica a la interpretación de textos [lo que dejaría fuera, pero sólo parcialmente, la «interpretación» de las costumbres y de los hechos: sólo parcialmente, pues por «interpretación de la costumbre» (Guastini 1996, p. 171) se entiende también la interpretación de los documentos en los que se recogen los usos, las prácticas en cuestión; y por «interpretación de los hechos» debe entenderse también la de los documentos que constituyen pruebas], cabría ver la interpretación como una operación consistente en pasar de unos enunciados a otros, y un enunciado interpretativo como lo que permite ese paso. Así, por ejemplo, respecto al artículo 15 de la CE, podríamos distinguir:

- (1) «Todos tienen derecho a la vida»;
- (2) «“Todos”, en el artículo 15, significa todos los nacidos»;
- (3) «Todos los nacidos tienen derecho a la vida».

(1) es el enunciado a interpretar; (3), el enunciado interpretado; y (2) el enunciado interpretativo.

Siguiendo una sugerencia de Guastini [1996, p. 165: «Interpretación y definición, de hecho, son especies de un único género (quizás, en verdad, son propiamente la misma cosa)»], un enunciado interpretativo, como (2), puede analizarse en los mismos términos que una definición legislativa. En un libro que he escrito recientemente con Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 1996), considerábamos las definiciones (siguiendo de cerca a Alchourrón y Bulygin) como enunciados que: no tienen carácter práctico (no son normas); no tienen estructura condicional, sino que su forma canónica sería «“...” significa...»; cumplen la función de identificar normas (al aclarar el significado de ciertas expresiones); y atribuyen un mayor o menor «poder semiótico» a los jueces y a la doctrina. Pues bien, en relación con los enunciados interpretativos, parece que podría efectuarse un análisis paralelo, esto es:

- 1) su estructura sería «“T” significa S», o sea, «el término “todos” (en el art. 15 de la CE¹) significa todos los nacidos»;
- 2) su función consistiría también en identificar la norma que contiene el artículo 15, es decir, en pasar de:

- (1) «todos tienen derecho a la vida» a
- (3) «todos los nacidos tienen derecho a la vida»; y

¹ El artículo 15 de la Constitución española comienza con la oración «Todos tienen derecho a la vida».

3) el enunciado interpretativo (2), tal y como lo estableció, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en una famosa sentencia de abril de 1985 (y lo ha utilizado posteriormente en diversas ocasiones) es el ejercicio del «poder semiótico» dejado en manos de los jueces (o, en concreto, del Tribunal Constitucional) por parte de los constituyentes.

Además, y tal y como lo hace Guastini, puede trasladarse también aquí la triple clasificación de las definiciones en lexicográficas, redefiniciones y estipulativas, con lo que tendríamos también las tres principales acepciones o formas de entender la interpretación:

1) como la adscripción o detección de un significado, en cuyo caso, tendría sentido decir que un enunciado interpretativo es verdadero o falso y que la actividad interpretativa es una actividad cognoscitiva y, potencialmente, científica (al igual que cabría decirlo de una definición lexicográfica);

2) como la decisión o propuesta de un significado entre los diversos posibles; ahora (al igual que en el caso de las redefiniciones) no podría ya hablarse de verdad o falsedad: interpretar no sería, pues, una operación cognoscitiva o, más bien, cabría distinguir una fase cognoscitiva y otra no cognoscitiva o volitiva (interpretar ya no es sólo una actividad –potencialmente– científica, sino también política –y, añadiría yo– moral);

3) como la creación de un significado (el término de comparación sería el de las definiciones estipulativas); según Guastini, ello significaría también traspasar el umbral de la interpretación: «la creación de un significado, en fin, es cosa asimilable más a la legislación (a la creación de normas) que a la interpretación propiamente dicha» (p. 171).

Con respecto a los tres sentidos de interpretación, se puede decir que un enunciado interpretativo (al igual que una definición) no es una norma, pero, juntamente con otros enunciados, da lugar a normas, o bien tiene consecuencias normativas. Los enunciados interpretativos no son, pues, o no directamente, directivas –digamos directivas débiles: sugerencias, recomendaciones, etc.–, al igual que no lo son tampoco las definiciones.

3.2 El análisis anterior permite también, me parece, contestar a la segunda de las cuestiones: quién interpreta y cuándo se interpreta. Dado el paralelismo existente con las definiciones legislativas, cabe decir que interpreta –o puede interpretar– un texto quien no es –o en tanto no es– autoridad con respecto a ese texto. En definitiva, que los intérpretes de las normas legisladas son los jueces (los aplicadores en general), los dogmáticos o los simples particulares, pero no el legislador; el legislador no emite enunciados interpretativos, sino definiciones y normas (incluidas las normas sobre cómo interpretar); si se quiere, el legislador interpreta la Constitución, pero precisamente porque no es autoridad con respecto a ella: si lo fuera (como ocurre con las Constituciones flexibles) no estaría ya interpretando, sino produciendo normas y definiciones; y otro tanto

habría que decir con respecto a las sentencias o autos aclaratorios. Dicho de otra manera, la llamada «interpretación auténtica» (si por tal se entiende la del autor de un texto y en cuanto investido de la misma autoridad que tenía con respecto al texto primitivo) no se distingue en nada de la producción normativa (de normas y definiciones)².

Y con respecto al cuándo interpretar, cabría quizás decir lo siguiente. Al igual que el legislador sólo define un término si existe la posibilidad de que el mismo no sea comprendido o no lo sea en el sentido deseado por él, la interpretación en el sentido no de comprensión inmediata de un texto, sino de comprensión que requiere de alguna forma una labor de mediación (un intérprete) sólo se produce en un contexto de duda: *in claris non fit interpretatio* sería, en ese sentido, un enunciado tautológico: si el texto es claro, no hay interpretación (en sentido estricto). Ahora bien, lo que hace que el significado de un texto resulte dudoso puede ser alguno de los siguientes factores (o una combinación de ellos): 1) el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad o de vaguedad); 2) no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); 3) no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho –lo escrito– y lo que se quiso decir); 4) es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); 5) es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.

3.3 Si dejamos de lado la interpretación en sentido amplio, esto es, la interpretación como comprensión inmediata de un texto, la pregunta de *cómo interpretar* se refiere a cómo un intérprete (normalmente, un órgano aplicador o un dogmático del Derecho; excepcionalmente un simple usuario) en un caso de duda hace para pasar del enunciado a interpretar, (1), al enunciado interpretativo, (2), y de este último al enunciado interpretado, (3). Dado que el paso de (2) a (3) no parece plantear problemas, en lo que habrá que fijarse es en el paso de (1) a (2). La respuesta, naturalmente, son los llamados métodos, cánones, técnicas o directivas de interpretación, que suelen cumplir tanto una función heurística como justificativa (*cf.* Igartua 1994, p. 79), esto es, tanto muestran cómo pasar de (1) a (2) como, al mismo tiempo, justifican ese paso. Esas reglas pueden a su vez, clasificarse en reglas de primer y de segundo grado (*cf.* Alexy 1994, Wroblewski 1985, Igartua 1994). Las de primer grado establecen cómo pasar de (1) a (2); las de segundo grado, cómo usar las anteriores: por ejemplo, qué hacer cuando existen varias reglas de primer grado concurrentes y contradictorias. De acuerdo con la tipología de problemas interpretativos anteriormente efectuada (y que, con pocos matices de

² IGARTUA (1994, p. 104), señala una diferencia entre leyes interpretativas y definiciones legislativas que, sin embargo, no parece ser esencial.

diferencia, es la que se encuentra tanto en textos de Derecho positivo, como en las obras de dogmática y de teoría del Derecho de los sistemas de *civil law* o de *common law*: *cfr.* MacCormick y Summers 1991), las reglas de primer grado podrían clasificarse en: lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, teleológicas y valorativas. Ahora bien, dado que esas reglas tienen, de manera muy patente, la forma de condicionales derrotables (por ejemplo, una regla lingüística sería: «a los términos idénticos debe asignárseles el mismo sentido, a no ser que...») lo que resulta determinante son los criterios de segundo grado, esto es, las reglas de prioridad.

3.4 El uso de las técnicas o reglas interpretativas, o sea, en definitiva, la respuesta al cómo interpretar, depende de la teoría de la interpretación que se sustente, esto es, de cómo se conteste a las preguntas de *qué es interpretar y por qué y para qué se interpreta* (en el Derecho).

Si se considera cuáles son los tipos de teorías de la interpretación más relevantes en la literatura jurídica, se podría efectuar esta doble clasificación: por un lado, se contraponen las teorías formalistas a las teorías escépticas o realistas; por otro lado, las teorías subjetivistas a las objetivistas.

La contraposición entre formalismo y escepticismo parece desarrollarse, sobre todo, en un plano epistemológico: la pregunta ¿qué es interpretar? se contesta a partir de la perspectiva de hasta qué punto la interpretación es o no una actividad cognoscitiva y, en consecuencia, si los enunciados interpretativos son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos. Como se sabe, los formalistas –o cognoscitivistas (el paralelismo con la contraposición entre cognoscitividad y no cognoscitividad en ética es evidente: *cfr.* Guastini 1990)– se decantan por la primera de las alternativas, lo que significa sostener que el intérprete lo que hace es «descubrir» el significado de un texto; los escépticos o realistas, por la segunda: el intérprete no descubre, sino que crea, decide; y las teorías intermedias (Hart 1963, Carrió 1965) vienen a sostener que en algunos supuestos (los casos claros) tiene sentido hablar de descubrir un sentido, mientras que en otros (los casos difíciles) lo que se hace es adjudicar un sentido, esto es, decidir: interpretar no es ya aquí una operación cognoscitiva, aunque ello no quiera decir que sea arbitraria. El paralelismo con las definiciones vuelve a funcionar: las definiciones (estipulativas o redefiniciones) son convencionales, pero no por ello arbitrarias.

Sin embargo, la contraposición entre teorías subjetivistas y objetivistas de la interpretación parece desenvolverse en un plano distinto, esto es, la pregunta ¿qué es interpretar? se contesta desde la perspectiva de por qué y para qué interpretar. De ahí la contraposición clásica entre ver la interpretación como una indagación de la voluntad del legislador (en el momento del establecimiento de la ley o en el de su aplicación para resolver un determinado caso), o bien de la voluntad de la ley (en cuanto entidad objetiva, relativamente independiente de la voluntad –real o presun-

ta— del legislador empírico). O la contraposición, que parece centrar en buena medida el debate contemporáneo, entre el modelo intencionalista y el modelo constructivo de interpretación. Como se sabe, este último, el modelo constructivo, es el defendido por Dworkin en sus últimas obras (*cfr.* Dworkin 1985 y 1986), lo que le lleva a sostener que la interpretación no consiste en descubrir los motivos o la intención de un autor, sino en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva. Como es obvio, también en este caso cabe sostener alguna concepción intermedia, esto es, una concepción que combine el modelo intencional y el constructivo; es más, por lo que luego se dirá, esta me parece incluso la postura más prometedora y a la que apuntan la crítica de Marmor a Dworkin, (*cfr.* Marmor 1991) algunos trabajos de Raz (1996) o la teoría de la interpretación de Nino (1992 y 1994).

3.5 En la contraposición entre teorías formalistas y realistas o escépticas, el límite de la interpretación habría que plantearlo así: Para los formalistas, ese límite viene dado por la creación o producción del Derecho; el intérprete no debe crear nada nuevo, nada inexistente en el Derecho previamente establecido; su labor sería, pues, semejante a la del lógico (el lógico deductivo) que, al derivar unos enunciados de otros, no está creando nada, sino haciendo explícito (en la conclusión) lo que en realidad ya se contenía en las premisas. El modelo sería aquí el de las definiciones lexicográficas: el intérprete —como el que efectúa una definición de ese tipo— no inventa nada, sino aplica reglas preexistentes —usos lingüísticos vigentes—; por eso puede decirse que su labor es puramente cognoscitiva. Para los escépticos, los realistas, la distinción anterior no existe o (en el caso de posturas moderadas, como la de Carrió) debe ser atenuada: quien efectúa una redefinición (y más todavía si se trata de una definición estipulativa) no puede apelar a reglas preexistentes: él debe establecer esas reglas y, en su caso, justificarlas. Los límites de la interpretación, en definitiva, no estarían preestablecidos por el Derecho (en cuanto realidad producida por un legislador), sino que, al menos en parte, son creados por el intérprete: el Derecho —tendencialmente— no sería tanto el Derecho legislado, cuanto el Derecho interpretado.

Y por lo que se refiere a la contraposición entre teorías subjetivistas y objetivistas, la cuestión de los límites de la interpretación parecería hacer referencia a los materiales a utilizar por parte del intérprete. Sin embargo, y en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, la interpretación objetiva no significa necesariamente una interpretación más amplia. Como escribió Alf Ross en un texto citado con frecuencia: «Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son dis-

cernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión» (Ross 1963, p. 117).

Ahora bien, la cita de Ross muestra bien que esa contraposición (o esa forma de entenderla) no es la que tiene presente Dworkin cuando enfrenta su modelo constructivo de interpretación al modelo intencionalista (tanto la concepción subjetivista como la objetivista –la interpretación objetiva y la subjetiva– caerían del lado del modelo intencionalista: Ross estaría también claramente afectado por lo que Dworkin llama el «aguijón semántico»). Respecto a este, al modelo intencionalista, el modelo constructivo de interpretación señala unos límites verdaderamente más amplios, pues lleva a considerar no sólo las reglas que constituyen la práctica interpretativa, sino también los objetivos y los valores que dan sentido a esa práctica e invita al intérprete a considerar qué necesitaría esa práctica en orden a lograr una máxima realización de aquel sentido.

3.6 El último punto a tratar –la clave de la interpretación o de una teoría de la interpretación– reside en los criterios que proporciona para juzgar acerca de la corrección de una interpretación: el paso de (1) a (2) y a (3). O sea, qué métodos o técnicas interpretativas han de usarse y cuáles deben prevalecer.

Así, el formalismo (el formalismo legalista) significaría la exclusión de aquellas técnicas que supusieran el uso de normas (de materiales) no legislados (o no extraíbles deductivamente de normas legisladas) y, en todo caso, la prioridad de lo que suelen denominarse criterios lingüísticos o semánticos, sobre los otros. El realismo, por el contrario, invita a hacer un uso amplio de los métodos interpretativos, pero el criterio de corrección de ese uso (las reglas de prioridad) no puede ya ser jurídico (o sea, no puede ser legislado: de ahí que necesariamente exista discreción) lo que lleva, bien a renunciar a tales criterios, o bien a configurarlos en términos extrajurídicos, de adecuación política, económica, ética, etc.

Y por lo que se refiere a la contraposición subjetivismo/objetivismo (entendida en el sentido de Dworkin), las teorías subjetivistas (intencionalistas) otorgarían prioridad a lo que he llamado métodos pragmáticos (dirigidos a averiguar la voluntad del legislador), mientras que las otras darían preeminencia a los métodos teleológicos y valorativos, sin necesariamente descuidar los anteriores, especialmente los de carácter sistemático: así es como, me parece, podría entenderse el no muy claro uso que Dworkin hace de los criterios de *soundness* y *fitness*.

4.1 Pasemos a la argumentación. En la argumentación (como actividad) y en un argumento (como resultado) pueden distinguirse siempre los siguientes elementos: 1) un lenguaje, es decir, argumentar es una actividad lingüística y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados; 2) una conclusión, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento; 3) una o varias premisas, esto es, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con que se abre el argumento; y 4) una relación entre las

premisas y la conclusión. Estos elementos tienen que darse siempre, aunque quepa hablar de un argumento con premisas implícitas (que no es lo mismo que premisas inexistentes) o de una argumentación en la que alguno de sus pasos no consiste en una acción lingüística (pero que siempre podremos plasmar en un lenguaje). Ahora bien, estos elementos pueden entenderse (interpretarse) en formas distintas, lo que da lugar a las tres concepciones de la argumentación (formal, material y dialéctica o pragmática) a que antes hice alusión.

La concepción formal es característica de los lógicos, quienes definen un argumento, una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones: en un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión (en virtud de alguna regla de derivación de la lógica). Esta relación de inferencia puede interpretarse en sentido sintáctico, en sentido semántico o, como lo ha hecho últimamente Alchourrón (1995), en sentido abstracto, esto es, construyendo «una concepción general de consecuencia de la cual tanto el enfoque sintáctico como el semántico no sean más que especificaciones diferentes» (p. 36). Pero siempre se tratará de una relación formal, es decir, lo que garantiza el paso de las premisas a la conclusión son reglas de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no exige entrar a considerar el contenido de verdad o corrección de las premisas. Este carácter formal sigue dándose también en las lógicas divergentes (las que se apartan de la lógica estándar), como la lógica de la relevancia, que lo que viene a hacer es aceptar sólo una parte de las reglas de la lógica deductiva estándar, para tratar de adecuarse a lo que cabría llamar la «lógica interna» incorporada a nuestros lenguajes naturales (lo que, por cierto, no logra del todo). Podríamos decir que la lógica no se centra en la actividad de argumentar, en el proceso de la argumentación, sino en los argumentos, en el resultado de la actividad. Lo que ofrece son esquemas de argumentación, que cabe usar para controlar la corrección de nuestros argumentos. Pero la lógica no describe cómo, de hecho, la gente argumenta.

La segunda concepción de la argumentación, la que he llamado concepción material, es la que puede encontrarse, referida al razonamiento jurídico, de alguna forma, en la concepción de la tópica jurídica de Viehweg (en uno de sus sentidos, los tópicos son argumentos materiales, premisas –materiales– que ofrecen un apoyo para la resolución de un problema práctico); en la distinción usual entre justificación interna y justificación externa (que, en cierto modo, viene a corresponderse con lo que he llamado concepción formal y material de la argumentación); o en la teoría de las razones para la acción de Raz y otros autores. Así como, desde el punto de vista formal, los argumentos eran vistos como relaciones entre proposiciones, ahora se trataría más bien de relaciones entre, por un lado, razones y, por otro lado, creencias (razonamiento teórico) o bien actitudes o acciones (razonamiento práctico). Un razonamiento no sería puramente una inferencia regida por reglas formales, sino un proce-

dimiento para resolver un conflicto de razones. Esto (o sea, el olvidar los problemas planteados por los conflictos de razones) es lo que le lleva, por ejemplo, a Raz a considerar que la lógica deóntica no es útil para quien se interesa por el razonamiento práctico; «la principal tarea de la teoría de la razón práctica –escribe Raz– es establecer lo que tenemos (*prima facie*) razones para hacer y cómo resolver los conflictos de razones y establecer aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración» (Raz, p. 28). A diferencia de lo que ocurría con la anterior concepción, aquí sí que interesa ya el *proceso* de la argumentación. Por supuesto, cabe hacer una distinción entre el proceso psicológico del balance de razones y lo que sería una «reconstrucción racional del mismo», pero a la hora de evaluar el resultado del balance –el juicio práctico en que el mismo se resuelve– parecería que el hecho de que el razonador haya tenido la actitud psicológica adecuada resulta relevante; o, dicho de otra manera, aquí no puede prescindirse del punto de vista interno.

Finalmente, la tercera concepción, la concepción pragmática o dialéctica, considera la argumentación como un tipo de acción –o interacción– lingüística. La argumentación no es un tipo de relación que tenga lugar entre proposiciones o entre razones y creencias y actitudes prácticas, sino entre dos o más sujetos. Argumentar es un acto de lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones determinadas; en general, podría decirse que en el contexto de un diálogo, cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado y se acepta que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la fuerza física o a otro tipo de presiones: psicológicas, económicas, etc.). La argumentación es, pues, vista aquí básicamente como una actividad, como un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (de comportamiento lingüístico) de los sujetos que intervienen en la misma. Esta es, básicamente, la concepción que cabe encontrar en muchas teorías contemporáneas de la argumentación, como la de Toulmin o Habermas, y es también el modelo al que obedece la nueva retórica de Perelman y, en alguna medida, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. En síntesis, podría decirse que la argumentación, de acuerdo con esta tercera perspectiva, consiste también en lenguaje, pero lo que aparece destacado es el aspecto pragmático del lenguaje, y de ahí que la argumentación sea inconcebible haciendo abstracción de los sujetos que argumentan. La argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro.

4.2 Cada una de estas tres concepciones de la argumentación (de la argumentación jurídica) lleva a plantearse de una cierta manera el

problema de la interpretación o, si se quiere decirlo de otra manera, a centrarse en unas u otras de las cuestiones de la interpretación antes indicadas.

Así, desde la primera de las concepciones, lo que interesa es aclarar cuál es la naturaleza de los enunciados interpretativos y de las reglas que permiten dar el paso de (1) a (2) y (3). Para un deductivista, alguien –como Bulygin (1992)– que entiende que la justificación de las decisiones judiciales tiene un carácter deductivo, la interpretación es vista como un problema semántico, como un proceso a través del cual se explicitan las reglas semánticas de un lenguaje. Básicamente, existirían dos situaciones en que se necesita recurrir a esa operación y que Bulygin denomina, respectivamente, subsunción genérica y subsunción individual (esas dos situaciones presuponen que el problema a resolver no viene generado por una *laguna de conocimiento*, esto es, no es un problema de prueba, sino por una *laguna de reconocimiento*).

Existe un problema de subsunción genérica cuando no está claro si la extensión de un determinado predicado está incluida en la de otro. Por ejemplo, se dispone –digamos, como material en bruto– del enunciado que establece que «los contratos sacrílegos deben ser anulados» y nos preguntamos si un contrato celebrado en domingo es o no sacrílego. Para resolver esa duda, el intérprete necesita construir una regla semántica que establezca, por ejemplo, que la extensión del predicado «celebrado en domingo» está dentro de la del predicado «sacrílego». Una vez establecida esa regla, el enunciado «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos» es analítico, o sea: su verdad depende exclusivamente del significado de «sacrílego» y «celebrado en domingo».

Los problemas de subsunción individual se plantean cuando se trata de aplicar una norma universal a casos individuales. En estos supuestos, aparece –según la terminología quizás no muy clara de Alchourrón y Bulygin– una laguna de *reconocimiento* si en la norma, en la premisa mayor, existe un término vago, de manera que no se sabe si un determinado caso, un determinado individuo lógico, cae o no bajo el alcance de ese término. Por ejemplo, Tim y Tom celebraron un contrato en un día festivo, pero no domingo, y no está claro si la norma que establece que «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos» incluye también los celebrados en otros días festivos; esto es, no está claro cómo haya de entenderse «domingo». La resolución de la duda pasa también en este caso por la construcción de una regla semántica que diga, por ejemplo, que «“domingo” es –o se entiende por “domingo”– el día de la semana que precede al lunes». Una vez establecida esa regla, el enunciado «quien celebra un contrato en un día que no sea domingo, aunque sea día festivo, no lo celebra en domingo» sería también obviamente analítico (no sería analítico, sin embargo, el enunciado «Tim y Tom no celebraron su contrato en domingo», porque la verdad del mismo depende también de una cuestión empírica: de que efectivamente hubieran celebrado un contrato en tal y cual día, etc.).

Bulygin realiza, en el trabajo que estoy comentando, un par de afirmaciones que pueden parecer sorprendentes: una de ellas es que, en su opinión, aunque la interpretación sea muy importante en el Derecho, sin embargo no hay aquí problemas que sean específicamente jurídicos; la otra es que los enunciados interpretativos (por ejemplo, «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos») no expresan un juicio de valor, aunque se basen en juicios de valor. Naturalmente, no hay nada que oponer a ello, esto es, ambas afirmaciones resultan perfectamente aceptables, pero siempre y cuando reduzcamos el problema de la interpretación del Derecho a los límites ciertamente estrechos en que lo plantea Bulygin (y que, en realidad, solamente concierne a la primera de las preguntas que —como veíamos— habría que contestar). En particular, es interesante observar que, en su planteamiento, ni siquiera aparecen lo que suelen llamarse reglas o cánones de la interpretación. Las «reglas semánticas» de Bulygin serían el equivalente de lo que habíamos llamado enunciados interpretativos (sus «enunciados interpretativos» coincidirían con lo que llamábamos «enunciados interpretados») y que analizábamos en términos de definiciones. Es, por ello, comprensible que si el alcance de la interpretación en el Derecho se reduce únicamente a ese extremo, no encontremos nada que sea específicamente jurídico, y que podamos también dejar perfectamente de lado los juicios de valor. El único problema es que con ello no estamos dando cuenta, ni de lejos, de lo que los juristas entienden comúnmente por interpretación. O, dicho de otra manera, de lo que Bulygin se ocupa es de la interpretación vista exclusivamente desde el prisma de la justificación interna, de la justificación deductiva.

La Nueva Retórica de Perelman (y Olbrecht-Tyteca) (*cfr.* Perelman y Olbrecht-Tyteca 1989) es, como antes decía, un buen ejemplo de lo que he llamado concepción pragmática o dialéctica de la argumentación. Aquí la interpretación aparece —como no podía ser de otra forma— ocupando un lugar mucho más relevante que en la anterior concepción. Así, por un lado, lo que en el libro se llama «técnicas argumentativas», esto es, los diversos tipos de argumentos (clasificados, como se sabe, en argumentos de asociación y de disociación, y los primeros en argumentos cuasi-lógicos, argumentos basados en la estructura de lo real y argumentos que fundamentan la estructura de lo real) pueden verse, naturalmente, como técnicas a emplear para pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretativo, esto es, como regla —o, si se quiere, metarreglas— para justificar lo que Bulygin llamaba reglas semánticas. Pero además, la interpretación aparece también en lo que los autores llaman el punto de partida de la argumentación; y, en concreto, a la hora de seleccionar y presentar los datos de partida de la argumentación, lo que aquí (a diferencia de lo que ocurre en la demostración, esto es, en el razonamiento lógico) tiene una gran importancia, pues la finalidad de toda argumentación no es otra que persuadir a un auditorio. Merece la pena reparar en que aquí se están manejando, cabría decir, dos nociones distintas de argumento: en el primer caso, un argumento sería un conjunto estructurado de

proposiciones regido por una regla o técnica de argumentación (argumento *a contrario*, *a simili*, etc.); en el segundo caso, un argumento es cualquier cosa, cualquier elemento de un proceso argumentativo que contribuya a persuadir a un auditorio: por ejemplo, presentar un dato de manera que el otro lo perciba (lo interprete) en una forma determinada [Gianformaggio (1987) distingue entre argumento como *logos* y como *topos*].

Un límite importante de una teoría de la argumentación como la de Perelman —es decir, una que privilegia la dimensión pragmática— es que no es capaz de suministrar un criterio de corrección de la argumentación que no sea la mera eficacia (la capacidad de persuadir). O, si se quiere decirlo de otra manera, el intento de Perelman por elaborar ese criterio —no es ni más ni menos que su concepto de «auditorio universal»— no puede considerarse exitoso, en mi opinión, porque en Perelman falta una filosofía moral y política de fondo que permita sustentar una concepción material de la argumentación (y, en particular, por lo que aquí interesa, una teoría de la interpretación que pueda servir de apoyo —de justificación— al uso de los argumentos interpretativos en los dos sentidos antes distinguidos).

El centro de una concepción material de la argumentación ha de situarse, pues, aquí, en la elaboración de una teoría de la interpretación jurídica que guíe y fundamente el uso de los diversos métodos o cánones de la interpretación y que, por tanto, trace de una cierta forma los límites de la interpretación y los criterios de corrección de la misma. Ahora bien, para lograr esto, no basta con un análisis descriptivo y conceptual de los diversos métodos o técnicas interpretativas y con elaborar algunos criterios formales de corrección de los argumentos (la universalidad, la consistencia, la coherencia), como lo han hecho los representantes de lo que cabría llamar «concepción estándar de la argumentación jurídica» (Alexy o MacCormick). Se necesita una teoría más sustantiva, más comprometida con una determinada filosofía política y moral. Creo que precisamente esto es lo que puede encontrarse en autores como Nino, Raz o Dworkin. Incluso cabría decir que, al menos en el caso de Dworkin, su interés en las cuestiones sustantivas (de tipo moral y político) es lo que le lleva a pasar por alto —o, como dice Ricoeur, a ocultar— la problemática de la argumentación. «Desgraciadamente —escribe Ricoeur— Dworkin no ha aprovechado la ocasión de coordinar su noción general de “fit”, y más precisamente la versión narrativista de este “fit” con una teoría de la argumentación (...). Puede entonces preguntarse por qué Dworkin no ha ido a mirar del lado de una teoría más afinada de la argumentación. No es ciertamente por falta de sutileza (...), sino por razones más profundas que se comprenden mejor cuando se aproxima la sección “Laws and Interpretation” de *A Matter of Principles* al ensayo “Is law a system of rules?” (...). Este ensayo revela que Dworkin está mucho menos interesado en la formalidad de los argumentos que en su sustancia y, digámoslo en seguida, en su sustancia moral y política (...). Se comprende que esta concepción

flexible y no codificable de la interpretación sea rebelde al formalismo de una teoría de la argumentación jurídica. Dworkin está más interesado en el horizonte político-ético sobre el cual se destacan los principios en cuanto irreductibles a las reglas. Él asume todos los inconvenientes: el carácter interminable de la controversia que no puede ser compensado más que por el fuerte consenso de una sociedad democrática (se vuelve a encontrar aquí al último Rawls y su “consenso por superposición”); la fragilidad de juicios confiados a la capacidad de aceptación de los diversos auditorios concernidos (las partes en el proceso, la profesión jurídica, la doctrina jurídica). Dworkin reencuentra aquí, sin quizás tener conciencia de ello, las dificultades suscitadas por la escuela de la recepción del texto en teoría literaria» (pp. 169 y ss.).

5. La exposición anterior nos ha llevado –casi podría decirse que de manera natural– al Estado de Derecho o, mejor dicho, a la idea del Estado de Derecho. Quiero decir, no tanto al Estado de Derecho en cuanto tipo de realidad, sino en cuanto idea regulativa, esto es, en cuanto ideal ético-político plasmado de manera más o menos perfecta en los tipos de organización que designamos de esta manera.

Y si volvemos ahora a las cuatro características distinguidas por Elías Díaz (e interpretadas como notas ideales, realizadas en forma aproximativa –aunque, desde luego, la aproximación pueda ser mayor o menor– por nuestros Estados de Derecho), las conexiones con la problemática de la argumentación y de la interpretación parecen evidentes.

La idea del Estado de Derecho se vincula obviamente con la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas. Esto es así porque, en el contexto de un Estado de Derecho –podríamos decir que, sobre todo, en virtud de la tercera de las características señaladas, la del control de la Administración, que lleva aparejada la interdicción de la arbitrariedad– la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido. El Estado de Derecho ofrece, así, mayores posibilidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización del poder. En este sentido, cabría decir que la idea regulativa del estado de Derecho –si se quiere, del Estado democrático de Derecho– es el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. Lo cual se conecta con la tendencia existente en las sociedades democráticas avanzadas –tendencia en la que no deja de haber excepciones– a otorgar una importancia creciente a la motivación –a la justificación mediante argumentos– tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Una prueba de ello es la reciente polémica en el Derecho administrativo español a propósito del control de la discrecionalidad administrativa. No hace mucho escribí un artículo al respecto y, por tanto, no voy a entrar aquí en ese –creo que fundamental– asunto. Tan sólo diré que quien, en esa polémica, sostenía que todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los

actos discrecionales, lo hacía –o, al menos, esa es mi interpretación– a partir de una concepción del Estado de Derecho que tiene como «necesaria consecuencia que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico (...) Su presupuesto, obviamente, es una concepción suficientemente amplia de la razón, o sea, el postulado de que la razón no es únicamente razón instrumental o estratégica, sino también razón respecto de los fines, razón práctica» (Atienza 1995, pp. 15-16).

Y con ello hemos llegado, me parece, a la cuestión esencial de la conexión entre la argumentación y la interpretación (si se quiere, para decirlo sintéticamente, de los argumentos interpretativos) y el Estado de Derecho. La tesis es que el Estado de Derecho contiene en sí mismo –en sus características ideales– los polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el Derecho y justifica –según como se resuelva esa tensión– de qué manera ha de proceder el intérprete. El primero de esos polos es la dimensión de autoridad y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de Derecho: la del imperio de la ley y la de la división de poderes. Como lo ha señalado Raz (1996), la importancia de la autoridad en el Derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un papel esencial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el de la moral. El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar la dimensión de los valores, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de Derecho –fundamentalmente, diría–, a través de las dos características de la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales. La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria –o apenas sería necesaria– la interpretación. El problema radica, pues, en cómo encontrar una mediación entre esos dos polos, o bien en cómo justificar que uno de esos dos polos haya de jugar un papel dominante.

Esta tensión aparece reflejada en dos recientes trabajos que prestan una especial atención a la caracterización del Estado de Derecho de Elías Díaz. Uno es el de Francisco Laporta al que me refería al comienzo del trabajo (Laporta 1994). En él, Laporta –como se ha dicho– otorga a la nota del «imperio de la ley» un carácter de predominio dentro de la caracterización del Estado de Derecho, lo que lleva, lógicamente, a subrayar el elemento autoritativo de la interpretación de las normas. Laporta no lo dice explícitamente, pero me parece que ello está de alguna forma sugerido en su «tesis fuerte» de que «el principio del “imperio de la ley” exige que el núcleo de esa argumentación (la que lleva a cabo el juez al aplicar el Derecho) sea un razonamiento *deductivo*» (p. 144). Sin embargo, por

otro lado, ese predominio del elemento de autoridad aparece, por así decirlo, compensado por el hecho de que él considera que al «núcleo duro» del *rule of law* pertenece la interdicción de la arbitrariedad (p. 142) y, en cierto modo, también el principio de división de poderes, y, sobre todo, porque él entiende el imperio de la ley como un ideal ético-político sustentado nada menos que en el valor de autonomía.

Liborio Hierro (1997) privilegia también el elemento del imperio de la ley, pero distingue en el mismo, en cuanto exigencia ética, dos interpretaciones: la interpretación débil (que él atribuye a Laporta) prescinde del origen de la ley, «limitando las exigencias del “imperio de la ley” a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas» (p. 4); la interpretación fuerte (sería la de Elías Díaz y también la suya) introduce en la noción misma de «imperio de la ley» el «elemento democrático» y resulta en su opinión necesaria «para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley» (p. 5). Lo que compensa, en este caso, el acento que se pone en el componente autoritativo del Derecho (aunque Hierro no deje de hacer referencia al respeto de los derechos básicos: cfr. p. 28) es la idea de democracia y, en definitiva, el mismo valor de autonomía: «Para ello —escribe Hierro (es decir, para justificar la pretensión moral de obediencia a la ley)— es necesario que ésta sea expresión de la propia autonomía de los sujetos a los que se aplica y, por ello, legitimada por su aprobación, requisito que sólo puede satisfacerse concibiendo la ley como expresión mediata o inmediata de la voluntad general» (p. 5). Por otro lado, Hierro pone de manifiesto que la idea de Estado de Derecho hoy viva en España no parece implicar propiamente el imperio de la ley, sino el imperio del Derecho (p. 15), esto es, de la Constitución (p. 21); o, dicho de otra manera, no el imperio de las reglas, sino de los principios y, en consecuencia, del intérprete (p. 25).

En el libro anteriormente citado, *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 1996) se dedica un considerable espacio a discutir la cuestión de la distinción entre reglas y principios y el papel de unas y de otros en el razonamiento jurídico, y no es cosa de reproducir aquí esa discusión [que, en buena medida, tenía como interlocutor a Luis Prieto (cfr. Prieto 1991 y 1992)]. Lo único que me gustaría señalar es que, en nuestra opinión, el papel del aplicador —e intérprete— del Derecho no puede verse —ni siquiera en relación con los casos fáciles— exclusivamente en términos de obediencia a las reglas; y esto es así, porque —como allí escribíamos— la consideración como fácil de un caso —esto es, como subsumible en una determinada regla— sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios (p. 23).

Ahora bien —y no se si esto contradice o no, o hasta qué punto lo hace, las tesis de Laporta, Hierro o Prieto— la conclusión que yo extraigo de todo esto es que la interpretación jurídica —particularmente en el Estado democrático de Derecho— no puede verse simplemente como una cuestión de identificación y seguimiento de las pautas que rigen una práctica, sino también —e incluso fundamentalmente— como una cuestión de mejo-

ra de esa práctica. La obediencia o la deferencia al legislador puede ser un límite –incluso *el* límite– de la interpretación, pero no su objetivo. En la autoridad puede estar la respuesta al por qué interpretar, pero no al para qué interpretar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOURRÓN, Carlos E., *Concepciones de la lógica*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. Lógica, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- ALEXY, Robert Alexy, *Interpretazione giuridica*, en Enciclopedia delle Scienze sociali, 1994.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ATIENZA, Manuel, «Sobre la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, enero/marzo 1995.
- BULYGIN, Eugenio, «Sull'interpretazione giuridica», en *Analisi e Diritto*, 1992.
- CARRÍO, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- DÍAZ, Elías, «Estado de Derecho y sociedad democrática», *Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1966
- DÍAZ, Elías, «Estado de Derecho», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. Filosofía política, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principles*, Clarendon Press, Oxford, 1985.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.
- GIANFORMAGGIO, Letizia, «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio», en *Doxa*, núm. 4, 1987.
- GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguendo*, Giappichelli, Torino 1996.
- HIERRO, Liborio, «El imperio de la ley y la crisis de la ley», en *Doxa*, núm. 19. 1996.
- IGARTUA, Juan, *Teoría analítica del Derecho (La Interpretación de la ley)*, IVAP, Oñati, 1994.
- LAPORTA, Francisco, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, núm. 15-16, vol. II, 1994.
- MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert S., *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, 1991.
- MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- NINO, Carlos, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- PERELMAN, Chaïm, y OLBRECHT-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (trad. de J. Sevilla), Gredos, Madrid, 1989.
- PRIETO, Luis, «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, Madrid 1991.

- PRIETO, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- RAZ, Joseph, *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- RAZ, Joseph, «¿Por qué interpretar?», en *Isonomia*, núm. 5, 1996.
- RICOEUR, Paul, *Le juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- TOULMIN, Stephen E.; RIEKE, Richard, y JANIK, Allan, *An Introduction to Reasoning*, MacMillan, Nueva York, 2da ed. 1984.
- WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho: una aproximación¹

Por ALBERT CALSAMIGLIA

Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

La teoría general del Derecho es una disciplina que ha conocido un desarrollo extraordinario en los últimos decenios. Su objetivo fundamental ha sido construir una teoría que sirva para describir cualquier derecho positivo de una forma precisa, objetiva y neutral. Es indudable que hoy sabemos describir mucho mejor el Derecho que en épocas anteriores, precisamente porque poseemos un arsenal conceptual mucho más depurado. Sin embargo, en este trabajo no continuaré en esta dirección sino que discutiré su propósito y su objetivo.

En los últimos tiempos se ha desarrollado una concepción de la teoría del Derecho con el objetivo de ofrecer criterios de solución a los problemas prácticos que tiene el usuario del Derecho. A estas teorías las denominaré teorías del participante. Las teorías de Dworkin, Nino o Greenawalt responden a esta inquietud.

¹ Este texto debe mucho a las discusiones que tuve con Carlos Nino en el seminario que dirigió en Barcelona a finales de 1992 cuyo objetivo fundamental fue analizar los límites de la teoría general del derecho y la discusión filosófica de un concepto normativo de derecho útil para el participante. Las estimulantes ideas de Carlos Nino sobre este tema pueden verse en su obra póstuma *Derecho, Moral y Política*. Barcelona, Ariel, 1994. Debo agradecer a los profesores Bulygin, Caracciolo, Comanducci, Gargarella, Guastini, Moreso, Rosenkranz y al grupo de la Universidad de Génova las críticas y comentarios a este trabajo. Algunas de las ideas de este trabajo fueron presentadas y discutidas en Vaquerías en septiembre de 1995 y en Toledo en marzo de 1997. Debo agradecer a la CIRIT la ayuda que ha ofrecido al grupo de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra.

El propósito de la teoría general del Derecho es radicalmente distinto: no pretende ofrecer soluciones a los problemas prácticos, sino construir una teoría del Derecho objetiva y neutral que responda a las necesidades intelectuales y cognoscitivas de los juristas. Las teorías de Kelsen, Hart o Bulygin son ejemplos de esta posición.

Voy a analizar los siguientes problemas: Primero, si la teoría general del Derecho puede ofrecer respuesta a los principales problemas que se plantea el participante. Mi respuesta será negativa. La teoría general del Derecho trata de describir el derecho positivo mientras que las teorías del participante tratan de responder a la cuestión cómo debo actuar². En este sentido se podría afirmar que las dos teorías constituyen sistemas distintos e incomensurables porque ofrecen respuestas a cuestiones distintas. Algunos autores han mantenido que el punto de vista del participante tiene un privilegio epistemológico y es la única forma de aprehender el Derecho³. No puedo dedicar atención a esta cuestión pero debo afirmar —dogmáticamente— que un punto de vista no excluye al otro.

Segundo, trataré marginalmente de los problemas de identificación del derecho, cuestión que ha sido discutida en la teoría del Derecho en lengua castellana⁴, y sostendré que el derecho no puede ser identificado como un objeto físico sino que defenderé que muchos conceptos jurídicos son conceptos contestados y que en el proceso de identificación existe valoración. En este sentido creo que se puede afirmar que existe una conexión entre el Derecho y las creencias morales de la sociedad, pero en una sociedad pluralista hay muchas concepciones de lo bueno y el compromiso es criticar y discutir y colaborar en esa creación de criterios. Esto correspondería a la tesis normativa de la teoría del participante según la cual el uso del Derecho requiere un fundamento moral y el Derecho no es más que una especie del discurso moral.

Tercero, defenderé que el Derecho es una práctica colectiva y, en la democracia, no garantiza una concepción moral de lo bueno, sino un mínimo moral que permite la convivencia de diversas concepciones del bien a través del procedimiento rawlsiano del consenso entrecruzado. Empezaré proponiendo una distinción entre positivistas coherentes e incoherentes.

² La pregunta cómo debo actuar es ambigua y puede querer decir muchas cosas, aquí me interesa destacar que es una pregunta que se hace el usuario del derecho y en relación a las decisiones jurídicas.

³ Una buena exposición del problema puede verse en ALFONSO RUIZ MIGUEL en su trabajo *Derecho y punto de vista Moral*, expuesto oralmente en Toledo en la primavera de 1997. Véase GEORGE SHINER, *Norm and Nature*. Oxford University Press, 1992 pp. 59 ss.

⁴ Véase MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO; *Las Piezas del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1996. JUAN CARLOS BAYÓN, *La Normatividad del Derecho; Deberes Jurídicos y Razones para la Acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. RICARDO CARACCILO, «Sistema Jurídico y Regla de Reconocimiento», *Doxa* núm. 9. JOSÉ JUAN MORESO y PABLO NAVARRO, *Orden Jurídico y Sistema Jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. EUGENIO BULYGIN, «Sobre la Regla de Reconocimiento», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

POSITIVISTAS COHERENTES E INCOHERENTES: UNA CRÍTICA A LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Denominaré positivistas coherentes a los que se limitan a describir el Derecho y positivistas incoherentes a los que además de describir tratan de prescribir cuáles son las respuestas a los problemas que se plantea el participante. La ciencia jurídica no sólo tiene funciones descriptivas, sino que también tiene funciones prescriptivas e ideológicas⁵. En todo caso, los teóricos del Derecho no siempre respetan el postulado de la independencia entre la ciencia y la política.

La función política e ideológica de la ciencia y la teoría jurídica es uno de los problemas fundamentales que ha preocupado al positivismo. El presupuesto de neutralidad debe ser respetado⁶. Este presupuesto ha sido interiorizado en muchas ocasiones de una forma que –desde mi perspectiva– es equivocada. El Derecho tiene que ver con la política. Pero no sólo el Derecho –lo cual difícilmente se puede negar– sino la ciencia del Derecho y en algunos casos la teoría del Derecho, son prescriptivas y recomiendan soluciones prácticas traicionando el presupuesto de neutralidad. Suponer que obedecer el Derecho es una obligación que tienen los jueces es incompatible con una teoría que tiene como objetivo describir el Derecho positivo. De la descripción de las normas que forman parte de un ordenamiento jurídico no se puede inferir cuáles son las obligaciones que tienen los jueces o ciudadanos, puesto que el presupuesto de la distinción entre ser y deber ser no permite responder a la cuestión por qué debo obedecer el Derecho⁷. Carlos Nino ha sostenido que éste es el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea, puesto que la pregunta sobre cómo debemos comportarnos no puede responderse con descripciones a no ser que tomemos las descripciones como prescripciones, y eso requiere un juicio moral⁸.

Esta distinción es importante porque *no siempre* es seguida por los diversos autores positivistas. Algunos autores que podríamos denominar positivistas coherentes –como por ejemplo José Juan Moreso– mantienen una cierta cautela cuando afirman que «obviamente, en contextos de descripción de un ordenamiento jurídico alfa, decir que la conducta A es obligatoria, significa que de acuerdo a alfa la conducta es obligatoria (que hay una norma que alfa obliga a hacer A)». El problema es que los

⁵ Véase A. CALSAMIGLIA, *Introducción a la Ciencia Jurídica*. Barcelona, Ariel, 1986.

⁶ El presupuesto de neutralidad puede ser entendido de muchas formas. En principio, cabría afirmar que un conocimiento es neutral si no pretende justificar una política determinada. Kelsen fue un fiel defensor de la neutralidad del conocimiento jurídico frente a las teorías decimonónicas que en muchas ocasiones se convirtieron en siervas del poder.

⁷ Véase JOSÉ JUAN MORESO, «Disposiciones de Reforma Constitucional», en *Doxa* 10, 1991, pp. 215 ss. Véase JENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 2 ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965. pp. 375-409. Véase también RICARDO CARACCILO, «L'argomento della credenza morale», *Analisi e Diritto*, 1994.

⁸ Véase CARLOS NINO, «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico». *Ragion Pratica*, 1, 1993.

contextos de descripción son los contextos jurídicos y los contextos de prescripción son los políticos, y que se debe separar lo político de lo jurídico no sólo para construir una teoría descriptiva del Derecho sino también para *usar* el Derecho. La ciencia jurídica –desde estos presupuestos– no puede ofrecer ninguna recomendación al usuario del Derecho, porque su arsenal conceptual sirve para describir y no para decidir. Moreso es cuidadoso cuando afirma que la cuestión de la obligatoriedad de las acciones es siempre relativa a códigos de reglas –jurídicas, religiosas, morales–. Esto no conlleva –según afirma Moreso– que «todo juicio de validez jurídica tenga en última instancia carácter moral». Estoy de acuerdo con este planteamiento con una acotación, todo aquel que usa una norma jurídica válida hace una elección moral de tomar esa norma como justificación de su acción y esa elección no es fruto del resultado de una ciencia sino de una elección moral –es decir, aceptamos la norma o el código⁹–. El positivista coherente describe las normas, pero ante la pregunta: ¿qué debe hacer?, se encoge de hombros, puesto que su teoría no puede ofrecer respuesta. El participante se encuentra que el positivismo coherente enmudece cuando le pregunta lo que más le interesa. En este sentido, el positivismo es incompleto¹⁰.

Se podría argumentar en defensa del positivismo que describe pero no justifica el sistema. Pero desde el punto de vista del participante, el modelo positivista sería insuficiente porque se limitaría a proclamar la indeterminación del Derecho. En el camino del uso del Derecho existen diversos pasos, que son objeto de controversia. El positivismo sólo se fija en el último –cuando ya sabemos cuál es la norma, su interpretación y la calificación de los hechos–. La operación de justificación es lógica, pero al participante no le interesa sólo la última fase del proceso sino también todas las anteriores¹¹.

No deja de ser sorprendente que todas las discusiones previas y necesarias para el proceso de aplicación del Derecho no estén sujetas a ningún criterio controlado –de alguna forma– por la razón. En todo caso, esa posición contrasta con las discusiones que los jueces y juristas se plantean. Pero queda demasiado fuera del alcance de este tipo de razonamiento que se muestra inadecuado para dar cuenta del razonamiento práctico. El proceso de razonamiento práctico no es exclusivamente lógico-deductivo sino la analogía y las presunciones juegan un papel fundamental y las conclusiones siempre se abren a la nueva crítica¹². Afirmar la insufi-

⁹ En el mismo sentido, JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 729.

¹⁰ Véase GERALD POSTEMA, «Law's Autonomy and Public Practical Reason», en Robert George ed. *The Autonomy of Law*. Oxford University Press, 1996, pp. 96 ss.

¹¹ Véase MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, op. cit., pp. 157 s. Véase también JOSEPH RAZ, «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 1993, en donde concluye «even if law can effectually regulate its own creation it can never regulate its own interpretatio».

¹² Véase CASS SUSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford University Press, 1996, p. 62, en donde mantiene que gran parte del razonamiento jurídico es analógico y casuístico.

ciencia del paradigma positivista no supone negarle validez, sino únicamente sostener que la herramienta es inadecuada para captar un aspecto importante del razonamiento jurídico.

Pero el positivismo no sólo es insuficiente para dar razón del razonamiento práctico, sino que en muchas ocasiones se desliza por la pendiente resbaladiza del positivismo ideológico. No es infrecuente que se considere que en línea de principios el positivismo no tiene nada que decir al participante, pero que luego afirme que las normas jurídicas tienen una fuerza justificatoria insustituible. Por ejemplo, Daniel Mendonca sugiere que «no puede desconocerse que los jueces normalmente justifican sus decisiones en las normas del sistema, identificadas de acuerdo con los criterios previstos en el mismo, sin incluir juicios morales y prudenciales. Es más, si en lugar de proceder de tal manera los jueces optaran por fundar sus decisiones en juicios morales, sus decisiones serían fuertemente criticadas y sus pronunciamientos resultarían probablemente descalificados. Ello pone en evidencia que, en un sentido importante y privilegiado, las disposiciones identificadas mediante criterios positivos poseen una fuerza justificatoria insustituible». Mendonca¹³ sugiere que uno ha de dejar de preguntar sobre el fundamento de la norma y usar —yo diría acriticamente— la norma como pauta de conducta. Pero ello, ¿acaso no supone traicionar el modelo de neutralidad? Los positivistas casi siempre rechazan el positivismo ideológico, pero cuando se les pregunta qué debe hacer el juez, la respuesta es que debe obedecer el Derecho. Si hacen eso, se convierten en incoherentes. La pregunta qué debo hacer jurídicamente —que se formula el participante— es distinta a la pregunta para la que el positivismo se ha construido y la respuesta que ofrece el positivismo es incoherente si continúa fundamentándose en el positivismo ideológico¹⁴.

Por otra parte, Mendonca tiene razón cuando afirma que criticaríamos al juez que juzgara según sus criterios individuales de justicia. Mi desacuerdo reside precisamente en considerar que de la descripción del Derecho surge una fuerza justificatoria. ¿Cuál es la fuente de la justificación? Este salto de la descripción a la prescripción se hace para evitar la crítica de irrelevancia práctica. La irrelevancia práctica —como ya he sostenido en otro lugar— no es un buen indicador del conocimiento científico. Quizá alguno de los problemas que acechan a la teoría general del Derecho proviene precisamente de que algunos de sus cultivadores —los que he denominado positivistas incoherentes— *quieren ofrecer respuestas relevantes* desde el punto de vista del usuario y por esto precisamente traicionan el principio de la neutralidad.

¹³ Véase DANIEL MENDONCA: «Sobre una concepción compleja de las normas». *Working Paper* que se publicará próximamente. Véase la posición distinta de EUGENIO BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* núm. 9, pp. 272 ss.

¹⁴ La pregunta qué debo hacer es ambigua. Por una parte, se puede hacer referencia a un deber ser técnico-jurídico —cuál es la conducta que debo hacer según el ordenamiento jurídico—, o bien, un deber ser absoluto moral. Aclarar esta cuestión es importante porque es fácil pasar del uno al otro. Para los principales argumentos de la defensa de la sujeción a la ley, véase el trabajo de FRANCISCO LAPORTA, «El Imperio de la Ley», en *Doxa*, 1994.

La adopción de los presupuestos epistemológicos de la teoría general del Derecho positivista conduce a determinados resultados relevantes.

1. La teoría general del Derecho ha desvinculado las ciencias jurídicas del resto de las ciencias sociales y ha sugerido un estudio del Derecho aislado totalmente del fenómeno social para preservar el principio de neutralidad. El tipo de preguntas que se formula excluye el análisis de las consecuencias, los efectos distributivos, la relación con la política y convierte lo jurídico en algo totalmente aislado. La insularidad requiere concentrar la atención en las informaciones que sirven para resolver los casos sin que los aspectos creativos y estratégicos jueguen un papel importante. La insularidad es un obstáculo importante si se trata de construir una teoría que trate de resolver problemas prácticos. Esta insularidad está justificada si se trata de describir cuáles son las normas de un ordenamiento, pero el conocer las normas no es el único criterio para la toma de decisiones jurídicas. Existen otros elementos que debemos ponderar.

Podríamos concluir que si deseamos construir una teoría que sirva para la toma de decisiones jurídicas deberíamos abandonar el principio de insularidad. Desde el punto de vista de los usuarios del Derecho una herramienta que sólo tiene en cuenta las normas del pasado y no se plantea si en la selección de las normas hay valoraciones o si la identificación objetiva es posible, cuáles son las reacciones posibles de los ciudadanos, cuál es la decisión más eficaz o más eficiente, es insuficiente¹⁵.

También cabe destacar que los datos del pasado no son los únicos relevantes para la toma de decisiones. La distinción entre aplicación e invención ha sido defendida por positivistas y se reconoce que normas no pertenecientes al sistema jurídico son aplicables¹⁶. Si eso es así, entonces el positivismo está ofreciendo sólo una parte de los datos necesarios para el uso del Derecho. Como dice Greenawalt¹⁷, «*the basic theoretical position of legal positivism contains no answer to how much is resolved in advance by legal materials and how much is left to judicial determination in particular cases*».

2. El usuario o el participante del Derecho tiene intereses predominantemente prácticos. En principio, su pregunta no es qué es el Derecho, ni qué dice el Derecho, ni cuál es la estructura del Derecho. Su respuesta tiene que diferir de la teoría general del Derecho precisamente porque su pregunta es distinta. El participante en el Derecho se pregunta qué debo hacer jurídicamente. Esta es la cuestión que le preocupa y la teoría gene-

¹⁵ Véase mi trabajo «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», en *Doxa* núm. 13, 1993.

¹⁶ Véase EUGENIO BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, 9, 1991; JOSÉ JUAN MORESO, «Sobre las normas inconstitucionales», *Revista de Derecho Constitucional*, 1993; JOSEPH RAZ, «Why Interpret?», *Ratio Juris*, 1996 pp. 362 ss.

¹⁷ Véase KENT GREENAWALT, «Too Thin and Too Rich», en Robert George, ed., *The Autonomy of Law, op. cit.*, p. 15.

ral no le da respuesta¹⁸. La teoría general del Derecho no es un instrumento usado por la mayoría de los juristas para resolver sus problemas prácticos. El que no se use puede deberse a una reacción conservadora de los juristas o bien a que las herramientas no son adecuadas para su trabajo y no ofrece respuestas a los problemas que tiene el jurista práctico. En cambio, las teorías orientadas hacia el participante tienen una mayor presencia en los juristas prácticos porque ofrecen instrumentos que permiten analizar, decidir y justificar. Las teorías de Dworkin o de Posner tienen una mayor influencia en este ámbito que las teorías generales del Derecho a lo Kelsen, por esta razón.

La preocupación por responder a la cuestión qué debo hacer no es nueva. Esta es una pregunta eminentemente filosófica. Durante el predominio del emotivismo y del escepticismo, esta pregunta se calificó como una pregunta que carecía de respuesta racional. Pero estas doctrinas filosóficas han sido objeto de muchas críticas y podríamos afirmar que otras posiciones que legitimen las preguntas de carácter práctico no son anómalas como lo fueron en otras épocas. Incluso un no cognoscitivista como Moreso afirma que «desde posiciones no cognoscitivistas es también posible enmarcarse en la discusión de cuestiones normativas, y creo que estas discusiones son controlables racionalmente»¹⁹. También quisiera destacar que el iusnaturalismo se preocupó fundamentalmente de problemas prácticos y sugirió numerosas respuestas —en muchas ocasiones incompatibles entre sí—. Es cierto que los autores iusnaturalistas tuvieron también preocupaciones cognoscitivas pero éstas ocuparon un lugar subordinado. La andadura de la teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica de carácter positivista ha sido considerada por algunos equivocada, porque no da respuesta al problema genuino que tiene el participante. Veamos un ejemplo: Philip Soper se pregunta: ¿A quién interesa la teoría del Derecho de corte neutral? Su respuesta es que ni interesa al participante en el Derecho —se puede ser un buen jurista sin la complicada red conceptual de la teoría del derecho— ni al observador —sociólogo o antropólogo—. Seguramente sólo interesa a los propios cultivadores de teoría del Derecho que aceptan este modelo. Soper sostiene que la teoría del Derecho ha alcanzado un punto muerto y por ello entiende que la tra-

¹⁸ Véase JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho: deberes jurídicos y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 36, en la cual afirma que «la regla de reconocimiento, como cualquier regla *social*, existe como una *práctica*, como un *hecho* social de naturaleza compleja. Pero, como tal hecho, no puede constituir por sí sólo una *razón* que justifique acciones y decisiones, quien entienda que la existencia de ese hecho supone la de determinadas razones para actuar que no existirían igualmente en caso contrario, tiene que estar desarrollando un razonamiento práctico complejo en el que se atribuye relevancia práctica a aquel hecho en virtud de la aceptación previa de alguna clase de regla que *no puede ser* la propia regla de reconocimiento en tanto que *práctica social* (y que muy verosímilmente habría de ser una regla o principio *moral*). El intento de aislar el discurso jurídico práctico del discurso moral en general —o lo que es lo mismo, de postular la existencia de razones *jurídicas* como una clase especial, independiente y autónoma de razones justificativas— quedaría en cualquier caso puesto en entredicho».

¹⁹ Véase JOSÉ JUAN MORESO, *El encaje de las piezas del Derecho*, borrador, 1997.

dición de Austin a Hart ha extinguido las relaciones y conexiones con cualquiera de los propósitos que proporcionan sentido a la vida humana. Soper afirma que la teoría del Derecho ha tomado un rumbo equivocado, porque se produce una divergencia entre el fenómeno que analiza y la experiencia de los ciudadanos. La solución al problema no es olvidarse de la teoría del Derecho sino reorientarla, y para reorientarla debería acercarse a la filosofía moral cuya preocupación fundamental es responder a la cuestión qué debo hacer. La teoría del Derecho se dirigiría a todos aquellos que estuvieran preocupados por responder por qué debo actuar. Al enfocar la teoría del Derecho como una rama de la filosofía moral, se estaría en condiciones de explicar la naturaleza del error que ha tenido lugar en el ámbito de la teoría del Derecho. Poco más adelante, Soper pone un ejemplo que explica muy bien su posición, «el problema es análogo al de pronunciar en una convención de relojeros un discurso sobre la cuestión ¿qué es el tiempo?, cuando es el caso que todo lo que podría concebiblemente interesar a los asistentes es el problema de cómo medir el tiempo de manera más precisa»²⁰.

La posición de Soper es exagerada porque da a entender que no es posible una teoría general del Derecho. Pero aquí no me interesa discutir la compatibilidad sino el aspecto más constructivo de la teoría del participante.

Su pregunta y sus presupuestos son distintos y, por tanto, su respuesta deberá serlo también. Establecer puentes con la filosofía moral y con la teoría política significa que la cuestión «¿qué es el Derecho?» no se puede separar de la cuestión ¿por qué se debe obedecer el Derecho? Una teoría del Derecho que quiera ofrecer solución a los problemas prácticos debe responder a las dos cuestiones y eso supone que uno de los pilares del paradigma neutralista²¹ se destruye como paso previo para la construcción de una teoría desde el punto de vista del participante. Algunos positivistas –como por ejemplo Raz– así lo han reconocido. En su trabajo *Why interpret?* Raz sostiene la siguiente tesis metodológica: todo sistema jurídico pretende estar justificado éticamente y esto es inherente al Derecho. Si eso es cierto, debemos entender *como si* el pueblo o la gente lo entendiera de esta manera y por tanto debemos entender como si estuviera justificado. Si eso es cierto, entonces debemos aceptar que las decisiones del pasado fueron correctas²². Este razonamiento es un razonamiento moral porque responde a la cuestión si se debe o no obedecer al Derecho. Tal como lo presenta se produce un salto de las pretensiones de legitimidad a la justificabilidad de las decisiones.

La conexión entre el Derecho y la política, tal y como la formularemos, supone una concepción del Derecho como un caso típico de prác-

²⁰ Véase PHILIP SOPER, *Una teoría del Derecho*, Madrid, CEC, 1993, especialmente, pp. 23 ss.

²¹ Para el problema de la normatividad del Derecho véase JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho. op. cit.* Véase también GERALD POSTEMA, «The Normativity of Law», en Ruth Gavison ed., *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

²² *Ratio Iuris*, 1996, p. 358.

tica colectiva y que, por tanto, responderá a criterios de racionalidad distintos a los de la racionalidad individual y un elemento consensual democrático de segundo orden que excluye lo primero mejor –que es el planteamiento moral–. Pero en la filosofía moral –y también en la política– encontramos la pregunta y propuestas de respuestas a la cuestión relevante para el participante. Normalmente, se atribuye a los partidarios de la teoría del participante un compromiso fuerte con una concepción de la moral objetiva o una forma del realismo moral. Esta exigencia no es necesaria. Si enfocamos el problema desde la perspectiva del pluralismo, no es necesario estar de acuerdo en una moral objetiva sino encontrar un terreno común que permita la discusión de diversos ideales morales. En este sentido, el Derecho es un sistema normativo de segundo orden (*second best*).

3. El salto de la descripción a la prescripción es necesario para poder ofrecer razones al participante en el Derecho. Incluso los más neutralistas necesitan sostener que las normas deben ser las premisas del razonamiento práctico y esto supone un compromiso justificatorio. Este es el sentido que tiene el teorema fundamental de la teoría jurídica sugerido por Nino. Si describimos podemos ser neutrales; pero si queremos hacer algo más que describir, entonces necesitamos más compromisos, porque las descripciones no se pueden transformar en razones para la acción, a no ser que presupongamos algo más. Y ese salto no se puede dar desde los presupuestos positivistas²³. Si justificamos jurídicamente estamos justificando, no estamos describiendo.

4. Sólo un esencialista puede exigir un sólo concepto de Derecho. La filosofía analítica es heredera del convencionalismo y la pregunta por el verdadero concepto de Derecho no tiene mucho sentido. No hay ninguna razón que impida el uso de diversos conceptos de Derecho en función de las diversas necesidades de la investigación. En muchas ocasiones, parece como si el único concepto de Derecho posible fuera el concepto descriptivo usado por la teoría general del Derecho. Pero, ¿acaso no es posible construir un concepto de Derecho que sea útil para el participante? Nino ha sostenido que no hay ninguna razón para ser esencialista y que muchos autores convencionalistas de palabra se comportan de forma esencialista. Esa es una batalla que todavía el convencionalismo debe ganar, pues existen residuos esencialistas entre los teóricos generales del Derecho. Para progresar en el argumento, exploraré qué concepto de derecho sería útil para desarrollar una teoría del participante y cuáles serían las herramientas utilizables. Ello no implica que la visión positivista sea siempre inadecuada. Sólo es inadecuada para ofrecer respuesta a la pregunta qué debo hacer. Un positivista coherente contestaría que no tiene nada que decirle al participante.

²³ Véase JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho*, *op. cit.*, introducción.

EL PUNTO DE VISTA DEL TEÓRICO POSITIVISTA

Un teórico del Derecho de corte positivista trata de describir el Derecho positivo. Tiene por tanto una actitud cognoscitivo-descriptiva. Sus argumentos deben ser contrastados de una forma u otra con la experiencia de tal forma que sus proposiciones sean susceptibles de verdad o falsedad.

Además, separa el Derecho de la moral y de la política²⁴. Lo único que le interesa es hacer una disección de lo jurídico y presentarlo de una forma ordenada. No ofrece respuesta a los problemas controvertidos ni a los casos difíciles. No le interesa este tema sino describir el Derecho. Necesita por tanto aceptar el presupuesto de neutralidad fielmente y no puede responder a las cuestiones que no sean las suyas. Pero, ¿acaso no es legítimo preguntarse si la razón puede ofrecer algún argumento para resolver los casos difíciles? ¿Cuáles son los argumentos filosóficos que justifican el escepticismo? Si los presupuestos positivistas no permiten enfocar este problema, ¿deberemos renunciar a este análisis o sugerir herramientas adecuadas para su análisis?

La separación entre Derecho y moral le impide encontrar argumentos de justificación de sus decisiones en los casos controvertidos o, si los encuentra, ¿acaso no ha saltado del ser al deber ser?

Por último, el teórico del Derecho –como observador– toma el Derecho como un producto acabado que está listo para aplicarlo y para usarlo. Sin embargo, el Derecho no sólo puede verse desde esta perspectiva, sino que también puede enfocarse desde la perspectiva del participante. Éste no ve el Derecho como algo acabado, sino como algo maleable –hasta cierto punto– y como una práctica colectiva.

Mi sugerencia sería la siguiente: tratemos de construir un punto de vista del Derecho distinto al del observador descriptivista que no trata de describir cuáles son las prácticas sociales, sino que tiene como objetivo último ofrecer orientaciones a la cuestión qué debo hacer. Para construir este punto de vista, debemos abandonar los presupuestos que acepta el observador y aceptar aquellas herramientas al uso adecuadas para resolver el problema que se nos plantea.

²⁴ Este es uno de los puntos fuertes de las doctrinas positivistas, aunque en los últimos diez años se ha originado mucha discusión a raíz de la tesis hartiana, de que es condición necesaria de la existencia de un ordenamiento jurídico la aceptación de los aplicadores de Derecho de las normas del ordenamiento. Véase el *postscriptum* de HERBERT HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2 ed., 1994, p. 242. La discusión de lo que significa aceptación y si tiene alguna significación normativa puede verse en el propio HART, DWORKIN, MAC CORMICK, RAZ, POSTEMA, y BAYÓN. Las diversas interpretaciones del significado de aceptación han dado origen a diversos puntos de vista, desde los cuales se focaliza el análisis del Derecho, distinguiéndose en enunciados del observador externo, enunciados no comprometidos y enunciados comprometidos. Véase una defensa vigorosa de la coincidencia del punto de vista externo y el interno en FRANCISCO LAPORTA, «Derecho y Moral: vindicación del observador crítico y aporía iusnaturalista», *Doxa*, 8, 1990. Para una crítica de este punto de vista, véase JUAN CARLOS BAYÓN, Ponencia presentada en Alicante 1995, *op. cit.* y la ponencia citada de ALFONSO RUIZ MIGUEL, Toledo 1997.

Las líneas generales del argumento presuponen por una parte una nueva consideración de las relaciones entre el Derecho y la política. Si queremos ofrecer una visión del Derecho que resuelva la cuestión que se plantea el participante –qué debo hacer jurídicamente–, es necesario renunciar a la teoría general y conectar la cuestión con un Derecho positivo determinado. La primera sugerencia es que la teoría del participante será una teoría *local*, no una teoría general.

Asimismo, la *posición* del participante es distinta a la del observador, porque la distancia entre el sujeto cognoscente y el objeto se difumina, ya que el sujeto puede modificar el objeto y forma parte del objeto. Una concepción interpretativa del Derecho está determinada por la intención del participante. Como consecuencia de ello, la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho se difumina.

Por último, también debería ponerse de manifiesto la *conexión* entre la moral institucional, moral crítica y el Derecho. Para usar el Derecho los argumentos morales y políticos son importantes. El tema del uso del Derecho no se resuelve con la identificación y uso de las fuentes. Pero veamos cómo se puede enfocar el Derecho desde el punto de vista del participante.

EL CARÁCTER CONTROVERTIDO DEL DERECHO

Si nos acercamos al Derecho tal como lo ve un participante, podríamos decir que el reino de lo jurídico es el de la controversia. Una de las características más fundamentales del Derecho es que diversas personas y diversos especialistas acuden al mismo para justificar posiciones distintas. Parece ser que el Derecho debería ser un instrumento que sirviera para resolver el problema qué debo hacer. Los juristas ven en el Derecho un contexto de justificación de su actividad. La estructura de la jurisdicción presupone la controversia en la cual el fiscal o el defensor tienen objetivos distintos y contradictorios. Es un hecho que la controversia existe en el mundo del Derecho y que se puede elegir como el núcleo del análisis. Y, sin duda, la controversia es generada por los desacuerdos que existen entre los juristas y entre los usuarios del Derecho acerca de cuál es la mejor solución jurídica para resolver un problema que les preocupa. Pero el hecho de que exista controversia no quiere decir que no existan acuerdos sino que los acuerdos pueden ser criticados y controvertidos en el futuro. Creo que es importante distinguir entre varios tipos de conceptos. Podríamos denominar conceptos *físicos* aquellos que tienen una intensión y una extensión bien determinada en líneas generales y que no ofrecen graves dificultades para su aplicación en el mundo. Un buen ejemplo de ello se encuentra en el mineral plata –que tiene una composición química conocida y de aplicación no controvertible en principio, aunque es posible que excepcionalmente se planteen casos difíciles. Otro tipo de conceptos son los *convencionales*, como pueden ser las reglas de los juegos. Para poder jugar al ajedrez se necesita una convención no

controvertible que cumpla la función de permitir el juego. Por último, nos encontramos con los conceptos *controvertidos* que son conceptos abiertos y contestados con fuertes tensiones internas valorativas como son los conceptos de justicia, libertad e igualdad²⁵.

El análisis de los conceptos jurídicos ha sido realizado como si fueran conceptos físicos o convencionales²⁶. La teoría de las fuentes no tiene nada más que decir de los conceptos controvertidos que el Derecho es indeterminado. Pero una teoría del participante exige más. Una teoría del participante considera que los conceptos jurídicos son interpretativos y contestados y debe afrontar los desacuerdos valorativos que existen en el seno de los conceptos jurídicos. La tarea de identificación de cuál es el acuerdo no es suficiente para que sea operativo. Los conceptos contestados nos invitan a discutir qué criterios valorativos se van a utilizar para aplicarlos. En una sociedad pluralista es lógico que se multipliquen este tipo de conceptos que exigen una decisión²⁷.

²⁵ Véase W. B. GALLIE, «Essentially contested Concepts», 56 *Proceedings of the Aristotelian Society*. 167, 1955. Véase también RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Belknap, 1986, p. 3.

²⁶ EUGENIO BULYGIN en su ponencia sobre observadores y participantes –Madrid, 1996– defiende la coincidencia entre el punto de vista interno y el punto de vista externo mínimamente informado y sostiene – p. 8– que todo participante es también un observador. BULYGIN arguye que los conceptos jurídicos son como los conceptos físicos y que hay un núcleo mayoritariamente aceptado que constituye el núcleo de significación, y, luego, se dan zonas de penumbra. Sin embargo, en el Derecho no sólo se dan esos conceptos como los de árbol sino también conceptos esencialmente contestados, en los cuales las coincidencias son mínimas y la disidencia es muy relevante. Conceptos como igualdad, libertad, privacidad, son conceptos jurídicos que tienen la peculiaridad de estar en las constituciones de una sociedad que tiene concepciones plurales y en las cuales los ciudadanos luchan por su defensa y saben que los otros ciudadanos tienen unas concepciones distintas y que también luchan por ellas. Creo que estos conceptos no son excepcionales, sino muy importantes en el Derecho. No son inútiles, porque expresan la preocupación por discutir públicamente los valores sobre los que no hay un acuerdo claro. El único acuerdo es que el tema es importante y que debe justificarse continuamente porque la sociedad es pluralista y no se ha puesto de acuerdo.

BULYGIN cree que desde el punto de vista metodológico es conveniente empezar por lo más sencillo y claro –p. 11– pero siempre y cuando no se olvide lo que es oscuro, difícil y, al mismo tiempo, más importante. Si nos olvidamos de ello, se ofrece una visión muy parcial, una visión que por ser tan parcial es poco útil para responder a las preocupaciones del participante.

BULYGIN deja el desacuerdo en una situación de excepcionalidad y lo reduce a la incomunicación o al terreno del subjetivismo extremo o del lenguaje privado. Trata de inclinar la balanza hacia el punto de vista de la convergencia a través de la analogía entre el lenguaje de los objetos físicos y el moral y jurídico. Pero los conceptos como casa, árbol y perro no son esencialmente contestados como lo son los de igualdad o libertad. Algunos conceptos jurídicos no tienen el mismo estatuto que los conceptos físicos. Suponemos que existe un error de percepción cuando alguien dice que esta hoja es amarilla y otra persona dice de esta misma hoja que es verde. Pero cuando alguien defiende un criterio de distribución en función de las necesidades y otro en función de su contribución, no consideramos que el desacuerdo sea del mismo tipo. Al contrario, pensamos que este desacuerdo está fundado en argumentos constitucionales y los utilizamos para justificar nuestro argumento. Parece que en las constituciones contemporáneas existen no sólo términos ambiguos y vagos, sino también contestados y disposiciones y valores que pueden colisionar en casos concretos. Las Constituciones ocupan una jerarquía privilegiada en los sistemas normativos. ¿Deberíamos sostener que todas las disidencias y discusiones jurídicas carecen de sentido porque no se basan en un lenguaje común? ¿Deberíamos continuar creyendo que la disidencia es marginal y excepcional? ¿No son las constituciones las cartas de navegación de los poderes democráticos? ¿O acaso las Constituciones no forman parte del Derecho?

²⁷ El uso de conceptos valorativos en las Constituciones fue criticado por KELSEN en su trabajo «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en Hans. KELSEN, *Escritos sobre la Demo-*

El positivismo ha defendido que las normas son identificables como acuerdos compartidos que generan restricciones en la conducta de sus destinatarios. Pero si los conceptos jurídicos importantes –como igualdad, libertad, fuentes del Derecho, técnicas de interpretación, jerarquía, *lex posterior*– son controvertidos, con la mención del acuerdo no se ha logrado desentrañar cuál es el criterio valorativo relevante para la toma de la decisión. El problema no es el de sus posibles significados, sino el del contenido concreto y de decisión entre valores controvertidos. Eso es lo que pide el usuario del Derecho y la teoría del participante sólo le puede ofrecer respuesta si se adentra en las discusiones internas valorativas morales y políticas. En otras palabras, el problema no es identificar si la igualdad es un principio constitucional, sino qué concepción de igualdad es la relevante en el caso y por qué. Y para justificar eso debemos adentrarnos en el campo de la filosofía moral y política, porque los materiales en bruto del Derecho son indeterminados. Si los positivistas aceptan esto, entonces existe una conexión entre la moral y el Derecho en el sentido de que los criterios morales y políticos sirven para construir la norma. Pero en las Constituciones no sólo existen conceptos contestados sino que además existen disposiciones constitucionales que colisionan, porque muchas situaciones reales implican principios que justifican decisiones distintas. Para resolver esta situación también se necesitan argumentos sustantivos²⁸.

Pero quiero dejar las cosas así aquí y pasar a tratar dos cuestiones fundamentales: la primera, en qué consiste el desacuerdo, y la segunda, si existe algún procedimiento que nos permita salir de la tesis de la irracionalidad del Derecho o del carácter indeterminado del Derecho. En otras palabras, si por debajo de los desacuerdos superficiales es posible descubrir algo más que dote de unidad al Derecho y no le convierta en una dependencia disfrazada de la subjetividad extrema.

ANÁLISIS DEL DESACUERDO ENTRE LOS JURISTAS

Una de las características fundamentales de lo jurídico es la controversia. Los juristas discuten y tienen muchos desacuerdos sobre las solu-

cracia y el Socialismo. Madrid, Editorial Debate, 1988, p. 142. Sobre el positivismo inclusivo que trata de integrar esta práctica constitucional, véase W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994, especialmente capítulo IV. Jules Coleman en «Negative and Positive Positivism» planteó correctamente el problema en 1982, en *Journal of Legal Studies*.

²⁸ Sobre la indeterminación constitucional, véase el magnífico trabajo de VÍCTOR FERRERES, *Justicia Constitucional y Democracia*, en prensa, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Cap. I, El tema del pluralismo de los valores y su inconmensurabilidad desde una perspectiva liberal fue reiteradamente planteado por ISAIAH BERLIN en sus trabajos reunidos en el vol. *Concept and Categories*, Londres, Hogarth Press, 1978, y actualmente defendido con agudeza por JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, pp. 335 ss., y *Multiculturalism, A liberal Perspective in Joseph Raz, Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 1992 pp. 155 ss. Véase también BERNARD WILLIAMS, «Conflict of Values» en su *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981.

ciones que ofrece el Derecho positivo. Dworkin sugiere que ciertamente existen muchos desacuerdos que no son misteriosos. Por ejemplo, pueden existir desacuerdos *factuales*, es decir, desacuerdos sobre cómo se han producido los hechos. Este desacuerdo existe y es importante en el Derecho, pero el tipo de pruebas que necesitamos para que un hecho se considere probado es intersubjetivo. Si el presunto delincuente iba vestido de negro o no, es una cuestión que puede ser relevante e incluso decisiva para probar una conducta delictiva. El tipo de evidencia que necesitamos puede ser muy variada pero creo que los desacuerdos entre los juristas no se basan casi nunca en cómo probar los hechos sino en una cuestión de hecho, es decir, si con los datos disponibles esa conducta debe considerarse probada o no. Los juristas con los datos disponibles construyen historias que persuaden al juez de la coherencia de su argumento. Pero los desacuerdos factuales requieren pruebas intersubjetivas y, por tanto, sabemos qué necesitamos para convencer al oponente.

Otro de los desacuerdos hace referencia a las ideas de justicia: son los desacuerdos *valorativos*. Si organizamos un debate sobre la eutanasia, el aborto o la justificación de la guerra seguramente existirán desacuerdos. Pero esos desacuerdos no son los que tienen normalmente los juristas. En realidad nuestra sociedad es una sociedad pluralista y se basa en el supuesto según el cual los individuos tienen unas concepciones diferenciadas de la justicia. No hay forma de probar si una es mejor que la otra. No es ningún misterio que existan desacuerdos sobre lo que es incorrecto moralmente porque en realidad nuestra sociedad presupone la posibilidad del desacuerdo. En una sociedad democrática se presupone la posibilidad de unas reglas de juego que permitan ideologías distintas.

Otro tipo de desacuerdo puede ser el *semántico*: que se fundamenta en la diversidad de significados que puede ofrecer la formulación de la norma. Muchos juristas creen que los desacuerdos provienen de la ambigüedad y vaguedad del lenguaje ordinario. La tarea del jurista es la de un filólogo. Como el lenguaje es ambiguo y vago, se explica que existan controversias porque cada jurista construye su argumento fundamentándolo en una posibilidad interpretativa.

Dworkin sostiene que los principales desacuerdos que existen entre los juristas no son los desacuerdos puramente verbales y semánticos. No los niega sino que señala que estos no son los más relevantes²⁹. El Derecho, entendido como concepto interpretativo, supone que los desacuerdos existentes entre los juristas no son sobre hechos ni sobre ideas de justicia, sino sobre lo que exige el Derecho. Y a esos desacuerdos los denomina *teóricos*.

Pongamos un ejemplo: supongamos que existe una ley que prohíbe circular a más de 120 kilómetros por hora por las autopistas y que el ciudadano A circula a 160 kilómetros por hora. Un policía lo detecta con un radar fiable y le impone la multa. Con independencia de las ideas de jus-

²⁹ Véase RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Belknap, 1986. pp. 3 ss.

ticia que tenga cada uno de los que intervienen parece ser que éste es un caso fácil. Los hechos están probados, la norma es vigente y la sanción no admite discusión. No hay desacuerdo crucial. Pero imaginemos el mismo caso, los mismos hechos y las mismas leyes. Supongamos que el ciudadano A va a un hospital y en la entrada se encuentra un médico amigo suyo que debe trasladarse urgentemente a otra ciudad para hacer un trasplante de riñón. Sólo si circula a 160 kilómetros por hora salvará la vida del paciente receptor. En la autopista encontramos el policía que le impone la multa. Si en el primer caso estaba justificada la multa en este segundo caso es más dudoso. Seguramente no encontraríamos la unanimidad del primer caso y no hay que olvidar que los hechos son los mismos y las normas son las mismas. El desacuerdo no es sobre lo que significan las normas ni sobre los hechos sino sobre lo que exige el Derecho, sobre el fundamento que justifica la coacción del Estado. En el primer caso no se discute el fundamento de la norma, en el segundo sí. Ello conduce a discutir el papel que ejerce la justificación basada en razones, principios y directrices que pretenden garantizar el bienestar colectivo.

El modelo positivista no ofrece un criterio completo exento de valoración que permita seleccionar cuál es la norma aplicable y por qué. Y éste es el problema que preocupa al participante que debe justificar su elección. El argumento de defensa del positivismo, según el cual se debe distinguir el derecho de su interpretación, la norma de su formulación, los materiales en bruto del Derecho, no es convincente porque no excluye la valoración en la reconstrucción de los materiales³⁰. Existen desacuerdos sobre lo que el Derecho exige³¹. Este es el desacuerdo básico, el que se debe explicar, el que trata de ofrecer una teoría del participante en el Derecho. Los desacuerdos genuinos entre los juristas son mucho más profundos porque hacen referencia hasta qué punto la coacción del Estado debe utilizarse en este caso y cómo se debe justificar. El problema no es sólo la identificación del texto, sino cómo se debe proceder. Aunque estén de acuerdo sobre cuáles son las leyes vigentes y cuál es el sentido de las palabras de la ley, puede existir y existe el desacuerdo teórico sobre lo que exige el Derecho: existe un desacuerdo valorativo institucional. ¿Cuáles son los criterios institucionales que justifican la coacción del Estado?

La reconstrucción de un caso podría hacerse sugiriendo que el desacuerdo es interpretativo en el sentido de que el participante subsume las conductas en distintas normas. Sea cual fuere la interpretación que se acoja, me interesa resaltar el carácter subjetivo de ese elemento reconstructivo y que eso no viene dado por el Derecho sino por el sujeto que interpreta y aduce valores, normas y principios para justificar su posi-

³⁰ Véase JUAN CARLOS BAYÓN, *Participantes, observadores e identificación del Derecho*. Ponencia presentada en Alicante, 1995.

³¹ Un análisis más detallado mostraría otros desacuerdos posibles, como el desacuerdo que me sugirió RICARDO GUASTINI sobre la validez de la norma. Pero me interesa el desacuerdo específico sobre lo que el Derecho exige que se ha denominado teórico.

ción. Los juristas identifican materiales en bruto que después depurados convenientemente ofrecen respuestas al problema. En el proceso de identificación del Derecho siempre se producen elementos valorativos³².

EL CONCEPTO INTERPRETATIVO DEL DERECHO

Si nos situamos en la perspectiva del participante, veremos que su planteamiento no sólo exige una relación intrínseca entre el Derecho, la moral y la política sino que se conceptualiza el Derecho como interpretativo. Obsérvese que limitamos nuestro discurso al punto de vista del participante.

¿Qué quiere decir que el Derecho es interpretativo? Que la intención del participante es crucial para la comprensión del Derecho. El Derecho no es un objeto que la teoría puede aprehender respetando la neutralidad. El Derecho es un conjunto de materiales en bruto que debe ser construido por la estrategia del teórico y del práctico. Se concibe el Derecho como un enfoque y una estrategia para resolver problemas. Estas teorías insisten en las limitaciones del planteamiento positivista y exigen ser participante de una comunidad jurídica para poder entender y usar el Derecho. Una de sus ideas básicas es que el Derecho no es algo que ya está construido, no es un producto acabado preparado para usar, sino que exige una actividad creativa por parte del usuario o participante. Ello supone que la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho no es rígida, la ciencia del Derecho –desde el punto de vista del participante forma parte del Derecho porque puede modificar su objeto.

Las teorías del participante contextualizan y señalan que sólo en determinados contextos se puede entender el Derecho. El pospositivista que asume la teoría del punto de vista del participante exige algo más que el análisis de los significados de las normas. Sostiene que sin participar en el contexto de ideales sociales y de tradiciones no se puede ofrecer respuesta a la pregunta qué debo hacer³³.

El carácter interpretativo del Derecho y el papel que ejerce la intención del participante exige responder a la cuestión por qué y desde qué punto de vista es necesario establecer una conexión entre el Derecho y la política y cómo en el terreno de la justificación, o desde el punto de vista del participante carece de sentido ese aislamiento entre el Derecho y la política. Las teorías que adoptan el punto de vista del participante se oponen a las teorías jurídicas puras de raíz kelseniana que pretenden depurar

³² Véanse JUAN CARLOS BAYÓN, Ponencia presentada en Alicante, 1995, y los artículos publicados en Robert George ed., *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, 1996, GERALD POSTEMA, *Law's Autonomy and Public Practical Reason*; KENT GREENAWALT, *Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism*. Una posición que defiende el positivismo puede verse en FRIEDRICH SAUER, *Positivism as Pariah*, en la misma compilación, especialmente, p. 43.

³³ Véase NEIL MACCORMICK, *H. L. A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981. Véase JOSEPH RAZ, «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 1993.

el concepto de Derecho de las influencias de otras ciencias y de los valores morales y políticos.

CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PARTICIPANTE

Nino, por ejemplo, defendió que las normas jurídicas no constituyen de por sí razones para justificar acciones y decisiones a menos que se las conciba como derivadas de los juicios morales, es decir, de proposiciones normativas que muestran como caracteres distintivos la autonomía, el fin justificado, la universalidad, la generalidad y la publicidad³⁴. Desde el punto de vista del positivismo se puede describir el Derecho, pero si se intenta justificar el Derecho o usarlo para resolver controversias, entonces se incurre en la falacia naturalista³⁵.

La cuestión importante es averiguar si existe una conexión conceptual entre el Derecho y la moral³⁶. Los pospositivistas sostienen que no hay ninguna forma aceptable de considerar que el Derecho constituye una razón para la acción, a no ser que se suponga que existe una norma que establezca que se debe obedecer al Derecho y que esta norma no es de naturaleza jurídica sino que es de naturaleza moral³⁷. Desde este punto de vista se podría afirmar que un positivista coherente únicamente debería describir el Derecho, pero en ningún caso puede ofrecer una respuesta a los problemas que se plantean los jueces, porque no puede dar el salto del ser al deber ser. El pospositivismo insiste en que la teoría jurídica no puede aislar el Derecho de las consideraciones valorativas y que los positivistas construyen una teoría insular del Derecho, es decir, los positivistas ven el Derecho como un sistema normativo que provee razones para justificar acciones y decisiones. Los positivistas tratan de describir el sistema y además justifican formalmente las decisiones que concuerdan con el sistema. Si son coherentes no pueden dar un paso más y ofrecer justificaciones últimas al participante. Cuando usan, justifican, exigen que el discurso jurídico sea relativamente insular. Esta posición puede matizarse un poco más, pues algunos positivistas han sostenido que la teoría de las fuentes sociales sólo son aplicables cuando existen esas fuentes, pero en los casos en que se acude a otros criterios se produce invención del Derecho y nunca aplicación³⁸. El problema de esta distinción es, en primer lugar, cómo distinguimos aplicación e invención en conceptos contro-

³⁴ Véase sobre este punto CARLOS NINO, *Derecho, moral y política*. Barcelona, Ariel, 1994.

³⁵ Véase sobre este punto CARLOS NINO, «Breve nota sulla Struttura del Ragionamento Giuridico», *Ragion Pratica*, 1, 1993, p. 32.

³⁶ Véase JULES COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, *op. cit.*, reproducido en JULES COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*. Cambridge University Press, 1988.

³⁷ Véase MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, *op. cit.*, pp. 159 ss.

³⁸ Véase GERALD POSTEMA, *Law's Autonomy and Public Practical Reason*, *op. cit.*, p. 97.

vertidos como libertad de expresión o igualdad. En segundo lugar, si los criterios materiales de justicia, morales o políticos sirven para determinar el contenido de la decisión no es insensato considerar que estos criterios forman parte del Derecho. Pero en este caso la independencia del Derecho de la moral queda comprometida.

Si la cuestión se deja sin decidir, cabría preguntarse qué utilidad tiene para el participante una teoría que no le ofrece criterios para resolver el uso de principios constitucionales tan importantes como las libertades y la igualdad.

EL PRESUPUESTO DE RACIONALIDAD

Si ponemos en cuestión la identificación objetiva de las normas, parece que dejamos mucho papel a la subjetividad y entonces ¿cómo es posible responder a la crítica del escepticismo? ¿Es el Derecho indeterminado? ¿El Derecho es política? ¿Acaso no podemos encontrar en el Derecho –o mejor– ver el Derecho desde la perspectiva de la incoherencia? Las posiciones realistas y el movimiento *Critical Legal Studies* han insistido en este punto de vista y han afirmado que las leyes y el Derecho no son nada más que juguetes vistosos en manos de jueces y juristas³⁹.

Una respuesta a esta cuestión podría ser la asunción del presupuesto de racionalidad. Es cierto que podemos tener el enfoque del Derecho desde la perspectiva de lo peor, de lo incoherente, de lo irracional, de lo indeterminado a la máxima potencia. Y, ciertamente, si buscamos contradicciones y lagunas encontraremos contradicciones y lagunas. Pero una teoría del participante necesita asumir el compromiso con el presupuesto de la racionalidad según el cual se debe enfocar el Derecho desde la mejor perspectiva posible⁴⁰, desde la perspectiva que ofrezca mayor racionalidad y mejores respuestas a los problemas que se presentan. Este presupuesto juega un papel importante en la argumentación práctica y en la argumentación jurídica. El exigir explicación global y conforme a principios es un requisito para la justificación de la coacción⁴¹. El compromiso con la racionalidad supone la justificación pública del criterio⁴².

³⁹ Una visión benevolente con el movimiento *Critical Legal Studies* puede verse en JUAN A. PEREZ LLEDÓ, *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos 1996. Para una crítica del movimiento véase mi trabajo «La Retórica de Critical Legal Studies», *Doxa*, 1992.

⁴⁰ Véase RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 79, 271 ss.

⁴¹ Esta idea es compartida por muchos positivistas. Por ejemplo, EUGENIO BULYGIN, frente a la tesis del realismo extremo kelseniano sostenida por JUAN RUIZ MANERO, sostiene que se debe reconstruir el pensamiento kelseniano de la forma más coherente y la posición de Ruiz Manero lo ignora.

⁴² Argumentos en contra de esta posición pueden verse en CASS SUSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 1996.

EL DERECHO DEMOCRÁTICO COMO UNA PRÁCTICA COLECTIVA

Si aceptamos el concepto interpretativo del Derecho deberemos aceptar también que la intención del intérprete ocupa un lugar muy importante. No hay interpretación sin intención. También deberemos aceptar que existe una relación intrínseca entre el Derecho, la moral y la política.

Esa relación exige un compromiso con los valores institucionales incorporados en el Derecho que el participante debe aceptar. Aquí no cabe la neutralidad porque los argumentos son sustantivos y aluden a criterios y valores compartidos en esa sociedad. Una sociedad bien ordenada aspira a tener criterios controlables de resolución de conflictos.

¿Cómo se puede reconstruir esa relación entre el Derecho, la moral y la política? De entre las diversas posibilidades voy a tratar de dos modelos.

El primero supone que existe un ordenamiento moral que rige la conducta y que sirve para juzgar si el Derecho se ajusta o no se ajusta a lo que previamente se ha considerado como bueno. Este modelo es muy común. Bobbio –para poner un ejemplo de autor positivista– sostiene que esta distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser es la que nos permite criticar el Derecho positivo en base a un sistema normativo diferente⁴³.

Este modelo es y puede ser muy útil si estamos en una sociedad en la cual no existe pluralismo ideológico y los ciudadanos están de acuerdo en los criterios sobre qué es lo bueno y qué es lo justo. Sin embargo, nuestra sociedad es pluralista. Las sociedades democráticas se caracterizan porque existen diversas concepciones de la justicia. ¿Cómo se negocia la pluralidad de concepciones de la justicia? Creo que podemos aventurar dos respuestas.

La primera sugeriría que existe una batalla ideológica que trata de imponer una concepción particular de la justicia sobre todas las demás. Se trata de elegir entre una u otra. Sólo se tiene en cuenta la elección del individuo sin que las elecciones de los demás jueguen ningún papel ni interfieran en sus decisiones. Este modelo es eminentemente fundamentalista porque trata de que el Estado implemente una concepción de la justicia determinada y excluye las demás. Existe por tanto una batalla entre las diversas banderas ideológicas para imponerse sobre todas las demás. Es posible que ese modelo reconstruya y describa bien lo que ocurre en las democracias reales. Sin embargo, se puede mantener que existen algunas dudas acerca de que ese modelo se adecue a la democracia porque no se toma en serio la pluralidad ideológica.

La segunda sugiere la necesidad de establecer una diferencia radical entre lo que subjetivamente se considera bueno y aquellos criterios que son aceptados como reglas de convivencia por las diversas ideologías. Este

⁴³ Éste parece ser el modelo subyacente a BAYÓN. Probablemente, si se acepta la hipótesis del Derecho como práctica colectiva y la racionalidad colectiva, se puede explicar la normatividad y la justificación jurídica como distinta de la justificación moral.

modelo supone que la decisión del individuo está determinada por las decisiones de los demás. El individuo tiene una concepción de lo bueno, pero no la puede imponer a los demás tal cual si quiere convivir con ellos bajo el manto del pluralismo ideológico, que es uno de los fundamentos de la democracia. El individuo no es fundamentalista, porque cree que es mejor no imponer su concepción de lo bueno para poder convivir con otros que tienen una noción distinta de lo bueno. Está dispuesto a negociar para tener una regla de convivencia en pluralidad ideológica⁴⁴. El demócrata acepta ese segundo modelo, mientras que el primero es antidemocrático, porque no comparte la posibilidad real de un pluralismo ideológico. La democracia supone la renuncia de cada uno de que su concepción de lo bueno se convierta en institucional para concentrarse en las reglas de juego de segundo orden. El demócrata tiene una concepción de lo bueno, pero no pretende que el Estado garantice con la coacción esa concepción de lo bueno. Únicamente pretende encontrar reglas de juego que permitan convivir a ciudadanos con distintas concepciones del bien y por eso no es fundamentalista.

Que el Derecho sea una práctica colectiva supone un enfoque distinto de los problemas jurídicos y especialmente de los problemas de decisión pública. Ya no se trata de usar los ideales de justicia individuales como criterio de decisión, sino los colectivos.

La razón no sólo puede concebirse de una manera estática, sino también dinámica. La racionalidad dinámica supone que las propias prioridades deben ser repensadas en función de las prioridades de los otros. Si queremos ser racionales, debemos tener en cuenta no sólo nuestros propios valores, sino también los de los demás y debemos estar preparados para cambiar nuestras prioridades a la luz de las prioridades de los otros. Un ejemplo musical rawlsiano puede servir para ilustrar ese carácter de práctica colectiva. Imaginemos que cuatro personas quieren formar un cuarteto. Cada uno de ellos tiene una concepción de la música y una concepción estética determinada. Sólo podrán interpretar conjuntamente si están dispuestos a renunciar a algunas ideas individuales en aras del producto colectivo. Es muy posible que cada uno de ellos individualmente continúe pensando que su concepción musical es mejor, pero la interpretación será una práctica colectiva en la medida en que todos renuncien y busquen el acuerdo que se acerque más a sus concepciones estéticas colectivas y no insulte de una forma exagerada sus concepciones musicales.

El Derecho de un país democrático es una práctica colectiva. Eso quiere decir que la interacción juega un papel muy importante y que el tipo de relaciones que se dan son de racionalidad colectiva amplia, con todas las consecuencias que todo ello supone. Las decisiones de los individuos no sólo dependen de ellos mismos, sino que también de lo que hacen y deciden los demás. La intervención en las decisiones jurídicas supone tener en cuenta que existen unas restricciones colectivas y que el

⁴⁴ Véase JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, cap. IV. Columbia University Press, 1993, y su idea de *overlapping consensus*.

problema de la decisión jurídica y de su justificación no se reduce a comparar el modelo ideal moral con la decisión a tomar. Las relaciones son mucho más complejas. Para acabar, quisiera esbozar tres tesis que me parecen de especial relevancia para el tema que nos ocupa:

La primera, si suponemos que el Derecho es una práctica colectiva y que responde a criterios de racionalidad colectiva, debemos suavizar el papel de la intencionalidad en el campo del Derecho porque, por definición, la tarea de dirigir el comportamiento de la gente no es meramente una cuestión de voluntad y de objetivos éticos. *El mundo no se cambia a golpe de decreto*. Uno de los grandes descubrimientos de las ciencias sociales ha sido el estudio de las consecuencias no intencionadas de las acciones individuales. Este punto de vista entusiasmó a los economistas clásicos y se ha apoderado de las ciencias sociales. Las decisiones públicas ya no se ven como producto de la voluntad de un legislador racional que produce unos resultados previsibles sino como una decisión que se enmarca en un conjunto de decisiones que otros producen y arrojan resultados y consecuencias ni previstas ni queridas. Una de las grandes enseñanzas de las teorías de la elección racional ha sido introducir una cierta dosis de escepticismo en relación al voluntarismo. La idea de un aprendiz de brujo —que desencadena un conjunto de consecuencias que no puede controlar— se acerca más a la realidad que la del semidiós que, mediante su voluntad, produce los resultados deseados.

La segunda, el criterio de juicio de la práctica colectiva no puede ser el de la moral individual en el sentido en que la moral individual se propone la búsqueda de lo mejor sin tener en cuenta que debemos vivir en una sociedad democrática y pluralista y además nos encontramos en una situación de interacción. Un demócrata asume el pluralismo ideológico y está dispuesto a mantener sus principios en el terreno de lo individual pero sabe que si quiere vivir con gentes que piensan de manera distinta tiene que aceptar unas reglas de juego que no concuerdan con su idea de lo bueno. Si no lo acepta, entonces es un fundamentalista que quiere convertir el Estado en la correa de transmisión de «su» concepción de lo bueno, ya sea individual, ya sea lo bueno desde su punto de vista para la colectividad.

El comunitarismo ha criticado al liberalismo la prioridad de lo correcto sobre lo bueno. La respuesta es clara. Es cierto que el liberal renuncia a que lo bueno sea garantizado por la coacción del Estado. Simplemente no es fundamentalista y está dispuesto a negociar con otras ideologías cuáles son las reglas de convivencia, aunque sabe dos cosas: primero, que el valor pluralismo ideológico es importante y debe preservarse. Segundo, que debe renunciar a que la coacción del Estado garantice su concepción de lo bueno, pero eso no significa que los liberales carezcan de una noción de lo bueno⁴⁵. El liberalismo democrático no sólo puede

⁴⁵ Véase el trabajo de MICHAEL SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, New York, Cambridge University Press, 1982, *Introduction*.

entenderse como un conjunto de principios sino también como un método de conseguir acuerdos.

Tercera, el liberal demócrata se compromete a utilizar como criterio de resolución de los conflictos sociales que origina esta práctica colectiva no lo que es bueno –que no es patrimonio colectivo por definición de sociedad pluralista– sino los criterios negociados y consensuados colectivamente. La coacción del Estado está justificada, no porque los criterios sean buenos –o lo primero mejor–, sino porque los participantes han acordado utilizar esos criterios colectivos que por definición no son los mejores para cada uno de ellos pero son los mejores posibles desde el punto de vista colectivo y permiten la convivencia en pluralismo ideológico. Pero esos acuerdos no son estáticos sino dinámicos, están sometidos a la crítica permanente de las ideologías de los participantes del Derecho y las seguridades que ofrecen nunca son absolutas, sino que son frágiles y susceptibles de cambio en el futuro. Son seguridades controvertibles y tienen la pretensión de legitimidad.

Creo que si entendemos el Derecho como una práctica colectiva podemos apreciar mejor cuáles son las relaciones entre el Derecho y la política y por qué los juristas deben abdicar de sus valores individuales y mostrar cómo sus estrategias y su uso del Derecho deben estar relacionados con los criterios de justicia institucionales colectivos. Los teóricos y los prácticos del Derecho son artífices de esta empresa colectiva. El Derecho no es «simplemente una pantalla en la que los jueces y juristas proyectarían sus opiniones morales haciéndolas aparecer como prescritas por una autoridad legítima»⁴⁶.

Nos preguntábamos al principio sobre la posibilidad de la teoría del participante y sus presupuestos. Nuestro itinerario nos ha conducido a las siguientes tesis:

Primera, la teoría del participante es distinta a la teoría general del Derecho. No la excluye, pero la teoría general del Derecho no ofrece las herramientas adecuadas para resolver el problema, qué debe hacer el participante. Los materiales que identifica son incompletos y la teoría general del Derecho se queda sin argumentos cuando el participante más los necesita, en los casos difíciles. Si la teoría general del Derecho ofrece soluciones prácticas, entonces se enfrenta al problema que Nino calificó de teorema fundamental de la teoría del derecho.

Segunda, la teoría del participante es local, relaciona el Derecho con la moral y la política y, además, difumina la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho.

Tercera, nos preguntábamos ¿con qué moral se relaciona? La respuesta sugerida es: la mínima. El Derecho en una democracia es un acuerdo colectivo de segundo orden que permite la convivencia y la realización de una pluralidad de planes de vida. El Derecho democrático tiene

⁴⁶ Véase CARLOS NINO, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 134.

una pretensión de legitimidad porque permite que gentes de diversas ideologías y concepciones del bien puedan convivir y desarrollar sus planes de vida. Pero no es función del Derecho conducir a una vida excelsa sino dejar en manos de los individuos las decisiones sobre sus concepciones del bien, y dejar en manos de la colectividad la discusión de los valores colectivos que deben regir la sociedad, aunque a veces los acuerdos son frágiles, o, a veces, se deja para el futuro la conformación del acuerdo cuando éste no es posible⁴⁷. Pero en este caso existe el compromiso de la discusión pública del criterio.

Cuarta, una cierta homogeneidad social, económica y valorativa es necesaria para que pueda existir una organización social legítima. Los acuerdos entre liberales y fundamentalistas no siempre son posibles. El método democrático no garantiza el éxito de la empresa porque, para que funcione, se necesita una buena disposición por parte de los actores sociales.

⁴⁷ Sobre los conflictos de valores, véase BERNARD WILLIAMS, *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981.

Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls ¹

Por ANDRÉS OLLERO TASSARA

Universidad de Granada

1. Hace decenios dejó de resultar pacífico el intento del positivismo jurídico de deslindar de una vez por todas los ámbitos del *derecho* y de la *moral*. Aunque no falten quienes sigan intentando mantener que de una exigencia moral no cabe derivar consecuencias jurídicas, ni de una exigencia jurídica consecuencias morales ², la realidad parece invitar tozudamente a la duda. Como es sabido, este empeño delimitador de fronteras ³, lejos de ser caprichoso, venía a ser la obligada consecuencia de una opción epistemológica, e incluso metafísica, que imponía el tajante deslinde del mundo del *ser* y el del *deber ser*.

2. No pocas de las confusiones habitualmente presentes en frontera tan polémica pueden deberse a la doble acepción con que tiende a utilizarse el término «moral». Cuando se contrapone *la moral* al derecho, el término suele emplearse en un sentido restringido, para referirse a exigencias maximalistas que –aspirando a la realización plena de unas concepciones del bien, la perfección, la felicidad, la utilidad...– excederían con mucho

¹ Ponencia presentada en las XVI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la sección española de la IVR, en la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 21 de marzo de 1997.

² Partiendo de «la idea de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral», L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 218 ss.

³ Del que tuvimos ya ocasión de ocuparnos en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 169-179.

de ese acervo ético, relativamente mínimo, exigido por la justicia en su intento de posibilitar la convivencia⁴ entre unos ciudadanos que pueden suscribir muy diversas concepciones del bien, la perfección, etc.

Hoy, quizá por influencia anglosajona, los teóricos del derecho tienden a referirse a *lo moral* en un sentido más amplio, como expresión omnicomprendensiva de las exigencias individuales y sociales (por ende, quizá también jurídicas) derivada de cada una de esas concepciones.

Desde esta segunda acepción, no cabría imaginar un derecho sin moral, aunque sí discutir si tales ingredientes morales serían o no decisivos para identificar a lo jurídico. Si, por el contrario, hablamos de la moral en sentido restringido, resultará –por definición– distinta del derecho. Ahora no sería ya el dilema ser-deber ser el que establecería una problemática frontera, sino la diversidad de ámbitos del fuero externo y el interno, alteridad y autonomía personal.

Si empleáramos el término «ética» para referirnos a las concepciones omnicomprendensivas del bien, y reserváramos el término «moral» para su versión estricta –no jurídica por definición– quizá mejorara el panorama. No habría, pues, derecho sin ética, aunque ello no implicaría su necesaria identificación con la moral. Este intento clarificador tropieza, sin embargo, con la reciente tendencia a contraponer *ética pública* y *ética privada*⁵. Como veremos, esta última tiende a identificarse con las concepciones omnicomprendensivas del bien –o moral en sentido amplio– mientras la ética pública reduciría su juego al ámbito de la «justicia política», y por ende quizá al del derecho.

⁴ «Así como la universalidad de los mínimos de justicia es una universalidad exigible, la de los máximos de felicidad es una universalidad ofertable», señala A. CORTINA –*Ética civil y religión*, PPC, Madrid, 1995, p. 119– que ha hecho de esta distinción una constante de su obra. F. D'AGOSTINO invita también a superar la «perplejidad» de hablar de una «ética mínima»; reconociendo que «la expresión es infeliz», considera que «la ética de la dignidad del hombre es realmente definible como ética mínima, en cuanto constituye la condición real de posibilidad de cualquier ulterior actuar ético», «Diritto e morale» en *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 40-41.

⁵ Presente, por ejemplo, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, así como otros tópicos a los que iremos haciendo posteriormente referencia:

- La distinción entre moralidad crítica y legalizada (p. 15).
- «Lo que diferencia a la ética pública [...] de la ética privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos», por lo que la primera «no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien» y sería un «reduccionismo» considerar que «la ética pública no es solamente una ética procedimental, sino también una ética material de contenidos y de conductas» (pp. 15, 75 y 17).
- El «procedimiento culmina con una decisión y se expresa por la regla de las mayorías», por lo que «el principio de las mayorías, desde el punto de vista jurídico, sería un criterio de justicia procedimental» (pp. 99 y 102); si bien «la minoría debe ser protegida, al menos respecto al derecho de poder convertirse en mayoría» (p. 130).
- Dado que la «ética privada» «es sólo de sus creyentes», a la hora de «extenderse al conjunto de los ciudadanos, no todos creyentes», tropezaríamos con la «tentación fundamentalista de las religiones en general» (p. 16), que obligaría a discernir entre una rechazable «coincidencia o identificación entre esas dos dimensiones de la persona» y unas aceptables «influencias recíprocas», siempre con el riesgo de «imponer la ética pública como ética privada» y convertir a los «ciudadanos» en obligados «creyentes» (p. 17).

3. La querencia a reincidir en el dilema jurídico-positivista rebrota en los planteamientos que invitan a distinguir entre una *moralidad crítica* y otra *legalizada* o positivada. Más de una vez resultaría fácil adivinar tras ellos la falsa idea de una inexistente *positividad instantánea*⁶, capaz de establecer en un preciso momento una frontera delimitada con fijeza entre el derecho ya positivado y el aún por positivarse, o –por recurrir a los tópicos legalistas– la óptica de *lege lata* y la de *lege ferenda*.

Más que «derecho positivo», lo que existe es un proceso de *positivación* –indisimulablemente *iure condendo*– animado por una permanente instancia crítica, que –lejos de situarse en un «deber ser» externo y ajeno a la realidad jurídica– constituye el motor decisivo de la incesante actualización interna de lo que devendrá derecho en cada momento histórico.

El normativismo venía eficazmente en ayuda del dualismo positivista, al escenificar el dilema entre una norma jurídica –como alternativa– otra norma moral que aspiraba a reemplazarla. Cuando se supera la idea del ordenamiento jurídico como sistema de normas, para admitir en su seno el juego de principios tan jurídicos como ellas⁷, el dilema tiende a descuadrarse. Por una u otra vía, la fluidez propia del «momento jurisprudencial» de la positivación del derecho va siendo reconocida, desbordando el viejo positivismo legalista y su planteamiento mecanicista de la aplicación de la ley. Así acaba ocurriendo incluso en autores menos familiarizados con la teoría jurídica, como el que en este caso hemos elegido como principal interlocutor⁸.

4. Nuestro propósito es abordar la relación que mantienen derecho y moral, situándonos en la no menos polémica frontera entre lo público y lo privado. Recordemos, pues, que si habláramos de éticas «privadas», nos estaríamos refiriendo a las concepciones omnicomprendivas del bien –no exentas, sin duda, de dimensiones sociales⁹– que cada ciudadano puede privadamente suscribir. *La ética pública* –a configurar por y para todos los ciudadanos– quedaría, por el contrario, reducida a aquel núcleo de contenidos que –por erigirse en condición de una convivencia plural pacífica– se considerará *jurídicamente exigible*.

⁶ Ya tuvimos ocasión de criticarla en nuestro trabajo *Positividad jurídica e historicidad del derecho*, de 1985, incluido luego en *Derechos humanos y metodología jurídica* (cit. en nota 2), pp. 181-194, y más tarde en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 455-457.

⁷ Al respecto, la comunicación defendida de una de las «sesiones paralelas» del XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (IVR), en Buenos Aires 11 de agosto de 1997, con el título *Valores, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo*.

⁸ J. RAWLS, en efecto –en su reciente obra sobre *El liberalismo político* (en adelante *LP*), Crítica, Barcelona, 1996– no deja de aludir a «los tribunales de justicia» como «paradigma de la razón pública» (p. 251), a la hora de «desarrollar una concepción política de la justicia» (p. 198); cfr. también p. 266.

⁹ Todo parece indicar que es este matiz el que lleva a J. RAWLS –*LP*, p. 15– a identificar puntos de vista «no públicos»; diferenciables de los «públicos» por no haberse integrado en el ámbito –a nuestro modo de ver, jurídico– de lo que llama justicia política, sin que –por la dimensión social de su objeto– puedan tampoco considerarse puramente «privados».

Su configuración quedó inicialmente vinculada al reconocimiento de un *derecho natural*, objetivo y racionalmente cognoscible, válido para cualquier sociedad humana. La duda –que abre paso a las actitudes críticas en el ámbito de la epistemología– y el historicismo –que relativiza todo intento de universalidad espacial o permanencia histórica– empujaron a buscar refugio en la noción del *consenso social*.

El problema va a agudizarse ahora en sociedades crecientemente multiculturales, en las que la apelación a un consenso homogéneo y mayoritariamente compartido se hace cada vez más problemático. Para Rawls la principal consecuencia será que «la unión social no se funda ya en una concepción del bien, tal como se da en una fe religiosa común o en una doctrina filosófica, sino en una concepción pública compartida de la justicia que se compadece bien con la concepción de los ciudadanos como personas libres e iguales en un Estado democrático»¹⁰. Resultará inevitable que la ética pública finalmente decantada acabe coincidiendo, en unos casos, con dimensiones sociales planteadas por las éticas privadamente asumidas por algunos ciudadanos, mientras entra en conflicto con las de otros.

5. Se reitera también la tajante separación positivista de derecho y moral, cuando se pretende establecer –de modo aparentemente descriptivo– una neta distinción *a priori* entre un ámbito meramente formal y *procedimental*, que sería el propio de esa *ética pública* con legítimas pretensiones jurídicas, y otro en el que jugarían los *contenidos materiales*, aunque obligadamente *confinados* en el ámbito de la *moralidad personal privada*.

6. La ética pública se nos presentará como una *ética procedimental*, porque no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien. Lo segundo, sin embargo, no prueba lo primero, ya que es obviamente posible –yendo más allá de lo procedimental– establecer conductas obligadas sólo para hacer viable la pública convivencia, sin aspirar a imponer una determinada concepción del bien. Al descartarlo, sin mayor trámite, se puede inducir equivocadamente a una doble conclusión; dudosa en un caso: una ética pública meramente procedimental sería viable en la práctica; exagerada en el otro: ella sería la única vía legítima teóricamente imaginable para plantear en el ámbito público propuestas éticas no maximalistas. Así parece insinuarse cuando se nos afirma que lo que diferencia a la ética pública de la privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos.

En realidad, todo induce a pensar que, contando sólo con procedimientos, no podríamos en el ámbito de lo público ir a ninguna parte, mientras que no hay por qué descartar la posibilidad –e incluso la necesi-

¹⁰ LP, p. 341. A la hora de solventar esta situación nos estaremos ocupando «de un problema de justicia política, no de un problema acerca del bien supremo», p. 21. Ya en su *Teoría de la justicia* –Fondo Cultura Económica, México, 1979, p. 495– consideraba que la «variedad en las concepciones del bien es buena en sí misma», mientras que «la situación es enteramente distinta con la justicia».

dad— de contar con una justificación del recurso a lo procedimental, que habría de apoyarse en las éticas omnicompresivas privadamente suscritas por algunos ciudadanos. Se ha llegado a reconocer en los planteamientos procedimentales «un “resto de metafísica” queda en este carácter transcendente, categórico, de la racionalidad comunicativa», aunque apuntando paradójicamente que se trataría de «el resto de metafísica necesario para combatir a la metafísica»¹¹.

7. La afirmación de que «la ética pública es una ética *procedimental*» resulta también equívoca si se olvida el doble, y muy diverso, plano en que cabe recurrir a dicho adjetivo: el de la *fundamentación* teórica de las propuestas éticas y el de su concreto *contenido*.

Las fundamentaciones procedimentales tienden precisamente —en línea con el trascendentalismo poskantiano— a servir de apoyo a contenidos muy determinados, con lo que acaban paradójicamente excluyendo una ética pública de la que broten meras exigencias de procedimiento. Rawls, por ejemplo, no duda en aclarar que su planteamiento de «la justicia como equidad no es neutral procedimentalmente. Sus principios de justicia, obvio es decirlo, son sustantivos y, por lo tanto, expresan mucho más que valores procedimentales»; incluyen «concepciones políticas de la sociedad y de la persona, que están representadas en la posición original», la cual no puede considerarse «moralmente neutra»¹².

Se desmiente así que todas las exigencias éticas de contenido material, derivadas de una concepción del bien, puedan quedar relegadas al ámbito de lo privado; a no ser que lo que se pretenda —más o menos conscientemente— sea relegar sólo a aquellas que en su fundamentación se atreven a ir —metafísica o epistemológicamente— más allá de lo procedimental.

¹¹ A. CORTINA, que señala a la vez que «tanto Habermas como Rawls abjuraron abiertamente» de él, *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 175 y 176. Ante la afirmación de que «las éticas procedimentales se fundamentan en una ética sustancial, porque a la pregunta “¿por qué tengo que seguir un determinado procedimiento?” sólo se puede contestar con “fuertes valoraciones”, tales como la dignidad del hombre (Kant), el acuerdo racional (ética discursiva) o el concepto kantiano de persona (Rawls)», admite que «las éticas procedimentales descansan en una “valoración fuerte”» y que «de dónde surja el valor es una pregunta que sólo podría responderse recurriendo a una reconstrucción de la razón práctica», *ibidem*, pp. 222 y 223.

¹² LP, pp. 226 y nota 21 de la p. 343. Mientras en su *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 639- al plantearse idéntico problema, había preferido «dejar a un lado esta cuestión», reconoce ahora sin tapujos que tales principios son fruto de un «suelo común», que «no es un suelo procedimental neutral», p. 226. El propio M. WALZER, desde su peculiar cumunitarismo universalista, señalará «dos dificultades»: «el mínimo procedimental resulta ser más que mínimo», ya que, «una vez se han establecido reglas de este tipo, los hablantes tienen pocos temas sustantivos sobre los que argumentar y decidir». Por otra parte, «a menos que podamos identificar un punto de partida neutral desde el cual muchas culturas diferentes y posiblemente pudieran desarrollarse, no es posible construir un mínimo procedimental. Pero tal punto de partida neutral no existe». «De hecho lo que hace *proceder* al procedimentalismo, lo que le da fuerza legitimante, es un cierto espíritu que se expresa en un conjunto de prácticas», *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pp. 44, 46 y 86. No muy diversa de las apuntadas habría de ser la fundamentación real de la no justificada opción de G. PECES-BARBA por «el valor de la libertad social, a los que completan y matizan, la seguridad, la igualdad y la solidaridad», *Ética, poder y derecho*, cit. en nota 4, p. 75, como claves de la ética pública.

No es lo mismo, en efecto, rechazar que una determinada concepción del bien (o las dimensiones sociales que de ella deriven) pueda –sin filtros procedimentales– proyectarse abrupta y globalmente sobre lo público, que afirmar que sea posible regular lo público sin que unos u otros elementos de dichas concepciones acaben estando inevitablemente presentes.

Para Rawls, en efecto, «la primacía de lo justo no significa que haya que evitar las ideas del bien; eso es imposible. Lo que significa es que las ideas del bien usadas han de ser ideas políticas»; sin olvidar que «conferir un lugar central a la vida política no es sino una concepción más del bien entre otras». Una cosa es que no pueda presentarse como una «doctrina aplicada» y algo bien distinto que «los valores políticos estén separados o sean discontinuos respecto de otros valores»¹³.

8. La referencia a la «*justicia política*», o a unos «valores políticos», como contenido propio de la ética pública, no deja de merecer algún comentario. Hablar de justicia «política» parece responder a un deseo de descartar cualquier dimensión de la virtud de la justicia que –por sus pretensiones maximalistas llamadas a desbordar un mero facilitar la convivencia social– debiera quedar relegada al ámbito privado. Surge la duda de por qué no hablar –si no fuera por miedo a la redundancia– de justicia «jurídica» y de *valores jurídicos*. Más aún cuando, como veremos, se acabará proponiendo que tales valores sólo puedan limitarse entre sí, quedando a salvo de cualquier condicionamiento derivado de cálculos utilitaristas o razones de oportunidad y eficacia. Si se califica, pues, a esta justicia y estos valores como «políticos» será sólo para evitar la incómoda situación –ante ojos positivistas– de estar reconociendo que existen realidades estrictamente jurídicas, aunque se hallen aún pendientes de positivación.

En cualquier caso, la *ética pública*, en cuanto marca criterios para organizar la vida social, desborda con mucho una dimensión meramente procedimental y formal; *exige* determinados *contenidos* materiales, sin perjuicio de que su alcance sea más modesto que el omnicomprendido de las éticas privadas, o de que la delimitación de sus contenidos exija peculiares procedimientos.

9. Como consecuencia, pierde sentido todo intento de defender un espacio de lo público que –por procedimental– fuera «neutral» respecto a las concepciones omnicomprendidas postuladoras de contenidos materiales. Cuando tal neutralidad pretende imponerse, se da paso a una nada pacífica actividad neutralizadora, dudosamente compatible con una efectiva democracia.

Así ocurre cuando de manera drástica se pretende, en clave laicista, excluir del ámbito público toda propuesta sospechosa de parentescos confessionales, sin molestarse siquiera en considerar si atienden o no a razo-

¹³ Al fin y al cabo, la «concepción política de la justicia» no es sino «una concepción moral pensada para un objeto específico», *LP*, pp. 368, 238, 207, 42 y 40.

nes, bajo el socorrido tópico de que no es lícito imponer las propias convicciones a los demás.

Rawls considera —«quizá pecando de optimismo»— que, «salvo en ciertos tipos de fundamentalismo, las principales religiones históricas» pueden ser «catalogadas como doctrinas comprensivas razonables». No dudará, criticando a Greenawalt, en admitir que «la razón pública no exige a los ciudadanos “erradicar sus convicciones religiosas” y pensar acerca de aquellas cuestiones políticas fundamentales como si partieran de cero, poniendo entre paréntesis lo que en realidad consideran las premisas básicas del pensamiento moral», ya que «esta concepción sería de todo punto contraria a la idea del consenso»¹⁴.

Descartando tan curioso sentido del pluralismo, que convertiría en confesional un laicismo habitualmente minoritario, cabría aún plantear si no sería precisa una actuación de los poderes públicos que reequilibre la relevancia pública de las diversas éticas omnicomprensivas suscritas por unos u otros ciudadanos. Se daría así paso a una manipulación del consenso, para contrarrestar posibles pasados excesos.

Esta actitud pareció servir de motor al recurso de inconstitucionalidad planteado en su día contra la existencia de curas castrenses en las fuerzas armadas españolas. La sugerencia de los recurrentes, según la cual toda confesión religiosa habría de recibir el mismo trato que la católica mayoritaria¹⁵, fue rechazada por el Tribunal Constitucional.

Cabría, por ejemplo, sugerir «que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina comprensiva particular en detrimento de otras, o de prestar más asistencia a quienes la abracen», o «que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que aumente la probabilidad de que los individuos acepten una doctrina particular en detrimento de otras (a no ser que se tomen simultáneamente medidas que anulen, o compensen, los efectos de las políticas que así lo hagan)»¹⁶. Tales sugerencias parecen reclamar una respuesta emparentada con el viejo tópico moralista del «voluntario indirecto»; sería preciso distinguir entre el rechazable diseño de instituciones públicas para favorecer, por motivos privados, a alguna ética en particular, y el imposible afán puritano de evitar que la ética pública acabe teniendo efectos sobre la posibilidad de las privadas de ganar adeptos.

¹⁴ LP, p. 203 y nota 33 de la p. 279. Más abajo, aludirá a la figura de Martin Luther King como ejemplo de la contribución de posturas de raíz religiosa al progreso de la razón pública, p. 285 y nota 41 de la p. 297.

¹⁵ Cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo; Antecedentes, 2, *Boletín Jurisprudencia Constitucional* 1982 (14), p. 429. A J. RAWLS parece alejarle de propuestas de este tipo, en primer lugar, su propio planteamiento transcendental «constructivista», que no disimula su apoyo en «ciertas ideas intuitivas fundamentales que se consideran latentes en la cultura política pública de una sociedad democrática», LP, p. 207.

¹⁶ Hipótesis planteadas por el propio J. RAWLS, LP, p. 227, que, tras considerar que «el término “neutralidad” es desafortunado», distinguirá entre una razonable «neutralidad de propósitos» y una inviable «neutralidad de efectos o influencias», que desconocería «los hechos de la sociología política de sentido común», *ibidem*, pp. 224, 226, 228 y 227.

Asunto distinto, sobre el que hemos de volver, sería sugerir un tratamiento excepcional y asimétrico, destinado a aquellas cuestiones susceptibles de generar particular polémica social ¹⁷.

10. Si no cabe una ética pública de efectos inocuos para las privadamente suscritas por cada ciudadano, tampoco parece muy razonable postular un procedimentalismo neutro dotado de la rara virtud de permitir el indiscriminado libre juego de todos los imaginables estilos de vida. La ética pública, por el mero hecho de serlo, acabará condicionando el libre despliegue de las privadas concepciones del bien, en todo aquello en que entren en conflicto.

Propuestas bienintencionadas, como el intento de diseñar espacios vacíos en el ámbito del Derecho penal ¹⁸, acaban desconociendo que el derecho no puede renunciar ilimitadamente a «imponer convicciones». Para Rawls, «ni es posible ni es justo permitir que todas las concepciones del bien se desarrollen (algunas implican violación de los derechos y las libertades básicas)»; citará a Berlin para recordar que «no hay mundo social sin pérdida, es decir, no hay mundo social que no excluya algunos estilos de vida que realizan, de alguna manera especial, determinados valores fundamentales»; «los valores chocan entre sí, y el entero abanico de los valores es demasiado amplio como para caber en un solo mundo social» ¹⁹.

11. El problema fronterizo sigue, pues, en vigor. ¿Cómo podremos demarcar los campos de la ética pública y las suscritas privadamente por los ciudadanos? Cuando se intenta resolver tan peliaguda cuestión con fórmulas apriorísticas, se está en realidad estableciendo inconfesadamente tal frontera, sin debate alguno, desde una ética privada. Al fin y al cabo, la incapacidad del positivismo jurídico para consumir su distinción férrea entre derecho y moral radicaba sobre la obviedad de que tal distinción

¹⁷ J. RAWLS deja apuntado al respecto que «las luchas más enconadas, según el liberalismo político, se libran confesadamente por las cosas más elevadas: por la religión, por concepciones filosóficas del mundo y por diferentes doctrinas morales acerca del bien», *LP*, p. 34.

¹⁸ Cfr., por ejemplo, A. KAUFMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pp. 147-165.

¹⁹ *LP*, pp. 221, 231 y nota 32 de la p. 232. A. DELGADO-GAL ha llegado a sugerir que «el multiculturalismo se concilia mal con la estructura democrática, que el pluralismo de los valores es una forma de cultura, y que esta forma de cultura tiene sus límites»; pensar que «pese a hallarnos cada uno de nosotros gobernados desde dentro por ciertos arquetipos culturales, podemos entendernos con los demás sobre cómo organizar la vida civil haciendo abstracción de esos arquetipos» sería «manifiestamente falso»; incluso en la versión de un «multiculturalismo *light*» abierto a conceder que «es posible entenderse sobre “pocas” cosas», «Los límites del pluralismo», en *Papeles de la Fundación* (para el Análisis y los Estudios Sociales) núm. 21, Madrid, pp. 5, 11 y 13. G. DALLA TORRE advierte, a su vez, sobre los límites de una «afirmación rígida, intransigente, absoluta del principio según el cual todos son iguales ante la ley, sin distinción de religión», que llevaría a «la máxima negación de los objetivos de respeto, en el sentido más pleno, a la persona humana en su integralidad, que pretendía tutelarse invocándolo», al plantearse el reconocimiento de la poligamia o de la mutilación en un marco en el que no encuentra como límite fácil juego un concepto de «orden público» expresivo de una «sociedad culturalmente homogénea», «Identità religiosa, comunità politica e diritto», en *Pluralità delle culture e universalità dei diritti* (ed. por F. Agostino), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 57 a 60.

exigía, paradójicamente, emitir un juicio moral²⁰: sólo *desde las éticas «privadas»* cabe formular propuestas sobre el efectivo *alcance de lo público* y su adecuada frontera con lo privado. Precisamente por ello, habrá que abordar el modo de hacerlas confluir a través de peculiares procedimientos.

12. Ciertamente, *lo jurídico* es un medio para un fin, que es el desarrollo integral de cada persona; pero ello no debe llevar a ignorar que el diseño de ese medio se verá *condicionado*, al gravitar sobre él una determinada concepción de ese fin a cuyo servicio adquirirá sentido. Así, cuando una concepción del bien lleva a suscribir que «hay que tratar a los demás como fines y no como medios», o que «hay que cumplir las promesas», difícilmente podrá ser compatible con una articulación de la ética pública que ignore esas premisas.

13. Esta realidad invita a mantenerse sobre aviso ante el riesgo de que, inconscientemente, el *juego procedimental* acabe enmascarando opciones netas por determinados *contenidos materiales*, identificándolas a priori con el sentir común. No deja de resultar sintomático, por ejemplo, que la pulcra fundamentación procedimental rawlsiana se venga estrepitosamente abajo al abordar —en una nota a pie, perdida entre los centenares de páginas de su obra— lo que él mismo califica como el «espinoso asunto del aborto»²¹.

Tres «valores políticos» entrarían en liza: «el debido respeto a la vida humana», cuestiones que incluyen «de alguna forma a la familia» y «finalmente la igualdad de las mujeres». Cuando somete a esta prueba de fuego a su constructivismo procedimental, Rawls llegará a la sorprendente conclusión de que «cualquier balance razonable entre estos tres valores dará a la mujer un derecho debidamente cualificado a decidir si pone o no fin a su embarazo durante el primer trimestre», ya que «en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro»; como consecuencia, cualquier ética que «lleve a un balance de los valores políticos que excluya ese derecho debidamente cualificado en el primer trimestre es, en esta medida, irrazonable». No sólo media sociedad norteamericana, que suscribe actitudes *pro-life* frente a esta opción *pro-choice*, queda condenada a las tinieblas de lo irrazonable; también la jurisprudencia constitucional española, a la que ni por asomo se le ha ocurrido por el momento reconocer la existencia de un «derecho» al aborto, queda —en lo que a razonabilidad respecta— irremisiblemente fuera de juego, ya que «iríamos contra el ideal de la razón pública si nuestro voto estuviera cautivo de una doctrina comprensiva que negara ese derecho».

Consciente, sin duda, del impacto de su anatema, Rawls acaba concediendo que «una doctrina comprensiva no es, como tal, irrazonable

²⁰ J. RAWLS no oculta que «la concepción política de la justicia es ella misma una concepción moral», *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 179. Cfr. también *supra* nota 12.

²¹ Nos referimos a *LP*, nota 32 de la pp. 278 y 279.

porque lleve a una conclusión irrazonable en uno o varios casos; puede que sea razonable la mayoría de las veces»; sabia generosidad que le sirve de indulto, en la medida en que puede ser aplicada con toda justicia a la suya.

14. Las éticas que cada ciudadano suscribe privadamente remiten al concepto de autonomía. Resultaría un tanto exagerado llegarlas a considerar realmente sólo obra de uno mismo, dado el bien conocido juego de los procesos de socialización personal; implican, en todo caso, la libre asunción de *propuestas filosóficas, ideológico-políticas o religiosas*.

15. La presencia de la *religión* entre las fuentes de propuestas éticas privadamente asumibles y, sobre todo, su posible aspiración a verse reflejadas en la ética pública, tiende a producir reacciones peculiares, entre las que no faltan indisimuladas actitudes de *recelo*.

Ello viene ocurriendo desde antiguo en el ámbito cultural latino. Bien conocidas razones históricas dan fuerza a una «ética laicista», que «se sitúa en las antípodas de la ética creyente, ya que considera imprescindible para la realización de los hombres eliminar de su vida el referente religioso, negar la religión, porque ésta no puede ser sino fuente de discriminación y de degradación moral». Esto le llevaría a convertirse en «totalitaria, porque niega el pan y la sal a las tradiciones de la ética religiosa, que no tienen por qué ser excluidas cuando potencian, por derecho propio, los mínimos democráticos que componen una ética cívica». Por otra parte, no falta «el afán de algunos sectores cristianos por monopolizar lo moral y por negar que los no cristianos puedan acceder correctamente al conocimiento moral si no es a través de la interpretación del magisterio». Se acaba echando en falta una «ética laica», que, «a diferencia de la religiosa y de la laicista, no hace referencia explícita a Dios ni para tomar la palabra ni para rechazarla»²².

Recelos similares se experimentan hoy de manera más generalizada, por la creciente y llamativa presencia pública de los *fundamentalismos*, sobre todo de raíz islámica.

16. El problema es complejo, porque unos mismos hechos se prestan a muy diversa valoración, según el *prejuicio cultural* (pacífico o crítico) del que se parta.

17. No cabe, en efecto, excluir que los contenidos de una ética privada, que —en cuanto tal— es sólo de sus creyentes, puedan legítimamente extenderse al conjunto de los ciudadanos, no todos creyentes. Sobre todo, cuando quienes las suscriben renuncian al fundamentalista argumento de autoridad y optan por aportar razones atinentes a la dimensión pública de sus exigencias. Desde este punto de vista, dar por supuesta la *tentación fundamentalista de las religiones en general* no es sino dejarse llevar de un prejuicio cultural; dar por hecho que dicha tentación es invencible supondría suscribir un paradójico *fundamentalismo alternativo de cuño laicista*.

²² A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994, pp. 143, 145 y 144.

«Cuando una religión no es impositiva ni fundamentalista, tiene una capacidad liberadora y revitalizadora, que es un auténtico crimen tratar de extirpar», si se aspira a «construir una ética cívica entre creyentes y no creyentes, en un país como el nuestro –y en otros bien parecidos– en el que hay laicistas convencidos de que los creyentes no pueden ser ciudadanos, y fideístas persuadidos a su vez de que no vale mucho la pena serlo, porque, en definitiva, ellos ya tienen todas las respuestas que necesitan para su vida, y nada puede aprender de sus conciudadanos»²³.

El intento de presentar a quien suscribe convicciones religiosas como un ciudadano peculiar, o incluso peligroso, no deja de resultar arbitrario. Ningún ciudadano, sea cual sea su grado de consciencia, deja de suscribir una concepción del bien. Rawls parte «del supuesto de que todos los ciudadanos abrazan alguna doctrina comprensiva con la que la concepción política está de algún modo relacionada»; «todos tenemos un punto de vista comprensivo que se extiende más allá del dominio de lo político, aunque sea parcial y, a menudo, fragmentario e incompleto»²⁴.

El problema puede surgir cuando el pluralismo deja de considerarse como un hecho sociológico más, para erigirlo en categoría ética. Puede colaborar a ello el convencimiento de que la homogeneidad de pensamiento habría de ser siempre el resultado vicioso de un uso opresivo del poder en favor de determinada concepción ética. Rawls, por ejemplo, invoca el pluralismo con dichas resonancias, cuando lo presenta como «inevitable» e incluso «deseable, o como un rasgo “permanente” que “tiene que aparecer” en una “cultura pública democrática”; ello le lleva a la convicción de que “un entendimiento continuo y compartido sobre una doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral sólo puede ser mantenido mediante el uso opresivo del poder estatal”»²⁵.

18. Sentado que un ciudadano puede ser al mismo tiempo creyente y que todo creyente es ciudadano, el problema consistirá en cómo establecemos la *frontera* entre un afán de absoluta y global coincidencia o *identificación* entre esas dos dimensiones de la persona y lo que serían *influencias recíprocas*, indiscutidamente legítimas.

19. La *ética pública condicionará* inevitablemente –de modo directo en el ámbito social, y de modo indirecto muy posiblemente también en el personal– las posibilidades efectivas de despliegue de las *éticas privadas*. Esto no tiene por qué responder a ningún afán premeditado de imponer la ética pública como ética privada, ni de convertir a los ciudadanos en obligados creyentes de la ética públicamente propuesta; se trata de una espontánea dinámica sociológica, que no en vano ha convertido en tópico

²³ A. CORTINA, *Ética civil y religión*, cit. en nota 3, pp. 122 y 13. A la vez, no duda en equiparar «los fundamentalismos religiosos y laicistas», *La ética de la sociedad civil*, cit. en nota 21, p. 12.

²⁴ LP, pp. 42 y 131, también 14 y 20.

²⁵ LP, pp. 33, 341, 251, 67, 178 y 340. A su vez, todas «las personas razonables pensarán que es irrazonable usar el poder político que puedan llegar a poseer para reprimir concepciones comprensivas que no son irrazonables, por mucho que difieran de la propia», p. 91.

la presentación de la ética pública como «religión civil»²⁶. Por lo demás, es obvio, como ya se ha señalado, que el marco de convivencia de una sociedad plural y democrática nunca podrá ser absolutamente compatible con todos los *estilos de vida* en ella imaginables.

La tensión brota cuando algunos, de modo más o menos encubierto, diagnostican una situación de *razonabilidad* o modernización *pendiente*, desde una óptica que no tendría mucho que envidiar a la de legendarias revoluciones en similar lista de espera. Reaparecerá así el afán de corregir el balance de la gravitación efectiva sobre lo público de las éticas privadamente suscritas por los ciudadanos, propugnando una «normalización» acorde con unos cánones tan imperativos como imprecisos.

20. Estos amagos de despotismo ilustrado destilan una particular susceptibilidad ante la *pretensión de verdad* con que, desde las éticas omnicomprendivas, se formulan propuestas de ética pública²⁷. La cuestión no deja de resultar llamativa, ya que —en puridad procedimental— la *pretensión de verdad* que cada ética privada pueda autoatribuirse habría de considerarse absolutamente irrelevante²⁸, tanto en sentido positivo como negativo.

No tendría en efecto mucho sentido, a la hora de configurar la ética pública, conferir mayor importancia al grado de convicción con que privadamente se suscriban determinados puntos de vista que a su argumentada repercusión sobre la garantía de una convivencia digna del hombre. Lo contrario daría paso a la rechazada vía del *argumento de autoridad*.

Lo que sí parece razonable pensar es que quienes proponen que determinadas exigencias, por merecer una decidida proyección pública, lleguen incluso a contar con el respaldo de la coercibilidad jurídica, se muestren suficientemente persuadidos de su verdad²⁹.

²⁶ V. CAMPS la constata como «idea que hoy resurge de nuevo, bien como *desideratum*, bien como única salida para una sociedad desmembrada y sin entusiasmo». «La ética que reclama nuestro tiempo no es sólo kantiana, —o habermasiana o rawlsiana—: es una ética aplicada. Esa aplicación exige ciertos resortes, en la búsqueda de los cuales no es absurdo ni espureo recurrir a la religión de siempre o a los movimientos que forman la trama de la llamada “religión civil”», *La universalidad ética y sus enemigos en Universalidad y diferencia* (S. Giner y R. Scartezzi eds.), Alianza Universidad, Madrid, 1996, pp. 142 y 152.

²⁷ Característica al respecto la alergia de G. PECES-BARBA a la expresión evangélica «la Verdad os hará libres» y su descalificación, por recurrir a ella en la encíclica *Veritatis Splendor*, de los planteamientos del papa Juan Pablo II, oponiéndolos forzosamente a los de Pablo VI, del que tiende a olvidar tenazmente que firmó la nada relativista encíclica *Humanae vitae*, *Ética, poder y derecho*, cit. en nota 4, pp. 24-26.

²⁸ Desde alguna de sus versiones, se considera incluso que una ética discursiva exige no sólo que lo que se dice sea «inteligible» sino también que el que habla «dice lo que piensa, es decir, que es veraz; que lo que dice es verdadero, y que el marco normativo en el que habla y se conduce es correcto», A. CORTINA *La ética de la sociedad civil* cit. en (nota 21), p. 110.

²⁹ M. WALZER evoca una manifestación que reclama «verdad» y «justicia» en la Praga que recupera su libertad. Arranca asegurando que «los participantes no tenían problema alguno con las teorías de la verdad», precisando luego que sus «lealtades epistemológicas» «eran tan elementales que podrían ser expresadas a través de cualquiera de las teorías, excepto, claro está, en el caso de aquellos que negaran la posibilidad misma de afirmaciones verdaderas». En todo caso, ponían «sus carreras, su seguridad y la de sus familias igualmente en riesgo. ¿Cómo podrían hacerlo a menos que estuvieran seguros de haber dado con la descripción correcta, esto es, que no sólo pretendieran que una interpretación de la moralidad máxima era la más apropiada

Para Rawls «no es irrazonable en general abrazar cualquiera de las varias doctrinas comprensivas razonables», de las que como vimos no excluye por principio a más de una religión; «al abrazarla, una persona, obvio es decirlo, la cree verdadera, o simplemente razonable»³⁰. Convertir, por el contrario, dicho convencimiento en motivo de exclusión a la hora de configurar lo público³¹, llevaría —con dudosa ventaja— a identificar ética pública con *capricho mayoritario*.

No faltan recelos ante la pretensión de verdad, o a la «seriedad», de determinados planteamientos, cuando aspiran a verse reconocidos en el ámbito público. «La persona que toma las cosas en serio es en realidad un peligro público potencial, ya que la seriedad parece reñida con la tolerancia»; «el tipo de persona que tiene convicciones» correría «el peligro de aferrarse a ellas de tal modo que puede acabar siendo un intolerante y un dogmático»³². Tales alergias pueden resultar notablemente empobrecedoras³³.

Aunque no disimula que trata «de eludir la afirmación o la negación de cualquier doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral par-

sino que también les acompañara la creencia de que esa moralidad máxima constituía la verdadera moralidad?»; «cuando enarbolaban sus pancartas no eran relativistas». Entre ellos no faltaban cristianos, «para los que la “verdad” y la “justicia” seculares no eran lo más importante. Pero ellos también podían unirse a la celebración del final de un régimen basado en la mentira» (50), *Moralidad en el ámbito local e internacional*, cit. en nota 11, pp. 34, 82, 36 y 50.

³⁰ El que «alguien puede, evidentemente, sostener una doctrina razonable de modo irrazonable», «no convierte a la doctrina en cuanto tal en irrazonable»; en cualquier caso, «cuando damos el paso que media entre el reconocimiento de la razonabilidad de una doctrina y la afirmación de nuestra creencia en ella no estamos dando un paso irrazonable», *op.cit.* en nota 6, p. 91 y su nota 14.

³¹ R. RORTY, partiendo del rechazo de toda pretensión «epistemológica», la verdad no está «ahí fuera», «se hace y no se descubre», sin que ello quiera decir que hemos descubierto que, ahí afuera, no hay una verdad», defiende el «ironismo liberal» de «esas personas que reconocen la contingencia de sus creencias y de sus deseos más fundamentales», por lo que se les puede pedir «que *privaticen* sus proyectos, sus intentos por alcanzar la sublimidad: verlos como irrelevantes para la política y por tanto compatibles con el sentido de la solidaridad humana que el desarrollo de las instituciones democráticas ha hecho posible», *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 63, 72, 28, 17 y 216. J. RATZINGER considera demasiado optimista su diagnóstico de que «la razón pragmática, orientada por la mayoría, incluye siempre ciertas ideas intuitivas, por ejemplo, el rechazo de la esclavitud», ya que «durante siglos, e incluso durante milenios, el sentir mayoritario no ha incluido esa intuición y nadie sabe durante cuánto tiempo la seguirá conservando», *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista* Rialp, Madrid, 1995, p. 93.

³² Parece pensar Rorty, a juicio de A. CORTINA, que añade, criticándolo, que «quien desee defender y potenciar con todo el énfasis imaginable la democracia liberal tal vez tendrá que tomársela en serio y no frivolizar mucho sobre ella», exponiéndose a que «otros se tomen la antidemocracia en serio» y se vea expuesto a un debate en franca «inferioridad de convicciones»; al fin y al cabo, «no se puede emprender en serio tarea alguna si no estamos convencidos de que esa empresa vale la pena», aunque «tal convicción no tiene por qué degenerar en dogma, sino que ha de ser una convicción racional, que tiene razones para mantenerse y está siempre abierta a ser racionalmente criticada», *La ética de la sociedad civil*, cit. en nota 21, pp. 88, 98 y 99.

³³ De ello nos hemos ocupados en nuestra comunicación sobre *Convicciones personales y actividad legislativa*, presentada al Simposio Internacional «Evangelium Vitae e Diritto», Roma 23-25 de mayo de 1996, *op.cit.* en nota 6, p. 182; sobre su inhibición ante las teorías de la verdad, cfr. también p. 15.

ticular, o de su correspondiente teoría de la verdad», Rawls, parte «del supuesto de que cada ciudadano afirma una concepción de este tipo» y mantiene la esperanza de que «todos puedan aceptar la concepción política como verdadera o como razonable desde el punto de vista de su propia doctrina comprensiva, cualquiera que sea». Dictamina, por ello, de antemano que «sería fatal para la idea de una concepción política el que se la entendiera como escéptica o indiferente respecto a la verdad, y no digamos en conflicto con ella. Tal escepticismo o indiferencia colocaría a la filosofía política en oposición a numerosas doctrinas comprensivas, liquidando así de partida su propósito de conseguir un consenso»³⁴.

Desvincular de la verdad a lo razonable ya es empresa ardua; empeñarse en convertirlo en su contrario resultaría disparatado, al pretender vincular razonabilidad con un juego de voluntades, más o menos precariamente confluyentes³⁵. Rorty, por el contrario, defiende con resonancias comtianas que se ha llegado a «reemplazar la Verdad por la Libertad como meta del pensamiento y del progreso social», aunque «la vieja tensión entre lo público y lo privado perdura aún después de producida esa sustitución». «Lo único que importa para la política liberal es la convicción ampliamente compartida de que llamaremos “verdadero” o “bueno” a todo lo que resulte de la libre discusión; de que si cuidamos de la libertad política, la verdad y el bien se cuidarán de sí mismos»³⁶.

El convencimiento de la verdad de lo que se propone es, en principio, positivo. A Rawls su constatación de que las doctrinas omnicomprendivas «ya no pueden servir, si es que alguna vez sirvieron, como base profesa de la sociedad», no le impide invitar ante cualquiera de ellas a «no poner ningún obstáculo doctrinal a su necesidad de ganar apoyos, de manera que pueda atraerse el concurso de un consenso» «razonable y duradero»³⁷. Sólo podría, en realidad, sugerir lo contrario quien profese una pintoresca y a complejada teoría de la verdad –que la considerara incapaz de ser exitosamente argumentada– o quien ignore que la configuración de los contenidos de la ética pública debe depender más de su efectiva relevancia para la convivencia que del grado de verdad que valga atribuirle.

21. Verdad y consenso no tienen por qué entenderse como dilema alternativo³⁸. Resulta incluso problemático que el consenso pueda oficiar

³⁴ LP, p. 182; sobre su inhibición ante las teorías de la verdad, cfr. también p. 15.

³⁵ J. RAWLS previene para que el consenso no se vea confundido con un mero un *modus vivendi*, que, ajenos a toda idea de «razón pública», podrían suscribir quienes siguen «dispuestos a perseguir sus objetivos a expensas del otro y, si las condiciones cambiaran, así lo harían», LP, p. 179.

³⁶ Para él, una sociedad liberal «no tiene propósito aparte de la libertad, no tiene meta alguna aparte de la complacencia en ver cómo se producen tales enfrentamientos y aceptar el resultado. No tiene otro propósito que el de hacerles a los poetas y a los revolucionarios la vida más fácil», *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, pp. 15, 16, 79 y 102.

³⁷ LP, pp. 40 y 70.

³⁸ De ello nos hemos ocupado en «Verdad y consenso democrático», en *Ciencias humanas y Sociedad*, Fundación Oriol-Urquijo, Madrid, 1993, pp. 461-482.

de fundamento ético; más bien se apoya —de modo más o menos transparente— en contenidos éticos previos³⁹.

Para los convencidos de la verdad de una propuesta ética, el consenso cobra sin más un añadido valor de refrendo⁴⁰. Partiendo de diversos fundamentos metafísicos, y de una epistemología a juego, ni a un Pufendorf ni a un Locke consenso político y verdad planteaban conflicto alguno; lejos de ello, se suministraban mutuo apoyo. Tampoco dentro de la tradición escolástica originó en todos los casos especiales dificultades asumir, junto a la sociabilidad natural, la querencia moderna a los modelos contractualistas⁴¹.

El problema resulta inevitable más tarde, a la hora de articular una razón práctica poskantiana en plena crisis de la metafísica, sobre todo en contextos culturales poco proclives a propuestas epistemológicas.

El «constructivismo» de Rawls, por ejemplo, aspira a plantear la necesaria «justificación razonable como un problema práctico, no epistemológico, o metafísico». Se esfuerza en resaltar que, «en este contexto, la idea de razonabilidad no es una idea epistemológica», sino que «es parte, más bien, de un ideal político de ciudadanía democrática que incluye la idea de razón pública». Coherentemente, entre las exigencias de un «consenso constitucional estable», figurará «la virtud de la razonabilidad», junto a «un sentido de equidad, un espíritu de compromiso y una disposición a acercar posiciones con los demás». Sin pretender implantar una concepción de la justicia «verdadera» sí se procura que sea «razonable»⁴².

Este dar entrada al juego de la *razón* contrastará con la actitud de Rorty, para el que «la idea de un componente humano central y universal llamado “razón”, una facultad que es la fuente de nuestras obligaciones morales, aunque fue de mucha utilidad para la creación de las modernas

³⁹ Sobre el particular nuestro trabajo «Consenso: ¿racionalidad o legitimación?», en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 99-116.

⁴⁰ J. RAWLS admite que «algunos podrían insistir en que alcanzar ese acuerdo reflexivo da ya por sí mismo razones suficientes para considerar verdadera, o al menos altamente probable, esa concepción», pero prefiere abstenerse «de dar ese paso ulterior: es innecesario y podría interferir con el objetivo práctico de hallar una base pública acordada de justificación», *LP*, p. 185.

⁴¹ De ello se ha ocupado tan rigurosa como reiteradamente F. CARPINTERO, desde su estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad, Salamanca, 1977, pp. 170 ss., pasando por *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 61 ss., o *La cabeza de Jano*, Universidad, Cádiz, 1989, pp. 98 ss., hasta *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid, 1993, pp. 25 ss.

⁴² Una «concepción política como articuladora de valores políticos, no de todos los valores», que se funda «en principios de razón práctica junto con concepciones de la sociedad y de la persona, ellas mismas concepciones de la razón práctica», *LP*, pp. 75, 93, 195 y 16. Mucho más radical se muestra R. RORTY, para el que «la filosofía como epistemología» no es sino «la búsqueda de estructuras inmutables dentro de las cuales deben de estar contenidos el conocimiento, la vida y la cultura», en un afán «de sustituir la *conversación* por la *confrontación* en cuanto determinante de nuestra creencia», *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1983, pp. 154 y 155. De ahí que proponga «un pensamiento reactivo, más que constructivo, que marca el contraste «entre la filosofía “sistemática” y la “edificante”», *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, p. 331.

sociedades democráticas, es algo de lo que puede prescindirse, y de lo que “debe” prescindir, a fin de que ello ayude a realizar la utopía liberal», ya que «la democracia está ahora en condiciones de desprenderse de los andamios utilizados en su construcción»⁴³. Rawls, por el contrario nos habla de una razón pública, por partida doble⁴⁴: por su objeto y por su sujeto.

La clave estará, como vimos, en el discernimiento de qué contenidos revisten una dimensión *pública*, capaz incluso de justificar la entrada en juego de la coercibilidad *jurídica*. Ello equivale a interrogarse por los contenidos indeclinables del derecho. Por más que ahora la justicia —con ellos tradicionalmente identificada— se presente como *política*, su función no será muy distinta de clásicos términos jurídicos o ético-sociales, como derecho natural⁴⁵ o bien común, aunque sí sea diversa su fundamentación.

La cuestión se simplifica cuando de ese mismo núcleo de contenidos de vocación jurídica, que gravitarán sobre el proceso de positivación, derivan exigencias sobre quiénes deben considerarse sujetos legitimados para su formulación. La iusnaturalista «dignidad humana» de la modernidad, por ejemplo, justificaba y sigue justificando la entrada en juego de unos mecanismos democráticos que irán, inevitablemente, mucho más allá de lo procedimental. Una vez más, serán las exigencias éticas las que justifiquen un procedimiento argumentativo⁴⁶, sin exclusiones, y no viceversa.

Todo ello nos sitúa ante la necesidad de lograr un consenso, basado en la mutua argumentación sobre unos contenidos éticos materiales, más allá de lo meramente procedimental. El judicialmente omnipresente concepto jurídico de «lo razonable»⁴⁷ se verá acompañado de una indisimu-

⁴³ *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, p. 212.

⁴⁴ Parece que tal razón sería, más bien, tres veces «pública»: por tener por objeto «el bien público»; por sus sujetos, ya que «como razón de los ciudadanos en cuanto tales, es la razón del público»; porque también «su contenido, es público, y está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad», *LP*, p. 248. Es fácil, no obstante, convenir que objeto y contenido, bien público y justicia política no diferirán demasiado.

⁴⁵ J. RAWLS, aparte de admitir que «una concepción de la justicia para una sociedad democrática presupone una teoría de la naturaleza humana», tampoco vacila en pronosticar que «las instituciones que garantizan para todos los ciudadanos los valores políticos incluidos en lo que Hart llama “el contenido mínimo del derecho natural”» puedan estimular «una adhesión generalizada», *LP*, pp. 384 y 193. Ya en su *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 558, nota 30-, había admitido que «la justicia como imparcialidad tiene los sellos distintivos de una teoría del derecho natural», aunque ahora precisa que, «dado el hecho del pluralismo razonable», los ciudadanos no pueden llegar a un acuerdo respecto del orden de los valores morales, o respecto de los dictados de lo que algunos consideran como la ley natural», *LP*, p. 128.

⁴⁶ El mismo J. RAWLS aclara que, en su planteamiento, «nos ocupamos de la razón, no simplemente del discurso», *LP*, p. 255.

⁴⁷ En J. RAWLS encontramos una sintomática distinción entre lo «racional», que llevaría a cada cual a ingeniárselas para alcanzar su particular concepción del bien, y «lo razonable», más restringidamente vinculado «a la disposición a proponer y a respetar los términos equitativos de la cooperación», así como «a la disposición a reconocer las cargas del juicio, aceptando sus consecuencias»; lo que faltaría a los agentes meramente «racionales» sería «la forma particular de sensibilidad moral que subyace al deseo de comprometerse con una cooperación equitativa

lable carga ética, hasta convertirse en la principal vía de explicitación de la teoría de la justicia que acabará viéndose efectivamente positivada.

Será mediante este consenso como deberán irse entretejiendo⁴⁸ las diversas concepciones del bien privadamente suscritas por los ciudadanos, en su legítimo intento de configurar el núcleo de contenidos jurídicos indispensables en el ámbito público. Núcleo que –la reiteración es obligada– desbordará, y condicionará, lo procedimental para incluir derechos con un contenido esencial a respetar⁴⁹.

22. El entretejimiento del consenso reabre la posible susceptibilidad ante lo religioso, cuando pugnan por influir sobre su configuración los diversos magisterios confesionales. La legitimidad de sus funciones queda, sin embargo, dentro de una sociedad democrática, fuera de toda duda. Si es normal que el ciudadano suscriba doctrinas omnicomprensivas, será lógico que puedan libremente dirigirse a él los encargados de ilustrarlas. Esta actitud, lejos de levantar sospechas sobre presuntas indebidas injerencias, sería precisamente síntoma de la voluntad de esas confesiones de lograr apoyos mediante la pública argumentación, renunciando a todo uso opresivo del poder⁵⁰. Sería, como vimos, absurdo pensar que, por el simple hecho de que dichos magisterios presenten propuestas a las que atribuyen sólido fundamento, condujeran inevitablemente al fundamentalismo.

Este último fenómeno sólo se daría si, recurriendo al argumento de autoridad, intentaran proyectar abruptamente determinados contenidos sobre la ética pública sustrayéndose al procedimental debate político. Si ninguna confesión puede pretender monopolizar la ética pública, tampoco tendría sentido relegarlas obligadamente a lo privado, ignorando su positiva dimensión social.

como tal, y hacerlo en términos tales que quepa esperar que otros, en tanto que iguales, puedan aceptar», *LP*, nota 1 de la p. 79 y pp. 81-82.

⁴⁸ El término *overlapping consensus* de J. RAWLS ha dado no poco trabajo a sus traductores españoles, que han huido de recurrir al adjetivo «solapado», por evitar, sin duda, que se lo malinterprete como falta de transparencia, para hablar de *La idea de un consenso por superposición*, J. BETEGON y J. R. PÁRAMO al incluir dicho trabajo en su recopilación sobre *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 63-85, o de «consenso solapante», A. CORTINA, a propósito de Rorty, en *Ética sin moral*, cit. en nota 10, p. 241, antes de acudir al «consenso entrecruzado», como ha hecho A. DOMENECH en su versión de la obra que venimos citando; cfr. la nota que incluye en la p. 30. A este adjetivo nos remitiremos, aunque el de «entretejido» nos hubiera parecido más expresivo. Nos encontramos, pues, ante «la idea de un consenso entrecruzado de doctrinas comprensivas razonables», *LP*, p. 165.

⁴⁹ En efecto, el consenso entrecruzado «va más allá de los principios políticos que instituyen procedimientos democráticos e incluye principios que abarca el conjunto de la estructura básica; de aquí que sus principios establezcan ciertos derechos sustantivos tales como la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento, así como la igualdad equitativa de oportunidades y principios destinados a cubrir ciertas necesidades esenciales», J. RAWLS *LP*, p. 197.

⁵⁰ J. RATZINGER señala que «no es propio de la Iglesia ser Estado o una parte del Estado, sino una comunidad de convicciones»; recordará que «en el ámbito anglosajón la democracia fue pensada y realizada, al menos en parte, sobre la base de tradiciones iusnaturalistas y apoyada en un consenso fundamental cristiano»; la Iglesia, «en uso de su libertad debe participar en la libertad de todos para que las fuerzas morales de la historia continúen siendo fuerzas morales del presente y para que surja con fuerza aquella evidencia de los valores sin la que no es posible la libertad común», *Verdad, valores, poder*, cit. en nota 30, pp. 39, 96 y 40.

Ya vimos cómo Rawls incluye a las «iglesias» –sin discriminarlas respecto a las «universidades» o «muchas otras asociaciones de la sociedad civil»– entre las «razones no públicas», que alimentan «lo que he llamado “transfondo cultural” en contraste con la cultura política pública. Esas razones son sociales, y desde luego no privadas»⁵¹; «la autoridad de la iglesia sobre sus feligreses» no le plantea mayores problemas, ya que «dadas la libertad de culto y la libertad de pensamiento, no puede decirse sino que nos imponemos esas doctrinas a nosotros mismos»⁵².

El laicismo, planteado coherentemente, llevaría a un bloqueo del consenso social, ya que equivaldría a proponer que «en asuntos políticos fundamentales, las razones dadas explícitamente en términos de doctrinas comprensivas no pueden introducirse nunca en la razón pública»; en vez de permitir a los ciudadanos «presentar lo que consideran la base de los valores políticos arraigada en su doctrina comprensiva, mientras lo hagan por vías que robustezcan el ideal de la razón pública»⁵³.

Lo contrario implicaría una actitud inquisitorial difícilmente compatible con determinados valores constitucionales, como los que vetan toda indagación sobre convicciones ideológicas o religiosas⁵⁴. Para Rawls, el que algunos piensen «que los valores no políticos y trascendentes constituyen el verdadero fundamento de los valores políticos» no implicaría que su «apelación a los valores políticos resulte insincera», ya que «el que pensemos que los valores políticos tienen alguna fundamentación ulterior no significa que no aceptemos esos valores, o que no estemos dispuestos a respetar la razón pública, del mismo modo que nuestra aceptación de los axiomas de la geometría no significa que no aceptemos los teoremas geométricos»⁵⁵.

23. El *constitucionalismo* democrático aspira, precisamente, a superar todo falso dilema entre fundamentalismo y dictadura de la mayoría. Suscribe, consciente de su dimensión autodestructiva, el *rechazo del relativismo*, reconociendo que situarse de espaldas a la verdad genera graves amenazas contra la libertad. El procedimentalismo resultará, una vez más, insuficiente⁵⁶.

⁵¹ Cfr. lo ya indicado en nota 8.

⁵² *LP*, pp. 247, 255 y 256-257; también 297.

⁵³ J. RAWLS, que califica al segundo como «punto de vista incluyente», lo considera «más adecuado» que el «punto de vista excluyente», ya que «el mejor modo de robustecer ese ideal en tales casos podría ser explicar en el foro público cómo la propia doctrina comprensiva afirma los valores políticos», *LP*, pp. 282-283 y 284.

⁵⁴ Es el caso de la Constitución Española que, en su artículo 16.2, garantiza que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

⁵⁵ Todo consistiría en saber «distinguir el orden de la deducción del orden del apoyo», *LP*, p. 277 y su nota 31.

⁵⁶ Una Constitución como la nuestra no se corresponde con lo que J. RAWLS llama «consenso constitucional», reconociendo que «no es profundo, ni tampoco es amplio», sino «de corto alcance», en la medida en que «no incluye la estructura básica, sino sólo los procedimientos políticos de un gobierno democrático»; en realidad, «un consenso constitucional puramente político y procedimental se revelará demasiado restringido», *LP*, pp. 191 y 198.

En efecto, para que el ejercicio de la libertad no acabe resultando inviable en la práctica, habrá que proceder a la *sustracción del debate político* de determinados *contenidos éticos fundamentales*. Si nos trasladamos a la polémica anglosajona entre constructivistas y utilitaristas, se trataría de acertar a la hora de fijar —«de una vez por todas»— unos derechos individuales prioritarios, que habríamos de «tomarnos en serio»⁵⁷, dejándolos a salvo de condicionamientos derivados del cálculo oportunista de intereses sociales o de razones de eficacia.

Si no queremos, sin embargo, viciar el planteamiento, parecería lógico que lo único que autorice a proceder a esa sustracción o «retirada de la agenda política» de determinadas cuestiones sea sólo el grado de *razonabilidad* atribuible a sus contenidos éticos, y no la dimensión *polémica* que coyunturalmente puedan llegar a cobrar. De lo contrario, habría que entrar en el difícil diseño de una agenda política capaz de distinguir, a la vez, entre lo fijado de una vez por todas, en aras de una razón pública permanente, y lo que también habría que marginar de ella, pero esta vez por su potencial conflictivo meramente coyuntural.

Rawls no parece tan coherente en este punto, al dar por sentado que su liberalismo político, «para mantener la imparcialidad», «ha de abstenerse de entrar específicamente en tópicos morales que dividen a las doctrinas comprensivas».

Los imperativos de «razonabilidad» parecen ceder ante estrategias meramente «racionales»⁵⁸ cuando se nos aclara que, «al evitar las doctrinas comprensivas, tratamos de eludir las controversias religiosas y filosóficas más profundas con objeto de no perder la esperanza de conseguir una base para un consenso entrecruzado estable», en un intento de «armar las instituciones de la estructura básica de modo tal que reduzca drásticamente la probabilidad de que parezcan conflictos inabordables». Por tales razones «una concepción liberal elimina de la agenda política los asuntos más decisivos, los asuntos capaces de generar conflictos pugnares que podrían socavar las bases de la cooperación social»⁵⁹.

En todo caso, quedará rechazada la dictadura de la mayoría. Esas verdades, públicamente vinculantes, no podrán diseñarse desde una ética

⁵⁷ Arquetípica al respecto la archidifundida obra de R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984. Entre las «exigencias de un consenso constitucional estable» señalará J. RAWLS «la imperiosa exigencia política de fijar de una vez por todas el contenido de determinados derechos y libertades básicos y de conferirles una primacía especial. Al proceder así se retira de la agenda política la necesidad de esas garantías y devienen inaccesibles al cálculo de los intereses sociales», *LP*, p. 193. F. D'AGOSTINO detecta en este rechazo del utilitarismo cómo «el kantismo fundamental de Rawls implica que el hombre tiene una dignidad, y no un precio», *La giustizia tra moderno e postmoderno*, en *Filosofia del Diritto*, cit. en nota 3, p. 122.

⁵⁸ Cfr. *supra* nota 46.

⁵⁹ *LP*, pp. 23, 184, 188 y 189. R. RORTY, que no en vano caracteriza su «ironía» como lo opuesto al sentir común, *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, p. 92, ya había resuelto más drásticamente la cuestión, al atribuir a la epistemología el caprichoso intento de «encontrar la máxima cantidad de terreno que se tiene en común con otros», por lo que, como consecuencia, «insinuar que no existe este terreno común parece que es poner en peligro la racionalidad» o que se está «proponiendo el uso de la fuerza en vez de la persuasión», *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, cit. en nota 41, pp. 288 y 289.

privada apoyándose en el mero hecho de su mayoritaria presencia social. En contra de quienes afirman que, a la hora de la verdad, los contenidos esenciales de la Constitución acabarán significando lo que quiera una mayoría coyuntural, lo «razonable» acaba convirtiéndose en límite sustancial al principio procedimental por antonomasia⁶⁰.

24. Mientras tanto, en el ámbito privado —en el que, «a la hora de la verdad el relativismo no se lo cree nadie»⁶¹— puede estar anidando hasta una triple variedad de *tentaciones fundamentalistas*, que valdría la pena examinar.

25. La primera de ellas hace referencia a la posible compatibilidad entre la omnipotente superioridad reconocida a la divinidad y la necesaria sumisión de las propuestas éticas a debate público.

Tras estos planteamientos, late un indisimulable maridaje entre el fundamentalismo y un *voluntarismo* que no tendría mucho que envidiar al hobbesiano. Verdadero sería aquello que Dios, al revelarlo, haya querido establecer como tal; no habría más motivo para amarlo que para odiarlo, se llegó a apuntar. Si, por el contrario, se desborda la angostura voluntarista, contemplando a un Dios racional, el dilema se relaja haciendo posible la entrada en juego de exigencias éticas naturalmente cognoscibles. Cuando el Dios sabio acompaña al omnipotente, su potencia se convertirá de «absoluta» en «ordenada»⁶².

Lo verdadero no es, sin embargo, tal porque Dios haya querido *revelarlo*, sino que ha sido revelado precisamente por ser cualificadamente *verdadero*. El debate político de unos contenidos cognoscibles, lejos de resultar un agravio cuestionador de su omnipotente voluntad, acabaría convirtiéndose en ocasión de reconocimiento de su sabiduría racional.

26. En un segundo momento, pueden plantearse —ahora desde una perspectiva de coherencia racional— dificultades a la hora de renunciar a ver reconocidos en el ámbito público unos contenidos que se estiman privadamente verdaderos. Esta nueva tentación fundamentalista resultará en buena medida desactivable mediante el reconocimiento de aquel doble campo que ya tuvimos ocasión de distinguir en las éticas omnicomprendivas: las exigencias maximalistas de la moral personal, por una parte, y, por otra, el reconocimiento del ajustamiento de las relaciones sociales como un espacio de más limitada exigencia ética.

El recurso al *derecho natural*, por ejemplo, encierra este elemento, además de ofrecer las posibilidades de conocimiento secularizado que ya señalara Grocio. Ante la creciente multiculturalidad de las sociedades

⁶⁰ «Aunque una concepción política de la justicia encara el hecho del pluralismo razonable, no es política en el sentido equivocado; es decir, su forma y su contenido no se ven afectados por el balance de poder político existente entre las doctrinas comprensivas. Ni fraguan sus principios un compromiso entre los más dominantes», J. RAWLS *LP*, pp. 173-174. La justificación reside en los principios de la justicia, mientras que la regla de las mayorías «ocupa un lugar secundario como mecanismo procesal», ya en su *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 396.

⁶¹ A. CORTINA *Ética civil y religión*, cit. en nota 3, p. 105.

⁶² M. VILLEY ya estudió la contribución del voluntarismo medieval, de Occam a Scoto, a *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968, pp. 147-272.

occidentales, se hace preciso contar hoy con similares contenidos éticos de reconocimiento compartido⁶³. No obstante, Rawls recordará que una sociedad no es una comunidad y ello impone límites al «celo de la verdad total», que «nos tienta hacia una unidad, más amplia y más profunda, que no puede ser justificada por la razón pública»⁶⁴.

Papel parecido juegan otros puntos de referencia como el «contenido esencial» de los derechos humanos o las exigencias de la «buena fe», y conceptos como los de «bien común», «orden público» o «sociedad bien ordenada». Todos pueden contribuir a demarcar el ámbito de la ética pública, admitiendo pacíficamente que en él no toda exigencia ética privada ha de encontrar asiento; con ello se descartan las pretensiones del *integrismo* de que todo los mandatos de la divinidad se vean jurídicamente respaldados.

27. No cabe excluir una tercera fuente de tensiones, cuando determinadas exigencias que, —desde la ética privadamente suscrita— aparecen como indispensables para configurar una convivencia social digna del hombre, no llegan a verse jurídicamente positivadas como exigidas por la ética pública. Esta última tentación fundamentalista no parece dejar otra escapatoria que un refugio práctico en la *doble verdad*, capaz de justificar de antemano el *confinamiento incondicionado de la verdad en el ámbito de lo privado*.

28. Se nos brinda, como vimos, solución teórica cuando se suscribe privadamente una ética omnicomprensiva, que admite —precisamente como *exigencia ética* de sus propios contenidos— que la proyección pública de la verdad ha de someterse a determinados *procedimientos*. Sin reconocer a lo procedimental carácter de fundamento —alternativo a la verdad— se lo asume como cauce obligado para su proyección pública.

Precisamente el reconocimiento de una verdad —la dignidad humana⁶⁵— merecería prioridad tal como para conferir a los procedimientos —que

⁶³ Incluso desde planteamientos como los de A. CORTINA, reacios a un iusnaturalismo confeso, se postula una objetividad ética, ya que «defender el subjetivismo moral es alistarse en las filas del politeísmo axiológico, y no en las de un sano pluralismo». «El pluralismo consiste en compartir unos mínimos morales desde los que es posible construir juntos una sociedad más justa», *La ética de la sociedad civil*, cit. en nota 21, p. 49. A la hora de buscar fundamento a dicha objetividad ética deja en suspenso si cabría caracterizarlo como «iusnaturalismo procedimental», *Ética sin moral*, cit. en nota 10, p. 245.

⁶⁴ Ya con anterioridad se había planteado «¿por qué no es la concepción más razonable aquella que se funda en toda la verdad y no simplemente en una parte de ella, mucho menos en creencias que meramente tienen un basamento común y que ocurre que son públicamente aceptadas en un momento dado, pues es presumible que éstas contengan al menos algún error?», «El constructivismo kantiano en la teoría moral» en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 158. Ahora insistirá: «la concepción de la justicia compartida por una sociedad democrática bien ordenada tiene que ser una concepción limitada a lo que llamaré el “dominio de lo político” y a los valores de éste», *LP*, pp. 68-69 y 73.

⁶⁵ El problema no se resuelve si sólo se «apela a un concepto ya aceptado de dignidad humana; porque todavía es menester contestar a la pregunta: ¿por qué los hombres tienen una especial dignidad?», según señala A. CORTINA, *Ética sin moral*, cit. en nota 10, pp. 244, 249 y 250-251, que no sólo considera que «los derechos humanos son un tipo de exigencias, no de meras aspiraciones, cuya satisfacción debe ser obligada legalmente», sino que no duda que «el estatuto de tales “derechos”, aun antes de su deseable positivación, sería efectivamente el de *derechos*».

habrían de garantizar su respeto— capacidad de condicionar en la práctica la propuesta de cualquier otro de sus contenidos.

Superado el dilema irresoluble a que aboca el *integrismo* —al sentar rígidamente que no cabe reconocer *derechos* al *error*— la afirmación de la *verdadera dignidad personal* lleva a admitir la posible proyección sobre el ámbito de lo público de contenidos privadamente rechazados como erróneos, dando así paso a un decisivo ingrediente de la *tolerancia*⁶⁶.

29. El juego de los mecanismos procedimentales se verá, en todo caso, matizado por el de otros valores no menos vinculados a esa dignidad humana que le sirve de fundamento. El *principio de las mayorías*, arquetípico al respecto, se verá matizado por esa garantía de los derechos fundamentales que servirá de freno a mayorías coyunturales, en frecuente *defensa de las minorías* que son las que suelen verlos vulnerados.

Difícilmente podría apelarse al mismo principio de las mayorías a la hora de dilucidar su propia tensión con los derechos de unas minorías que merecerán protección, no tanto porque pueden algún día convertirse en mayoría, como porque es más que probable que no puedan llegar nunca a conseguirlo.

Cuando tales derechos se reconocen como «inalienables», el intento de distinción derecho-moral propio del positivismo resulta inviable. No se está reconociendo simplemente que el derecho acaba teniendo aleatorios contenidos «morales»; se está dando por sentado que algunos de ellos juegan el papel de exigencias éticas imprescindibles del ordenamiento jurídico, hasta el punto de convertir en nula «de pleno derecho» cualquier positivación que las desconozca.

Para Rawls, no se trata únicamente de que «una libertad básica sólo puede ser limitada o negada por mor de una o más libertades básicas, y nunca por razones de bien público o de valores perfeccionistas», sino que «decir que las libertades básicas son inalienables es lo mismo que decir que cualquier acuerdo entre ciudadanos que implique la renuncia a una libertad básica o la violación de una de ellas, por racional y voluntario que sea el mismo, es un acuerdo vacío ab initio»⁶⁷.

30. El reiteradamente resaltado *carácter meramente instrumental del procedimiento*, y su consiguiente insuficiencia para aportar la respuesta última a la hora de configurar la ética pública, obliga a volver la vista hacia las omnicomprensivas *éticas privadas* y a plantearse el modo de *articular su proyección pública* de un modo transparente y no sesgado, hasta conseguir una sociedad que no por pluralista renuncie a ser razonable.

⁶⁶ Al respecto nuestro trabajo *Tolerancia y verdad*, «Scripta Theologica» 1995 (XXVII/3) pp. 885-920.

⁶⁷ LP, pp. 332 y 403.

Ética pública-ética privada

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Universidad Carlos III

I. El 23 de enero de 1897 se presentó, por once alumnos de la Facultad de Derecho de Salamanca, una denuncia contra el catedrático de Derecho Penal don Pedro Dorado Montero, «... apenados por las doctrinas erróneas y contrarias a la religión católica expuestas en dicha cátedra». Consideran los denunciantes que esas opiniones obedecen «... a un sistema, desarrollando y exponiendo doctrinas perniciosas en sus conferencias...». Se refieren al positivismo y al materialismo y la denuncia se tramita ante el obispo, que condenará las explicaciones del maestro del Derecho Penal, pidiendo a la autoridad secular que inicie un expediente al catedrático, desconociendo la libertad de cátedra. La resolución ministerial supondrá una suspensión del catedrático en sus funciones, aunque felizmente breve en el tiempo.

Unos siglos atrás, el traductor al castellano de la «Institución de la Religión Cristiana» de Calvino, Cipriano de Valera, escribe el prólogo de la edición de 1597, publicada en Holanda, y dirigido «... a todos los fieles de la Nación Española», «... sea que aún giman so el yugo de la Inquisición, o que sean esparcidos y desterrados por tierras ajenas...». Casi tres siglos más tarde, en 1858, otro heterodoxo, el cuáquero Luis de Usoz y Río, vuelve a poner en circulación la vieja traducción de Valera, y tampoco puede hacerlo en España. La reedición se publicará igualmente en Holanda.

Estos ejemplos que se podrían multiplicar en nuestro país desde la modernidad, y especialmente en los siglos XIX y XX, durante el franquismo, expresan una determinada mentalidad y se sitúan en el núcleo de la

reflexión que pretendo desarrollar en este trabajo: la distinción entre la ética pública y la ética privada.

En otra sociedad, como la de los Estados Unidos de América, de indiscutible religiosidad, principalmente vinculada a puritanos, cuáqueros, metodistas y otras sectas menores, además de creyentes de la Iglesia de Inglaterra, y de una minoría de católicos, la tradición es sin embargo diferente; y desde los padres fundadores y desde la primera enmienda y luego la enmienda catorce, se combina la libertad religiosa con la separación entre la Iglesia y el Estado. En un tema también muy vivo y de actualidad en nuestro país, la enseñanza religiosa en las escuelas, hay una postura concluyente que se expresa por primera vez en el caso *Mac Collum v. Board of Education*, en Illinois en 1948. La señora Mac Collum recurrió contra un programa mancomunado de las religiones católica, judía y protestante que impartía enseñanza religiosa a aquellos alumnos cuyos padres así lo solicitaran a la escuela. Las clases se desarrollaban una vez a la semana con una duración de treinta minutos para los alumnos de los cursos inferiores y cuarenta y cinco para los alumnos de los últimos cursos y tenían lugar en aulas de la escuela pública. Los profesores no recibían remuneración alguna por parte del centro, y los estudiantes que no quisieran asistir a las clases de religión se dedicaban a otras actividades voluntarias o a estudiar sus asignaturas. El recurso de la Sra. Mac Collum, con hijos que asistían a una escuela pública, se fundaba en que el programa distribuía fondos públicos para fines contrarios a la Constitución del Estado de Illinois, a la vez que fomentaba la segregación de los alumnos por motivos religiosos. Tanto el Tribunal del Distrito como el Tribunal Supremo de Illinois desestimaron la demanda, pero la estimó el Tribunal Supremo Federal que revocó las sentencias anteriores. La argumentación en la que se basó el fallo se fundamentaba: primero, en que el programa utilizaba propiedades públicas para la instrucción religiosa; segundo, en que se propiciaba una cooperación excesiva entre las autoridades estatales y las religiosas; tercero, que ese programa favorecía una presencia de profesores de religión en centros públicos; y, finalmente, que suponía que los alumnos eran clasificados y distribuidos en función de sus creencias religiosas. Esos razonamientos conducían al Tribunal a pensar que el mantenimiento de ese modelo supondría la desaparición del sistema de educación pública, inspirado en la separación entre la Iglesia y el Estado. La religión no es una asignatura que deba impartirse en las escuelas públicas, debido a su contenido privado, por lo que representaba una violación directa de la «establishment clause». La mayoría del Tribunal se inspiró en la idea de Jefferson del muro de separación entre Iglesia y Estado y la calificó como «the great american principle of eternal separation», en el sentido de que «... el muro de separación implica justo eso; un muro, y no una delgada línea que pueda ser fácilmente traspasada...». Recientemente, en el caso *Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens* (1990) se matiza esta doctrina y se establecen las líneas básicas que permiten la existencia de grupos de reunión religiosa

en las escuelas públicas, siempre que coexistan con grupos seculares que se puedan igualmente reunir, que no sean promovidos por el centro y que se celebren fuera del horario escolar¹.

Con todos los matices, parece evidente que los ejemplos que señalo obedecen a culturas distintas, aunque ambas de inspiración y de origen religioso. Probablemente si incorporásemos las posiciones más laicas y secularizadas de otros países el contraste sería aun mayor. A mi juicio las razones de estas diferencias estriban en posiciones contradictorias respecto a la relación entre ética pública y ética privada, por lo que ese problema suscita desde hace años mi interés.

II. La primera aproximación la hice en 1993 en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas que titulé *Ética Pública y Derecho*², y posteriormente lo amplié en un pequeño libro «Ética, poder y Derecho», publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en 1995³. Después, con algunas conferencias y con algún artículo en la prensa diaria, ha continuado mi reflexión que hoy perfilo, con un paso más, en este trabajo.

El tema se incluye en el ámbito de la reflexión de la Teoría de la Justicia, y parte de la superación del debate tradicional y clásico en la filosofía del Derecho, positivismo frente a iusnaturalismo. A mi juicio, el núcleo esencial que hoy permanece y que acerca a posiciones iusnaturalistas templadas y a las positivistas del mismo signo, es una doble afirmación que se enfrenta con las posturas radicales de ambos bandos:

Por una parte, no parece posible mantener la definición de lo jurídico sólo desde el propio Derecho, con los criterios formales del órgano competente y del procedimiento establecido para identificar la pertenencia al ordenamiento, sino que se incorporan a la definición del Derecho las dimensiones de moralidad, que denomino ética pública, y que se podría identificar con el concepto clásico de justicia.

Por otra parte, esa moralidad no es directamente jurídica por sus contenidos, sino que debe seguir el *iter* normal de producción normativa, establecido en la norma de identificación de normas.

Es decir, que esa moralidad sólo es Derecho si incorpora su espíritu al cuerpo de una norma creada con los criterios que establecen el órgano y el procedimiento que dan vida a cada tipo de normas (Constitución, Ley, Jurisprudencia, etc.).

En esta posición integradora se intenta hacer compatible la exigencia formal del positivismo: incorporación al Derecho por las vías regladas,

¹ Estas referencias sobre el Derecho norteamericano las debo al profesor ÓSCAR CELADOR, de Derecho Eclesiástico, que está trabajando en su tesis doctoral, a punto de terminarse cuando escribo estas líneas en marzo de 1997, sobre la libertad ideológica en los Estados Unidos.

² Vid. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas *Ética Pública y Derecho*, (sesión de 19 de abril de 1993), Madrid, 1993, pp. 28-31.

³ *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 75-80.

respondiendo a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, con la aceptación de que el Derecho tiene unos objetivos a alcanzar y que suponen los contenidos de moralidad o de justicia. Se positivizan por esa vía, pero son previos, como expresión de las aportaciones de la razón humana en la historia que constituyen la cultura política y jurídica que responde a la pregunta ¿qué se manda? Si se analizan los últimos doscientos años, desde la aparición del Estado liberal, con las revoluciones americana y francesa, se constataría que la realidad constitucional y, en general, de los ordenamientos jurídicos, refleja esa orientación, con el proceso de positivación de los derechos fundamentales. Por otra parte, esa tendencia ya aparecía en el iusnaturalismo racionalista, donde las justificaciones pactistas explicaban el paso del Estado de Naturaleza al Estado de sociedad, por la voluntad de convertir en eficaces a los derechos naturales, amparados y garantizados por el poder que surgía del pacto y por un Derecho positivo. Creo, finalmente, que la importancia del debate hoy sobre principios y normas, o sobre normas-regla y normas-principio, se inserta en este punto de vista, al menos en aquellos sectores de la doctrina que no aceptan una concepción iusnaturalista de los principios contrapuesta a una visión positivista de las normas. En nuestro país, es especialmente significativo, en ese sentido, el esfuerzo de nuestro anfitrión el profesor Luis Prieto ⁴.

En ese contexto aparece la distinción entre ética pública y ética privada que propongo y que pretende esclarecer qué contenidos de moralidad deben incorporarse al Derecho, y si ese concepto se debe o no distinguir de la moralidad individual que conduce a la persona que lo asume hacia metas de salvación, de virtud, de bien o de felicidad. Mi punto de partida es que uno de los rasgos más estables que identifican a la modernidad es, precisamente, esta distinción. En efecto, el fin a alcanzar, o el objetivo de la ética pública, moralidad del Derecho o justicia, como tradicionalmente se le denomina, es orientar la organización de la sociedad para que cada persona pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de su dignidad: capacidad de elegir, capacidad de razonar y de construir conceptos generales, capacidad de dialogar y de comunicarse, y capacidad para decidir libremente sobre su camino para buscar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad. Este último aspecto es el que directamente se refiere a la ética privada.

Esta distinción sólo se puede entender en el mundo moderno a partir de una aproximación histórica, y es consecuencia de los procesos de liberación intelectual y de liberación política que contribuyen a racionalizar las sociedades modernas. Desde el punto de vista subjetivo, y como una dimensión de la ética pública que sirve para potenciar la ética privada de cada persona, la libertad de conciencia, religiosa o ideológica será la cristalización de ese proceso. Desde el punto de vista objetivo, como dimen-

⁴ Vid. LUIS PRIETO, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Asimismo «Diez argumentos a propósito de los principios», *Jueces para la Democracia*, núm. 26, julio de 1996, y *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara (México), 1997.

sión de la ética pública, que favorece igualmente la distinción, están los valores de tolerancia, pluralismo y neutralidad del Estado que constituyen principios de organización de las sociedades democráticas reflejadas en sus Constituciones.

En esa visión histórica que no podemos hacer aquí con la necesaria extensión, el punto de partida será la ruptura de la unidad religiosa, que liquidará el monopolio del modelo moral de la Iglesia católica, con la aparición de una pluralidad de modelos, de las grandes Iglesias protestantes, y de las sectas o congregaciones del protestantismo nuevo. Incluso la interpretación individual de la Biblia producirá un subjetivismo espiritualista, que ayudará, por cierto, a impulsar el individualismo de la época.

Ante las guerras de religión, consecuencia de la ruptura, y para superar una situación indeseada por razones humanas, religiosas e incluso económicas, empezarán a aparecer en Francia en el siglo XVI las primeras formulaciones de la tolerancia, cuya expresión más relevante será el Edicto de Nantes en 1598. El siglo XVII contemplará la extensión de la idea en las colonias inglesas de Norteamérica principalmente.

En la Carta sobre la Tolerancia de 1689, Locke fijará su posición definitiva sobre el tema, con puntos de vista que señalan ya, claramente, la distinción entre ética pública y ética privada. Veamos algunas de esas afirmaciones:

1. «... Es necesario distinguir el menester civil y el religioso, estableciendo la frontera entre la Iglesia y el Estado. Sin esto no se pondrá fin a las controversias entre quienes tienen o simulan tener interés por la salvación de las almas...»⁵.

2. «... Considero que el Estado es una sociedad constituida para conservar y organizar intereses civiles como la vida, la libertad, la salud, la protección personal, así como la posesión de cosas exteriores, como tierra, dinero, enseres, etc. Así la jurisdicción del gobernante, alcanza sólo estos derechos civiles y todo el interés civil se reduce al cuidado de estas cosas; no puede ser extendido bajo ningún pretexto a la salvación de las almas...»⁶.

3. «... En el país donde no hay más que una única religión verdadera y un único camino que lleva al cielo, ¿que esperanza existe de llevar a la gloria a un mayor número de hombres, si se condiciona al mortal para que posponga la guía de su conciencia y abraza la forma de venerar de su señor conforme a lo establecido en las leyes del país?»⁷. Aquí hay una crítica clara a la solución de la Paz de Ausburgo *cuius regio eius religio* y también a todos los Estados confesionales que sólo consentían una única religión, incluida la Inglaterra de su tiempo.

4. «... Pensemos ahora lo que es la Iglesia. Entiendo que es una asociación libre de hombres que de común acuerdo se reúnen pública-

⁵ Vid. el texto en Grijalbo, Colección 70, México, 1970, p. 20.

⁶ Obra citada, pp. 20 y 21.

⁷ Obra citada, p. 22.

mente para venerar a Dios de una manera determinada que ellos juzgan grata a la divinidad y provechosa para la salvación de las almas... Nadie está ligado por la naturaleza a Iglesia o secta alguna, sino que cada hombre se une a ellas voluntariamente porque cree haber encontrado la verdad religiosa, el culto más sincero a Dios...»⁸. La práctica de las Iglesias que pretenden asegurar las incorporaciones con el sacramento del bautismo conferido en los primeros días del recién nacido, se opone frontalmente a esta opinión de Locke, y la consecuencia es simplemente posponer a una edad posterior la toma de decisión sobre el mantenimiento o el alejamiento de una institución donde se ha entrado sin ser consciente de ello.

5. «... Ningún hombre puede atentar o disminuir los derechos civiles de otro por el hecho de que éste se declare ajeno a la religión o rito de aquél. Los derechos que le pertenecen como ciudadano deben rodearle permanentemente ya que no son asuntos de religión...»⁹. Es una hermosa forma de regalar la libertad de conciencia, pero también una afirmación sobre la incompetencia de la Iglesia para decidir, o expresar un dictamen *vinculante* sobre temas civiles.

6. «... Las Iglesias no tienen autoridad alguna sobre cuestiones mundanales. Ni el fuego ni el hierro son instrumentos idóneos para convencer a las conciencias... Cualquiera que sea el origen de esa autoridad, siempre debe estar confirmada dentro de los límites de la Iglesia y no debe ser extendida a los asuntos mundanos, puesto que la Iglesia es algo muy diferente del Estado y de los asuntos mundanos...»¹⁰.

Este planteamiento y el que paralelamente, y con influencias comunicadas, se desarrollará en el siglo XVIII francés, marcará la evolución del constitucionalismo, con resultados análogos en Europa y en los Estados Unidos de América, pese a que la cultura política americana esté impregnada de religiosidad. Las posturas de la Iglesia católica, muy reacia a aceptar la distinción entre ética pública y ética privada hasta este mismo siglo, y aún hoy con un renacimiento de las viejas actitudes, contrastan con la aceptación en los países influidos por el protestantismo. La hipótesis que, a mi juicio, explicaría la diferencia está en el pluralismo protestante, que neutraliza las pretensiones de trasladar su verdad al ámbito público, frente al monolitismo jerárquico de la Iglesia católica, que favorecía esa extensión.

III. La ética pública conforma el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social, el conjunto de valores, principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática debe realizar, como hemos dicho. Su finalidad es que todos y cada uno de los ciudadanos, en la más amplia medida posible, estén en condiciones de desarrollar plenamente los rasgos de su dignidad y muy especialmente el de escoger libremente

⁸ Obra citada, p. 23.

⁹ Obra citada, p. 26.

¹⁰ Obra citada, pp. 28 y 29.

su moralidad privada. Ciertamente que todas las concepciones políticas y jurídicas tienen su ideario, con sus fines y objetivos a alcanzar, pero solamente las concepciones democráticas de origen liberal suponen el desarrollo de los elementos subjetivos –libertad religiosa– y objetivos –tolerancia, pluralismo y neutralidad del Estado– que presuponen la distinción entre ética pública y ética privada.

La ética pública no establece comportamientos ni exige conductas dirigidas a la salvación, al bien, a la virtud o a la felicidad. A través del favorecimiento y de la promoción de nuestra condición de seres autónomos y libres hará que sea posible el ejercicio de nuestra ética privada.

Mi idea de la ética pública comprende lo que Rawls entiende como contenidos de una concepción política liberal, es decir, los principios de justicia y la razón pública, entendida como «orientaciones de indagación: principios de razonamiento y reglas de evidencia, a la luz de los cuales los ciudadanos han de decidir si los principios sustantivos se aplican propiamente, así como identificar las leyes y las políticas que mejor satisfacen esos principios sustantivos...»¹¹. Me parece difícil separar la dimensión estática –los principios de justicia– y la dimensión dinámica, los criterios de la razón pública que aplican e interpretan esos principios de justicia. Por otra parte, mi reflexión parte de un análisis racional en el marco de la evolución histórica, y no es un análisis abstracto, que además tiene en mente esa integración entre moralidad y Derecho positivo, que distingue pero integra en la realidad a los fines de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Separar los valores de la justicia política y los valores de la razón pública es posible a efectos doctrinales pero sabiendo que en la realidad, creación e interpretación, legislador, constituyente y ordinario, y juez, compositor e interprete, son difícilmente distinguibles¹². Pero en todo caso lo que importa es que Rawls coincidirá en que ninguna concepción del bien puede ser el núcleo de la justicia básica ni de la razón pública. «... No podemos apelar –dirá– a doctrinas religiosas y filosóficas comprensivas a lo que como individuos o miembros de asociaciones, creemos que es la verdad global...»¹³.

Los destinatarios y a la vez impulsores de la evolución de la ética pública son las autoridades, los poderes políticos, los operadores jurídicos, legisladores, jueces y funcionarios, y también cada persona como ciudadano. Aquí se ve también la dificultad de separar las dimensiones básicas de justicia y la razón pública, porque la actuación de la razón pública produce como resultado una nueva dimensión básica de justicia, que de nuevo exigirá, en un momento, otra interpretación desde la razón

¹¹ Vid. *El liberalismo político*, edición castellana de ANTONI DOMENECH, Crítica, Grijalbo, Mondadori, Barcelona, 1996. Edición original *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, p. 259.

¹² RAWLS lo acepta cuando afirma que «... las orientaciones de indagación de la razón pública, así como su principio de legitimación, tienen la misma base que los principios sustantivos de justicia...» (p. 260).

¹³ Obra citada, p. 260.

pública, con nuevas dimensiones básicas de justicia que se incorporan a los contenidos de la concepción política. Justicia básica y razón pública deben analizarse conjuntamente en una perspectiva dinámica.

Pero volviendo al tema central, Rawls dirá que «... la política en una sociedad democrática nunca puede guiarse por lo que consideramos la verdad global...», lo cual no supone que las personas que creen en una verdad global, o que participen de lo que Rawls llama una verdad comprensiva, no intervengan en la formación del depósito histórico de la ética pública. Otra vez la historia nos enseña que muchos creyentes han contribuido decisivamente a la formación de los ideales democráticos, aunque en muchas ocasiones lo han hecho desde posiciones heterodoxas, y no pocas condenadas por sus respectivas Iglesias. En todo caso, esta afirmación que excluye que las concepciones del bien sean el núcleo de la ética pública no supone tampoco que las instituciones no puedan opinar en materias de ética pública, que no puedan hacer propuestas o críticas. Lo que está excluido es que pretendan intervenir desde la autoridad o *ex cátedra*, como depositarias de una verdad o de un orden natural del que son intérpretes y administradores únicos.

Naturalmente que tanto las aportaciones significativas de las personas como de las instituciones que participan en doctrinas comprensivas, lo son en tanto en cuanto contribuyan desde ellas a fortalecer la ética pública, y no cuando pretendan incorporarlas a la misma como obligatorias dimensiones de ética privada.

La ética privada es un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación, con el objetivo de alcanzar el bien, la virtud o la felicidad. Sus destinatarios son las personas individuales y es necesario su aceptación (autonomía) para que tenga la consideración de moralidad privada. No se puede imponer y no puede ser una oferta extravagante o marginal, sino un proyecto que pueda ser propuesto a todos con carácter general (universalidad). Así, la expresión «la verdad os hará libres» debe interpretarse en el ámbito de la ética privada, identificando a esa doctrina con un camino de salvación, pero no como la reflexión sobre un orden moral al que está subordinado el legislador, en la justicia y en la razón pública, sobre todo si alguna institución, en nuestro caso la Iglesia católica, se considera interprete único. Si tuviéramos que identificar un criterio o un principio identificador de la ética pública frente al de «la verdad os hará libres» de la ética privada, me inclinaría por formularlo, en relación con el anterior, del siguiente tenor: «la libertad os hará más verdaderos». En definitiva, la ética pública, positivizada desde el Derecho y que pretende incorporarse al mismo, se propone crear modelos humanos libres para que puedan realizarse plenamente, para que puedan ser verdaderos.

Si vemos el tema ética pública-ética privada desde las personas, éstas están sometidas a ambas regularidades, como ciudadanos y como seres que buscan su desarrollo integral, y cuando actúan es difícil distinguir las razones de su acción. Sin embargo, sí que se puede distinguir entre uno y

otro ámbito por las razones de su sometimiento o aceptación. En el ámbito de la ética pública positivizada rige la doble dialéctica de la fuerza y del consenso, mientras que en la ética privada sólo cabe la aceptación por consenso. La ética privada es la moralidad en sentido propio, que exige, como hemos visto, la aceptación del destinatario, mientras que la ética pública es moralidad incorporada al Derecho, con lo que el doble cauce para la vinculación se explica en clave jurídica cuando el sometimiento es por el temor o por la posibilidad de la sanción y la aceptación es por la coincidencia con los valores políticos y jurídicos que contiene. La vieja distinción escolástica entre leyes que obligan en conciencia y leyes meramente penales reaparece desde otra perspectiva y con otra finalidad.

IV. Lo que denomino patologías de la ética pública y de la ética privada son confusiones e identificaciones, que olvidan o descartan la separación, que configuran sociedades diferentes de la democrática, y que se separan del modelo mayoritario de la modernidad.

Pueden ser de dos tipos, según la confusión suponga una imposición de la ética pública sobre la privada o de la privada sobre la pública. El primer supuesto es propio de concepciones totalitarias que pretenden que su ideario público sea también el ideario privado de sus ciudadanos, o dicho de otra manera, que la concepción política que defienden abarca también las dimensiones privadas del individuo.

No podemos estudiar a fondo esta desviación totalitaria en la historia de la cultura moderna, pero sí podemos señalar que es propia de concepciones cerradas, abarcadoras y autosuficientes que disuelven al individuo en la sociedad y le niegan el ámbito de autonomía que supone la ética privada. En el marxismo-leninismo y en el fascismo encontramos las raíces de esta patología. El modelo que representa Giovanni Gentile es muy iluminador al respecto. Frente a Bertrand Russell o a Romain Rolland que abominaba de la guerra de 1914, «cette mêlée sacrilège, qui offre le spectacle d'une Europe démente montant sur le hûcher et se dechinant de ses mains, comme Hercule»¹⁴, Gentile hacía un elogio y construía una filosofía de la guerra, «dramma divino... cimento de tutte le forze che si sono organizzate nella faccia della terra...»¹⁵. Con una posición liberal dudosa, «concebía al Estado como la voluntad individual en su profunda racionalidad y legalidad»¹⁶. En una polémica con Missiroli, en otra obra «Dopo la vittoria. Nuovi frammenti politici»¹⁷, hará una afirmación modélica de la patología totalitaria, desde la idea del Estado ético, el Estado fuente de moralidad.

«Ni el Estado exterior al individuo, ni el individuo concebible como abstracta particularidad, fuera de la inmanente comunidad ética del Estado, en el cual éste (el individuo) realiza su efectiva libertad...» La ética privada se disuelve aquí en la pública.

¹⁴ ROMAIN ROLLAND, *Au dessus de la mêlée*; Paul Ollendorf, París, 1916, p. 24.

¹⁵ GIOVANNI GENTILE, *Guerra a fede*, Ricciardi, Nápoles, 1919.

¹⁶ Para una visión más amplia, *vid.* el tema en BOBBIO, *Profilo ideológico del novecento italiano*, Eicendí, Turín, 1986.

¹⁷ *Quaderni della «Voce»*, Roma, 1920, p. 172.

El segundo supuesto aparece cuando la ética privada, es decir, una concepción del bien o una filosofía comprensiva como diría Rawls, pretende convertirse en definidora de la ética pública. Estamos en el supuesto del Estado confesional, de los fundamentalismos religiosos, que en España se han vivido hasta la Constitución de 1978 con pequeños intervalos, como el de la Segunda República.

En otros ámbitos culturales, se puede señalar el fundamentalismo islámico, y en el que nos afecta ha sido la posición de la Iglesia católica, renuente ante la modernidad y que rechazaba, desde la «Mirari vos» de 1832 hasta la «Libertas» de 1888, «a los que agitados por torpe deseo de desenfrenada libertad no se proponen otra cosa sino quebrar y aun aniquilar todos los derechos de los príncipes». Rechazaban los errores modernos, como la ruptura de la autoridad divina de la Iglesia, el liberalismo, el socialismo, la filosofía de la Ilustración, la libertad de cultos, el contrato social, la soberanía popular, el sufragio universal, el principio de las mayorías, los derechos humanos —excepto el de la propiedad—, la libertad de imprenta, etc. Era una posición antimoderna contraria a todos los logros del Estado parlamentario representativo que pretendía imponer un «orden natural» que en realidad era un modelo histórico superado, el de las monarquías absolutas. No podemos realizar un análisis pormenorizado de la evolución histórica, pero la Iglesia, con Pío XI y Pío XII, y sobre todo con Juan XXIII y la *Pacem in Terris* y con Pablo VI y la Constitución *Gaudium et Spes*, sobre el mundo actual, del Concilio Vaticano II, asumió los valores políticos democráticos y los derechos fundamentales.

En la actualidad *Veritatis Splendor* y *Evangelium vitae*, de Juan Pablo II, ponen de nuevo el acento en la idea de verdad y de orden natural interpretados por la autoridad de la Iglesia, lo que complica la compatibilidad con los conceptos de pluralismo y de neutralidad del Estado y dificulta el equilibrio intelectual, y la distinción entre ética pública y ética privada. Los dos últimos documentos de la Conferencia Episcopal Española «... La Verdad os hará libres» y «Moral y Sociedad democrática»¹⁸ están en esa misma dificultad, puesto que pretenden hacer compatible la democracia con la verdad del hombre y con el saber moral interpretado por la Iglesia. Así, dirán en el segundo documento que su reflexión «... quiere centrarse en algunos valores objetivos ligados a la misma condición del hombre y accesibles a la razón humana, valores que sin ignorar las diversas creencias e ideologías, deberían regir nuestra convivencia más allá de las opiniones coyunturales de la mayoría o de los diversos grupos gobernantes». Y añadirán más adelante que «la libertad florece realmente cuando hunde sus raíces en la verdad del hombre», verdad que la Iglesia anunció y que consiste en que «todos estamos llamados a vivir según lo que somos: hijos de Dios y hermanos de nuestro prójimo». Se completa el perfil de sus planteamientos cuando afirman: «... También la libertad de Dios esta arraigada en la verdad de su propio ser y así, a su imagen, es como

¹⁸ El primero de 1991 y el segundo de 1996.

llegamos nosotros a ser verdaderamente libres...». Hay pues una «verdad sobre el bien y el mal» que debe sobreponerse a los que afirman que la «voluntad popular es la fuente primaria y única del Derecho» y al «positivismo jurídico más descarnado». La crítica que se hace en la segunda parte, «Orden Moral y Ley Civil», es a mi juicio expresión de una tesis, hoy no mayoritaria en el pensamiento político y jurídico, opinable y criticable que se hace pasar por la «verdad». Hay incluso planteamientos muy elementales, y críticas a la tradición democrática de la modernidad, junto con interpretaciones sesgadas y maniqueas de ese pensamiento.

Se afirma incluso, quizás respondiendo a los planteamientos que les estoy proponiendo, que se debe «rechazar la acusación de que la Iglesia, cuando propone su doctrina sobre la verdad del hombre y la moral, sea un peligro para la democracia y una aliada e incluso promotora del fundamentalismo. Estas acusaciones, sigue diciendo el documento, son particularmente inadmisibles e irresponsables cuando provienen de personas de las que por razón de sus cargos públicos o de su relieve en los medios de comunicación se debería poder esperar juicios más cercanos a la realidad y menos perturbadores del buen entendimiento y de la paz social...».

Creo que el documento no tiene desperdicio y debería ser estudiado a fondo por los filósofos del Derecho. Creo que aparte de su debilidad intelectual, de ser manifestación de la inocencia histórica de la Iglesia, y de su posición de superioridad al juzgar los acontecimientos sociales, representa un buen ejemplo de la dificultad de hacer compatible, desde ciertas posiciones de la Iglesia institución, no de todas, la aceptación de la democracia, y la defensa de una verdad y de un orden moral que se extiende al ámbito público y que no es compatible con otras posiciones diferentes, respecto de las cuales no cabe conciliación alguna.

En los últimos meses, y desde posiciones intelectuales diferentes a las de Rawls ya señaladas, Habermas se opone a que el Derecho positivo «recabe su legitimidad de un superior orden moral», aunque reconoce una posibilidad de fundamentación moral del Derecho, que se asemeja a la que estamos defendiendo. El Derecho, dice, «... se alimenta de la eticidad democrática de los ciudadanos y de la receptividad de una cultura política liberal...»¹⁹. Frente a la tesis de los obispos españoles, diría en un trabajo sobre el bicentenario de «La Paz Perpetua» de Kant, que «la acción política y su Derecho no pueden ser evaluados desde la categoría del bien y del mal»²⁰. De todas formas me parece importante concluir estas reflexiones con el análisis pormenorizado de la idea de ética pública para que se entienda bien lo que se pretende sostener.

V. La ética pública interesa al poder político y al Derecho, y los sistemas en que se establece, se construyen, históricamente, desde la autoridad o desde la razón. Los sistemas derivados de la autoridad, y que nor-

¹⁹ Vid. *Faktizität und Geltung...* Suhrkamp, Frankfurt del Main, 1992. Edición italiana de Leonardo Ceppa, *Fatti e Norme*, Guerini, Milán, junio de 1996, pp. 541 y 545.

²⁰ Vid. edición francesa *La paix perpétuelle*, Les éditions du Cerf, París, 1996, p. 120.

malmente han producido las patologías que acabo de señalar, tiene un autor único que es Dios o un padre intelectual reconocido, como Marx, y suelen actuar por medio de una institución competente para interpretar auténticamente la voluntad o la razón de Dios, o del padre intelectual. Ése es el papel que desempeñaron durante tiempo las Iglesias en los sistemas de Derecho Natural. Este punto de vista exige disciplina y jerarquía, es decir, unidad de interpretación y un signo de una sociedad cerrada, tal como las entienden Bergson y más tarde Popper.

Los sistemas de ética pública derivados de la razón suponen una participación de múltiples protagonistas, que a lo largo de la historia, y en nuestro caso de la modernidad, aportan sus semillas intelectuales, que son leídas desde otras perspectivas sociales, económicas y culturales, en otros momentos históricos y nuevos protagonistas se unirán con sus aportaciones, depurándose, matizándose, rectificándose o consolidándose puntos de vista, que van conformando el depósito de la moralidad que asume el poder político y el Derecho. Es un proceso dinámico y siempre *in faciendo* propio de las sociedades abiertas y donde no existe una única respuesta correcta. Tiene dos dimensiones: una más estable y consolidada donde se integran las reglas del juego generalmente aceptadas, lo que llamaría Rawls los criterios básicos de justicia, y otra más dinámica, más plural, expresión de las diversas posiciones que caben dentro de las reglas de juego, y que representa a las diferentes posiciones ideológicas y éticas ante los problemas. En este segundo nivel las diferentes posiciones tienen que ser compatibles en el sentido de poder coexistir con los demás sistemas que se ofrecen a los ciudadanos. Es posible que algunas de las posiciones ideológicas situadas en el segundo nivel pretendan que alguno de sus postulados se integre en el primer nivel, el de las reglas de juego o criterios básicos de justicia. Lo razonable, y que debería formar parte de los criterios señalados por las reglas del juego, es que esa pretensión de ampliación o de modificación de las reglas del juego, cuente con un consenso y una aceptación generalizada, o con una mayoría especial muy cualificada. Así, las reglas de juego del primer nivel, la Constitución y el bloque de constitucionalidad, estarían preservadas de los cambios coyunturales de mayorías.

Los contenidos de la ética pública que paso a analizar a continuación, situados en el primer nivel, son siempre procedimentales, entendiéndose por eso que no establecen conductas para la salvación, ni regulan contenidos de bien, de virtud o de felicidad, campo que corresponde a la ética privada.

Los sistemas de justicia básica, interpretadas y modificadas desde la razón pública, son los propios de las sociedades democráticas y actúan a través del Derecho, con la mediación del poder, y referidos al poder.

Esquemáticamente podemos señalar las siguientes dimensiones:

1. Dimensión de limitación del poder:
 - Sometimiento del poder al Derecho (Estado de Derecho, Estado Constitucional). Para mí no hay ruptura, entre los dos modelos. El Estado Constitucional es un Estado de Derecho que perfecciona un escalón superior.

- Derechos humanos individuales, civiles y políticos, que tienen como objetivo crear ámbitos de autonomía individual y favorecer la participación social y política de los individuos.

2. Dimensiones de organización del poder:

- Separación funcional de poderes.
- Separación territorial de poderes (autonomías, federalismo).
- Sistema parlamentario representativo.
- Independencia del poder judicial.
- Neutralidad de la Administración.
- Garantía de la Constitución (Tribunal Constitucional).

3. Dimensiones de promoción a través del poder:

- Derechos económicos sociales y culturales. Satisfacción de las necesidades básicas (educación, seguridad social, protección de la salud, etc.).

Los elementos identificadores con los restantes derechos son el objetivo de servir y favorecer el desarrollo de las personas y la homogeneidad social. Los elementos diferenciales son sus técnicas de aplicación: universalidad como objetivo o como punto de llegada, frente a la universalidad *ab initio*, o desde el punto de partida de los derechos clásicos, y la igualdad como diferenciación, frente a la igualdad como equiparación de los primeros. Desde mi punto de vista, esta dimensión debe situarse en el primer nivel de las reglas de juego, de la justicia básica, pero ésta no es una opinión compartida por todos los grupos que abarcan el pluralismo de las ideologías situadas en la ética pública del segundo nivel.

4. Dimensiones de funcionamiento del poder.

A mi juicio en este ámbito es relevante el análisis de los principios de las mayorías y de la negociación, que he realizado con más amplitud en un trabajo sobre el protagonismo del Parlamento, que aparecerá en un libro homenaje al profesor Fraga Iribarne, actualmente en imprenta. Ambos principios deben actuar conjuntamente aunque el principio de las mayorías es un principio final que fija las decisiones, mientras el de la negociación es un principio medial que contribuye a una buena configuración de las mayorías. Estos dos principios actúan en todos los ámbitos de la acción política y de la protección jurídica, y tienen especial relevancia en la acción parlamentaria, que es el núcleo central de identificación y de impulso del funcionamiento de una sociedad democrática.

En el principio de las mayorías se pueden producir desviaciones que se pueden convertir en auténticas patologías y respecto de las cuales existen numerosas experiencias históricas. Son las que denomino patologías de la autoridad y que pueden producirse desde el principio de las mayorías o frente al principio de las mayorías. Desde el principio de las mayorías la patología de la autoridad supone que se concede a la mayoría un valor excesivo que desborda los límites y que afirma que la mayoría no sólo fija la validez de un acuerdo o de una norma sino también su justicia. Frente al principio de las mayorías, la patología de la autoridad supone que una concepción del bien o una filosofía comprensiva se oponen a la discusión desde el principio de las mayorías de

un tema que se opone a verdades que desde esas concepciones o filosofías se consideran indiscutibles y sobre las que no se puede transigir. Es un signo del conflicto derivado de una defectuosa comprensión de la distinción entre ética pública y ética privada y pretende negar la competencia de las instituciones públicas, y especialmente del parlamento, para discutir ciertos temas. Hoy, visto con perfil español, el divorcio o el aborto estarán en ese coto vedado que, desde la patología de la autoridad, niega la legitimidad de los poderes públicos para tratarlos. Pero como este tema es histórico, no hay que olvidar que en el siglo XIX, los temas vedados eran la libertad de conciencia, o el sindicalismo, el socialismo o el liberalismo, es decir, se incluía en el coto vedado a toda la modernidad. Es prudente recordarlo de vez en cuando para no fomentar el sentimiento de inocencia histórica de la Iglesia institución.

La desviación del principio de la negociación es lo que llamo la patología de la autonomía, que supone llevar hasta el último extremo la negociación, desconociendo el principio de las mayorías, con una reducción extrema del espacio de la ley. Sin tener en cuenta el contexto histórico, ni la realidad de la cultura política y jurídica, una sociedad cerrada niega las normas que surgen del principio de las mayorías y pretende construir las relaciones con su entorno exclusivamente desde una negociación. Favorece el autismo y el aislacionismo de quien lo practica, y se convierte en el único procedimiento para la toma de decisiones. El respeto a las diferencias conduciría a la autonomía total de unos poderes en una sociedad cerrada, expresión de minorías que impondrán su criterio justificado en esas diferencias. Es la socialización de una conciencia colectiva, carente de referentes externos y de vínculos con su entorno político y jurídico, basada en el agravio ficticio de una dominación impuesta y no aceptada. La comunicación con el exterior sería a través exclusivamente del principio de la negociación, exagerado y excluyente de las mayorías que convertiría a la sociedad política en «... un mercado de transacciones vagamente reguladas entre unas comunidades encerradas en la obsesión de su identidad y de su homogeneidad».

Tanto la patología de la autoridad como la de la negociación son incompatibles con el funcionamiento de una sociedad democrática y no pueden formar parte de su ética pública incorporada al Derecho.

En relación con el ordenamiento jurídico, los contenidos de la ética pública se organizan por medio de valores, principios y derechos fundamentales, establecen criterios para la acción de los operadores jurídicos y son guía para la producción y la interpretación del Derecho, al establecer los fines y objetivos principales del sistema jurídico. Se suelen situar en los niveles superiores de la jerarquía normativa, Constitución, ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como decía al principio, con estas reflexiones se puede abrir una vía para plantear los problemas de la teoría del Derecho y de la teoría de la justicia, desde unos parámetros diferentes a los clásicos de la dicotomía positivismo-iusnaturalismo y se puede comprender el dinamismo de la modernidad, con proyección de futuro.

Estado constitucional y derechos de la tercera generación

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Universidad de Sevilla

1. PLANTEAMIENTO

La expresión «Estado constitucional» designa a una categoría teórica vieja que, en los últimos años, ha asumido un significado nuevo. Dar cuenta de ese sesgo innovador constituye el propósito guía de estas reflexiones. Para cumplirlo abordaré, por aproximación sucesiva, las cuestiones siguientes:

1. El contexto doctrinal en el que se propone la fórmula «Estado constitucional» para dar cuenta de los nuevos rumbos del constitucionalismo.
2. La consideración de los cambios producidos en los ordenamientos jurídicos de los sistemas democráticos que pretenden expresarse a través del nuevo significado atribuido a esa categoría.
3. El análisis crítico de las tesis que concibe el «Estado constitucional» como un paradigma alternativo respecto a la noción del Estado de Derecho.
4. Una propuesta de concepción del Estado constitucional a partir de su relación con la teoría generacional de los derechos humanos.

2. LA DIFUSIÓN PRESENTE DE LA FÓRMULA «ESTADO CONSTITUCIONAL»

Se cumplen ahora unos veinte años desde que, al promediar la década de los setenta, algunos constitucionalistas germanos iniciaron un proceso

de decantación terminológica desde la tradicional expresión *Rechtsstaat* a la de *Verfassungsstaat*. Los nombres de Peter Häberle (1980; 1981; 1996a), Martin Kriele (1980), Klaus Stern (1980; 1984)... pueden considerarse representativos de esa tendencia. Conviene advertir, de inmediato, que estos autores no inventan la denominación *Verfassungsstaat*, la cual era ya utilizada en las teorías constitucionales clásicas como las debidas a Carl Schmitt (1928, se cita por 1982) y Karl Loewenstein (1957, se cita por 1986), e incluso como se desprende de los estudios históricos realizados por Ernst-Wolfgang Böckenförde (1995) esa denominación había sido utilizada con cierta asiduidad por los iuspublicistas germanos del siglo XIX.

En determinados sectores de la doctrina jurídica italiana se advierte también una deliberada propensión a reemplazar la noción de *Stato di diritto* por la de *Stato costituzionale* para dar cuenta de un nuevo estado de cosas en los sistemas normativos democráticos. Las tesis de Antonio Baldassarre (1991), Stéfano Rodatà (1993) y, especialmente, Gustavo Zagrebelsky (1995) pueden considerarse ilustrativas de esta tendencia.

En la doctrina anglosajona no se registra, por contra, una sustitución del concepto del *Rule of Law* por el de *Constitutional State* en un sentido paralelo al reseñado en Alemania e Italia. No parece aventurado conjeturar que ello obedece a determinadas peculiaridades de los sistemas de *Common Law*, a las que habrá ocasión de aludir.

En la doctrina española mayoritariamente los términos «Estado de Derecho» y «Estado constitucional» han sido utilizados de forma indistinta. No faltan determinadas reconstrucciones históricas sobre el origen del Estado constitucional, sin que en ellas exista una deliberada diferenciación respecto al concepto del Estado de Derecho (Aguiar de Luque, 1977; De Agapito, 1989; Nieto, 1996; Sánchez Ferriz, 1993). En algún caso la referencia en favor de la fórmula «Estado constitucional» respecto a la de «Estado de Derecho», se justifica como un marco de referencia más adecuado para un tratamiento de la problemática estatal situado «en el ámbito jurídico»; aunque expresamente se indicará que esa opción se realiza «sin perjuicio de reconocer la fluidez de uno y otro concepto» (Aguiar de Luque, 1977, 7).

Existen no obstante, también en nuestra doctrina algunas tesis receptoras del nuevo significado del Estado constitucional en cuanto categoría diferenciada del Estado de Derecho (García Pascual, 1997; Peña, 1997; Rubio Llorente, 1994; 1995). De entre esas últimas aportaciones es digno de especial mención el breve pero enjundioso, ensayo del profesor Manuel García Pelayo sobre *Estado legal y Estado constitucional de derecho* (1991, III, pp. 3029 ss.), que constituye una síntesis ejemplar de las principales cuestiones que se debaten tras el nuevo significado atribuido a la expresión «Estado constitucional».

3. LA FÓRMULA «ESTADO CONSTITUCIONAL» COMO EXPRESIÓN DE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DEMOCRÁTICOS

En los últimos años ha adquirido notoriedad en la doctrina jurídica norteamericana, especialmente en el ámbito penal y criminológico, la denominada teoría del «*labeling approach*», es decir, del enfoque a través de etiquetas o rótulos, denominada también como «teoría de las definiciones». Se trata de una radicalización de las tesis del análisis del lenguaje jurídico postuladora de que la juridicidad no es una cualidad esencial u ontológica de determinadas conductas o hechos, sino el resultado de un proceso de atribución de tal cualidad. La juridicidad o antijuridicidad, la licitud o ilicitud, la validez o invalidez de los actos jurídicos son categorías de fronteras móviles y oscilantes, que, de ningún modo, pueden considerarse previas a su definición o tipificación como tales. La juridicidad es una etiqueta creada por determinadas instancias formalizadas de control social o poderes jurídicos. Esta tesis tiene a su favor el replantear la evidencia, muchas veces indebidamente soslayada, de que los cambios en el lenguaje normativo o las categorías del lenguaje de los juristas no son producto de preferencias casuales o arbitrarias, sino que suelen obedecer a mutaciones políticas, sociales o culturales de las que las nuevas fórmulas o definiciones pretenden dar cuenta. Sin detenerme en pormenores sobre los méritos o deméritos de esta doctrina (cfr., por todos, Hassemer, 1984, pp. 81 ss.), parece razonable aceptar de ella la tesis de que la Teoría del Derecho debe intentar ofrecer una explicación de los cambios e innovaciones que se producen en la experiencia jurídica. A tenor de ello entiendo que la decantación terminológica desde el Estado de Derecho al Estado constitucional puede considerarse el reflejo de un triple desplazamiento advertible en los ordenamientos jurídicos de los sistemas democráticos que se concreta en:

1. El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución.
2. El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución.
3. El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

3.1 De la primacía de la ley a la primacía de la Constitución

Uno de los dogmas fundadores del Estado de Derecho era el de la supremacía de ley. En el Estado liberal de Derecho la ley aparece como la fuente jurídica suprema; las demás fuentes normativas son subalternas o subsidiarias, subsisten en los espacios que la ley les asigna y tienen relevancia jurídica sólo cuando la ley delega en ellas la regulación de determinadas materias. Ello era así porque la ley suponía entonces el

cauce principal y normal de expresión de la voluntad normativa del Estado, de un Estado que consideraba un atributo básico de su soberanía el monopolio del sistema de fuentes jurídicas.

En las últimas décadas ese panorama ha devenido obsoleto y hoy asistimos a la aparición de entes que discuten y comprometen, por encima y por debajo del Estado, su supremacía jurídica y, consiguientemente, la de la ley. Se trata de fenómenos que he propuesto denominar de *supra e infra estatalidad normativa*.

La *supraestatalidad normativa* supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas. Este fenómeno se ha expresado con particular eficacia en las experiencias y tentativas dirigidas a establecer un nuevo *ius commune*, es decir, un Derecho común que, a semejanza del forjado por las universidades medievales, representa una especie de tejido conectivo que une los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra expresión en el plano del Derecho positivo en documentos y acuerdos sobre derechos humanos, persecución de organizaciones delictivas internacionales y reglas generales del tráfico económico. Al propio tiempo que se afirma por vía jurisprudencial a través de la presencia en distintos ordenamientos estatales nacionales de modelos jurídicos que tienen un origen cultural común. Puede concluirse, a partir de estas consideraciones, que en las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha erosionado y, en ocasiones, se ha llegado a abolir, el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, en la creación del sistema de fuentes del Derecho.

El desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no sólo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado, de forma paralela se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infraestatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas que se desglosa en función de criterios: a) *ratione loci*, que implican el sustancial incremento de las competencias autonómicas de los entes territoriales de carácter federal, regional o municipal; b) *ratione personae*, en cuya virtud se están acrecentando las atribuciones autonormativas de determinados grupos o colectivos sociales siendo especialmente importante este fenómeno en el ámbito profesional en lo referente a la actuación de los sindicatos. Asimismo los grupos o comunidades de carácter religioso, cultural o deportivo contribuyen de forma creciente a la conformación de su propio *status* jurídico, y c) *ratione materiae*, ya que la complejidad de la vida en las sociedades tecnológicamente desarrolladas impone el reconocimiento de regulaciones jurídicas dotadas de un alto grado de especialización. Como

ejemplo reciente se puede aquí aludir a los denominados «códigos tipo» previstos en el artículo 31 de la Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), consistentes en normas que pueden establecer los responsables de los ficheros privados para determinar pautas organizativas y funcionales uniformes, que abarquen aspectos básicos de su actividad, o aspectos instrumentales como la seguridad del entorno o de los programas y equipos.

Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy la idea del *pluralismo*. En su dimensión jurídica el pluralismo entraña el reconocimiento de un área de libertad o de autodeterminación interna para las organizaciones sociales. El pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una «explosión» del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción).

Se asiste ahora a una serie de fenómenos que entrañan una auténtica «subversión» de la jerarquía de las fuentes del Derecho. Incurriría en un exceso de prolijidad el intento de ofrecer una panorámica exhaustiva de los distintos ámbitos en los que se ha venido manifestando esa subversión jerárquica normativa. Baste recordar que las manifestaciones de supraestatalidad e infraestatalidad normativa, a las que se ha tenido ocasión de aludir, se han traducido en una progresiva «descodificación», o sea, en el abandono de las codificaciones formales en favor de leyes especiales y de las denominadas *soft-laws*. Asimismo, por parte de algunos sectores doctrinales, hoy se considera a las directivas de la Comunidad Europea, es decir comunicaciones sobre la forma más clara, orgánica y completa posible de aplicar la normativa de determinados sectores, como auténticas fuentes del Derecho con eficacia en los distintos ordenamientos de los países miembros (*cf.* Pérez Luño, 1993).

Otro supuesto ejemplar del proceso de subversión de la jerarquía de fuentes lo ofrece nuestro ordenamiento jurídico, que no reconoce formalmente valor creativo a las decisiones judiciales. No obstante, es opinión compartida por buen número de nuestros constitucionalistas la tesis de que las sentencias del Tribunal Constitucional, en particular las interpretativas, ocupan un lugar superior al de la ley en la jerarquía normativa. Se aduce para explicarlo que «la afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las demás fuentes del Derecho, con la excepción, obviamente, de la propia Constitución y de las Leyes de Reforma de la misma» (Pérez Royo, 1984, p. 48).

La repercusión expansiva del pluralismo jurídico está conduciendo al progresivo abandono del principio de jerarquía normativa en función de lo que se denominan «sistemas de interlegalidad», o sea, de la intersec-

ción de sistemas de áreas y niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad. La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica del actual pluralismo jurídico propio de la postmodernidad, que ha supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, que ha sido sustituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones (de Sousa Santos, 1995).

Para reconducir esos fenómenos e intentar poner orden en el caos normativo que amenaza con abolir por entero la unidad, coherencia y jerarquía del sistema de fuentes del derecho, hoy se vuelven los ojos hacia la Constitución. La primacía de la ley cede su puesto a la primacía de la Constitución. Esa primacía de la Constitución (*Vorrang der Verfassung*), que como cúspide de la pirámide jurídica y norma máxima del ordenamiento jurídico, garantiza la conformidad a su contenido de todas las normas restantes y la consiguiente nulidad de las que la contradicen (Wahl, 1981, p. 485). Se ha indicado, para sintetizar este proceso, que: «La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta» (Zagrebelsky, 1995, p. 40).

Conviene advertir que en el Estado constitucional, que es el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta a alcanzar. En el Estado constitucional se da una heterogeneidad de factores e instancias sociales que influyen en la producción del Derecho. De ahí, que la unidad coherencia y jerarquía del sistema jurídico no pueda concebirse como corolario de un único principio dominante del que mecánicamente se derivan todos los demás. En el Estado constitucional, que es el Estado de una «sociedad abierta», el sistema jurídico y sus postulados básicos reclaman del intérprete de la Constitución una actitud abierta que sustituya el monopolio metodológico, por un pluralismo metódico. El proceso hermenéutico constitucional aparece, por tanto, como «instancia crítica», siempre abierto a nuevos planteamientos e innovaciones, que lejos de cristalizar en un sistema de categorías cerradas y estáticas, sea un proceso dinámico basado en alternativas prácticas y en un pensamiento de posibilidades (*Möglichkeitsdenken*) (Häberle, 1980, pp. 1 ss.; 45ss. cfr. Pérez Luño 1995a, pp. 305 ss.).

La tesis sobre la primacía de la Constitución, aducida por los defensores del Estado constitucional como uno de sus rasgos informadores, se halla avalada por el propio desarrollo de los sistemas constitucionales. Conviene no resbalar sobre el hecho de que nuestra vigente Constitución cuando proclama, en su art. 9.1, el «principio de legalidad» lo hace en términos de «principio de constitucionalidad», al prescribir expresamente

la sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (sobre el alcance de este principio, *vid.* Pérez Luño, 1994, pp. 37 ss.).

Asimismo, la primacía de la Constitución ha sido invocada, con rotundidad, en diversos fallos del Tribunal Constitucional, que en una de sus primeras decisiones no dudaba en proclamar que: «la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal» (STC, 80/1982, FJ 1); y ha puntualizado que: «el carácter de norma suprema de la Constitución... imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales» (STC, 76/1988, FJ 3).

La supremacía de la Constitución, en opinión de nuestro máximo intérprete de la misma, opera plenamente respecto a la ley y a la propia actividad del legislador. Así se desprende de la decisión en la que de forma inequívoca señala que: «la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador» (STC, 76/1983, FJ 4).

3.2 De la reserva de ley a la reserva de Constitución

El orto del Estado de derecho tuvo una de sus claves de bóveda en el principio de la *reserva de ley*, corolario de la división de poderes propugnada por Montesquieu. Dicho principio suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...).

Estimo de interés subrayar que la reserva de ley entrañaba una doble garantía: suponía, de una parte, que las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de rango inferior a la ley; pero implicaba, al propio tiempo, una consciente «autolimitación» del legislador, o sea, que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario.

Esta situación experimentó un notable cambio con el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho que supuso una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa «procura existencial» (*Daseinvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*). La multiplicación de intervenciones nor-

mativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*) (Pérez Luño, 1993, pp. 80 ss.).

La ampliación de las tareas de los poderes públicos que ha caracterizado al Estado social de Derecho ha producido, en los actuales ordenamientos jurídicos un fenómeno que ha sido denominado, con razón, *hipertrofia legislativa* y, en el ámbito anglosajón, «contaminación legislativa» (*Legal Pollution*) determinado por un crecimiento sin límites de las normas legales que ha roto el equilibrio entre la producción normativa y la capacidad de su aplicación. La inflación normativa se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir el Derecho se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias no son sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas —funcionarios administrativos, jueces o abogados— tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho (Pérez Luño, 1994, pp. 61 ss.).

Por todo ello la «reserva de ley» ha dejado de ser una garantía para regular el *status* normativo de las cuestiones jurídicas básicas y es preciso reemplazarla por la «reserva de constitución». La «reserva de constitución» no implica que el legislador ordinario usurpe el papel que incumbe al constituyente, ya que —como advirtió nuestro Tribunal Constitucional— «lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente» (STC, 76/1983, FJ 4; *cfr.* Cruz Villalón, 1983, pp. 185 ss.). Pero, como se desprende del último párrafo del fallo reseñado, existen ámbitos en los que la Constitución puede atribuir al parlamento «alguna función constituyente» para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas; una de ellas, y no la de menos importancia, el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales.

Es obvio que la integración en los textos constitucionales de la disciplina *in extenso* de todas esas cuestiones jurídicas básicas ampliaría su contenido hasta extremos inadmisibles. Para evitarlo los Estados constitucionales del presente cuentan con unas normas especiales, que si *formalmente* son leyes o «super-leyes», por exigir para su aprobación mayorías parlamentarias reforzadas, *materialmente* se integran de lleno en el bloque de la Constitución, al implicar el desarrollo de algunos de sus aspectos nucleares. La Constitución española, contando con el precedente del artículo 46 de la francesa de 1958, reserva a unas super-leyes, denominadas «leyes orgánicas», el desarrollo de los derechos fundamentales, la aprobación de los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y

las demás previstas Constitución (art. 81.1) (*vid.*, sobre ello, Chofre, 1994; así como las SSTC, 5/1981; 38/1983; 76/1983; 25/1984 y 137/1986).

3.3 Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad

Uno de los presupuestos insoslayables informadores del Estado de Derecho es el de la sumisión de la actividad de los poderes públicos al control de tribunales independientes. En el Estado de Derecho la garantía jurídica del *status* de los ciudadanos se desglosa en dos instancias fundamentales: 1) una *estática*, conformada por la definición legal de los derechos y deberes cívicos, así como de las competencias y procedimientos operativos de la Administración; 2) y otra *dinámica*, que se materializa en la justiciabilidad de la Administración, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos puedan plantear ante los tribunales sus quejas, por eventuales transgresiones de la legalidad por parte de los poderes públicos en aquello que suponga lesión de sus derechos.

En los países europeos continentales ese control de los tribunales se realiza a través de una jurisdicción especial; la jurisdicción contencioso-administrativa. La transformación del Estado liberal en Estado social de Derecho, con la consiguiente ampliación de las tareas administrativas, otorgó un protagonismo creciente a esa jurisdicción hasta el punto de que esa forma de Estado de Derecho pudo ser calificada de «Estado de Derecho administrativo» (*cfr.* Strauch, 1978, 2, pp. 525 ss.). Paralelamente tomó cuerpo una tendencia doctrinal, de la que Carl Schmitt fue el exponente más relevante, que no cuestiona el control jurisdiccional de la sumisión de los poderes públicos a la legislación ordinaria; pero discute que ello sea predicable de su vinculación a la norma constitucional, por el carácter indeterminado y programático de las normas constitucionales, cuya aplicación es más propia de decisiones políticas que incumben a los parlamentos o al gobierno que de controles jurisdiccionales. El control jurisdiccional de constitucionalidad, en cualquier caso, no tendría significado jurídico. A tenor de una célebre tesis de Carl Schmitt: «Los *litigios constitucionales* auténticos son siempre litigios políticos (1982, 146; *vid.*, también pp. 49 ss. y pp. 137 ss.).

Esta tendencia doctrinal, acogida en la práctica de numerosas jurisdicciones contencioso-administrativas, condujo a una paradoja insostenible: la admisión de un control jurisdiccional del acatamiento por parte de la Administración de normas de ínfimo rango normativo (decretos, órdenes, resoluciones...) sin que, simultáneamente, tal control se hiciese extensivo a su vinculación a la norma suprema en la jerarquía normativa, o sea, la Constitución.

Este fenómeno no se produjo nunca en los sistemas del *Common Law* en los que, como es notorio, se da una unidad de jurisdicciones y en los que se considera la Constitución, aunque se trate de una constitución no escrita como la británica, como *Higher Law* con plena vinculación jurídi-

ca. Tesis que fue potenciada en Norteamérica a través de la institución de la *Judicial Review*, es decir, la competencia de los jueces ordinarios para declarar inconstitucionales las leyes (*cfr.*, por todos, Black, 1977).

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial se inicia en las democracias occidentales un paulatino proceso dirigido a hacer justiciable el contenido de las Constituciones y, en concreto, de los derechos fundamentales en ellas consagrados. Así, por ejemplo, el recurso de amparo de los derechos fundamentales a través de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad (*Verfassungsbeschwerde*) constituye un elemento básico informador del arquetipo «Estado constitucional». La jurisdicción constitucional de la libertad, según el modelo de la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania ha sido objeto de una amplia recepción, por vía ius-comparatista, en los Estados constitucionales de Europa occidental, así como en varias de las más recientes normas constitucionales de la Europa del Este (Häberle, 1996b, pp. 172 ss.).

En ocasiones, el «activismo» de las propias instancias judiciales ha tenido mucho que ver con la atribución de plena normatividad a las Constituciones. Resulta ilustrativa, al respecto, la decisión del *Conseil Constitutionnel* francés del 16 de julio de 1971. Tras la toma de la Bastilla —comenta irónicamente el profesor Rivero— al pueblo francés le agrada hacer sus revoluciones en el mes de julio. En este caso la revolución se realizó en cuatro palabras: «Vu la Constitution et notamment son Préambule». De un sólo golpe la Declaración de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República... quedaron integrados en la Constitución francesa, que duplicó su volumen y adquirió plena normatividad gracias a la decisión del *Conseil Constitutionnel* (Rivero, 1981, p. 662; *vid.* también, Lucas Verdú, 1994, pp. 65 ss.).

Por lo que atañe a nuestra experiencia constitucional merece destacarse la decidida actitud de un amplio sector doctrinal (*Vid.*, entre otros, Alzaga Villaamil, 1996; Cascajo, 1983; 1984; De Castro Cid, 1980; García de Enterría, 1981; Peces-Barba, 1995; Prieto Sanchís, 1990...) y del propio Tribunal Constitucional tendente a reconocer pleno valor normativo a nuestra Ley de leyes de 1978.

Nuestro máximo interprete de la Constitución no ha dudado en proclamar desde sus primeras decisiones, el carácter normativo y vinculante del texto de 1978, invalidando la tesis de los órganos jurisdiccionales, en particular del Tribunal Supremo, que mediante el recurso a la denominada «*interpositio legislatoris*», es decir, a la necesidad de un desarrollo por parte del legislador de los preceptos constitucionales con la consiguiente negación de su normatividad inmediata. Saliendo al paso de esa tesis, que de haber prosperado hubiera condenado a la inoperancia a gran parte del catálogo de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no dudó en afirmar que frente al argumento de que «los preceptos constitucionales no son de aplicación inmediata, sino que han de ser objeto de un desarrollo positivo posterior... debe señalarse que los preceptos constitu-

cionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución), y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos» (STC, 21/1981, FJ 17). Tesis corroborada en un fallo subsiguiente en el que, de forma tajante, el Tribunal Constitucional proclama: «La Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento... por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales» (STC, 16/1982, FJ 1).

No obstante, el Tribunal Supremo ha opuesto una tenaz resistencia a abdicar de la tesis de la *interpositio legislatoris*. Para comprobarlo baste recordar que, todavía, en el año 1993 el Tribunal Constitucional tenía que invalidar esa línea argumentativa. Se trataba del reconocimiento del derecho de los ciudadanos al acceso a sus datos personales informatizados en registros públicos. Conviene recordar, como antecedente del fallo de nuestro máximo intérprete constitucional, la célebre Sentencia del 12 de diciembre de 1983, del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que a instancia de los Verdes, declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. En dicha decisión jurisprudencial se reconocía el derecho a la «autodeterminación informativa», hasta entonces invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen. La doctrina germana ha calificado a la Sentencia sobre la Ley del Censo de Población de «Sermón de la Montaña» en materia de protección de datos personales (*cf.* Pérez Luño, 1987, p. 126). En esa línea de lenguaje metafórico evangélico, entiendo que pudiera apelarse de Sentencia del «Buen Samaritano», la decisión de nuestro Tribunal Constitucional 254/1993 de 20 de julio. En ella el TC reconoce y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen y se hallan registrados en archivos informatizados administrativos. Esta decisión tuvo como antecedentes las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 1989 y del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 30 de abril de 1990, que habían desestimado el acceso de un ciudadano a sus datos personales incluidos en archivos automatizados de la Administración del Estado, alegando la falta de desarrollo legislativo del Convenio europeo de protección de datos personales. Frente a esas sucesivas denegaciones del acceso a los datos personales, basadas en una motivación que metafóricamente pudiera calificarse de «farisáica» y «levítica» el TC actuó en este supuesto como un «Buen Samaritano». La del TC se mueve en un doble plano argumentativo: 1) De un lado, acoge la dimensión positiva del derecho a la intimidad como facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona. Acepta también expresamente, por vez primera, las nociones de «libertad informática» y *habeas data*, como integrantes

de la garantía de la intimidad frente a la informática consagrada en el artículo 18.4 CE (FJ 7). Estos conceptos y categorías han sido ampliamente utilizados por la doctrina y jurisprudencia extranjeras en materia de protección de datos personales y estimo que me incumbe una cierta responsabilidad en su difusión en nuestra experiencia jurídica; 2) El otro aspecto nuclear de ese fallo reside en la reafirmación por parte del TC de su doctrina tendente a reconocer la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, en este caso de la libertad informática que dimana del artículo 18.4 CE, sin que sea necesaria una *interpositio legislatoris*, es decir, un desarrollo legislativo, para su plena eficacia (FJ 6). El TC estima que el cumplimiento o no por los poderes públicos de los tratados internacionales, en particular del Convenio europeo de 1981, es independiente para asegurar la protección de los derechos fundamentales establecida en el artículo 53.3 de la CE (FJ 5). De lo que implícitamente se infiere que el TC no cuestiona la plena incorporación del Convenio europeo al ordenamiento jurídico español, en virtud del artículo 96.1 de la CE, y su plena eficacia; a lo que, por otra parte, también sería de aplicación su propia jurisprudencia impugnatoria de la *interpositio legislatoris* en materia de derechos fundamentales. Tesis que se corrobora por la expresa llamada del TC, apoyándose en el art. 10.2 CE, al Convenio como cauce para configurar el sentido y alcance de la libertad informática consagrada en el art. 18.4 de la CE (Pérez Luño, 1996b, pp. 49 ss.).

4. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO ALTERNATIVA AL ESTADO DE DERECHO

Entre las teorías del Derecho que han contribuido a la difusión presente del término «Estado constitucional» deben consignarse aquellas que, desde una actitud radical, lo consideran como una categoría distinta e incluso contrapuesta a la noción de Estado de Derecho. Como quiera que la fortuna actual de la expresión «Estado constitucional» se debe, en buena medida a estos planteamientos, parece oportuno aludir a algunas de sus premisas teóricas más significativas.

4.1 El Estado constitucional como Estado parlamentario: tesis de Martin Kriele

Para Martin Kriele, voz representativa de esa tendencia, el Estado de Derecho y el Estado constitucional son categorías que no pueden confundirse en función de motivos que, entiendo, cabe sintetizar en los siguientes:

a) Su *origen*, ya que ambos tipos de Estado son la consecuencia de dos tradiciones iusnaturalistas diferentes que conducen a dos formas jurídico-políticas, asimismo, distintas. El Estado de Derecho supuso la culminación del iusnaturalismo racionalista alemán que parte de una concep-

ción universal y atemporal de las normas integradoras del Derecho natural. «El Derecho natural que subyace al Estado de derecho tiene la forma de un *sistema* en el cual se derivan consecuencias a partir de premisas –*ex principiis derivationes*–» (1980, 147). Por contra, en el Estado constitucional, tal como se expresa en la tradición británica del *Rule of Law*, se parte del «concepto de que el Derecho se desarrolla dialécticamente conforme a las reglas procesales, a medida que el pueblo tiene experiencia de los defectos del Derecho existente» (1980, 142). En abierta oposición al fundamento universalista abstracto y ahistórico del Estado de Derecho, el Estado constitucional se concibe como un proceso inacabado que se manifiesta en la historia. Mientras el Estado de Derecho tiene tras de sí un modelo doctrinal que concibe el Derecho como un sistema jerárquicamente ordenado, «la idea de *Rule of law* solo podía formarse sobre el trasfondo de la *realidad* política de la *legislación parlamentaria*, que estaba orientada de hecho por la dialéctica del proceso judicial» (1980, 147; *cfr.* también 1976, pp. 60 ss. y pp. 191 ss.).

El intento de Hegel de desarrollar el Derecho natural a partir de la dialéctica de la sociedad quedó frustrado al expresarse en una realidad histórica ajena al parlamentarismo. Hegel concebía la filosofía como la captación racional de la realidad. «Pero esto significa que la razón encarnada en el Estado prusiano formaba el límite superior para la razón de la filosofía política hegeliana» (1980, 148).

b) El *fundamento* del Estado de Derecho reposa en una decisión del soberano, sea el monarca o el pueblo. Esa idea es opuesta a la que inspira el Estado constitucional de acuerdo con la tradición del parlamentarismo británico, a tenor de la máxima: «*Rule of law and not of Men*». En el Estado constitucional se da una conexión indisoluble entre el Derecho y el poder: el poder estatal crea el Derecho y lo impone, pero el Derecho fundamenta, limita y legitima el poder estatal. En el Estado constitucional el poder se basa en un orden jurídico cuya principal meta radica en la tutela de los derechos humanos. Como corolario de todo ello el Estado constitucional aparece como la fórmula jurídico-política que garantiza la soberanía del Derecho; mientras que «la idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional» (1980, 151).

c) El *método* propio del Estado de Derecho fue, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el «positivista», no obstante las originarias raíces iusnaturalistas de ese tipo estatal. La progresiva implantación del método iuspositivista, postulador de una neta separación entre la moral y el Derecho, tuvo su consiguiente reflejo en la pérdida de la virtualidad legitimadora del Estado de Derecho. La radical separación entre el «ser» y el «deber ser», priva de respuesta a la pregunta sobre el fundamento real e histórico de las normas e instituciones. El método positivista propio del Estado de Derecho en aras de un marcado formalismo jurídico expulsó de la teoría del Estado a la política y a la ética por ser «acientíficas». Frente a la concepción del Estado de Derecho como Estado de mera legalidad formal, el Estado constitucional reclama una actitud metódica capaz

de «coordinar aspectos que sin ella quedarían inconexos: a saber la comprensión profundizada de las instituciones jurídicas estatales y sus fundamentos de legitimidad» (1980, p. 10).

4.2 **El Estado constitucional como Estado de la sociedad abierta: tesis de Peter Häberle**

En Peter Häberle, otro de los grandes adalides del Estado constitucional en la hora presente, la alternativa entre éste y el Estado de Derecho no se plantea de modo tan explícito como en Martin Kriele, pero implícitamente es un rasgo caracterizador de su teoría. Para Häberle el Estado constitucional es un arquetipo jurídico-político en el que los poderes públicos se hallan conformados y limitados por el Derecho a través de principios constitucionales formales y materiales: los derechos fundamentales, la función social de las instituciones, la división de poderes y la independencia de los tribunales. Se trata de una forma de Estado en la que existe una legitimación democrática y un control pluralista del poder político y también de los poderes sociales (1980, p. 289; 1996a, pp. 148 ss.; 1996b, pp. 153 ss.; 1996c, pp. 180 ss.). En definitiva, para Häberle, el Estado constitucional es el tipo-ideal de Estado propio de la sociedad abierta: «Verfassungsstaat ist idealtypisch der Staat der offenen Gesellschaft» (1980, p. 289).

Frente al formalismo caracterizador del Estado de Derecho, Häberle sostiene que en Estado constitucional la Constitución no aparece entendida sólo como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro. La dimensión cultural de las Constituciones, entendidas como algo vivo, es una realidad conformada en gran parte por los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta. Las Constituciones son aspectos básicos de la expresión y transmisión de la cultura y, por tanto, son vehículos idóneos para la reproducción y recepción de experiencias culturales y soluciones jurídico-políticas. De ahí, la importancia que Häberle atribuye a los preámbulos y a los símbolos constitucionales en cuanto señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado constitucional (1982; 1987; 1994; *cfr.*: Lucas Verdú, 1993; Pérez Luño, 1995b; 1996a, pp. 22 ss.).

La doctrina de Häberle supone, al propio tiempo una revalorización de los principios como fuentes del Derecho, frente a la reducción de todo el Derecho a la ley propia del positivismo jurídico. Esta tesis se manifiesta, de forma nítida, en uno de los empeños teóricos que ha contribuido en mayor medida a perfilar y difundir la concepción doctrinal de Häberle. En los últimos años el profesor Bayreuth ha acuñado la expresión «Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)». El DCCE se halla integrado por «un conjunto de principios constitucionales “particulares” que

resultan “comunes” a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no» (1996c, p. 191). Se trata, por tanto, de una concepción que, en abierta polémica con los postulados básicos del positivismo jurídico, se halla basada en principios que pueden trascender al Derecho positivo.

4.3 El Estado constitucional como antítesis del positivismo jurídico: tesis de Gustavo Zagrebelsky

No parece aventurado atribuir a Gustavo Zagrebelsky la versión más fuerte de los empeños teóricos dirigidos a reputar al Estado constitucional una alternativa al Estado de Derecho. Zagrebelsky acepta expresamente la concepción de Häberle del Estado constitucional como Estado de la sociedad abierta y pluralista. Pero pone mayor énfasis en la crítica a los presupuestos ideológicos del Estado de Derecho, o sea, el positivismo jurídico decimonónico. Esa concepción fue responsable, según sostiene Zagrebelsky, de haber elaborado una teoría del orden jurídico como un sistema rígido y cerrado que reducía la juridicidad a la legalidad y en el que no había espacio para ninguna otra fuente jurídica. En manifiesta ruptura con todo ello el Estado constitucional supone la coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy se edifica la Constitución para poder lograr la unidad e integración del ordenamiento jurídico y, al propio tiempo, para ser compatible con una sociedad abierta y pluralista. Por ello, ninguno de esos valores y principios se deben interpretar como absolutos, sino que deben buscarse pautas hermenéuticas que garanticen su ponderación y concordancia (1995, pp. 14 ss. y pp. 21 ss.; 1992, pp. 187 ss.; *cfr.* Ansuátegui Roig, 1993-1994, pp. 113 ss.)

La doctrina del positivismo jurídico, entendida como ciencia de la legislación positiva, se tradujo en la «reducción de todo lo que pertenece al mundo del Derecho —esto es, los derechos y la justicia— a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador» (1995, p. 33). El Estado de Derecho entendido como mero Estado de legalidad positiva, pierde así su función legitimadora. El Estado constitucional, que parte de una teoría abierta y pluralista de las fuentes del Derecho, se dirige a recuperar las funciones críticas y legitimadoras que el positivismo jurídico había expulsado de la teoría y la práctica del Estado de Derecho. Entiende Zagrebelsky que si el positivismo jurídico no ha sido todavía abandonado en la teoría y en la práctica jurídica no es debido a su validez actual, sino a la adaptación de las ideologías jurídicas y a una cierta rutina intelectual de los juristas. «La supervivencia *ideológica* del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las había justificado» (1995, p. 41).

4.4 Observaciones críticas

Estas críticas tienen aciertos innegables. Por el rigor de sus planteamientos merecen ser estudiadas con la mayor atención intelectual. Por el carácter innovador de sus propuestas no se les debe escatimar el justiprecio positivo al que se han hecho acreedoras. Pero, porque inciden en algunos excesos y desconocen o descuidan cuestiones relevantes, deben ser matizadas en sus conclusiones.

Suscita cierta perplejidad, por aludir a un aspecto concreto, que Martin Kriele tras reputar la idea de soberanía, también la de la soberanía popular, como radicalmente incompatible con el Estado constitucional, define a ese Estado como Estado parlamentario. Soslaya así que, precisamente, las Cámaras parlamentarias tienen como función básica el servir de foros para el ejercicio de la soberanía popular por parte de sus legítimos representantes. La caracterización simplificadora del Estado de Derecho como gobierno de los hombres y del Estado constitucional como gobierno de las leyes, no es ni histórica ni lógicamente admisible. Lo primero, porque el Estado de Derecho nació para abolir el despotismo de los gobernantes y someterlos al imperio del Derecho. Lo segundo, porque lo mismo en el Estado de Derecho que en el Estado constitucional gobiernan las personas, aunque siempre en ambos sometidas al Derecho. La diferencia radica en determinadas transformaciones acontecidas en sus respectivos ordenamientos jurídicos, como se tuvo ocasión de señalar *supra*. No se debe tampoco omitir que, frente a la identificación del Estado constitucional con el Estado parlamentario propugnada por Kriele, se postulan hoy tesis que reivindican la paulatina incorporación de formas de democracia directa como uno de los rasgos informadores del Estado constitucional, como habrá ocasión de exponer *infra*.

Más allá de la heterogeneidad de sus puntos de partida y de la diversidad de matices de sus planteamientos, las tesis que defienden la oposición entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional coinciden en dos ideas básicas: 1) La pérdida de la función de legitimidad del Estado de Derecho, al quedar reducido a Estado de mera legalidad; 2) El rechazo del positivismo jurídico en cuanto ideología responsable de la involución del Estado de Derecho y en cuanto teoría incapaz de explicar, de forma adecuada, los rasgos básicos de los sistemas jurídicos del presente.

i) En particular, la reducción del Estado de Derecho a Estado de legalidad no puede ser asumida como un postulado indiscutible. Baste tener presente, para poner en cuestión ese aserto, la provechosa recopilación de estudios sobre el Estado de Derecho llevada a cabo por Mehdi Tohidipur (1978) en la que se contienen aportaciones clásicas (Hermann Heller, Franz Neumann, Richard Thoma...) o recientes (Wolfgang Abendroth, Konrad Hesse, Werner Käge, Ulrich Preuss...), que, por encima de sus heteróclitas concepciones, coinciden en algunos rasgos básicos que pudieran ser compendiados en la idea de que el Estado de Derecho es un modelo político-jurídico de *legalidad legitimada* y de *legitimidad legali-*

zada. Lo primero, porque es un Estado cuyas leyes son expresión de la soberanía popular y se dirigen a la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos; lo segundo, porque el logro de esos valores se realiza a través de procesos normativos y conforme a la estructura organizativa de la división de poderes.

Es cierto que el Estado de Derecho no ha sido inmune a intentos manipuladores tendentes a vaciarlo de esas exigencias y a convertirlo en una estructura acomodaticia susceptible de ser predicada e incluso de las manifestaciones políticas más ominosas del despotismo legal. Pero la experiencia histórica es pródiga en ejemplos de categorías jurídicas y políticas revestidas de fuerza legitimadora, que han sido víctimas de la perversión de las palabras y de la prevaricación del lenguaje tendentes a desposeerlas de su sentido auténtico para instrumentalizarlas en función de intereses ideológicos vergonzantes. Saliendo al paso de esas manipulaciones advirtió Elias Díaz en 1996, época en la que en España era particularmente oportuno hacerlo, que: «No todo Estado es Estado de Derecho» (1966, se cita por 1975, p. 13); tesis reiterada, con las mismas palabras, treinta años más tarde en su contribución sobre el *Estado de Derecho* incluida en el volumen dedicado a la *Teoría del Estado* en la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (1996, p. 63; *cfr.* también, De Carreras Serra, 1996).

No es tampoco ocioso recordar que el célebre art.16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, considerada como uno de los textos fundacionales del Estado de Derecho, proclamaba: «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida carece de Constitución». El Estado de Derecho es, a tenor de ello, un Estado constitucional, pero no todo Estado que posee una Constitución es un Estado de Derecho. Conviene recordar, en este punto, la célebre tipología de las Constituciones debida a Karl Loewenstein, que opone las Constituciones *normativas*, aquellas que son «efectivamente vividas», a las Constituciones *semánticas*, que son una especie de «disfraz» retórico de unas realidades del todo ajenas a las formas normativas constitucionales (1986, pp. 216 ss.).

De las reflexiones expuestas y de otras que pudieran avanzarse en un análisis más demorado en pormenores se infiere que no parece admisible, ni hay razones convincentes para reducir el Estado de Derecho a Estado de mera legalidad positiva.

ii) La crítica al positivismo jurídico constituye la otra actitud común a estas doctrinas. Como quiera que en las opciones básicas de la Filosofía y de la Teoría del Derecho siempre me he decantado por el iusnaturalismo, no puedo ocultar mi coincidencia con alguna de esas críticas. Pero mi adhesión no puede ser total, porque estimo que algunas de esas impugnaciones enuncian verdades parciales y contradicen o soslayan hechos notorios.

La denuncia del positivismo jurídico, justificada respecto a su visión reduccionista del derecho circunscrito a la ley, omite determinadas contri-

buciones doctrinales positivistas que deben considerarse insoslayables en la conformación de algunos aspectos básicos del Estado constitucional. Así, la idea de la primacía de la Constitución tiene su soporte teórico indeclinable en la formación escalonada del orden jurídico, la célebre *Stufenbau der Rechtsordnung*, debida a Hans Kelsen. Se trata de la concepción normativa jerárquica, integrada y que reconduce la unidad del ordenamiento jurídico a una fuente suprema de validez: la norma fundamental (*Grundnorm*). Esa *reductio ad unum*, ese *principium unitatis* que aflora como una obsesión metódica del joven Kelsen –admirador de la arquitectura unitaria y jerarquizada del orden jurídico-político medieval diseñada por Dante Alighieri (1905)– y de la que nunca abdicará, ha sido un estímulo primordial para concebir el orden jurídico como una estructura unitaria y jerárquica en la que todas las normas derivan de la Constitución. La Constitución se convierte, por influjo del paradigma kelseniano, en el parámetro de la validez jurídica de todas las normas según que éstas sean o no conformes con aquella.

Es cierto que en el Estado constitucional el pluralismo y apertura de fuentes formales y materiales del Derecho ha erosionado la concepción cerrada y estática de la primacía de la ley propia del Estado de Derecho decimonónico, y que la primacía de la Constitución no puede concebirse como la mera reproducción de esas mismas notas. Pero sería injusto desconocer que uno de los cambios de rumbo más decisivos que marca la diferencia entre las ediciones de la *Reine Rechtslehre* de 1934 y 1960 consiste, precisamente, en haber completado la visión sincrónica de la estructura normativa predominante en la primera edición, por la diacronía que constituye la visión nuclear del ordenamiento jurídico en la segunda; en lenguaje kelseniano se trata de añadir a la nomoestática (*Rechtsstatik*) la nomodinámica (*Rechtsdynamik*). Kelsen no dudará en afirmar que: «que el sistema normativo que se presenta como ordenamiento jurídico tiene un carácter esencialmente dinámico» («Das Normensystem, das sich als eine Rechtsordnung darstellt, hat im wesentlichen einen dynamischen Charakter», 1960, p. 200).

No huelga advertir que pluralismo y apertura del ordenamiento jurídico no son nociones equivalentes a su dinamismo. Pero no es menos cierto que la dimensión diacrónica de los sistemas normativos constituye un estímulo para poder predicar el carácter plural y abierto de las normas.

No ha sido menor el aporte kelseniano a la conformación de la justiciabilidad constitucional. Sería injusto omitir, en este punto, la decisiva y admirable impronta de Kelsen en la elaboración del sistema de justicia constitucional *concentrado*, por oposición al control constitucional *difuso* norteamericano. El modelo de Hans Kelsen, consagrado por la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionado tras la reforma de 1929, atribuía al Tribunal Constitucional el control centralizado y especializado de la constitucionalidad de las leyes y de los actos del gobierno. Asimismo, Kelsen contribuyó, en forma relevante, a afirmar el protagonismo del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución (*Hüter der Ver-*

fassung) en su célebre polémica sostenida con Carl Schmitt en la etapa de la República de Weimar (1931).

En síntesis: al positivismo jurídico le incumbe una incuestionable responsabilidad de determinadas involuciones del Estado de Derecho; recuérdese el célebre aserto kelseniano según el cual: «si se concibe el Estado como ordenamiento jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, y este término aparece como un pleonasma» (1960, p. 314). Pero, paradójicamente, sin la sombra tutelar de Hans Kelsen, el más importante iuspositivista de nuestro siglo, determinados presupuestos teóricos y prácticos de la concepción actual del Estado constitucional resultarían inconcebibles.

5. ESTADO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

Las tesis que consideran al Estado constitucional como una alternativa al Estado de Derecho y que, consiguientemente, abogan por la total superación de este último no son mayoritarias entre quienes hoy utilizan o apelan a aquella fórmula. Son frecuentes los planteamientos teóricos que establecen un nexo de continuidad entre ambas formas de Estado. Así, por ejemplo, Reinhold Zippelius no ha dudado en referirse al «Estado de Derecho y constitucional» («*Rechts-und Verfassungsstaates*») (1991, p. 279); opción que, como indicaba al iniciar estas reflexiones, es la más difundida en la doctrina española. Pero estas posiciones doctrinales soslayan las importantes mutaciones jurídico-políticas que han tenido en la fórmula «Estado constitucional» su adecuado vehículo expresivo.

Frente a esa disyuntiva, entiendo que la relación entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional no es la de una *oposición externa* entre dos tipos diferentes o incompatibles de Estado, sino la *decantación interna* de la propia trayectoria evolutiva del Estado de Derecho. Manuel García Pelayo supo salir al paso certeramente de los planteamientos doctrinales tendentes a identificar o a oponer ambas formas de Estado, ya que a su entender el Estado constitucional significa la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho. «Empleando una famosa expresión escolástica, —escribe García Pelayo— referida a las relaciones entre gracia y naturaleza, podríamos, pues, decir que el Estado constitucional de Derecho no anula, sino que perfecciona al Estado legal de Derecho» (1992, III, p. 3029). Ese perfeccionamiento se opera, según García Pelayo, por el protagonismo incuestionable que asume en el Estado constitucional el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, que garantiza la plena normatividad y el carácter justiciable de la Constitución, la sumisión a la Constitución de los actos de los poderes públicos y resuelve los conflictos entre los órganos estatales.

Sin desconocer la importancia del papel que la jurisprudencia constitucional juega en esta nueva fórmula de Estado, al que ya se tuvo ocasión de aludir anteriormente, no puedo ocultar mi preferencia por un plantea-

miento generacional de esta cuestión. El enfoque que propongo tiende a establecer un paralelismo simétrico entre la evolución de las formas de Estado de Derecho y la decantación de uno de sus ingredientes definitorios básicos: los derechos fundamentales. Este paradigma explicativo enfatiza la dimensión triádica del Estado de Derecho, que ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional; y correlativamente de los derechos fundamentales, que han evolucionado, asimismo, desde las libertades individuales, a los derechos económicos, sociales y culturales y, en el presente, a los derechos de la tercera generación.

A las tres generaciones de Estados de derecho corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos fundamentales. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de Derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de Derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en cuanto Estado de Derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (*libertie's pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Cabría reputar esos cambios generacionales de los derechos humanos como cambios de paradigmas. Esa posibilidad incita a establecer una conexión entre las libertades de la tercera generación y los derechos y libertades propios del modelo «Estado constitucional». Pero, además, la concepción generacional de los derechos humanos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de «deber ser». Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas

históricas de libertad, lo que conforma el otro polo de su concepto. Falto de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad. Cada generación aparece así aclarada y exigida por la situación humana que la reclamó, pero, al mismo tiempo, descubre su relativa insuficiencia de la que toma su punto de arranque la generación sucesiva. La nueva generación no es simplemente «otra» que la anterior, sino que, en cierto modo, es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para completar sus insuficiencias y corregir sus errores. De esta forma evolucionan los derechos humanos en dirección al presente acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación. La historia de los derechos humanos se revela, a la vez, como paradigma y como progreso constante (*cfr.* Pérez Luño, 1991a, pp. 139 ss.; 1991b, pp. 203 ss.; 1996a, pp. 14 ss.).

De acuerdo con esta hipótesis explicativa el Estado constitucional no sólo se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es también el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de la tercera generación.

Definir el Estado constitucional como la tercera fase evolutiva del Estado de Derecho, correspondiente a la tercera generación de derechos fundamentales entraña un valor añadido nada desdeñable: enlazar la explicación de este modelo de Estado con la realidad política y cultural sobre la que todo Estado se edifica. Porque, las distintas formas de Estado de Derecho no han sido sólo el resultado de elaboraciones doctrinales, sino que ello suponga menospreciar la brillantez de esos empeños teóricos, ni de la mera transformación operada en los textos normativos de los sistemas jurídicos, sino que ha sido la respuesta histórica a determinados problemas y demandas de la sociedad política. Los derechos humanos, en su dimensión de aspiraciones y necesidades básicas, representan, en definitiva, el horizonte teleológico de valores que los tres tipos históricos de Estado de Derecho se han propuesto garantizar.

Refuerza este planteamiento conectivo del Estado constitucional con los derechos de la tercera generación la apelación a un nuevo pacto social, o un pacto constitucional (*Verfassungsvertrag*), a la que se remiten determinadas posturas doctrinales para garantizar algunos de los derechos más emblemáticos de la tercera generación. Se indica así que la defensa de la paz, la protección de la calidad de vida y el medio ambiente o la garantía de la libertad informática, exigen el consenso básico de los ciudadanos y de los poderes públicos sobre esas materias que se reputan fundamentales para definir el entero sistema constitucional (Häberle, 1979, pp. 438 ss.; *id.* 1980, pp. 126 ss. y pp. 287 ss.; Denninger, 1987, pp. 268 ss.; Frosini, 1997, pp. 26 ss. y pp. 68 ss.; Losano, 1992, p. 52; Modugno, 1995, pp. 75 ss.; Pérez Luño, 1991a; 1991b). Esta exigencia coincide con la reivindicación creciente de formas de democracia directa para una mejor garantía de los derechos y libertades

y el consiguiente fortalecimiento del Estado constitucional. Las aportaciones tecnológicas que se derivan del fenómeno de la denominada «teledemocracia» (cfr.: Arterton, 1987, Frosini, 1997; Fishkin, 1995; Pérez Luño, 1987; 1996b), abren importantes posibilidades de futuro para renovar y reforzar el soporte democrático del Estado constitucional. No se trata de abolir la democracia representativa, porque como se ha recordado oportunamente, ésta resulta imprescindible para asegurar la deliberación, mientras que la democracia directa es más eficaz para garantizar la participación (Fishkin, 1995, pp. 50 y 51). Por eso, para la plena garantía de los derechos y libertades en el marco del Estado constitucional no se debe optar por uno de esos tipos alternativos de democracia, sino que debe reforzarse su complementariedad. Por decirlo en términos de Luigi Ferrajoli: «En ausencia de democracia directa, en efecto, la democracia representativa únicamente puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles. En ausencia de democracia representativa, la democracia directa está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas» (1995, p. 948).

Los avances teledemocráticos pueden estimular la progresiva implantación de experiencias de democracia directa para el ejercicio y garantía de los derechos de la tercera generación y para reforzar el clima participativo democrático del Estado constitucional, pero estas iniciativas no carecen de riesgos. Una Filosofía del derecho y una Teoría constitucional que no pretendan especular de espaldas a los apremios del presente, debieran aplicarse a responder a esos retos. Importa atender la lúcida observación de Jürgen Habermas cuando advierte que: «al desafío de la técnica, no se le puede responder sólo con la técnica» (Habermas, 1968, p. 118).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L.: *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, Madrid, 1997.
- ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Edersa, Madrid, 1996.
- ANSUÁTEGUI ROIG, J.: «¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», en *Derechos y Libertades*, vol. 2, 1993-1994.
- ARTERTON, F. CH.: *Teledemocracy: Can Technology Protect Democracy?* Sage, Newberry Park, (California), 1987.
- BALDASSARRE, A.: «Costituzione e teoria dei valori», en *Politica del diritto*, pp. 639-657, 1991.
- BLACK, L.: *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, Westport, Connecticut, 2.^a ed., 1977.
- BÖKENFÖRDE, E. W.: *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 5.^a ed., 1995.

- CASCAJO CASTRO, J. L.: «La tutela judicial reforzada de los derechos fundamentales y libertades públicas; los primeros recursos de amparo constitucional», en el vol. col. *El Poder Judicial*, IEF, Madrid, t. I, 1983.
- CASCAJO CASTRO, J. L.: *El recurso de amparo*, en colab. con V. Gimeno, Tecnos, Madrid, 1984.
- CASCAJO CASTRO, J. L.: *Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, en el vol.col. a cargo de J. M. SAUCA, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 363-376, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «¿Reserva de Constitución?», en REDC, III/9, 1983.
- CHOFRE, J.: *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994.
- DE AGAPITO SERRANO, R.: *Estado constitucional y proceso político*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 1989.
- DE CARRERAS SERRA, F.: *El Estado de derecho como sistema*, CEC, Madrid, 1996.
- DE CASTRO CID, B.: «Derechos humanos y Constitución», en REP, núm.18, 1980.
- DE CASTRO CID, B.: *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.
- DE LUCAS, J.: *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992.
- DE LUCAS, J.: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.
- DE SOUSA SANTOS, B.: *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York/London, 1995.
- DENNINGER, E.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, trad. cast. de A. E. PÉREZ LUÑO, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), a cargo de A.E. PÉREZ LUÑO, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987.
- DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 6.^a ed., 1975.
- DÍAZ, E.: «Estado de Derecho», en el vol. col. *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, ed. a cargo de E. DÍAZ y A. RUIZ MIGUEL, Trotta, Madrid, 1996.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés IBÁÑEZ y otros, Trotta, Madrid, 1995.
- FISHKIN, J.: *Democracia y deliberación*, Ariel, Barcelona, 1995.
- FROSINI, V.: *La democrazia nel XXI secolo*, Ideazione, Roma, 1997.
- FROSINI, V.: *Il nuovo diritto del cittadino*, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5/6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991.
- FROSINI, V.: *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA PASCUAL, C.: *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1997.
- GARCÍA PELAYO, M.: «Estado legal y Estado constitucional de Derecho», en *Obras Completas*, CEC, Madrid, vol. III, 1991.

- HÄBERLE, P.: *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, Königstein, 1979.
- HÄBERLE, P.: *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980.
- HÄBERLE, P.: *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Alber, Freiburg/München, 1981.
- HÄBERLE, P.: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, 2.^a ed., 1996.
- HÄBERLE, P.: «Zeit und Verfassungskultur» en *Die Zeit*, (Schriften der Carl-Friedrich-von Siemens-Stiftung), pp. 289 ss, 1983.
- HÄBERLE, P.: *Feiertagsgarantien als Kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987.
- HÄBERLE, P.: «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat», en *Juristen Zeitung*, pp. 913 ss., reed. en el vol. col. a cargo de A. LÓPEZ PINA, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 260 ss, 1989.
- HÄBERLE, P.: *Europäische Rechtskultur*, Nomos, Baden-Baden, 1994.
- HÄBERLE, P.: *Retos actuales del Estado constitucional*, trad. cast. de X. ARZOZ, IVAP, Oñati, 1996a.
- HÄBERLE, P.: «Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica», trad. cast. de E. MIKUNDA, en el vol. col. ed. a cargo de A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996b.
- HÄBERLE, P.: «Derecho Constitucional Común Europeo», trad. cast. de E. MIKUNDA, en el vol. col. ed. a cargo de A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996c.
- HABERMAS, J.: *Technik und Wissenschaft als >Ideologie <*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1968, (existe trad. cast. Tecnos, Madrid, 1984).
- HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. cast. de L. ARROYO y F. MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1984.
- KELSEN, H.: *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Franz Deuticke, Wien, 1905.
- KELSEN, H.: «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», en *Die Justiz*, vol. 6, 1931.
- KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960, 2.^a (existe trad. cast. de R. VERNENGO, UNAM, México, 1979).
- KELSEN, H.: *Allgemeine Theorie der Normen*, ed. a cargo de K. RINGHOFER y R. WALTER, Manzsche Verlag-und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979.
- KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2.^a ed., 1976.
- KRIELE, M.: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. cast. de E. BULYGIN, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- KRIELE, M.: *Liberación e ilustración. Defensa de los Derechos humanos*, trad. cast. de C. GANCHO, Herder, Barcelona, 1982.
- LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de A. GALLEGO ANABITARTE, Ariel, Barcelona, 1986, 2.^a ed., 4.^a reimp., la 1.^a ed. alemana data de 1957.
- LOSANO, M. G.: *Para una teoría general de las leyes sobre la protección de los datos personales* en el vol. col. *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991*, Fundación Citema, Madrid, 1992.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

- LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución abierta y sus «enemigos»*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid & Eurolex, Madrid, 1993.
- LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución en la encrucijada (Palingenesia Iuris Politi-ci)*, RACMP, Madrid, 1994.
- MODUGNO, F.: *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- NIETO, A.: *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996.
- OLLERO, A.: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982.
- PEÑA, A.: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- PECES-BARBA, G. con la colaboración de DE ASÍS, R, FERNÁNDEZ LIESA, C. R, y LLAMAS, A.: *Curso de derechos fundamentales, (I). Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Le generazioni dei diritti umani*, en el vol. col. a cargo de F. RICCOBONO, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Las generaciones de derechos fundamentales*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm.10; 1991b.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1994.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid; 5.ª ed., 1995a.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: «El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle», en REP, núm. 88; 1995b.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 6.ª ed., 1995c.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: «Derechos humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?», en el vol. col. a cargo de A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996a.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996b.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, ed., 1987.
- PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- RIVERO, J.: «Rapport de synthèse» del Coloquio Internacional sobre *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, (Aix-en-Provence, 19-21 de febrero de 1981), en RIDC, núm. 2; 1981.
- RODOTÀ, S.: «Verso lo Stato costituzionale», en *L'Indice dei libri del mese*, num. 3, 1993.
- RUBIO LORENTE, F.: Recensión de la obra de G. Zagrebelsky, *Il Diritto mitte*, en REDC, XIV/40, 1994.

- RUBIO LLORENTE, F.: «Prólogo» al vol. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E.: «Los derechos humanos de la tercera generación: la libertad informática», Comunicación presentada al *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992), en *Informática y Derecho*, 3.
- SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de F. AYALA, Alianza, Madrid, 1982, la 1.^a ed. alemana data de 1928.
- STERN, K.: *Anwaltschaft und Verfassungsstaat*, C. H. Beck, München, 1980.
- STERN, K.: *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, C. H. Beck, München, ed. 1984.
- STRAUCH, H. J.: «Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit», en la obra a cargo de M. TOHIDIPUR, *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a M., vol. 2, 1978.
- TOHIDIPUR, M.: *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 2 vols, ed. 1978.
- WAHL, R.: «Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat*, vol. 20, 1981.
- ZAGREBELSKY, G.: «I diritti fondamentali oggi» en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXXII/1, 1992.
- ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. GASCÓN, Trotta, Madrid, 1995.
- ZAGREBELSKY, G.: *La crucifixión y la democracia*, trad. cast., Ariel, Barcelona, 1996.
- ZIPPELIUS, R.: *Allgemeine Staatslehre*, C. H. Beck, München, 11.^a ed., 1991.

Derecho y punto de vista moral*

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

DERECHO Y MORAL, UNA VEZ MÁS

Ante el perpetuo problema de las relaciones entre Derecho y moral a lo más que cabe aspirar, aparte de no sucumbir en los enredos de un debate sumamente complejo, es a ordenar algunos de los términos del problema, a ordenar planos y temas, a ser posible desde un punto de vista ya que no nuevo sí iluminador o, al menos, no obscurecedor. Si se me tolera el juego de la reiteración, el punto de vista que aquí voy a adoptar es el de la consideración de la propia idea de punto de vista como elemento central para el análisis de algunos aspectos de ese torturado problema de las relaciones entre Derecho y moral. En tal sentido, el contenido de mi ponencia reorienta el título que de forma tentativa y hasta temeraria originariamente le propuse a Luis Prieto desde la cuestión del punto de vista moral en el Derecho hacia la pregunta por la relevancia de la existencia de distintos puntos de vista en los entrecruzamientos y apartamientos entre Derecho y moral. Mi nuevo título sería, así pues, no tanto «Derecho y punto de vista moral», como más bien «Derecho, moral y puntos de vista».

* Texto de la ponencia presentada en las Jornadas de Filosofía del Derecho celebradas en Toledo, en marzo de 1997, por cuya invitación quedo agradecido a Luis Prieto. Agradezco también a Juan Carlos Bayón, Albert Calsamiglia y Francisco J. Laporta sus útiles observaciones tras la lectura de este trabajo, así como las variadas y agudas críticas formuladas tras su exposición en el Seminario de Vaquerías, Argentina, de agosto de 1997, muchas de las cuales, sin embargo, exceden el marco de lo que me ha sido posible recoger y corregir en el presente texto.

Desarrollaré mi ponencia en tres partes, a las que antepondré unas breves consideraciones sobre la propia noción de punto de vista y unas observaciones terminológicas sobre la relación entre puntos de vista interno y externo y puntos de vista del participante y del observador. Tras ello, en la primera parte de mi exposición, defenderé sustancialmente la tesis de la prioridad lógica o conceptual del punto de vista interno de Hart, donde analizaré también la naturaleza moral de tal punto de vista. En la segunda parte, presentaré críticamente la tesis de la prioridad epistemológica del punto de vista del participante del sistema jurídico, que viene suscitada por teorías que, como la de Dworkin, adoptan ese punto de vista en su defensa de una conceptualización o identificación teórica del Derecho de carácter moral. La tercera y última parte, analiza lo que podría denominarse la tesis de la prioridad normativa del punto de vista moral, que aparece en distintas propuestas que defienden la ineludibilidad o la conveniencia de apelar a la moral en la interpretación teórica y práctica de las normas jurídicas.

PUNTOS DE VISTA: SUJETOS, OBSERVADORES Y PARTICIPANTES

La noción de «punto de vista» alude a la visión de un sujeto, de cualquier sujeto individual, que, a diferencia de los sujetos colectivos, es el único con capacidad propiamente dicha de ver. Si se quiere, pues, la noción alude a la adopción de una perspectiva subjetiva, por más que esta observación no comprometa a orteguismo alguno y exija enseguida precisar su alcance y sus virtualidades. Por comenzar por estas últimas, esto es, por las ventajas teóricas que avalan el uso de esta terminología, considerar algo desde la noción de «punto de vista» es congruente con, y, lo que es más importante, puede ser expresivo —y en este caso lo es—, de la adopción de una posición de individualismo metodológico: por afirmarlo con crudeza, en el Derecho y la moral, los campos sobre los que aquí vamos a discutir, lo que en último término hay son puntos de vista, esto es, criterios y posiciones mantenidos desde la perspectiva de distintos sujetos (por lo demás, aunque ese no sea aquí el tema, diría que lo mismo ocurre en otras esferas, como en las teorías científicas, las opiniones políticas o las apreciaciones estéticas). Naturalmente, esta opción metodológica es, precisamente, una opción y no la única posibilidad en juego. Es, pues, si se me permite el juego de palabras, mi punto de vista sobre una típica cuestión de presupuestos filosóficos sobre la que, ya que resulta inevitable optar, parece conveniente hacer explícita de antemano la propia perspectiva para situar uno de los marcos en los que se encuadran las consideraciones que siguen.

Junto a lo anterior, y para decir también algo sobre el alcance de la noción, el que los puntos de vista sean subjetivos en absoluto significa,

en primer lugar, que por necesidad hayan de ser radical y solitariamente individuales, caracterizables por la intransferibilidad de ciertos sentimientos o experiencias, como la propia muerte, pues es bien obvio que un punto de vista, por ejemplo en defensa del mencionado individualismo metodológico, puede ser compartido por muy numerosos sujetos sin que, en el límite, nada impida que pueda serlo incluso universalmente. Partir de la noción de punto de vista tampoco significa, en segundo lugar, comprometerse con una concepción unilateral, reductivamente subjetivista o perspectivista, del conocimiento o la visión de las cosas, pues somos sujetos capaces de desdoblarnos y, con tal operación de reflexión, de mirar desde distintos ángulos y, en particular, como ha mostrado Thomas Nagel en su *The View from Nowhere*, tanto desde dentro, sin separarnos de lo que estamos considerando en una forma tan cercana que nos absorbe casi por completo, cuanto desde fuera, alejándonos de esa visión hasta mirarnos a nosotros mismos y a las cosas *sub specie aeternitatis*: visiones diferenciadas que, sin necesidad de renunciar al individualismo metodológico, se han denominado a veces, respectivamente, punto de vista subjetivo y objetivo, interno y externo o, en fin, del participante y del observador.

Las denominaciones inmediatamente precedentes, ni del todo equivalentes ni del todo inocentes, me conducen ya al motivo central de esta ponencia, las relaciones entre Derecho y moral, donde la noción de punto de vista ha adquirido en los últimos años una enorme relevancia por influencia de la obra de Hart y, en particular, por efecto de su crucial distinción entre punto de vista interno y externo, que se encuentra en el centro de varios de los nudos más enredados de la teoría jurídica contemporánea. Para empezar a intentar desenredar la madeja, o en todo caso para no comenzar enredándome en ella, en adelante voy a prescindir de la en este asunto más bien distorsionadora terminología «subjetivo-objetivo» y voy a mostrar antes de nada algunas diferencias relevantes entre los dos binomios restantes: el de punto de vista interno y externo y el de punto de vista del observador y del participante.

Como agudamente vio Neil MacCormick comentando la distinción hartiana entre punto de vista interno y externo ante una práctica como la de seguir ciertas normas sociales, esa dicotomía no se corresponde estricta y exactamente con la que diferencia entre observadores y participantes en esa misma práctica. En efecto, por un lado, no todo participante (o agente, o aceptante) adopta necesariamente el punto de vista interno, si por tal entendemos, como lo presenta Hart, el de quien considera que la norma es, tanto para él como para los demás sujetos, una razón para actuar y juzgar las acciones, pues junto a ese tipo de participante pueden existir otros, como quienes obedecen las normas por mero hábito, por conveniencia o por indolencia pero «siguen la corriente» a los primeros comportándose como ellos, es decir, como si compartieran el punto de vista interno pero sin hacerlo en realidad. Por otro lado –y como el mismo Hart había ya avanzado (*cfr.* 1994: pp. 86 y 87; t. c.: pp. 110

y 111)— no todo observador adopta sin más un mero punto de vista externo a la práctica en cuestión sino que, expresándolo de forma más precisa, hay al menos dos tipos bien diferentes de observadores: uno, el observador que adopta un punto de vista externo extremo y sólo es capaz de ver conductas y regularidades externas, como el marciano que recién llegado a la tierra observara nuestras pautas ante los semáforos o el antropólogo que se limitara a describir los usos en el intercambio de bienes en un poblado culturalmente ajeno; y otro, el observador que se coloca en un punto de vista externo crítico, por el que, adoptando cognitivamente el punto de vista interno de los participantes de la práctica, puede además dar cuenta de las motivaciones que explican las conductas y regularidades que observa (*cf.* MacCormick 1994: pp. 288-292).

Junto a lo anterior, si se añade que cualquier práctica y cualquier norma social pueden ser juzgadas mediante un criterio ajeno a ellas mismas, la cuestión se complica más, pues mientras tal criterio, supongamos que de carácter moral, aparece como defendido desde un punto de vista externo a la práctica o norma en cuestión, sólo en un sentido por un lado muy amplio y por otro muy limitado es caracterizable como propio de un observador: muy amplio, en el sentido de que en absoluto se trata de una «observación» propiamente dicha, de carácter descriptivo, sino en el sentido más genérico de que adoptar un punto de vista externo a algo revela un cierto aunque vago componente de observación, en cuanto que se pone o se dispone la atención hacia algo exterior a uno; y muy limitado porque, a fin de cuentas, tal observación, según es bien claro en el caso de los juicios morales realizados desde fuera de una práctica o norma, ha de acompañarse con la adopción del punto de vista típico de un participante en lo que se refiere al código normativo propuesto o presupuesto como criterio de juicio. Esta ambivalencia de perspectivas, por la que para juzgar algo desde fuera hay que hacerlo desde algún «dentro», no tiene más de particular que la posibilidad de que toda madre sea también hija, pero no es ocioso dejarla anotada como posible rasgo de los juicios críticos, especialmente morales, frente a normas sociales o jurídicas.

Por lo demás, será conveniente añadir ahora un comentario sobre la ambigüedad de la expresión «punto de vista moral», ambigüedad que no me parece que se produzca —o no al menos de la misma manera— cuando hablamos de «punto de vista jurídico». Me refiero al distinto significado que la idea de moral puede y suele adquirir según se hable de «el punto de vista moral» o de «un punto de vista moral»: en el primer caso, la moral aparece sobre todo como forma o estructura, en el sentido de que, con independencia de su contenido, se alude a una razón o justificación de carácter último y dominante sobre otras y que es adoptada como criterio imparcial y universalizable; en el segundo, en cambio, la moral aparece como un contenido específico relativo a conductas, normas o instituciones. Como es obvio, en una concepción subjetivista o internalista de la moral, dentro del punto de vista moral en el primer sentido, formal,

pueden caber, conceptualmente al menos, tantos puntos de vista en el segundo sentido como sujetos. Como se verá, es conveniente retener esta distinción para afrontar algunos de los problemas que me he propuesto abordar aquí.

Por último, para evitar las posibles ambigüedades, en adelante utilizaré la terminología de punto de vista del participante y del observador con preferencia sobre la de punto de vista interno y externo, con la obligada excepción de la discusión de la teoría de Hart. Asimismo, consideraré participante a todo el que usa las normas para regular las conductas sociales, mientras que se tendrá por observador a quien contempla, estudia o se refiere a las normas sin usarlas con dicha función reguladora, entendiendo siempre, además, que se trata de un observador crítico, capaz de comprender el punto de vista de los participantes, y no un mero recolector de hechos y regularidades. Y, en fin, aparte de las advertencias expresas, espero que por el contexto de cada ocasión no sea difícil distinguir cuándo me refiero al punto de vista moral en sentido formal y en sentido material.

SOBRE LA PRIORIDAD LÓGICA DEL PUNTO DE VISTA INTERNO: LA MORAL DE LOS PARTICIPANTES EN EL DERECHO

Una de las virtudes más justamente reconocidas de la teoría jurídica de Hart ha sido su insistencia en el punto de vista interno para una adecuada comprensión del Derecho. Con objetivos y resultados similares a los de Kelsen, pero por un camino diferente, más empírico y menos confuso, esa insistencia es la principal fuente de la crítica y la superación hartianas de las distintas visiones del Derecho en términos reductivamente fácticos, desde la teoría de Bentham y Austin de las normas como mandatos y hábitos hasta la concepción del realismo americano de las reglas como meros hechos o regularidades a predecir. Frente a estas visiones ultrapositivistas, que no captan la típica actitud normativa que se desarrolla en los sistemas normativos, el punto de vista interno manifestaría el reconocimiento de las normas jurídicas como razones para la acción justificadas en algún sentido —según Hart, no necesariamente moral, pero se volverá sobre esto—, y no como meros motivos de hecho por los que alguien se ve obligado a actuar. Por eso, a diferencia del modelo de la obediencia a mandatos bajo amenaza de sanción, tradicionalmente ejemplificado por el orden del asaltante, el punto de vista interno añadiría a la simple y cruda situación de «estar obligado» la noción de «obligación» jurídica. La aparición de tal normatividad, por lo demás, sería una característica esencial de todo sistema jurídico, en la medida en que sin el mencionado reconocimiento por parte de al menos los funcio-

narios llamados a aplicar sus normas, el sistema jurídico ni siquiera sería concebible.

Lo que Hart ha establecido mediante este conocido diseño podría denominarse la prioridad lógica o conceptual del punto de vista del participante. En efecto, si nadie mantuviera ese punto de vista ante las normas, no sería siquiera imaginable la existencia de un sistema normativo, pues no sólo faltaría el cemento de creencias y actitudes que parece necesario para poder hablar de una organización social que merezca tal nombre, esto es, que disponga de una mínima coherencia y continuidad, sino que, sobre todo, tal sistema adolecería de la básica pretensión de justificación necesaria para presentarse como conjunto normativo diferenciable del conjunto formado por la suma de órdenes formuladas por distintos asaltantes (no digo «por las órdenes de una banda de asaltantes» porque tal banda podría tener una cierta pretensión de legitimidad, siendo, en ese aspecto, indiferenciable de cualquier sistema jurídico)¹. Es cierto que para cumplir las anteriores condiciones, según Hart —y ello muestra el realismo de su posición—, no es necesaria la adopción del punto de vista interno por parte de todos y ni siquiera de una mayoría o parte relevante de los sujetos a él, sino sólo que sea adoptado por el conjunto de los funcionarios encargados de hacer cumplir las normas del sistema². En síntesis apretada, se podría concluir que lo que Hart ha puesto de manifiesto respecto del sistema jurídico es una observación análoga a la de que una religión no puede existir sin creyentes.

Sin embargo, la anterior teorización de Hart ha recibido dos tipos de objeción que afectan al problema de las relaciones entre Derecho y moral, si bien en cierto modo de manera opuesta. Por la primera se ha negado la necesidad conceptual del punto de vista interno, al menos de un punto de vista interno auténtico o sincero, de modo que la teoría hartiana habría ido demasiado lejos. Por la segunda, al contrario, se ha insistido en que tal teoría se ha quedado corta por haberse negado a aceptar que el punto de vista interno es en realidad un punto de vista moral. Dedicaré el resto de esta parte a comentar ambas objeciones con algún detenimiento.

La primera objeción, que puede comentarse con mayor brevedad que la otra, ha destacado que, en realidad, la tesis de Hart sobre la importancia del punto de vista interno no exige una concepción fuerte de ese punto de vista, esto es, una concepción que haya de identificarlo necesariamente con una adhesión sincera al sistema normativo, sino que el único requisito conceptualmente necesario para predicar la existencia de

¹ La exigencia de la pretensión de legitimidad, con distintos enfoques y matices, ha sido defendida por numerosos autores, en los años más recientes, entre otros, por ALEXY, GARZÓN VALDÉS, NINO, DELGADO PINTO o SOPER.

² Sobre el concepto de «aceptación» en la teoría de Hart véase REDONDO 1996: cap. V, donde, no obstante muchas inteligentes observaciones a tomar en cuenta, se parte de una distinción entre aceptación y creencia que en realidad, a mi modo de ver, no distingue y que hace discutible la tesis central allí mantenida.

tal sistema sería que al menos el conjunto de los funcionarios se comporten externamente como si adoptaran el punto de vista interno. Esto es, dicho de otro modo, que se podría afirmar que un sistema jurídico existe aun cuando todos los afectados por él fingieran estar sinceramente motivados por la adhesión a sus normas, presumiblemente por el desconocimiento recíproco de la verdadera actitud de los demás³: por más que el resultado de esta situación sería lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado «Irrlandia» (*cfr.* 1992: p. 322), parece que, aun basado en un equívoco, no dejaría de ser un «land», esto es, un sistema jurídico-político. Esta objeción parece impugnar no sólo la necesidad lógica del elemento volitivo del punto de vista interno, según la distinción de MacCormick antes apuntada, sino que también anticiparía una réplica a la segunda objeción, pues, de ser acertada, excluiría *a fortiori* el carácter lógicamente necesario de la aceptación moral del sistema jurídico por parte de al menos algunos de sus integrantes.

Considero que esta primera objeción es acertada aunque escasamente relevante, tanto empírica como conceptualmente. Es irrelevante, desde luego, empíricamente, en la medida en que parece altamente inverosímil, por no decir francamente inviable, la existencia de un sistema genuinamente normativo, dotado de cierta continuidad y coherencia, que no sea aceptado por ninguno de sus sustentadores ni de los sometidos a él que se apoye en un fingimiento generalizado y mutuo: para precisar un poco más, lo que parece empíricamente imposible es la *puesta en existencia* de tal sistema normativo (o religioso), si bien, una vez puesto en marcha por la creencia genuina en sus valores por parte de algunos de sus participantes, sean sus autores o sus sujetos pacientes, no es del todo impensable fácticamente la *subsistencia* de tal sistema, aunque ello siga siendo muy inverosímil y, en todo caso, resulte extremadamente improbable su *pervivencia* a largo plazo en tales condiciones. Pero, sobre todo, la objeción es conceptualmente poco relevante, creo, por la sencilla razón de que todo fingimiento es conceptualmente parasitario de su correlato genuino, de modo que la idea de un punto de vista interno auténtico sigue siendo una presuposición necesaria para predicar la existencia del sistema normativo (o religioso) en cuestión. De este modo, lo único que la objeción obliga a precisar es el lugar que la adopción del punto de vista interno ocupa en la noción de sistema normativo: si en Hart se predicaba de éste la necesidad de que algunas personas *adopten directamente* dicho punto de vista, en la versión corregida después de aceptar esta objeción se predica únicamente la necesidad de que al menos algunas personas no sólo adopten indirectamente el mentado punto de vista sino que además crean que otras personas lo adoptan genuinamente. De tal modo, lo que es necesario como mínimo es la *adopción indirecta o por referencia* del punto de vista del participante, sin la cual es conceptualmente impensa-

³ *Cfr.* SARTORIUS 1987: pp. 51 y 52; para un desarrollo de esta tesis, con varias oportunas precisiones, *vid.* BAYÓN 1991: pp. 455-458.

ble un sistema jurídico (esa es, por cierto, la moraleja de la anécdota, seguramente apócrifa, del embajador en el Vaticano cuya buena fe era comentada así por un cardenal: «Ma questo giovanotto è davvero cattolico o sta nel segreto?»).

Las observaciones anteriores pueden servir tal vez bajo una nueva luz la tesis de Alexy sobre la contradictoriedad pragmática o performativa de una norma jurídica que proclamara la ilegitimidad del propio sistema jurídico o de una sentencia que declarara su injusticia, que puede ser considerada como una derivación de la tesis de Hart de la necesidad del punto de vista interno (*cf.* 1989: pp. 178-179). La razón por la que tales declaraciones serían absurdas o irracionales parece, simplemente, que el legislador o el juez no pueden negar expresamente la adopción del punto de vista interno so pena de negar su competencia para dictar normas o sentencias. Lo interesante de todo ello es, me parece, que lo único que excluye conceptualmente la noción de Derecho es precisamente aquella proclamación de ilegitimidad, esto es la negación expresa de la adopción del punto de vista interno, lo que significa que los legisladores y jueces deben como mínimo afirmar implícitamente tal adopción, aunque tal afirmación sea fingida. Eso explica, a mi modo de ver, que se pueda excluir como irracional y absurda la proclamación oficial del propio sistema jurídico como ilegítimo, pero no la racionalidad de dos tipos de sistemas jurídicos radicalmente injustos: de un lado, el del sistema cuyos autores y beneficiarios creen que es injusto pero se abstienen de proclamarlo y, de otro lado, el del sistema que, con independencia de lo que crean sus autores y beneficiarios, mantiene normas injustas sin proclamarlo expresamente. Aunque la distancia práctica entre el primer caso y estos otros dos sistemas pueda parecer escasa⁴, la diferencia está en que el primero no resulta pensable como sistema jurídico, en la medida en que minaría alguno de los elementos básicos por los convencionalmente que tales sistemas se reconocen como tales. Aun así, ha de reconocerse que sistemas radicalmente injustos, como el de nazi o el sudafricano del *apartheid*, parecen cumplir tal criterio de juricidad.

La segunda objeción a la caracterización hartiana del punto de vista interno como fundamento de una obligatoriedad jurídica diferenciada de la moral es, me parece, de mucho más alcance que la anterior, en la medida en que pone de manifiesto su ambigüedad y, lo que es más grave en último término, su insostenibilidad por empeñarse en diferenciar entre punto de vista interno y punto de vista moral. La ambigüedad, o aparente ambigüedad, de la posición de Hart sobre el punto de vista interno, que ha sido subrayada por diversos autores⁵, puede ser sintetizada con brevedad. Por un lado, en *The Concept of Law* se caracteriza ese punto de vista

⁴ En efecto, se diría que en la práctica el resultado no es grandemente relevante en la medida en que resulta improbable que el mal trato que puedan recibir los discriminados sea diferente según la norma diga «El Estado X se basa en el criterio de discriminación injusta frente a los B» o «Los B son inferiores al resto de los ciudadanos y serán tratados conforme a ello».

⁵ *Vid.*, por ejemplo, SOPER 1984: 61 y 62, y GARZÓN 1996: 405 y 406.

como expresión de «una actitud crítica reflexiva» hacia el comportamiento propio y ajeno que exige conformidad con las pautas del sistema por considerarlas justificadas⁶, pero, por otro lado, en un lugar bien diferente del libro se distingue expresamente entre dicho punto de vista y el moral porque la básica aceptación del sistema por parte de los funcionarios, afirma Hart, también puede ser realizada por razones no morales, como por cálculo interesado a largo plazo, mero hábito heredado e irreflexivo o mimetismo hacia la conducta ajena⁷.

Esta diferenciación entre el punto de vista interno y el moral, que es la que Hart ha defendido después de *El concepto de Derecho* (cfr. 1982: caps. VI y X; 1994: pp. 268-272), parece presuponer la existencia de una forma de obligatoriedad o justificación jurídica distinta de la propia de la moral pero, a la vez, diferenciable de la vinculatoriedad generada por el uso de la mera fuerza (que en términos hartianos, como he dicho, no implicaría obligatoriedad o justificación alguna, sino un mero «verse obligado» o forzado a hacer algo). Se diría que las referencias de Hart a motivos del comportamiento como el cálculo interesado, el hábito irreflexivo y el mimetismo social presuponen un trasfondo kantiano en su concepto de lo moral⁸, y ello tanto porque, negativamente, los tres motivos son diferenciables de la reflexión autónoma esencial a la moral kantiana cuanto porque, positivamente, uno de aquellos tres motivos, el cálculo interesado a largo plazo, coincide con la categoría de la prudencia, precisamente definida por Kant como la «habilidad en la elección de los

⁶ El texto literal es el siguiente: «Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad, y en reconocimiento de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tú tienes que”, “el debería”, “correcto”, “incorrecto”, etc.» (1961: p. 56; t. c.: p. 72).

⁷ El texto literal es el siguiente: «es una condición necesaria de la existencia del poder coactivo que por lo menos algunos tienen que cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas. En este sentido es verdad que el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada. Pero la dicotomía de “derecho basado meramente en el poder” y “derecho aceptado como moralmente obligatorio” no es exhaustiva. No solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a hacerlo, si bien lo es que cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable. En efecto, el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros. No hay por cierto razón alguna que se oponga a que quienes aceptan la autoridad del sistema continúen haciéndolo por una diversidad de consideraciones, no obstante que un examen de conciencia los haya llevado a decidir que moralmente no deben aceptarla» (1961: pp. 198-199; t. c.: pp. 250-251; en sentido similar, Hart, «*Legal and Moral Obligation*»: p. 92).

⁸ La cuestión es debatible porque, como ha puesto de manifiesto MacCormick, el trasfondo conceptual de la moral en Hart es, matizadamente, más humeano que kantiano (cfr. 1981: 25-26 y 45-54). Afortunadamente, sin embargo, la argumentación del texto no exige entrar en semejante cuestión, pues sigue siendo válida, incluso con mayor razón, aun cuando Hart mantenga una concepción de la moral más humeana que kantiana, esto es, más atenta a su enraizamiento social que a su fundamentación en la autonomía individual.

medios para el mayor bienestar propio» (1996: pp. 160 y 161). Con todo, para simplificar la discusión reduciré la posición de Hart a la pretensión de considerar la obligatoriedad jurídica como una manifestación de la justificación prudencial. Así acotado, el problema entonces es si es posible hablar, precisamente, de una «justificación» prudencial, como diferente de la justificación moral, o si, por el contrario, tal categoría resulta confundente y mixtificadora.

El caso de contraste se presenta cuando la acción realizada por prudencia no está justificada moralmente, por ejemplo, cuando una persona, por ejemplo un funcionario, utiliza la coacción con otra para hacer carrera o para ganar dinero (y algo semejante se podría decir de las acciones realizadas por mero hábito o por mimetismo). Pero la «justificación» que tal tipo de acción puede tener es sólo la puramente interna a la relación entre los medios empleados y un determinado objetivo, en cuanto mera racionalidad instrumental, sin que pueda ofrecerse como justificación propiamente dicha o fuerte, esto es, frente a otros, incluidos los afectados, y como actuación racional conforme a fines últimos e imparcialmente compartibles. En casos semejantes la conducta de alguien no puede quedar genuinamente justificada y en tal aspecto no puede distinguirse formalmente de la orden del asaltante, y tanto si lo consideramos desde el punto de vista del perjudicado por la conducta como desde el de quien busca servir su propio interés.

Así vistas las cosas, y tomando el modelo jurídico de la obediencia del súbdito frente a la orden del funcionario, no parece haber un *tertium genus* entre la imposición por la fuerza o *propter iram* y la justificación moral o *propter conscientiam*. Y ello no sólo es así desde el punto de vista del súbdito, lo que nunca ha necesitado mayor argumentación, sino también desde el del funcionario, quien en tal caso no podría asumir el punto de vista interno genuino, esto es, tomar la norma como justificación apropiada y suficiente de su conducta frente a sí mismo y a los demás. Frente a ello, lo que puede explicar la atracción ejercida por la argumentación de Hart es la ambigüedad de la diferenciación entre el criterio moral de autonomía (donde cabe incluir sus alusiones a la reflexión en conciencia) y motivos como la prudencia, el hábito irreflexivo o el mimetismo hacia la conducta ajena, pues tal diferenciación puede proponer tanto una relación de oposición como una relación de compatibilidad. Pero si en el primer caso hablar de justificación por motivos no morales es imposible, parecería que en el segundo se hace un lugar para una especie distinta de justificación, cuando en realidad la única justificación que dichos motivos pueden tener en tal caso es que se trate de motivos moralmente *permitidos*. Dicho de otro modo, ni la prudencia, ni las tradiciones, ni la tendencia a la conformidad con la conducta social pueden justificar nada por sí mismas si no hay alguna razón ulterior e imparcial que las avale, esto es, ese tipo de razón última que se suele denominar moral, al menos en el sentido formal antes mencionado, esto es, con independencia de sus posibles contenidos diferentes.

Una vía distinta aunque complementaria de corroborar la conclusión anterior es analizar la comparación que el propio Hart ofrece en su libro entre el Derecho y la moral social (la cual, no se olvide, es moral crítica desde el punto de vista de los participantes en ella). Allí, en el epígrafe dedicado al tema «Obligación moral y jurídica», tras reconocer que hay varios y significativos rasgos comunes entre los sistemas jurídicos y los de la moral social –desde la imposición de sacrificios sobre las inclinaciones e intereses particulares hasta la vinculatoriedad más allá del consentimiento de los afectados, pasando por la existencia de una presión social para su cumplimiento o por la tipicidad de las situaciones reguladas (cfr. 1994: 167 y 168; t. c.: pp. 213 y 214)–, Hart enumera cuatro rasgos típicos de las reglas morales que no serían esenciales a las jurídicas: importancia, inmunidad al cambio deliberado, necesidad de intencionalidad en las transgresiones y, en último lugar, apelación para su cumplimiento a la conciencia y al respeto hacia las reglas mismas; frente a esos rasgos, y correlativamente, las reglas jurídicas no se caracterizarían de forma esencial por ser especialmente importantes (sin excluir, naturalmente, que existan muchas que puedan serlo por la coincidencia de su contenido con reglas morales), ni por ser inmunes al cambio deliberado, ni por excluir la responsabilidad sin culpa, mientras que, en fin, apelarían para su cumplimiento a las amenazas de castigo externo (cfr. 1994: pp. 169-176; t. c.: pp. 215-223).

Ahora bien, ninguna de estas razones –algunas de las cuales son contingentes, como la mayor relevancia en la moral de la intencionalidad en las transgresiones o la mayor capacidad de los sistemas jurídicos para el cambio deliberado⁹– sirve para impugnar la naturaleza moral del punto de vista interno ante un sistema jurídico. La razón fundamental de ello es que dicho punto de vista consiste en la aceptación como justificado del sistema jurídico y, al menos en principio, de las reglas derivadas de él, y el contenido de tal aceptación tiene prominentemente los rasgos de importancia, inmunidad al cambio deliberado y apelación al valor mismo de la existencia del sistema que según Hart caracterizan a las reglas morales. Ocurre así con el Derecho algo en parte semejante a la justificabilidad moral de la institución de la promesa, que puede dar lugar a compromisos concretos triviales y susceptibles de modificación por condiciones expresas previas o por concesión de la otra parte, mientras la institución misma mantiene toda su importancia y es inmune al cambio deliberado. De modo semejante, la aceptación moral del sistema jurídico comporta en principio la aceptación de las normas jurídicas derivadas,

⁹ Además de los sistemas jurídicos esencialmente basados en la costumbre, cabe recordar que en *La rebelión de las masas* Ortega y Gasset deploraba lo mudadizo del Derecho contemporáneo, que habría violado «la inexorabilidad y la invariabilidad» esencial al Derecho justo: y no por casualidad, es entonces cuando cuenta el chiste del gitano y los mandamientos: «El gitano se fue a confesar; pero el cura, precavido, comenzó por preguntarle si sabía los mandamientos de la ley de Dios. A lo que el gitano respondió: *Misté, padre: yo loh iba a aprendé; pero he oído un runrún de que loh iban a quitá*» (1930: p. 238).

que además de ser susceptibles de cambio deliberado y de contener regulaciones tal vez poco importantes, pueden diferenciarse netamente de algunas normas de la moral social (por ejemplo, permitiendo jurídicamente conductas socialmente reprobadas o incluso, lo que preocupa en exceso a Hart, admitiendo casos de responsabilidad objetiva). Nada de ello, sin embargo, impugna la conexión aquí comentada entre el sistema jurídico y la moral, pues no pone en cuestión que al menos el conjunto de quienes están llamados a hacer cumplir las normas jurídicas hayan de actuar como si las aceptaran, no por temor a las sanciones coactivas sino por el convencimiento sobre su justificación moral.

El alcance de la tesis que he venido afirmando, sin embargo, es realmente poco revolucionario¹⁰, pues se limita a afirmar, desde el punto de vista de un observador, que la existencia de un sistema jurídico requiere que al menos sus órganos mantengan o aparezcan como manteniendo (esto es, mantengan directamente o por referencia) el punto de vista interno, identificado con su propia moral, pero sin implicar en ello que el propio observador comparta el contenido de tal moral, por más que deba reconocerla como moral positiva de un determinado grupo social y, por tanto, como moral en el sentido formal o estructural ya mencionado. O, dicho con otra terminología, que lo que denominamos sistema jurídico presupone un cierto y mínimo grado de legitimación —que, no se olvide, es legitimidad desde el punto de vista interno de quienes lo sustentan— y que ello comporta una básica pretensión de justicia conceptualmente necesaria (pretensión, sea dicho una vez más, que puede ser directa o simplemente por referencia, en el improbable caso de resultar colectivamente fingida). O, en fin, por considerarlo todavía desde otra categorización, la tesis implica que al menos buena parte de los funcionarios necesarios para el mantenimiento del sistema jurídico han de sustentar —o, al menos, dar a entender que sustentan— la posición que Bobbio denominó «positivismo ideológico» (*cfr.*, por ejemplo, 1993: pp. 227 ss.). Todo ello significa que la teoría de Hart puede seguir siendo una teoría descriptiva, no moralmente comprometida, y que, por tanto, se limita a dar cuenta del Derecho como un fenómeno fáctico, si bien más complejo de lo que aparece en otros modelos, como el de Austin o, incluso, el de Kelsen.

Ahora bien, en sí misma, como muestran las anteriores presentaciones, la tesis misma es casi tan trivial que puede llamar a extrañeza que Hart se haya resistido tanto a reconocerla como aceptable. Más allá de sus tomas de distancia frente a la que —en referencia sobre todo a la crítica de Raz en la dirección anterior— consideró una visión ultrarracionalista de la argumentación jurídica (*cfr.* 1982: pp. 157-160), tal vez aquella

¹⁰ Poco revolucionario, pero no por ello necesariamente evidente: terciando en esta misma polémica, John Finnis ha criticado a Sartorius por «haber confundido la tesis de MacCormick —de que no se puede decir que las reglas son aceptadas a menos que la gente tenga un cierto orden de preferencias y creencias que incluyan la creencia de que la regla es (moralmente) obligatoria— con la tesis bastante diferente de que allí donde es así aceptada realmente “genera” obligaciones morales» (1987: p. 65).

resistencia pueda explicarse también como reacción frente a la confusión de planos que parece producirse en una posición como la de Dworkin, que además de describir el Derecho destacando la necesidad del punto de vista moral por parte de sus aceptantes, ha defendido además la adopción de ese mismo punto de vista en su propia concepción teórica del Derecho, esto es, no sólo ha llevado a sus últimas consecuencias la *descripción* hartiana, sino que ha *propuesto* como *mejor* concepción del Derecho la que ella misma adopta el punto de vista interno o moral en la identificación del Derecho. Esto me permite pasar a la segunda parte antes anunciada, sobre la identificación teórica del Derecho y la prioridad epistemológica del punto de vista de los participantes.

SOBRE LA PRIORIDAD EPISTEMOLÓGICA DEL PUNTO DE VISTA DE LOS PARTICIPANTES: LA IDENTIFICACIÓN TEÓRICA DEL DERECHO

El reconocimiento de que para predicar la existencia de un sistema jurídico es lógicamente necesario que al menos una cierta masa crítica de *ciertos participantes* lo consideren o lo presenten como moralmente justificado (y, en todo caso, que actúen como si lo estuviera) no parece implicar que para identificar el Derecho teóricamente, esto es, para conocerlo y dar cuenta de él, sea necesario adoptar un punto de vista moral. Por continuar con el símil antes utilizado, una cosa es que no pueda existir una religión sin creyentes, que es lo que significa la prioridad lógica del punto de vista interno, y otra bien distinta es que, una vez que existe, el mejor conocimiento de una religión sólo se pueda obtener adoptando hasta sus últimas consecuencias el punto de vista del participante. Más todavía, conforme a los cánones empiristas, se podría argüir incluso que el conocimiento científico-social e histórico aumenta y se hace más fidedigno cuando, una vez tomado en cuenta el punto de vista de los participantes, el teórico procede como un observador capaz de distanciarse de la realidad estudiada hasta comprender también las causas que condicionan y explican los comportamientos de los actores desde un punto de vista más amplio y ajeno a ellos mismos¹¹.

Sin embargo, en el caso del conocimiento del Derecho —o, si se quiere, de su identificación por parte de los teóricos— las cosas no resultan tan sencillas, como ya lo indica el amplio abanico de posibilidades que se han defendido con opuestos pero aparentemente plausibles argumentos, desde la vindicación hartiana del observador crítico hasta la réplica dworkiniana en favor del punto de vista del participante, pasando por la tesis de Nino sobre el error de partida de semejante disputa en el entendido de que ambas conceptualizaciones serían aceptables, cada una en su

¹¹ Para una convincente defensa de esta tesis, *vid.* Elias 1990.

ámbito, según el distinto propósito perseguido mediante la operación de identificar el Derecho. Aun así, con independencia del acierto o desacierto de esta salomónica posición, que recuperaré al final de esta discusión, no deja de ser curioso que Nino termine siendo menos neutral de lo que aquella posición sugiere, hasta situarse más bien en el lado de Dworkin que en el de Hart. El modo en que Nino hace esto, además, es bien ilustrativo del cambio de perspectiva que se opera cuando se pasa desde la descripción del Derecho como conceptual o lógicamente conectado con la moral a la propuesta normativa de identificar al Derecho en conexión con la moral.

En abstracto, como he apuntado, Nino sostiene que en la vieja disputa entre los defensores del concepto descriptivo (o positivista) del Derecho y los del normativo-moral (o iusnaturalista) los únicos equivocados son quienes esencializan su concepto sin caer en la cuenta de que tanto uno como otro pueden ser apropiados según la oportunidad y la finalidad pretendida por la teoría (*cfr.* 1994, cap. 1). Sin embargo, parece que, a fin de cuentas, en cuanto teórico, Nino defiende que existe una «conexión justificatoria esencial» (1994: p. 83) del Derecho con la moral que no alude sólo a la primacía lógica comentada en el anterior apartado, por la que se reconoce *descriptivamente* esa conexión en las actitudes de ciertos órganos del sistema jurídico y que, por tanto, atiende a la moral como un marco conceptual o formal desde el que, con independencia de sus contenidos, aquellos órganos justifican dicho sistema. Nino va más allá y acepta *normativamente* dicha conexión, aunque con ello, naturalmente, no se limita a describir sino que toma posición por determinados criterios morales sustantivos y, como consecuencia de ello, ha de excluir como propiamente jurídicos en dicho sentido a los sistemas políticos que violan tales criterios, en su caso los no democráticos, como, según su propio ejemplo, las normas injustificadas de los regímenes argentinos *de facto* (*cfr.* 1994: pp. 62-71). Pero, precisamente, uno de los reproches que este desarrollo puede merecer es que no resulta del todo claro ni explícito el paso desde la descripción de la conexión entre el Derecho y el punto de vista moral formal en el sentido mencionado hasta la propuesta de la conexión entre *algunos* sistemas jurídicos y la moral como contenido (esto es, con el contenido aceptado por Nino): así, en el capítulo 4 de su libro *Derecho, moral y política*, y salvo en alguna esporádica ocasión, habla siempre de esta última conexión con referencia al Derecho en general, en vez de referirla sólo, como debería haberlo hecho expresamente, a los Derechos democráticos (*cfr.* 1994: pp. 130 ss.).

Esta reducción en la referencia semántica del concepto de Derecho parece casi inevitable para cualquier propuesta normativa que pretenda conectar Derecho y moral (digo «casi» para exceptuar las teóricamente posibles formas de iusnaturalismo cuyos criterios morales sean tan holgados que puedan ser cumplidos por cualquier sistema político). Aun dentro de sus transformaciones, así lo pone bien a las claras la evolución de la teoría de Dworkin, que es de interés sintetizar brevemente.

En un principio, en *Taking Rights Seriously*, su genérica adopción para cualquier sistema político de un concepto de Derecho moralmente comprometido con los principios «morales» inmanentes del propio sistema, le obligó a replicar a algunas críticas que ante sistemas radicalmente injustos la obligación del juez sería mentir, esto es, no integrar sus normas conforme a sus principios inmanentes. Más adelante, sin embargo, en *Law's Empire*, Dworkin ha argumentado que su concepto de Derecho procede de una concepción no semántica sino «interpretativa» (*interpretive*) que pretende referirse a un modelo cultural e históricamente delimitado, en la que no cuentan como propiamente jurídicos los sistemas políticos ajenos a la tradición democrático-liberal o, en una posición todavía «preinterpretativa», se consideran jurídicos pero en un sentido degenerado¹².

Teniendo presentes los dos anteriores ejemplos, el de Nino y el de Dworkin, de una conceptualización o indentificación teórica del Derecho de carácter normativo-moral, se puede dar paso ya a la discusión, todavía pendiente, sobre la pregunta por la preferibilidad epistemológica de este modelo de conceptualización del Derecho frente al modelo descriptivo al modo de Hart. Lo que me propongo a continuación es contrastar una argumentación sobre la prioridad epistemológica del punto de vista del participante frente a otra opuesta relativa al del observador. Después de ese contraste, habrá ocasión y razones para recuperar la salomónica posición de Nino, hace poco aludida.

La prioridad epistemológica del punto de vista del participante, que avalaría no sólo el concepto normativo-moral de Derecho sino el tipo de interpretación normativamente comprometida que es tradicional en la dogmática jurídica, podría ser defendida desarrollando —sin duda más allá de sus pretensiones e implicaciones estrictas— una argumentación de Juan Carlos Bayón sobre la diferencia entre observadores y participantes en la identificación del Derecho. A riesgo de simplificar en exceso, los presupuestos básicos de la tesis de Bayón son dos: de un lado, el individualismo metodológico aquí compartido según el cual, respecto del tema que nos ocupa, no existen más que puntos de vista individuales, se adopten como observador o como participante en un sistema jurídico, y, de otro lado, la tesis de que un sistema jurídico se compone de pautas de comportamiento o «normas» (sin excluir necesariamente de ellas pautas muy abstractas como los principios), entendidas no como formulaciones lingüísticas sino como los significados prescriptivos asumidos como válidos por los participantes del sistema (*cfr.* Bayón 1996a: pp. 50-56).

¹² Para el anterior contraste, *cfr.* 1984: pp. 450 y 451, y 1986: pp. 101-104.

En la introducción a su último libro, *Freedom's Law*, significativamente subtulado «La lectura moral de la Constitución americana», Dworkin argumenta ya directamente en favor de su teoría jurídica tomando como modelo ideal —en cuanto «triunfo del pensamiento liberal contemporáneo» (1996: p. 36)— al sistema constitucional de Estados Unidos, cuyo ideal de gobierno «no sólo bajo la ley sino también bajo los principios es la contribución más importante que nuestra historia ha dado a la teoría política» (1996: p. 6).

A partir de ello, Bayón sostiene que en cualquier sistema jurídico y para toda conducta puede haber tantas normas como participantes, normas que pueden ser sólo parcialmente (aunque sin excluir que en gran medida) coincidentes, y que la norma sobre una conducta identificada por un observador no puede ser más que una reconstrucción, con fines descriptivos y mediante unos u otros criterios de selección, de las distintas normas asumidas con fines justificatorios por los participantes, de modo que tendrá un contenido no coincidente con ellas (*cf.* 1996a: p. 56)¹³.

Pues bien, a partir de este punto, en el que se detiene Bayón, para llegar a la tesis de la superioridad epistemológica del punto de vista del participante sobre el del observador sólo habría que añadir que únicamente el teórico que adopta el primer punto de vista puede enriquecer el conocimiento de las normas con las razones que sufragan su punto de vista, en vez de limitarse a la escueta descripción de regularidades o coincidencias superpuestas de significados normativos asumidos por otros. Más todavía, bajo cánones metodológicos no empiristas, como los aristotélicos o los historicistas, la superioridad de tal punto de vista vendría corroborada porque en su interpretación de las normas el teórico-participante podría –y seguramente debería, si es competente– tener en cuenta el punto de vista del observador, por más que su pretensión sea ofrecer una interpretación moralmente comprometida¹⁴.

¿Se puede dar el paso anterior y afirmar la tesis de la superioridad epistemológica del punto de vista del participante? Antes de intentar una respuesta conviene todavía analizar la tesis opuesta, en favor del observador, para lo que podemos servirnos de la vindicación mantenida por Francisco J. Laporta. En una primera formulación, Laporta sostiene la tesis de la irrelevancia del punto de vista a efectos cognitivos, según la cual tanto un participante como un observador mínimamente competente deben coincidir en la verdad del enunciado «La norma A es derecho válido en el sistema X» (*cf.* 1993: p. 109). Pero, en realidad, a partir de esa afirmación, Laporta termina afirmando la tesis mucho más fuerte de la prioridad cognoscitiva del punto de vista del observador. Sus principales

¹³ Aunque no es asunto del todo claro, me parece que en la argumentación de Bayón las normas según los participantes y según el observador son no coincidentes tanto por su diferente contenido como por su diferente pretensión. Sin embargo, sólo esta última no coincidencia es necesaria, ya que la primera es, creo, contingente en relación con la creencia en (parcialmente) diferentes normas sobre la misma materia por parte de los distintos participantes, pues no me parece excluible que de hecho puedan existir normas en las que haya plena coincidencia sobre su significado y alcance entre todos los participantes y que, por tanto, puedan ser descritas en un momento dado con el mismo contenido por un observador: considérese, por ejemplo, las normas jurídicas que en el actual Derecho español prohíben la pena de muerte (naturalmente, en un futuro podrían comenzar a darse discrepancias sobre tal concepto, por ejemplo si se discutiera sobre la aplicabilidad de un tratamiento de paralización irrecuperable por ciertos delitos, pero la vaguedad *potencial* del lenguaje normativo no impide que su interpretación *actual* pueda ser completamente coincidente para todos los hablantes).

¹⁴ No debe haber inconveniente en que un participante pueda tener en cuenta el punto de vista de los observadores pues es cierto que, aunque se haya dicho a otros efectos, «cada participante es ante todo, respecto de los demás participantes, un observador» (Chiassoni 1996: p. 84).

argumentos para ello destacan, por una parte, el relativismo extremo a que conduciría el punto de vista del participante y, por otra parte, la mayor capacidad cognoscitiva que comportaría el punto de vista del observador en la distinción entre moral positiva y moral crítica ¹⁵. Para su discusión invertiré el orden de estos argumentos.

Laporta argumenta positivamente la tesis de que únicamente un observador puede dar cuenta de la distinción entre moral crítica y moral positiva mediante cuatro posiciones (formadas por la combinación de las dicotomías observador-participante y moral positiva-moral crítica) que mostrarían cómo el punto de vista del observador puede incluir el del participante pero no a la inversa: así, mientras el participante sólo podría afirmar que hay una conexión necesaria entre el Derecho y su propia moral crítica, el observador podría afirmar tanto esa última conexión como conexión entre el Derecho y la moral positiva del participante cuanto negarla como conexión entre el Derecho y su propia moral crítica (*cfr.* 1993: pp. 113-114) ¹⁶. Sin embargo, este contraste tan desfavorable para el participante se basa en una presuposición no equitativa a propósito de sus posibilidades cognoscitivas, según la cual mientras el observador puede mantener una moral crítica (y, por tanto, ser participante en ese ámbito normativo), parece que el participante está condenado a no poder salir de su moral crítica. En realidad, tanto el participante como el observador ante un sistema jurídico pueden dar cuenta de la distinción entre moral crítica y moral positiva, por más que el primero necesariamente haya de dejar de ser participante respecto de lo que observe como moral positiva tan inevitablemente como el segundo dejará de ser observador respecto de la moral crítica de la que participe. La argumentación positiva de Laporta, así pues, no resulta convincente.

El otro argumento de Laporta, más negativo por estar dirigido sobre todo a marcar las deficiencias del punto de vista del participante, es que la adopción de esa perspectiva para la identificación del Derecho conduciría a un «extremado relativismo» que resultaría inadmisibles (1993: pp. 108-109). Esta crítica ha sido aumentada recientemente por Eugenio

¹⁵ Laporta afirma también que identificar el Derecho por el punto de vista interno de los jueces y funcionarios incurre en circularidad porque la cualidad de juez o funcionario depende de normas que para ser válidas habrían de ser aceptadas precisamente por aquellos a los que atribuyen competencia (*cfr.* 1993: pp. 110 y 111). Sin embargo, este argumento, que tanto preocupó siempre a Carlos Santiago Nino, en realidad, no afecta propiamente a quienes identifican el Derecho *desde el punto de vista del participante*, sino a quienes lo hacen poniendo el punto arquimédico de la identificación en aquel punto de vista pero *como observadores* (*cfr.*, en tal sentido, Nino 1994: pp. 53-55). Por ello, y con independencia de que pueda argumentarse en favor de ese punto arquimédico mostrando la no circularidad de un reconocimiento colectivo iterativo y recíproco en la línea recientemente desarrollada por Searle (1995, esp. caps. 4 y 5), el argumento de la circularidad no puede servir para impugnar la identificación del Derecho desde el punto de vista del participante.

¹⁶ No considero en el texto el argumento de Laporta de que el observador podría situarse en la posición de un *insider* que afirma que no hay conexión necesaria entre Derecho y moral crítica (*cfr.* 1993: p. 114), porque o bien es idéntico a la segunda proposición que sintetizo en el texto o bien, si pretende significar otra cosa, no me resulta inteligible.

Bulygin en réplica al trabajo antes comentado de Juan Carlos Bayón y un breve análisis de ella nos permitirá avanzar en su evaluación. Bulygin sostiene que la tesis de Bayón admite dos interpretaciones, una absurda y otra trivial: de un lado, una interpretación fuerte de dicha tesis, según la cual «no hay un lenguaje común a los integrantes del grupo social», conduciría a un subjetivismo extremo de consecuencias totalmente inaceptables porque negaría la existencia de conceptos comunes y la posibilidad de comunicación —e incluso, en un claro *non sequitur*, la existencia de los objetos físicos¹⁷—; de otro lado, una interpretación débil de la tesis de Bayón, según la cual la coincidencia entre participantes y observadores en el uso del lenguaje normativo es siempre imperfecta e incompleta, no haría más que afirmar la tesis trivial, por archisabida, de que las normas pueden adolecer de vaguedad y tener una zona de penumbra de dudosa aplicabilidad a situaciones atípicas (*cfr.* 1997, esp. nn. 4-6).

Pareciéndome fuera de duda que la interpretación fuerte de la tesis de Bayón es inadecuada, lo que tal vez pueda despejar algunos temores sobre el extremismo del subjetivismo a que tal tesis conduce, creo que la crítica de Bulygin a la interpretación débil y su correspondiente acusación de trivialidad no hace justicia a la nueva luz que sobre el tema de la vaguedad puede arrojar el enfoque de Bayón, que se construye sobre las normas entendidas no como formulaciones lingüísticas sino como significados, lo que permite destacar las disparidades entre el punto de vista del participante y del observador, de manera que lo que para el primero aparece como determinado, para el segundo puede aparecer como indeterminado. Por lo demás, si de la tesis de Bayón todavía deriva alguna suerte de relativismo epistemológico, que bien podría ser, las críticas anteriores no avanzan argumento alguno contra él, como no sea, tal vez, la aparente suposición implícita de que tal relativismo no es aceptable, que es lo que se trataría de demostrar.

De la discusión anterior puede concluirse ya que, si se consideran las normas en cuanto significados, el punto de vista como participante o como observador no es cognitivamente irrelevante. Nada cabe deducir, en cambio, sobre la superioridad de uno u otro punto de vista. Es cierto que la argumentación aquí seguida avala la sostenibilidad de los *presupuestos* de la tesis de la superioridad epistemológica del punto de vista del participante, pero no la sostenibilidad de la tesis misma, que podría ser más bien una reconstrucción en otros términos de una posición bien tradicional a propósito de la ciencia del Derecho, como la de las doctri-

¹⁷ En efecto, esta última consecuencia (que Bulygin argumenta diciendo que «tampoco habría objetos físicos: árboles, casas, perros... Pues si no tenemos un lenguaje común, ¿cómo podemos saber si nuestros congéneres ven el mismo árbol que veo yo desde mi ventana?») incurre en un claro *non sequitur*, al menos para quien admita —y nada en Bayón ni en el individualismo metodológico supone ni obliga a lo contrario— que la existencia de los objetos físicos es independiente del lenguaje. En esta crítica Bulygin parece haber asociado una determinada (interpretación de una) tesis sobre el lenguaje con el solipsismo al modo del obispo George Berkeley, que gira sobre la posible inexistencia de la realidad externa al sujeto.

nas de impronta historicista, hermenéutica y, en general, antiempirista¹⁸. Como sería por completo impertinente en este punto desarrollar una argumentación detallada sobre asunto epistemológico tan peliagudo, me conformaré con situarme en la salomónica posición de Nino añadiendo una breve y un tanto tajante consideración a su convencionalismo conceptual, que por lo demás comparto.

A mi modo de ver, la identificación teórica del Derecho desde el punto de vista del participante es el tipo de aproximación que mejor sirve a las tareas que la dogmática jurídica ha venido cumpliendo, especialmente en la tradición jurídica europeo-continental¹⁹, unas tareas socialmente valiosas y para las que se ha mostrado especialmente útil el tipo de argumentación propio del participante²⁰. Es cierto que la «ciencia» del Derecho resulta así ser más bien una técnica, y que sus cultivadores, sin dejar de ser teóricos en cuanto constructores de doctrinas abstractas y sistematizadas, son participantes —si bien participantes no oficiales— en la práctica jurídica, de modo que si se trata de conocimiento, o de un saber, lo sería al modo de Giambattista Vico, por el que *verum et factum convertuntur*, es decir, un «saber» que se hace verdadero porque sirve para conformar la propia realidad y, por tanto, no es sólo un puro y propio saber. En todo caso, tal saber, de naturaleza bien distinta del que solemos llamar científico cuando tomamos como modelo a las ciencias empíricas, no es incompatible con el que puedan aportar la sociología, la antropología o la teoría jurídica más descriptiva, que no adoptan el punto de vista del participante. Con todo ello presente, quizá la discusión anterior pueda servir para ilustrar que, siendo ambos enfoques al fin y al cabo tan distintos en sus caracteres y pretensiones, seguramente tiene muy poco sentido pugnar por argumentar sobre la superioridad de uno sobre otro.

¹⁸ La referencia a la hermenéutica puede resultar ambigua, pues en un sentido amplio de la expresión la misma perspectiva de Hart en su comprensión del Derecho —que tiene en cuenta el punto de vista interno pero mantiene un punto de vista externo o descriptivo— puede ser calificada como hermenéutica (así, MacCormick 1981: p. 29 ss.). Con todo, en un sentido más limitado la perspectiva hermenéutica se puede caracterizar por proponer una comprensión empática y, por tanto, en absoluto distanciada del objeto estudiado, al modo en el que, por ejemplo, Karl Larenz defiende la científicidad de la dogmática jurídica en cuanto búsqueda de las soluciones justas de un determinado Derecho positivo en un concreto contexto histórico mediante una comprensión de la norma jurídica que consistiría en «descubrir la valoración en ella decretada y su alcance» (1994: pp. 177-83, 203, y 233 y 234, cursiva mía).

¹⁹ Sobre ello remito a Calsamiglia 1986.

²⁰ Dejo aquí de lado un tema que por sí solo daría para otro largo discurso, como es el de los *detached statements* que, según Raz, serían comunes en la ciencia del Derecho. Como es sabido, tales afirmaciones estarían hechas desde el punto de vista de un participante pero sin el compromiso de aceptación normativo propio de éste. Abrigo dudas sobre la aceptabilidad de este *tertium genus*, pero no es ésta la ocasión de comentarlas.

SOBRE LA PRIORIDAD NORMATIVA DEL PUNTO DE VISTA MORAL: LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Dado un sistema jurídico existente, para lo que es precisa la adopción, directa o por referencia, de un punto de vista moral al menos por buena parte de sus funcionarios, y con independencia de que la identificación de tal conjunto normativo se pueda hacer desde el punto de vista del participante o del observador, queda todavía una tarea decisiva para la comprensión y la realización del Derecho en la que de nuevo es protagonista la maraña de los puntos de vista y, de modo dominante, la del punto de vista moral: la interpretación jurídica; y tanto la interpretación teórica como la práctica, a la que me referiré con preferencia en lo que sigue. Porque el punto de vista moral, en efecto, puede aparecer en tres planos distintos relativos a la tarea interpretativa del Derecho (distintos, preciso, pero no del todo desconectados entre sí): en el plano de ámbito más general, en la decisión sobre cómo deben interpretarse las normas jurídicas; en un plano intermedio, en la propia tarea de interpretación de las normas jurídicas llamadas a resolver casos difíciles, incluso aun cuando su contenido no haga referencia ni siquiera implícita a criterios morales ni el caso tenga un alcance moral directo o inmediato, y, en fin, en el plano de ámbito más limitado, en la interpretación de las normas jurídicas que hacen remisión expresa o tácita a criterios morales, incluso aun cuando los casos a los que se refieren no sean particularmente difíciles, por ejemplo, porque los criterios morales aplicables sean suficientemente claros e indisputados (en todos los casos anteriores, naturalmente, «norma jurídica» alude a formulación lingüística y no a significado, que sólo puede aparecer como resultado de la interpretación).

De estos tres planos, resulta poco controvertible, me parece, el primero, mientras que las complicaciones aumentan en el tercero y, muy en particular, en el intermedio. Seguiré, así pues, ese mismo orden. En el plano más general, me parece que no ofrece dudas que la decisión sobre cuál debe ser la teoría o los criterios que, al menos los jueces y funcionarios, deben seguir en la interpretación de las normas jurídicas debe ser –y por razones morales, además– una decisión de carácter moral, quiero decir, fundada en razones que el intérprete ha de adoptar de manera última y desde un punto de vista imparcial. Ni siquiera ante un sistema jurídico que contuviera una ley que, por ejemplo, no diera más opción que interpretar las normas conforme a su sentido literal, el intérprete podría evitar adoptar el punto de vista moral para considerar si una obligación tan decisiva es aceptable o no y, sobre todo, en qué términos o con qué alcance lo es. Ello es así, a mi modo de ver, porque las reglas relativas a la interpretación jurídica están entre los elementos integrantes de las razones últimas para obedecer al Derecho de quienes adoptan el punto de vista de los participantes. Si este argumento es plau-

sible, implica también que toda la discusión subsiguiente es, en esencia, una discusión de carácter moral.

Por su parte, en el plano de ámbito más limitado, parece que la llamada al punto de vista moral resulta inevitable cuando proviene de las remisiones que ciertos sistemas jurídicos realizan a la moral, especialmente si lo hacen de manera explícita —como el artículo 1275 de nuestro Código Civil, que declara inválido todo contrato opuesto «a las leyes o a la moral»—, pero también cuando la remisión es meramente implícita, como ocurre en los delitos definidos por términos moralizantes (escándalo público, acto obsceno, etc.) o en muchas de las cláusulas declarativas de derechos constitucionales (derechos a la igualdad, a la libertad, etcétera). En realidad, remisiones como éstas son contingentes y, por tanto, variables según los sistemas jurídicos y los distintos momentos históricos, sin que en ese aspecto tengan una naturaleza esencialmente distinta a las remisiones que las normas jurídicas pueden hacer a conceptos económicos, a normas de sistemas jurídicos extranjeros o a especificaciones técnicas de carácter médico, psicológico o tecnológico. En tal medida, son remisiones que no producen especiales dificultades a una teoría como la de Hart²¹.

Lo único peculiar que tienen este tipo de remisiones es su contenido, la moral, que parece dejar especialmente abiertos los criterios aplicables, al menos en sociedades complejas y conflictivas como la nuestra. Incluso en tales sociedades, sin embargo, esa apertura puede ser muy reducida en ciertos casos, pues bien puede ocurrir que el sistema jurídico haya generado un cuerpo tal de interpretaciones oficiales sobre algunas de las remisiones a la moral, sean expresas o tácitas, que las interpretaciones subsiguientes no requieran acudir directamente a criterios morales. En este caso será sensato entender que la remisión a la moral ha desaparecido como tal para ser sustituida por la incorporación al sistema de una regla o una red de reglas más específicas que desarrollan jurídicamente aquella primitiva remisión abierta. Ciertamente que cuando no ocurre así, o cuando se plantea la necesidad o la conveniencia de poner fin o rectificar tal regla o red de reglas, retorna el problema de la apertura de las remisiones a la moral, especialmente en las sociedades pluralistas. En su dimensión más general, la alternativa más importante, que no suele estar predeterminada en el sistema jurídico, es la que enfrenta a la moral crítica del intérprete frente a la moral dominante o mayoritaria en la sociedad correspondiente. No creo que en este plano, dada la variedad de razones

²¹ Así, en *The Concept of Law* Hart es bien consciente de que «(l)a decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado» (1994: p. 200; t. c.: 252 y 253).

No obstante, la teoría de Hart puede desarrollarse en el sentido de entender que, en tales casos, el Derecho incorpora a la moral de manera que, por así decirlo, la juridifica, o, alternativamente, remitiendo a la moral como referencia externa que, como tal, mantiene cierta autonomía. Esta última posición ha sido defendida por Waluchow, frente a Raz, como un «positivismo jurídico incluyente» (*cf.* 1994, esp. cap. 4).

por las que las normas jurídicas pueden remitir a criterios morales, quepa resolver semejante alternativa con una solución abstracta y unívoca.

Es en el plano intermedio entre los dos anteriores, relativo típicamente a la interpretación judicial de los casos difíciles de cualquier naturaleza, donde aparece en su máxima complejidad y tensión la disputa —de naturaleza moral en sí misma, no me importa insistir— sobre cuál debe ser el papel de la moral y, dentro de él, qué tipo de moral ha de incorporarse. La referencia a la teoría jurídica de Dworkin es de nuevo en este punto prácticamente ineludible, puesto que es el más influyente adalid contemporáneo de la tesis de que los jueces, cuando interpretan casos difíciles, construyen y deben construir la teoría jurídico-moral más completa y coherente capaz de dar la mejor respuesta posible dentro del sistema al caso pendiente de resolución. Un examen crítico de algunos de los rasgos de esta atractiva doctrina interpretativa puede ser útil para perfilar la complejidad de la oposición hace poco mencionada entre la moral crítica del intérprete y la moral dominante en la comunidad de que se trate y, de paso, para ir mostrando algunas de las principales doctrinas alternativas a la dworkiniana.

La teoría de Dworkin, que él mismo ha presentado como una lectura moral de la Constitución americana y otras similares, está de lejos de proponer una interpretación jurídica conforme a la moral personal del juez —la que mantendría de no ser juez, por así decirlo—, quien, según Dworkin, articula y debe articular la respuesta que mejor encaje en la tradición constitucional, incluyendo los precedentes relevantes, las normas legales aplicables y los principios constitucionales, que incorporan o remiten a los principios morales que fundamentan y proporcionan integridad a todo el sistema. La moral que el juez así sigue y debe seguir es la que, en un sistema jurídico moralmente decente en su conjunto, mejor justificación ofrece para la solución de un caso considerado en relación con el sistema en su integridad.

Me parece importante advertir que respecto al mencionado contraste entre la interpretación jurídica conforme a la moral crítica del propio juez y la basada en la moral social o positiva, ante la que el juez debería abandonar la suya, la influyente doctrina de Dworkin mantiene una posición intermedia, sin alinearse definitivamente en ninguno de los dos lados. Es verdad que esa doctrina no apela a una remisión directa a los criterios sobre el caso de la moral positiva, recogida más o menos fielmente por el juez de la sociedad, pero sí lo hace indirectamente, elevándose al plano superior de las convenciones más básicas presuntamente compartidas por la comunidad, mediante su apelación a los principios político-morales básicos en una determinada comunidad, delimitada y limitada por una historia y una tradición particulares. En suma, la moral crítica que Dworkin propugna que el juez debe seguir en sus decisiones difíciles es la destilación de la mejor moral positiva de una comunidad concreta, lo que apela a criterios sociales pero no deja de tener su buen componente de construcción crítica.

Puesto que, como he ido señalando implícitamente, la teoría dworkiniana de la interpretación jurídica pretende ser no sólo normativa sino también descriptiva, su análisis crítico ha de considerar ambos frentes. En su aspecto descriptivo, y aunque esto sea una cuestión empírica, parece dudoso que los jueces sigan ni de lejos un método de decisión como el defendido por Dworkin. Esto, que aventuro que cualquier jurista español podría afirmar con cierta seguridad respecto a nuestro sistema jurídico, también ha sido afirmado con gran verosimilitud respecto del *common law*, y precisamente en una inteligente crítica dirigida a la teoría dworkiniana por N. E. Simmonds. Recordando la contraposición que Lévi-Strauss propone en las primeras páginas de *El pensamiento salvaje* entre el bricolage y la ingeniería, Simmonds afirma que el juez del *common law* –pero, insisto, me temo que el nuestro no es diferente– no es, como pretende Dworkin, un ingeniero que dispone de las mejores maquinarias y materias primas posibles, sino sólo un *bricoleur* que echa mano de las limitadas y heterogéneas herramientas que tiene en su casa, no previstas para el problema actual y mero resultado casual y variable de proyectos anteriores: es decir, que el juez no generalizaría más que lo que el caso concreto exige y, por tanto, no desarrollaría una concepción completa sobre el problema al que se enfrenta, sino que aplicaría lo que tiene a mano para resolverlo, sobre todo las herramientas del sentido común, que no es otro que el de las creencias convencionales en la sociedad en cuestión (*cfr.* 1992: pp. 23 y 24).

De todas formas, que la realidad empírica no se ajuste a los criterios normativos dworkinianos para nada impugna en principio la validez de éstos, que podrían operar al menos como estrella polar o ideal –reconocidamente hercúleo, por lo demás– llamado a guiar al intérprete del Derecho. Pero en cuanto propuesta normativa, el ideal dworkiniano se enfrenta a distintas doctrinas rivales, de las que me parece útil ordenar las que considero más significativas dejando pendiente su análisis crítico para mejor ocasión. Si para tal ordenación trazáramos un continuo desde las doctrinas que defienden una interpretación conforme a la moral crítica del juez hasta las que remiten a la moral social, podríamos comentar otros tres modelos básicos.

El primero, basado en la apelación a la moral crítica del juez, es propio de las propuestas que toman distancias de las cesiones de Dworkin a la moral positiva. Dos versiones bien diferentes pueden citarse aquí a modo de ejemplo: por un lado, desde una metaética marcadamente objetivista, incluso realista (también en el sentido medieval de la polémica de los universales), para la que el lenguaje, también el lenguaje moral, tiene una correspondencia con la naturaleza de la realidad, se encuentra la propuesta –competentemente defendida por Michael S. Moore (*cfr.* 1985)– que exige interpretar los términos jurídicos de carácter moral conforme a su significado objetivo; por otro lado, desde una metaética más marcadamente kantiana que la de Dworkin (aunque no necesariamente del todo kantiana), un autor como Nino ha podido criticar la dependencia de la

propuesta dworkiniana respecto de las prácticas y decisiones pasadas de la comunidad para defender que, mientras no haya riesgo de ruptura del sistema —que, recuérdese, para Nino debe ser básicamente justo—, el juez debe adoptar una interpretación conforme a los principios morales fundamentadores del caso, incluso aunque sean incompatibles «con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora» y, todavía con mayor razón, cuando tenga que decidir en el amplio ámbito de las indeterminaciones de las normas jurídicas (*cfr.* 1994: pp. 142 y 143).

Un segundo modelo lo ofrece una propuesta interpretativa paralela a la de Dworkin en el sentido de que contiene también un intento similar de mediación entre la moral crítica y la social, si bien desde una concepción moral no deontologista, como básicamente es la dworkiniana, sino consecuencialista. Un ejemplo bien relevante de esta doctrina alternativa lo proporciona la teoría de la interpretación del realismo jurídico americano²², que, según algunas lecturas al menos, propuso interpretar las normas jurídicas conforme a los valores básicos ampliamente compartidos en la sociedad, esto es, en el plano de moral social, pero a la vez que el jurista hiciese un balance entre los distintos intereses sociales en juego para sopesarlos en dirección a la solución por él considerada más adecuada²³.

El tercer modelo, en fin, procede de las propuestas que critican el elitismo interpretativo de la posición dworkiniana en nombre del criterio democrático, criterio que ha dado lugar al menos a dos propuestas bien diferenciadas de tener en cuenta la moral social en el Derecho²⁴: de un lado, la de resolver los casos difíciles (así como las remisiones expresas o tácitas a la moral) mediante la apelación directa a los criterios dominantes en la moral socialmente vigente, un criterio, no obstante, que no

²² Por ejemplo, es llamativo lo cercano que suena al modelo dworkiniano el texto de Llewellyn que cita Pérez Lledó en pp. 254-255.

No obstante, la posición del realismo fue básicamente consecuencialista: en «Some realism about realism», Karl Llewellyn caracteriza al movimiento realista por su «insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en términos de sus efectos», lo que, en realidad, viene a confluir en la tesis consecuencialista de que las normas han de interpretarse con arreglo a su propósito en función de las consecuencias sociales: sobre esta parte constructiva del realismo americano, defensor de una interpretación que apele a *policies* sociales, en la reciente literatura española vid. el magnífico estudio de Pérez Lledó sobre el movimiento *Critical Legal Studies* (1996: pp. 171 ss. y 252-255).

²³ Cf. Pérez Lledó (1996: pp. 172-173 y 229, núm. 14), donde se deja ver la ambigüedad básica de los realistas americanos en este tema, al menos según la reconstrucción de Mark Tushnet. Por lo demás, como ha puesto de relieve el propio Pérez Lledó, en las derivaciones postrealistas, el *policy analysis* se convirtió en una breve y vaga referencia a los valores socialmente compartidos, o a las tendencias históricas, que remiten directamente a una interpretación basada en la moral social.

²⁴ Una tercera propuesta, importante en la tradición doctrinal estadounidense y a la que Dworkin ha respondido recientemente, es el originalismo, es decir, la doctrina que propone interpretar las cláusulas normativas, especialmente las constitucionales, conforme al significado que les dieron sus creadores, doctrina que en nuestra tradición viene referida con la más bien desacreditada noción de la «intención del legislador». En cierto modo, podría decirse que esta corriente apele a los criterios de una moral social dominante (o hegemónica) en un momento pasado, que en el caso de los Estados Unidos abarca más de doscientos años.

deja de ser indefinido, pues puede referirse tanto a lo que el juez cree como a lo que sabe que defiende la mayoría y, dentro de esta última opción, tanto a lo que conoce *científicamente*, por encuestas y técnicas sociológicas aceptables, o a lo que «sabe» *prácticamente*, por interpretaciones de más o menos sentido común sobre las principales opciones sociales y políticas; y, de otro lado, la propuesta de máxima deferencia en la resolución de cualquier caso judicial hacia los criterios del legislador ordinario, en cuanto expresión legítima y oficial de los criterios morales de la mayoría de la población, un criterio también distante de la univocidad, pues cuál sea el significado de los criterios del legislador es, precisamente, el asunto central que aquí se debate de cómo deben interpretarse las reglas cuando no son claras.

Una ordenación descriptiva –aunque sin duda incompleta– como la anterior, no suministra por sí misma argumentos propiamente dichos en favor de ninguno de los tres modelos y sus distintas variantes. Sobre la complejidad de ese debate baste recordar que uno de sus núcleos centrales es la fundamentación del sistema democrático-liberal, ante la que los dos modelos extremos acentúan sobre todo uno de los lados de la ya antigua contraposición entre criterios liberales, basados en los derechos individuales frente a la mayoría, y criterios democráticos, basados en el criterio de la mayoría como definitorio del perímetro de los derechos. Eso sin contar el bando de quienes contemplan como no del todo justificado el optimismo a propósito de las virtudes de los mecanismos democráticos de formación del voto y la opinión de las mayorías sociales, pero también como no del todo injustificado el pesimismo a propósito de los inconvenientes de encomendar decisiones fundamentales para la colectividad a una pequeña elite sin suficiente representatividad ni responsabilidad política.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y derecho*, prólogo de G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALEXI, Robert: «On Necessary Relations Between Law and Morality», *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, julio 1989, pp. 167-183 (t. c.: «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral», en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993).
- *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, t. c. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- «Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto», en *Comanducci y Guastini*, 1996, pp. 47-63.
- «Deber jurídico», en *Garzón Valdés y Laporta*, 1996, pp. 313-331.
- BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (ed. orig., 2.^a ed., 1979), t. c. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

- BULYGIN, Eugenio: «Sobre observadores y participantes», ponencia presentada al *Encuentro Italo-Español de Filosofía del Derecho*, celebrado en Miraflores de la Sierra (Madrid) los días 28-30 de octubre de 1996 (copia dactiloescrita), 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.
- CARRIÓ, Jenaro R.: «Una reciente propuesta de conciliación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico», en Scarpelli, Uberto (comp.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, pp. 361-385, Edizioni di Comunità, Milán, 1983.
- CHIASSONI, Pierluigi: «Osservatori positivistic e quinte colonne», en *Comanducci y Guastini*, pp. 65-85, 1996.
- COMANDUCCI, Paolo, y GUASTINI, Riccardo, (comps.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, G. Giappichelli, Turín, 1996.
- DELGADO PINTO, José: «Normatividad del Derecho», en *Garzón Valdés y Laporta*, pp. 425-40, 1996.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (ed. orig., 2.^a ed., 1978), t. c. de Marta Gustavino, prólogo («Ensayo sobre Dworkin») de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984.
- *Law's Empire*, Fontana Press, Londres (t. c., absolutamente inutilizable, de Claudia Ferrari, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988).
- *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991.
- ELIAS, Norbert: *Compromiso y distanciamiento. Ensayos de sociología del conocimiento*, ed. de M. Schröter, t. c. de J. A. Alemany, Península, Barcelona, 1990.
- FINNIS, John: «Comment» [a Sartorius 1987], en *Gavison*, pp. 62-75, 1987.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», ahora en *Derecho, ética y política*, pp. 317-335, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- «Derecho y moral», en *Garzón Valdés y Laporta*, pp. 397-424, 1996.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, y LAPORTA, Francisco J. (comps.): *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- GAVISON, Ruth (comp.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- HART, H. L. A.: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- *The Concept of Law*, 2.^a ed. with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press (1.^a ed., coincidente en paginación con la anterior en el texto, 1961), Oxford, 1994.
- KANT, Immanuel: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición bilingüe de José Mardomingo, Ariel, Barcelona, 1996.
- LAPORTA, Francisco J.: *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho* (ed. orig., 4.^a ed., 1980), t. c. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994.
- MACCORMICK, Neil: *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, Londres, 1981.
- «Comment» (a Postema 1987), en *Gavison*, pp. 105-113, 1987.
- *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994 (1.^a ed., 1978).
- MOORE, Michael S.: «A Natural Law Theory of Interpretation», en *Southern California Law Review*, vol. 58, núm. 2, pp. 277-398, enero 1985.

- NINO, Carlos Santiago: *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- ORTEGA Y GASSET, José: *La rebelión de las masas*, en *Obras completas*, tomo 4, Alianza-Revista de Occidente, Madrid, 1983.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A.: *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1996.
- POSTEMA, Gerald J., 1987: «The Normativity of Law», en *Gavison*, pp. 81-104, 1987.
- RAZ, Joseph: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* (ed. orig., 1979), t. c. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1982.
- *Razón práctica y normas*, trad. cast. de J. Ruiz Manero, CEC, Madrid, 1992 (1975; 2.^a ed., 1990).
- *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- REDONDO, María Cristina: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- SARTORIUS, Ralf, 1987: «Positivism and the Foundations of Legal Authority», en *Gavison*, pp. 43-61, 1987.
- SEARLE, John R.: *The Construction of Social Reality*, Allan Lane-The Penguin Press, Harmondsworth, 1995.
- SIMMONDS, N. E.: «Bluntness and Bricolage», en Hyman Gross y Ross Harrison (comps.), *Jurisprudence. Cambridge Essays*, pp. 1-28, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- SOPER, Philip: *Una teoría del Derecho*, t. c. de Ricardo Caracciolo y Silvia Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (ed. orig., 1984).
- WALUCHOW, Wilfried J.: *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

II
ESTUDIOS

2.1 ESTUDIOS DE TEORÍA DEL DERECHO

Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores

Por CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Universitat de València

SUMARIO: I. *Modelos e ideologías.*—II. *Jueces profesores y legisladores.*—III. *Método judicial y modelo de juez.*—IV. *Jueces y legisladores en la España medieval.*—V. *Jueces y legisladores en la España actual. Breves consideraciones finales.*

I. MODELOS E IDEOLOGÍAS

El ordenamiento jurídico existente, o la idea que del mismo tienen muchos profesionales del Derecho, aparece a menudo a los ojos de esos mismos profesionales como el único posible. Ello explicaría por ejemplo que en el momento actual para muchos juristas resulte difícil concebir un sistema jurídico que no esté basado sobre el ideal de la certeza de la ley o la primacía absoluta del Derecho legislado sobre otras posibles fuentes del Derecho, incluso a pesar de que la realidad desmienta cada día ambas aspiraciones jurídicas.

Del mismo modo en que es difícil imaginar un mundo no gobernado por las férreas leyes del sistema capitalista de mercado; aunque tal sistema ocupe una pequeñísima franja de tiempo en la historia socioeconómica de la humanidad, los juristas de la mayoría de países de la Europa continental tienen dificultades de concebir un ordenamiento jurídico no codificado o que no viva los procesos de descodificación como una grave patología frente a la que habría que luchar incansablemente. No en balde

es sobre la idea del Derecho codificado, fruto de un único legislador, que se estructura no sólo un modelo específico de juez y de actividad judicial (como es sabido el Derecho codificado permite creer que el juez a la hora de tomar sus decisiones tiene a mano unos instrumentos, las normas jurídicas, claros o de fácil uso, inteligibles incluso para un observador ajeno al proceso judicial), sino también, y lo que es más importante, un modelo de Estado o de la relación del Derecho con el poder.

Ahora bien, al igual que los estudiosos de la historia de la economía, como decíamos, nos muestran que el sistema capitalista de mercado es sólo un modelo económico más, algunos historiadores y filósofos del Derecho nos indican, sin lugar a dudas, que el Derecho codificado o el ideal del mismo es perfectamente escindible de la naturaleza del Derecho y que la aplicación de la ley no define todavía la actividad judicial.

Podríamos distinguir así, de un lado, las voces de muchos juristas y actores de la vida pública en España pero también en otros países de Europa, que consideran el momento actual del Derecho como una situación de degeneración de un modelo que surgió del liberalismo político y cuyo más claro exponente es el paulatino traslado del centro de gravedad del orden jurídico, por así decirlo, de manos de los políticos-legisladores a manos de los jueces. Esto es, se describe la realidad jurídica actual, caracterizada por la quiebra del principio de legalidad entre otras cosas por lo que Zagrebelsky ha llamado plásticamente «pulverización de ley»¹, en clave de un retorno a concepciones del Derecho premodernas y poco vinculadas a los principios de racionalidad. Mientras que, de otro lado, otros juristas han visto en cambio en la desintegración de algunos de los principios jurídicos sobre los que se asienta el Estado de Derecho, a destacar como hemos dicho el principio de legalidad, la consagración de un nuevo modelo de Derecho, que abre un camino no necesariamente hacia el oscurantismo medieval.

En ese sentido, pensamos que puede resultar interesante, aquí, examinar, si bien someramente, esos períodos de tiempo o esos países en los que el Derecho no ha tenido un fuerte contenido legislativo y analizar si es cierto que de alguna manera la actualidad del Derecho se aproxima hoy a tales países o momentos históricos. En cualquier caso, si pretendemos obtener una visión general del mundo jurídico y en lo que nos interesa si queremos saber en qué consiste la función judicial, parece necesario tomar en consideración los contextos históricos en donde los jueces han tomado las decisiones propias de su cargo recurriendo a un sistema de fuentes poco parecido al nuestro. Es decir, deberíamos dirigir la mirada, bien, hacia los años anteriores a la revolución liberal, bien hacia esas sociedades lejanas a la tradición jurídica continental en busca de lo que podríamos denominar el juez premoderno, o, más estrictamente, el juez en el contexto del Derecho desformalizado.

¹ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, trad. cast. Marina Gascón, Trotta, 1995, p. 744

II. JUECES, PROFESORES Y LEGISLADORES

Desde una perspectiva histórica, como se ha dicho, un ordenamiento jurídico puede estar compuesto en su mayor parte por normas de validez general emanadas de un poder legislativo, como sucedía, por ejemplo, en muchos países de Europa a lo largo del siglo pasado, y entonces decimos que tal ordenamiento, que tal Derecho es legal, y que se compone de leyes; también puede suceder que el Derecho vigente en un determinado ámbito sociopolítico sea predominantemente consuetudinario, es decir, que esté integrado por costumbres, en este caso la relevancia de los jueces es máxima en la medida en que son ellos quienes fijan y formulan dichas costumbres. Finalmente, cabe la posibilidad de que un ordenamiento jurídico se componga principalmente de doctrinas creadas por los juristas y dotadas de fuerza vinculante. A este tercer tipo de ordenamiento podemos calificarlo como Derecho de juristas².

Desde otro punto de vista, pero en esa misma dirección, podría decirse también que el examen de la historia jurídica de Europa puede describirse como el sucederse o alternarse de distintos grupos sociales en el control del Derecho. A veces, el Derecho estuvo en manos de los jueces, otras fue la expresión de la capacidad creadora de los legisladores y finalmente, en algunas ocasiones, el Derecho resultó ser primordialmente la obra de las escuelas jurídicas. Cabe aclarar, sin embargo, que dicho control sobre el mundo jurídico difícilmente se efectuaba o efectúa con exclusividad de un grupo social sobre los otros grupos, sino más bien con preeminencia o preponderancia, haciendo que en determinadas épocas un sector de los operadores jurídicos sobre el resto pueda ser considerado sin lugar a dudas como el de los verdaderos artífices del Derecho³.

Ejemplo por excelencia del Derecho que ha sido llamado de los juristas lo constituye el Derecho romano que, como es sabido, era un ordenamiento jurídico creado en gran parte por los técnicos en Derecho o jurisconsultos cuyos dictámenes además de guiar la labor de los gobernantes, a quienes en calidad de consejeros tratan casi en pie de igualdad, resultaban vinculantes para los jueces. Basta citar simplemente la figura del *ius respondendi*, a través del cual en el ejercicio de ese derecho los juristas ven revestidos sus dictámenes no sólo con el poder de su propia ciencia sino con la autoridad del Emperador, para valorar la trascendencia de los juristas en la Roma clásica.

² F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 194. Para el profesor Tomás y Valiente, sin embargo, ejemplo de Derecho legal sería el Derecho actual, aunque parece evidente que hoy en día, como muestra GARCÍA-PELAYO, «la mayoría de prescripciones legales que afecta a nuestra vida, o a las condiciones de vida en comunidad, no han sido aprobadas por el Parlamento, sino establecidas por el gobierno, la Administración, las corporaciones de Derecho público». M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977. p. 64.

³ R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 61

Por ello, la recepción de ese Derecho romano, recopilado en el *corpus iuris civilis*, en el siglo XI en Europa, comenzando por Italia y extendiéndose con posterioridad al resto del continente, no constituyó solamente el descubrimiento y la asunción de unas instituciones jurídicas que a los ojos del hombre medieval resultan extrañamente perfectas, sino también la aceptación de la idea de que los juristas son los conocedores y de alguna manera los dueños del Derecho. El ordenamiento jurídico romano, junto con el Derecho canónico y el Derecho feudal, conformarán el sustrato de un Derecho común que tendrá por tanto en los juristas académicos a sus principales artífices.

Concretamente, el *ius commune* estaba compuesto por opiniones y dictámenes, en gran parte contruidos sobre situaciones específicas, esto es, se trataba de un Derecho casuístico sobre la base del antiguo Derecho romano, especialmente del *Digesto*. En este caso, del mismo modo que ocurría con los dictámenes de los juristas en los tiempos del imperio romano, los llamados *consilia* de los doctores medievales van a tener fuerza obligatoria especialmente sobre los jueces, que se verán constreñidos a cumplirlos.

Sobre la base del *ius commune*, podemos, pues, calificar el largo período de la Baja Edad Media como «el tiempo de los juristas». El momento en el que los instruidos en Derecho se presentaban a los ojos de los gobernantes como los conocedores de un saber que tenía sus propios principios y reglas, constituyéndose así en lo que podríamos calificar de «elite científica», o como dice García Pelayo, un tercer tipo de nobleza: la llamada *militia litterata o doctoralis* formada por doctores, letrados y juristas⁴.

Los varios siglos de vigencia del *ius commune* en tantos países de Europa exige necesariamente hacer muchas matizaciones, tanto sobre el uso de ese Derecho por los juristas como sobre el rechazo del mismo en algunas zonas de Europa. Por otra parte, el término Derecho común no está carente de ambigüedad, lo que nos exige hacer algunas precisiones terminológicas.

Así, mientras podemos hablar, y así lo hemos hecho, de los siglos XI hasta el XV como el tiempo de los juristas docentes, a partir del siglo XV y casi hasta el siglo XVII se observará que los dueños del Derecho son cada vez menos los docentes para dejar paso a los juristas prácticos (jueces, consejeros del príncipe...). En cualquier caso, cabe señalar que la posición privilegiada de los juristas en el mundo del Derecho medieval no parece derivar sólo de una posible vinculación con el poder, sino principalmente de su carácter de expertos en Derecho, de conocedores de un saber que les permite descubrir la esencia de lo jurídico y que les hace hábiles en el arte de argumentar tópicamente.

Por otra parte, si el tipo de jurista que conoce el *ius commune* variara a través del tiempo, también lo hará el propio Derecho común en el

⁴ M. GARCÍA PELAYO, *Los mitos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 380.

marco de los diversos países. En este sentido, al hablar de *ius commune* es necesario abrir un paréntesis para hacer referencia al uso de ese término en Inglaterra. Como ya hemos indicado, en toda Europa es posible identificar un Derecho común de raíz romana que se opone al *ius proprium*, es decir a las leyes y costumbres propias de los numerosos países, provincias y ciudades europeas. En Inglaterra, sin embargo, se usa también el término *ius commune*, o mejor *Common law*, para designar el Derecho común a todos los hombres libres del reino y más tarde para diferenciar el Derecho de corte jurisdiccional del Derecho elaborado por el legislador y denominado así *statute law*.

El transcurrir del tiempo demostrará cómo el Derecho romano tuvo escasa influencia sobre el Derecho inglés (a diferencia del Derecho escocés) y que éste, como una isla en medio del océano, se constituirá a lo largo de la Edad Media en Europa en un verdadero Derecho judicial, un Derecho casuístico (*case law*), que presentará importantes diferencias con respecto a los Derechos imperantes en el continente.

Finalmente, si queremos encontrar un ejemplo de un Derecho legal, tendremos que situarnos obviamente en los últimos años del siglo XVIII hasta nuestros días en el marco de la Europa continental, contexto espacio-temporal donde se van a desarrollar múltiples sistemas jurídicos de origen principalmente legislativo. A pesar de que ampliamente los estudiosos del Derecho nos muestren cómo los jueces, en cualquier ordenamiento jurídico, actual o pasado, nunca pueden considerarse absolutamente excluidos del proceso de creación del Derecho; la gran mayoría de las normas jurídicas que conforman los Derechos europeos a lo largo del siglo pasado, con la excepción del Derecho inglés, tienen su origen en el poder de los gobiernos y parlamentos. Estas normas constituyen, sin duda, la materia prima fundamental de las decisiones de los jueces, así como la base del orden social. Que el Derecho estuviera creado principalmente por legisladores supone una especial vinculación entre política y Derecho, desconocida en otras épocas de la historia. Los juristas ya no serán para los detentadores del poder aquellos concededores de un saber que tiene una reglas propias, sino unos técnicos que pueden colaborar a los fines políticos a través de la instrumentalización de la ley.

III. MÉTODO JUDICIAL Y MODELO DE JUEZ

Cuando los juristas son los dueños del Derecho, es posible imaginar que la figura del juez carezca por así decirlo de peso específico. Un juez será un mero agente del poder que, eso sí, en sus disquisiciones jurídicas, se encontrará subordinado a esos grandes estudiosos del Derecho, que pretendían tener, lo que podemos denominar, la esencia o la clave de lo jurídico.

En el marco de la cultura jurídica medieval, la labor de los juristas presenta lógicamente grandes diferencias con el modo de hacer de los juristas romanos clásicos y ello a pesar de que tanto el ordenamiento jurídico romano como el de la Baja Edad Media puedan ser calificados como sistemas jurídicos de origen doctrinal. Como indica Viehweg «la especial situación de la joven cultura medieval, como cultura hija de la Antigüedad, comporta, sin embargo, algunos matices suplementarios. La Edad Media se vio colocada, en primer lugar, ante la difícil tarea de tomar conciencia de una literatura tradicional, en parte extraña, y, además, de hacerla utilizable para su propia vida. Es por una parte juvenilmente falta de crítica, porque otorga a los libros toda su confianza, y, por otra parte, está llena de pretensiones, porque refiere, inmediatamente, el contenido de estos libros a sí misma y a su propia situación»⁵.

Con esas altas pretensiones, los juristas del *ius commune*, tanto académicos como prácticos, en la labor de interpretación de las normas jurídicas ante el clásico dilema entre la búsqueda de la voluntad del legislador o de la voluntad de la ley, debían desde luego contentarse con intentar descubrir el llamado espíritu de la ley, puesto que en cualquier caso la voluntad del legislador se perdía bajo el enorme peso de los siglos que separan el ordenamiento jurídico romano de su recepción. Ahora bien, el método interpretativo de los juristas medievales, si bien descarta esa búsqueda de la voluntad del legislador, no por ello se hace, como decíamos, menos pretencioso. La voluntad de la ley se convierte en la búsqueda de la *ratio iuris*, que para los juristas medievales estaba contenida sin duda en los textos romanos. Éstos por tanto son *ratio scripta*, que sólo necesita del exegeta que con el método adecuado sepa descubrirla y trasmitirla.

Así, desde una posición de privilegio, bien en sede académica o como asesores del príncipe, los juristas medievales intentan desvelar el entramado de un Derecho anterior que gozaba a sus ojos del don de la perfección. Utilizando el método exegético, intentaban descubrir y explicar lo que casi se podría denominar las leyes naturales del Derecho, esa lógica intrínseca que atribuyen y pretenden descubrir en los antiguos textos romanos. Entre los juristas que tuvieron el *ius commune* como base de su estudio se suele distinguir entre la tradición del *mos italicus* y la tradición del *mos gallicus*, entre la perspectiva laica y humanista de este último y la confesional y tradicionalista del primero.

Los primeros estudiosos del Derecho romano tras producirse su recepción en el siglo XI utilizan, como es sabido, con el fin de descubrir y explicar el sentido de los textos justinianos el método de la glosa, esto es, pequeñas anotaciones escritas en los márgenes o entre las líneas de los textos romanos que constituyen breves aclaraciones al significado de cada pasaje. El método de los glosadores es un método incipiente y como hemos dicho exegético y en todo caso casuístico. La tradición del *mos italicus* representa respecto a los primeros glosadores un primer cambio

⁵ T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. cast. L. Díez-Picazo, Madrid, 1986, p. 100.

en la manera en que los estudiosos se aproximan a los textos romanos, cambio que se caracterizará por la mayor preocupación por la aplicación del Derecho y por una decidida y evidente orientación hacia los problemas prácticos⁶. Este carácter de los estudios jurídicos, orientados inmediatamente a la práctica, hará del uso de la tópica el modo de pensamiento propio de los juristas medievales, en tanto que procedimiento jurídico que prima la búsqueda y justificación de las premisas sobre las conclusiones o, como indica García de Enterría, «un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia»⁷.

A partir del siglo XVI, el llamado *mos gallicus* significará de nuevo un giro en el método de estudio y elaboración del Derecho por parte de los juristas. Como nos recuerda Viehweg, «la falta de sistemática del procedimiento, que es una de las características más importantes de la estructura tópica, fue también uno de los principales reproches que se hicieron al *mos italicus* desde el siglo XVI en adelante»⁸. Por ello, los estudiosos del Derecho, vinculados a la tradición metodológica del *mos gallicus*, tienen como punto de partida la consideración del Derecho romano como un ordenamiento admirable, pero no vigente, y por lo tanto un sentimiento cada vez más acusado de la necesidad de sistematizar y racionalizar el Derecho. Así, a partir del siglo XVI se apreciará, pues, en los juristas un paulatino distanciamiento de las fuentes romanas y canónicas frente al estudio de lo dicho por los comentaristas, así como un abuso del argumento de autoridad, es decir, del empleo de opiniones ajenas. El criterio más recomendado para encontrar la justa interpretación del Derecho será la llamada *communis opinio*.

El *mos gallicus*, en fin, se convertirá en la plataforma que permitirá una construcción del Derecho que se quiere, basado en la razón, a tenor de las extendidas corrientes iusnaturalistas y que a su vez desembocará en la codificación y con ella en el fin de la vigencia del *ius commune*. El Derecho de ahora en adelante será creado por el poder real o parlamentario, las pervivencias romanistas se diluirán definitivamente en los ordenamientos jurídicos nacionales con el final del Antiguo Régimen.

La modernidad hace posible, pues, que en muchos países un emergente grupo social se constituya en los nuevos señores del Derecho, en la medida en que se muestran capaces de controlar el proceso de producción normativa. Evidentemente, cuando el Derecho es obra de un legislador, éste pretenderá que los jueces en su toma de decisiones sean lo más respetuosos posible con el texto escrito y utilicen un método interpretativo que, a falta de claridad de las normas jurídicas busque la voluntad del legislador, aquello que quiso decir el redactor de la ley en el momento de

⁶ Vid. F. TOMÁS y VALIENTE, *op. cit.*, p. 189.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo al libro de T. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁸ T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 98

crearla. Así, el juez no dice el Derecho sino las palabras de la ley y se constituye en un simple intermediario entre la voluntad política y la realidad, un ente interpuesto entre el legislador y los ciudadanos.

El Derecho codificado es la conclusión de un proceso revolucionario, el logro efectivo de algunas de las aspiraciones del iusnaturalismo racionalista, concretamente del deseo de sistematizar y ordenar las instituciones jurídicas mientras que otras muchas aspiraciones, como aquellas que pretendían la anulación de la figura del juez a través de la provisionalidad de su cargo, quedarán por el momento excluidas del mundo jurídico. Con el Derecho codificado, cabe pensar que el jurista no necesita otro material para su trabajo que los códigos y que alrededor de ellos gira la actividad de cualquier operador jurídico. El Derecho se encuentra ya en unos textos; la labor del jurista es de nuevo exegética. El código no permite acudir a fuentes jurídicas anteriores a él mismo, constituye un punto y aparte, un nuevo comienzo que hace *tabula rasa* del pasado.

Ciertamente, entre el culto a los códigos a lo largo del siglo XIX y el culto al *corpus iuris civilis*, desarrollado en la Baja Edad Media, existen relevantes elementos comunes. Del mismo modo en que se usa la expresión «culturas del libro» o «religiones del libro» para referirse a aquellas culturas o credos religiosos que creen en una revelación recogida en un libro, podríamos hablar de «Derechos del libro» haciendo referencia de un lado al *ius commune* y de otro al Derecho codificado fruto de la revolución liberal. Ambos tienen claramente una idea en común, la esencia de lo jurídico está escrita, contenida, de una vez por todas, en unos textos que obligan al operador jurídico a interpretar las normas realizando siempre una reconstrucción hacia el pasado. Así, con grandes similitudes entre sí, los juristas que tras las codificaciones formaron la llamada escuela de la exégesis y los estudiosos del Derecho que vivieron bajo el imperio del *ius commune* comparten como punto de partida de sus estudios la idea de la existencia de un Derecho perfecto, que habría sido creado en un tiempo anterior. La perfección del Derecho se sitúa, pues, en el pasado y no en el futuro, la labor del jurista frente a esa mitificada «cima del Derecho» es la labor de un exégeta, de un analista que intenta descubrir y explicar el sentido de los textos justinianos¹⁰ o de los últimos códigos.

Del mismo modo en que ahora muchos juristas ven el período que va desde las grandes codificaciones europeas del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial como un período de gran seguridad jurídica al que en ciertos aspectos habría que volver, los juristas del largo período en que en Europa imperó el *ius commune* ven el pasado con nostalgia y actúan

⁹ Para una completa definición de las «culturas del libro», véase M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, pp. 352 ss.

¹⁰ «En relación con el enfrentamiento tópico entre lo viejo y lo nuevo resultan muy ilustrativas las consideraciones de CASTILLO DE BOBADILLA que como juez de Antiguo Régimen recoge y analiza TOMÁS Y VALIENTE para iluminar la cuestión de la aplicación del Derecho en España antes de la revolución liberal, «Castillo toma decidida postura en favor de lo pasado. El presente debe ser construido en función de las enseñanzas derivadas del ayer y, claro es, de ahí

desde la mitificación de las fuentes cual teólogos, es decir, con el método interpretativo del que se encuentra ante la verdad revelada ante un ordenamiento equitativo, técnicamente perfecto, completo, que contenía para cada caso la solución justa. En este sentido, entre glosadores y miembros de la escuela de la exégesis es posible hablar de una similitud en el método que se caracterizaría en ambos casos por ser inicialmente analítico, exegético y casuístico y por ir acompañado de una mitificación de las fuentes semejante, como ya hemos dicho, a la realizada por los teólogos. Bien puede afirmarse por tanto que la cultura laica de Occidente adopta esquemas y métodos propios de la cultura religiosa imperante en Europa. Se explica de esta manera que, como pone de relieve García-Pelayo, al cultivo de la jurisprudencia durante la Baja Edad Media se la denominará *religio iuris* y a sus cultivadores o juristas *iustitiae sacerdotes*¹¹.

Sacerdotes del Derecho pues, unidos por «el sentimiento de estar ante la luz perdida y ahora revelada, de tener ante sí el *logos* jurídico hecho código, de haber encontrado, en fin, el libro decisivo y definitivo en el campo del Derecho, el libro dotado de verdadera *auctoritas*, es decir, el libro que, siendo la *ratio scripta*, fundamenta o ratifica un criterio, y que, una vez reconocido en su totalidad como la expresión de dicha *ratio*, sus preceptos particulares no valen ya, o no valen primariamente, por lo que dicen, sino por quien lo dice, es decir, por estar contenidos en el *Corpus Iuris*¹² o en los códigos fruto del liberalismo. Enormemente expresivas resultan a este propósito las palabras de Bugnet, miembro destacado de la escuela de la exégesis, cuando exclama «*je ne connais pas le Droit civil, j'enseigne le Code Napoléon*»¹³. En definitiva, la tarea del jurista que parte de la creencia de que el Derecho está escrito no puede consistir en otra cosa que en aclarar el texto literariamente mediante la «glosa», o captar su sentido mediante el «comentario» llevado a cabo con los métodos similares a los de la filosofía escolástica.

Antes del *Code Napoléon* o antes de la recepción del Derecho romano, al parecer de los juristas contemporáneos a ambos hechos históricos, no había más que caos, tenebrosidad, tiranía e incertidumbre políticas; después con la fuerza de la letra escrita que contiene la racionalidad jurídica rige un *nomos* ordenado, claro, justo y cierto, que funda y fundamenta el orden político¹⁴.

se infiere su firme desconfianza hacia todo lo que signifique novedades. Su actitud es la antítesis de la idea de fe en la razón y en su progreso a través de la Historia... sin embargo, se da en él una actitud de valoración positiva del legado cultural de los antiguos». F. TOMÁS y VALIENTE, «Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, 1971, pp. 189 y 190.

¹¹ M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, p. 371.

¹² *Ibidem*.

¹³ J. BONNECASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, Bocard, París, 1924, p. 16.

¹⁴ *Vid.* M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, p. 377. García-Pelayo más que del *Code Napoléon* o de la recepción del Derecho romano se refiere a las Constituciones liberales para señalar ese punto de inflexión que señala el paso entre el oscuro pasado y el ordenado y diáfano presente jurídico. Creemos no obstante que sus apreciaciones son claramente extrapolables a los supuestos que estamos examinando.

Muy diferente resulta en cambio cualquier análisis que queramos hacer sobre el Derecho inglés que hemos tomamos como ejemplo por excelencia de un Derecho creado por los jueces. Si examinamos el jurista que nace del seno de la cultura anglosajona, es evidente que nos encontramos más ante un juez que ante un estudioso académico del Derecho. Un juez, eso sí, con un innegable poder político en la medida en que está capacitado para delimitar lo que es el Derecho con independencia de libros sagrados o de culto y, por tanto, puede perfectamente prescindir de búsqueda alguna, ni siquiera retórica, de la voluntad del legislador.

El origen del sistema jurídico inglés, como es sabido, es de carácter consuetudinario. Sin embargo, ya apuntábamos antes que las costumbres entendidas como normas jurídicas tienden a transformarse en normas jurisprudenciales. Señala Lombardi Vallauri, en este sentido, que difícilmente una norma consuetudinaria podrá ser aplicada por los jueces conservando su propia naturaleza consuetudinaria pura. De hecho, esto podrá suceder una primera vez; pero al aplicarla los jueces la formularán explícitamente, y los jueces sucesivos la aplicarán en cuanto aplicada y formulada por los primeros, es decir, como una norma judicial¹⁵.

Así, cuando las costumbres se disuelven en las interpretaciones de los jueces y se ven desplazadas del ordenamiento por los precedentes judiciales y también por las normas de origen legislativo entra en juego una de las características por excelencia del sistema jurídico-político inglés, el llamado «absolutismo parlamentario», es decir, la exaltación del Parlamento como única representación de la soberanía del Estado. Dicho absolutismo se concentra en la idea de que ningún Parlamento puede vincular a un Parlamento futuro o puede estar vinculado por un Parlamento anterior. El absolutismo parlamentario tiene dos consecuencias inmediatas: no permite, de un lado, la formulación de un texto constitucional o de una declaración de derechos en la medida en que una Constitución rígida se impondría en muchas ocasiones por encima de la voluntad del Parlamento concreto. De otro lado, consecuentemente y en lo que nos interesa, la soberanía absoluta de la cámara de representantes no permite que ningún juez pueda negarse a aplicar una ley por considerarla contraria a los principios fundamentales del *common law*, es decir, se impide cualquier control de constitucionalidad por parte de los jueces¹⁶.

Paradójicamente, sin embargo, el «absolutismo parlamentario», o la visión del legislador como la máxima autoridad en el organigrama de poderes del Estado, no ha constituido históricamente en Inglaterra límite suficiente para que el poder judicial pudiera actuar como contrapoder frente a la fuerza del poder legislativo. La trascendencia política de los jueces ingleses se ha visto continuamente alimentada gracias a la tradicional cesión a éstos de un enorme poder interpretativo¹⁷.

¹⁵ Vid. L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica como filosofia del diritto*, Teorema, Firenze, 1974, p. 172.

¹⁶ R. C. VAN CAENEGEM, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ *Ibid.*, p. 30.

El principio que regula la actividad interpretativa de los jueces ingleses ha sido históricamente el denominado principio de exclusión, a través del cual los jueces están vinculados a la letra de la ley, con prohibición absoluta de acudir a otros textos que pudieran ayudarles a desvelar las intenciones del legislador. Si la operación de interpretación concluye con un resultado absolutamente contrario a la voluntad del legislador carece de importancia, o, dicho de otra manera, no es un problema del que el juez se deba ocupar. Con esta teoría de la interpretación, como indica Van Caenegem, los tribunales ingleses han pretendido históricamente proteger a los ciudadanos de la ambigüedad o incertidumbres de la ley, consiguiendo, por otra parte, que fuera el legislador quien durante la época medieval, por ejemplo, si pretendía una verdadera eficacia de las normas que dictaba, consultara previamente a los jueces sobre su redacción¹⁸.

Más tarde, aunque se perderá la práctica de que los legisladores consulten a los jueces sobre los términos de las leyes, éstos seguirán presentándose durante siglos como los mejores y últimos interpretes de la ley.

Es evidente que también en el caso inglés los jueces creen que el núcleo o la esencia del Derecho se encuentra en el pasado y no en el futuro. Ahora bien, en un pasado mucho más remoto que el constituido por el *code Napoléon* para los juristas de la escuela de la exégesis, un pasado extremadamente remoto en cuanto el precedente como vínculo judicial requiere una reconstrucción de la fuente primigenia de las reglas jurídicas que no tiene límite en el tiempo. Para los juristas ingleses no existe diferencia entre el Derecho antiguo (*droit ancien*) y el Derecho actual (*droit nouveau*), sino que el Derecho es, como se ha dicho, a los ojos de los juristas británicos un *continuum*.

El ordenamiento jurídico inglés, como ejemplo de un Derecho creado y gestionado por los jueces, y el *ius commune*, como muestra de un Derecho elaborado y desarrollado principalmente por los juristas docentes, mantienen, sin embargo, ciertas similitudes metodológicas por encima de la diferencia principal que radica en el origen respectivo de sus normas. Estas similitudes podrían concretarse en la manera tópica y asistemática con que tanto los juristas anglosajones como los juristas medievales del continente europeo se enfrentaban a la tarea de decir el Derecho. El *ius commune* y el Derecho inglés son eminentemente casuísticos, es decir, se basan sobre la resolución de problemas concretos, haciendo amplio uso de tópicos o lugares comunes. Frente a ambos modelos de Derecho, los ordenamientos jurídicos que giran en torno al ideal de la codificación presentan como carácter diferencial el propio sentido del proceso codificador, que quiere significar el triunfo del orden sobre la asistematicidad, de la uniformidad sobre la pluralidad, del método matemático-cartesiano sobre el método prudencial-aristotélico, que pretende constituir en definitiva la racionalización última de las fuentes.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 20-21.

Este sentido intrínseco del proceso codificador tiene sus consecuencias en la teoría de la interpretación y de la aplicación del Derecho que de él deriva, puesto que una vez que la codificación es un dato fáctico, la ideología que la hizo posible también determinará en cierta medida el modelo de actividad judicial que el nuevo orden va a requerir. Estamos hablando del conocido modelo interpretativo propuesto por la escuela de la exégesis y otras corrientes afines. Modelo que supondrá que el método tópico de interpretación y aplicación del Derecho, unido como hemos visto de manera casi inextricable a la labor de juez a lo largo de la historia, pueda declararse superado por un nuevo paradigma metodológico, representado por el modo de pensar sistemático-deductivo.

Mucho se ha hablado sobre este archiconocido modelo de racionalidad, que se concretaría en la llamada teoría de la subsunción como producto de ese modo de pensar deductivo. Para el propio Viehweg, aplicar ese nuevo paradigma metodológico, unido íntimamente a la idea de sistema, a la actividad del jurista, sería un error que la modernidad habría introducido en los ordenamientos jurídicos. En sus propias palabras, «mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos en su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras en cambio que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando este caso se presenta, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra, evidentemente, la jurisprudencia»¹⁹. Para Viehweg, es conocido, el mundo jurídico nunca se debió alejar del modo de pensar tópico.

Lo cierto, sin embargo, es que la tópica nunca fue radicalmente extraña a la actividad judicial. La teoría de la subsunción constituye, ante todo, un mala descripción con pretensiones prescriptivas de la realidad, que intenta subrayar la importancia de la deducción, imprescindible en todo pensamiento tópico o no y oscurecer la importancia y dificultad de la selección de las premisas, que resulta en definitiva una tarea ineludible para el juez.

Derecho inglés, Derecho común o Derecho continental codificado muestran claras y aun permanentes diferencias, pero también múltiples puntos en común; tal vez si tuviéramos que resaltar algo que finalmente los une, podríamos hacer una apreciación de carácter sociológico. La actividad de los juristas y concretamente la actividad judicial en el marco de estos tres diferentes ordenamientos jurídicos resulta, no demasiado sorprendentemente, siempre revestida de un indudable carácter conservador²⁰.

¹⁹ T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 141.

²⁰ R. TREVES, *La sociología del Derecho, orígenes, investigaciones, problemas*, trad. cast. M. Atienza, M. J. Añón, y J. A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1988, cap. VIII, ap. 44.

Históricamente, jueces, profesores y legisladores han sido los dueños y señores del Derecho. Cuando el legislador produce el Derecho, su vinculación con el poder es clara. Sin embargo, cuando son los jueces o los académicos los señores del Derecho, todavía no podemos deducir que entre el mundo jurídico y el mundo político exista una oposición. Ambos grupos no pueden calificarse sin más como contrapoderes dentro del esquema u organización del poder estatal. Es sabido, por ejemplo, que el Derecho romano recibido a partir del siglo XI fue interpretado sin dificultad por los glosadores y comentaristas en clave autoritaria como desde luego convenía a los emperadores del bajomedievo. La alianza patente entre los emperadores y los juristas del Derecho común ilustra el tradicional apoyo recíproco entre el poder político y el poder técnico de los expertos en Derecho.

Sin duda, en muchas épocas históricas (lo contrario son sólo excepciones), entre estudiosos del Derecho, jueces y detentadores del poder ha existido cierta identificación, cuando no total coincidencia, en los valores e ideología²¹. Tal vez por su extracción social, a menudo idéntica a la extracción social de los detentadores del poder o tal vez por la propia actividad judicial e interpretativa que requiere ese esfuerzo de reconstrucción hacia el pasado, frecuentemente en torno al valor de seguridad jurídica como fundamento, lo bien cierto es que los señores del Derecho han estado históricamente vinculados al poder. Aun disfrazando su labor con la objetividad del científico o con la asepsia del que sólo transmite conocimientos que él no ha creado, los juristas han seguido el paso de los gobernantes o de los sectores más conservadores de la sociedad, sea cual sea el ordenamiento jurídico que estemos examinando.

IV. JUECES Y LEGISLADORES EN LA ESPAÑA MEDIEVAL

Dentro de las grandes tendencias jurídicas europeas y en los siglos anteriores al desarrollo del pensamiento político ilustrado en Europa, el caso español constituye un punto y aparte. La concepción del Derecho que predominará en nuestro país, así como el grupo social o grupos sociales que controlarán el Derecho durante siglos, poco tienen que ver con esa concepción del Derecho propia del *ius commune* o con ese dominio del Derecho por parte de los juristas docentes. Tampoco en lo referente a nuestro mundo jurídico anterior al siglo XVIII encontramos muchos puntos de conexión con lo que podríamos llamar el modelo inglés de creación y aplicación del Derecho.

En este último sentido y de modo casi anecdótico, cabría indicar simplemente que en la España castellana y en torno al siglo XIII, nace y

²¹ «El primer mandato del “buen Corregidor” consistía en identificarse con los principios organizativos de la sociedad en que vivía y del Estado al que servía» (F. TOMÁS y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, p. 200).

muere un único y breve «ensayo judicialista», que constituirá nuestra experiencia más próxima al sistema anglosajón. Se trata como decimos de un breve período de tiempo que en términos jurídicos estaría caracterizado porque la creación del Derecho correspondió a aquellos encargados de dirimir los litigios, es decir, a los jueces que actuaban con arreglo a la costumbre y a lo que se denomina «sentido común». El método jurisprudencial fracasa en Castilla por razones varias, probablemente, como indica Jesús Lalinde, por la impureza del sistema, la precocidad de su instauración y el abuso nobiliario en su utilización²².

Lo bien cierto, sin embargo, es que la historia jurídica de Castilla, a excepción de ese breve período, se va a caracterizar toda ella por el predominio del autoritarismo como factor político, así como del decisionismo o voluntarismo en materia jurídica. Ambas características, de un lado, cerrarán el camino al desarrollo de una tradición judicial al estilo inglés, en la medida en que provocan la pronta y total relegación de la costumbre y consecuentemente la disminución de la capacidad creadora del juez. De otro lado, abrirán la posibilidad de configuración de un modelo de juez con una doble naturaleza: como oficial real absolutamente subordinado al superior y en última instancia al monarca²³ como juez dueño y señor del proceso en el que puede decidir con un amplio margen de arbitrio²⁴. Es también bajo la influencia del autoritarismo político y el decisionismo jurídico que cabría interpretar los continuos intentos que se producen en los reinos castellanos de legalizar el *ius commune*, es decir, de hacerlo expresión de la voluntad del detentador del poder²⁵.

Pero frente a Castilla, en otras zonas de España, como la Corona de Aragón o Navarra, la situación va ser muy diferente. Aquí el gobernante no «decide» sino que «acepta» unas normas que la propia comunidad que dirige se ha forjado en el transcurso de su historia y actúa entonces

²² J. LALINDE ABADÍA, «La creación del Derecho entre los españoles», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36, (1966), pp. 307-377.

²³ En este sentido pone de relieve TOMÁS Y VALIENTE cómo el sistema jurídico-político de la época entronizaba el voluntarismo como principio, aunque, por supuesto, con una rígida jerarquización entre las voluntades dotadas de poder, en función de su mayor o menor distancia respecto a la voluntad suprema y casi absoluta del rey (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, p. 217).

²⁴ También respecto el arbitrio judicial en el Antiguo Régimen la experiencia de Castillo de Bobadilla es muy ilustrativa. TOMÁS Y VALIENTE la resume así: «el juez tenía en cada caso que apreciar circunstancias que individualizaban los supuestos de hecho, y en función de las cuales él, y no directamente la ley, acrecentaba o disminuía la pena legal, imponiendo de este modo al condenado una pena, que por no ser la determinada por la ley, sino la derivada del libre arbitrio judicial, era denominada pena arbitraria. En este terreno, la doctrina fue construyendo casuísticamente cómo y cuáles eran tales circunstancias de hecho, y hasta qué punto debían pesar en el ánimo judicial para modificar la pena legal» (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, p. 213). El propio juez podía negar la apelación contra sus sentencias condenatorias, por otra parte, el recurso de apelación no suspendía la sentencia, existía, en fin, la famosa doctrina de Derecho común, de que en materia de delitos muy atroces los jueces pueden transgredir tanto la ley penal como la ley procesal (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, pp. 218-231).

²⁵ J. LALINDE BADÍA, *op. cit.*, pp. 337 ss.

con arreglo a ellas. El decisionismo castellano, limitado solamente por las teorías del iusnaturalismo católico, propias de nuestra tradición filosófico-jurídica, contrasta con una concepción del Derecho que bien se podría calificar como de normativismo historicista. Esta concepción jurídica se concretaría, como ha sido dicho, en la exaltación de la costumbre como base normativa, el concepto pactista de ley, el reconocimiento moderado de la jurisprudencia y la ausencia de cualquier trascendentalismo jurídico²⁶.

En todo caso, la tendencia jurídica que prevalecerá finalmente en España como consecuencia de la propia historia de nuestro país no será otra que ese decisionismo autoritario y, como señala Jesús Lalinde, de carácter trascendentalista. Como ya hemos indicado, que el Derecho sea concebido como decisión del detentador del poder, será fundamental también a la hora de configurar el modelo de juez en este sentido, bien puede afirmarse que en España el juez no tiene otro pasado que no sea el de funcionario de la Administración estatal, agente real u oficial del monarca. Basta pensar en que a lo largo de todo el Antiguo Régimen las garantías respecto a la recta administración de la Justicia no consistían en las vías de impugnación de las sentencias de los órganos inferiores, sino en el control administrativo sobre los oficiales reales (corregidores). Dicho de otra manera, dentro de un sistema jurídico con proceso penal inquisitivo, autoritario y arbitrario, la posición procesal del reo es claramente débil, desigual y poco eficaz. Si el juez tiene algo que temer será por lo que haga no en cuanto juez, sino de lo que se deriva de su condición de oficial real²⁷.

Así, el principal temor de un juez de primera instancia del Antiguo Régimen para el caso de que se excediera en su amplísimo (pero legalmente indeterminado) arbitrio judicial, era la sanción del superior. Pues, como indica Tomás y Valiente, una ordenación social rígidamente jerarquizada, un sistema autoritario, hace que cada individuo tema al de arriba, porque así, de arriba a abajo, circula el poder²⁸. El único límite de cada esfera de poder es en tal sistema el poder de la esfera superior.

Los magistrados españoles del Antiguo Régimen, entonces, a diferencia por ejemplo de los jueces franceses del mismo período, no podrán interpretar, ni completar, las normas legales. Su estricta observancia de los términos de la ley estaba estrechamente vigilada por el monarca. Por otra parte, los jueces españoles nunca formarán una casta cerrada y autónoma sino más bien y tradicionalmente una carrera burocrática, además de carecer del famoso derecho de registro de las normas emanadas del poder real, derecho que sus colegas franceses usaron ampliamente en los años anteriores a la revolución.

²⁶ *Ibid.* p. 338 ss

²⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, p. 214.

²⁸ *Ibid.* p. 215

Todo ello nos lleva a concluir que, mientras en Francia y en otros países de la Europa continental el paso del Antiguo Régimen al Nuevo Régimen en lo referente al control del Derecho por los jueces o los juristas va a significar un cambio radical, en España, especialmente en torno a la figura del juez; como indica Toharia, no cabe apreciar más que una sustancial continuidad. «Con algunos retoques de detalle la organización de la justicia de la España del Antiguo Régimen era básicamente una prefiguración *avant la lettre* de los esquemas judiciales introducidos por la Francia revolucionaria como antídoto contra la prepotencia de los Parlamentos de Justicia. No había, por tanto, necesidad de una remodelación *a radice*: así, los Parlamentarios de Cádiz pueden con justicia proclamar en el prólogo a la Constitución de 1812 el haberse abstenido de introducir ninguna modificación sustancial en la manera en que la Justicia es administrada. Simplemente, no era necesaria»²⁹.

V. JUECES Y LEGISLADORES EN LA ESPAÑA ACTUAL. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

Intentar trasladar a la situación presente lo hasta ahora dicho en estas breves notas sobre interpretación y aplicación del Derecho no nos lleva más que a manifestar ciertas perplejidades a ese respecto y señalar pocas similitudes entre nuestra realidad jurídica y las realidades que suscitadamente hemos analizado.

En primer lugar, el Derecho español contemporáneo, al igual que otros muchos ordenamientos jurídicos actuales se caracteriza por una pluralidad de centros de creación normativa, que hacen imposible establecer la hegemonía de algún grupo sobre los otros en la creación de Derecho. Dicho de otra manera, hoy cabe afirmar que la mayoría de normas que conforman nuestro ordenamiento no tienen origen exclusivamente legislativo ni predominantemente jurisprudencial, ni tampoco desde luego doctrinal.

El Parlamento, hace ya décadas, perdió el monopolio de la producción del Derecho, seguramente porque el paso de una sociedad estable y regulable con normas constantes a una sociedad en rápido movimiento exige también una adaptación de las propias normas a la movilidad social, un cambio en el que el Parlamento se ha visto superado por otros centros de producción normativa más ágiles en dar respuesta a las demandas sociales.

En lo que respecta a la jurisprudencia de los tribunales, su enorme relevancia es, no cabe duda, la gran novedad que el Derecho continental muestra en la segunda mitad de este siglo. Los jueces en nuestro país y en otros muchos de nuestra área cultural se han convertido, gracias a la

²⁹ J. J. TOHARIA, *El juez español. Un análisis sociológico*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 31.

existencia de Constituciones rígidas y de mecanismos creados para la protección de las mismas, en jueces todos ellos constitucionales. Es decir, los jueces españoles no sólo juzgan las controversias que se les presentan teniendo como norma suprema la Constitución sino que deben también juzgar las leyes y valorar así su constitucionalidad. Pero no obstante la relevancia inusitada en nuestra cultura de la función judicial, plasmada día a día en las discusiones de los actores de la vida pública, no podemos afirmar consecuentemente que nuestro sistema ha entrado en la órbita de los ordenamientos jurídicos de origen jurisprudencial al modo inglés. El Derecho español todavía carece de la elevada consideración del precedente que caracteriza los Derechos de raíz anglosajona. En nuestra cultura jurídica, permanece viva, pues, la diferencia entre el Derecho nuevo y el Derecho viejo.

Tal vez entonces la novedad más importante que caracteriza los ordenamientos contemporáneos respecto de otros ordenamientos jurídicos históricos sea esa pluralidad de centros de producción normativa, que evoca la dispersión jurídica de los años anteriores a la codificación o de los años anteriores a la recepción del Derecho romano, pero que se diferencia fundamentalmente por la existencia de un texto normativo, la Constitución, que parece situarse como árbitro en el juego de los múltiples intereses sociales y como marco y límite de cualquier ejercicio del poder y de cualquier actividad creadora de Derecho. En una situación así, el peligro o la proximidad con algunos de los esquemas jurídicos que hemos barajado no parece otro que la consideración cuasisacra de ese libro, de ese texto normativo que es nuestra Constitución, que podría verse convertida de nuevo en la *ratio scripta*, que tan sólo exige exégesis y veneración.

Notas sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico

Por MILAGROS OTERO PARGA

Universidad de Santiago

El ordenamiento jurídico tiene la misión de regular la vida de los hombres en sociedad a través de un sistema tendente a la realización de un ideal de justicia. Ahora bien, manteniendo este principio genérico, la realidad práctica muestra que muchas de las normas que integran el Derecho objetivo sólo cumplen una misión reguladora y organizativa que no plantea tensiones con la justicia. A pesar de que, como dice Del Vecchio «cada uno sabe que la vida del Derecho se sustancia en la lucha continua contra lo injusto. Pero lo que tal vez con frecuencia no se piensa es que las más graves ofensas a la justicia no suceden tanto en oposición a las leyes cuanto por obra de las leyes mismas»¹. Esa situación, que sería la de la falta de adecuación del derecho positivo al ideal de justicia, no es la que ahora nos ocupa.

En las siguientes páginas me propongo analizar los problemas que surgen en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la falta de estabilidad que experimentan continuamente las normas. No obstante, esta circunstancia no puede ser analizada de forma aislada, sino al hilo de otros valores jurídicamente perseguibles, como la seguridad y la certeza. Y todo ello debe ser armonizado a fin de conseguir el fin último del Derecho, esto es, la realización de la justicia.

¹ DEL VECCHIO, G, «Mutabilidad y eternidad del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, Madrid, 1955, p. II. Este trabajo fue publicado siete años después con el mismo título, en el *Anuario de Filosofía del Derecho y Sociología*, Universidad Nacional de La Plata, 1962, pp. 23 ss.

El problema de base surge en torno a la necesidad de conjugar el cambio y la permanencia, ya que en principio los hombres buscan, a través del Derecho, «la eliminación de la inseguridad y de la incertidumbre en el ámbito de las relaciones sociales y sienten la urgencia de saber a qué atenerse»². Puesto que, como advierte Kelsen, «el contenido de las normas que forman el orden estatal se refiere esencialmente a la conducta humana, y ésta se desenvuelve en el tiempo y en el espacio»³. Por ello, y en función de tales coordenadas, las normas son por su propia naturaleza variables y variadas.

Sin embargo, esta variabilidad no puede suponer una falta de seguridad o de certeza, porque el hombre necesita saber en cada caso lo que se exige de él. Por ello, debe estar en situación de saber cómo actuar en cualquier situación. Y esto se convierte en una tarea difícil cuando las normas jurídicas varían con una velocidad excesiva en un mismo espacio.

Esta falta de estabilidad a la que me estoy refiriendo es especialmente apreciable en algunas ciencias jurídicas, como el Derecho Financiero o el Derecho del Trabajo, en donde se crea semejante «inflación», que, como dice Pérez Luño, se está produciendo un grave menoscabo de la estructura formal de las normas legales, que trae como consecuencia el hecho de que «el flujo incesante de leyes y disposiciones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación»⁴. Y si esto sucede en el ámbito de los especialistas en Derecho, es obvio que el problema se acentúa cuando lo referimos al resto de los hombres que se encuentran muchas veces en situaciones, si no de indefensión, al menos de gran incomodidad, porque no conocen aquello a lo que están obligados. En este sentido, se adelantó con gran visión de futuro Hegel, al denunciar en su tiempo el error de que el Derecho sólo sea patrimonio de unos cuantos especialistas, ya que éste «conciene a la libertad, que es lo más digno y sagrado del hombre, y por ello lo debe conocer en la medida en que para él es obligatorio»⁵.

El problema se agrava por «la necesidad ética de que el Estado mantenga firme, constante y unívoca su voluntad, en lugar de dispersarla en un flujo de normas que la hacen de por sí móvil e inconsistente, corrompiendo de ese modo la naturaleza del Estado mismo»⁶.

No obstante, y a pesar de haber detectado el problema de la excesiva variabilidad, hay que tener en cuenta igualmente la otra faceta de la cuestión. Esto es, la necesidad de disponer de un orden dinámico que asegure

² FERNÁNDEZ GALIANO, A., y CASTRO CID, B. de, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Ed. Universitas S. A. Madrid, 1993, p. 152.

³ KELSEN, H., *Compendio de Teoría General del Estado*, trad. Luis Recasens y Justino de Azcárate, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1934, p. 149.

⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 45 ss.

⁵ HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad y prólogo de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1988, p. 215.

⁶ LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del Derecho*, Ediciones jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 99.

«el proceso continuo de formación de las normas»⁷. De hecho, no podemos olvidar, en ese sentido, que la seguridad, aún siendo un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tiene que estar al servicio de la justicia, entendida como el valor fundante y fin último de todo el ordenamiento.

Así planteado el problema, parece que nos encontramos ante un «callejón sin salida», ya que por un lado propugnamos la necesidad de estabilidad del Derecho para que éste pueda cumplir adecuadamente con la finalidad a él encomendada, y por otro lado aparece la necesidad de respetar la movilidad propia que por su naturaleza tienen las acciones humanas.

En las páginas que siguen a continuación me propongo analizar esta situación, sobre la base de que no se debe plantear el problema en clave de estabilidad *versus* justicia. El Derecho debe ser, como observa Rovira, «estable y evolutivo», ya que la seguridad tiene también la finalidad de reconocer situaciones cambiantes⁸.

Sin embargo, la dificultad está en encontrar el punto medio de la virtud aristotélica, en el que se respeten al mismo tiempo las necesidades de cambio y permanencia. Y, sobre todo, debemos saber si en el actual Estado de Derecho en el que vivimos se ha alcanzado este equilibrio.

LA ESTABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Dice Rawls que «una sociedad bien organizada exige la condición de la estabilidad»⁹. Y relaciona esta condición con el hecho de que todos saben y aceptan que los demás conocen los mismos principios y tienen la misma concepción de la justicia. De este modo, la condición de estabilidad y de común aceptación van juntas y se refieren a una sociedad bien ordenada que exige siempre equilibrio. De hecho, esta sociedad equilibrada y bien organizada tiene, precisamente por mor de estas circunstancias, mayores posibilidades de cumplir con las expectativas de proteger los derechos de cada uno de los individuos que la integran.

Este equilibrio permitiría, además, conjugar el hecho de que la ley es un producto histórico que pretende garantizar «cierta constancia en las relaciones interhumanas»¹⁰.

De esta manera, la estabilidad se presenta, al menos en principio, como algo deseable en tanto en cuanto aporta equilibrio en las relaciones

⁷ OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Ed. Labor, Barcelona, 1980, p. 110

⁸ ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, M. C., «Seguridad y Estado de Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 11-1, 1971, p. 74

⁹ RAWLS, J., *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 103 ss. Estas ideas ya habían sido anteriormente esbozadas en otra obra del mismo autor, *Teoría de la justicia*, Fondo de cultura económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979, pp. 503 ss.

¹⁰ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 347.

humanas. Y, sin embargo, esta apreciación es insuficiente, porque la estabilidad no supone siempre la justicia ni la legitimidad. De hecho, como apunta Garzón Valdés, «desgraciadamente, la legitimidad de un sistema jurídico-político (entendida como coincidencia de sus normas con principios y reglas de ética) no es condición ni suficiente ni necesaria de la estabilidad»¹¹.

Con estas palabras, se muestra la otra cara de la moneda, esto es, la posibilidad de que la estabilidad posibilite un conformismo y un deseo de no cambiar las cosas que perpetúe situaciones de injusticia intolerables en un Estado de Derecho.

Y así nos encontramos de nuevo ante la tensión justicia-estabilidad que no debe existir. Y no debe existir porque si entendemos que la justicia es el valor supremo del ordenamiento jurídico, ningún otro valor o función del Derecho se le puede oponer.

No obstante, saldar el problema planteado de esta manera parece excesivamente sencillo. Por otro lado, ya hemos adelantado nuestra posición al comienzo de estas líneas, en el sentido de que entendemos que justicia, estabilidad y seguridad son valores que lejos de excluirse guardan gran relación entre sí. Pero, para lograr encontrar esta armonía debemos, en primer lugar, conocer en mayor profundidad los términos que pretendemos conjugar, para lograr de esta manera el resultado pretendido. De no hacerlo así, correríamos el riesgo de toparnos con disonancias que, lejos de permitirnos disfrutar de la melodía, distorsionan la propia visión de la realidad jurídica en este caso.

Por tanto, comenzaré por analizar el concepto de estabilidad, a fin de establecer su correcto significado. Para ello, realizaré, en primer lugar, un pequeño estudio histórico, para concluir con un esbozo sobre la situación actual.

A) *Antecedentes históricos*

El término estabilidad procede del latín *stabilitas-atis* y significa permanencia, duración en el tiempo; firmeza y seguridad en el espacio. Con esta primera incursión en el terreno de la filología hemos relacionado los elementos que se muestran como fundamentales en el estudio que estamos realizando. Esto es, espacio y tiempo como punto de partida y seguridad como meta a alcanzar como punto de encuentro. Y si seguimos avanzando, llegamos al adjetivo estable que en este caso implica algo constante, firme y permanente¹². Por otro lado, hay que señalar que esta cualidad

¹¹ GARZÓN VALDÉS, E., «Seguridad jurídica y equidad», en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 307. También es interesante su artículo «El concepto de estabilidad en los sistemas políticos», datado en 1987, e incluido en esta misma obra.

¹² Estos calificativos son en principio claramente apetecibles por el Derecho. Poseen además una clara tradición que los avala. Recordemos, por ejemplo, la definición de justicia de Sto. Tomás, de clara procedencia aristotélica, que definía a ésta como «hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho», *Summa*, 2-2, q. 58, a. 1.

apareció en la historia del pensamiento jurídico con autores como Aristóteles, aunque no llegaron a formularla de forma clara. Otros posteriores, como San Agustín, ya realizaron alguna referencia más precisa, manifestándose a favor de que los preceptos legalmente establecidos no fuesen usualmente modificados con excesiva rapidez, a menos que entrañasen graves injusticias; ya que, de lo contrario el efecto que se produciría sería negativo para el pueblo, ya que éste no sabría a qué atenerse.

Sin embargo, y a pesar de que surge el germen de la idea, ésta no llega a manifestarse de forma clara e inequívoca. Y así, autores como S. Isidoro de Sevilla, que realizan definiciones tan prolijas de la ley a través de la manifestación de sus caracteres, no llegan a ocuparse directamente de la estabilidad¹³.

No obstante, algunos autores, como Santo Tomás, aunque no incluyen la estabilidad como característica que deba acompañar a la norma jurídica, preparan el camino para su introducción. Y así, el doctor angélico afirma en la *Summa* (1-2, q. 97, a. 2), que las leyes deben ser modificadas siempre que se ofrece la ocasión de decretar otras mejores, pero el mero cambio de una ley es en sí mismo un perjuicio para el bien común. Y, por ello, no debe modificarse la ley humana, salvo en el caso de que el nuevo decreto establezca un provecho muy grande y notorio o en el caso de extrema necesidad.

La primera definición de ley, que incluye la estabilidad como característica, se debe a Suárez, el cual establece que ley es un «precepto común, justo y estable, suficientemente promulgado»¹⁴. Pero antes de llegar a esta definición se ocupa de la «perpetuidad», afirmando que la perpetuidad que se espera de la ley es «cierta estabilidad, la cual lleva consigo que conserve su ser como valor y virtud para obligar, tan fijo y permanente en fuerza de su origen e institución, que de suyo dure siempre o por un tiempo indefinido y prolongado»¹⁵.

Sin embargo, no entiende que la ley deba ser de tal modo permanente o estable que no pueda ser revocada, ya que como él mismo afirma, la ley humana no es irrevocable porque su autor próximo, su sucesor, la materia, la costumbre u otras circunstancias pueden hacer que varíe. De hecho, explicita que las leyes no sirven de igual manera para todos los tiempos, sino que deben cambiar según las circunstancias, pero esto no impide que tengan su perpetuidad en tanto en cuanto no cambie el estado de las cosas o no sean revocadas. Por otro lado, cuando establece la estabilidad se refiere a una triple consideración: la primera, en relación con el autor, se refiere al hecho de que la ley es estable, porque no desaparece con su

¹³ S. ISIDORO define la ley como honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara, no vaya a ser que por su oscuridad induzca a error, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos. *Etimologías*, Lib. II, 10.

¹⁴ SUÁREZ, F., *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Lib. I, cap. XII. Cito por la edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

¹⁵ SUÁREZ, F., *op. cit.*, Lib. I, cap. X-1.º

autor, sino que puede pervivir con independencia de quien la haya dictado. La segunda razón está en relación con los súbditos para quienes se da, ya que no obliga únicamente a los presentes sino también a los futuros hasta que sea revocada. Y en tercer lugar, la ley es estable en relación con sí misma, ya que perdura hasta que sea revocada o su materia o la causa cambien de tal manera que deje de ser justa¹⁶.

Esto es así según la concepción suareciana, porque la tendencia de la ley es la realización del bien común.

Creo que la aportación realizada en su día por este autor no sólo fue de gran trascendencia en su momento, sino que sigue siéndolo hoy en día, siempre que la adecuemos a las actuales circunstancias¹⁷. Pensemos que en su momento Suárez difícilmente podría imaginarse la trascendencia que en el futuro podría tener el hecho de incluir la estabilidad como una de las notas que debía acompañar a la ley. De hecho, incluso los juristas del siglo pasado quedarían perplejos ante el hecho de que el *BOE* publica en la actualidad más normas y disposiciones en una semana que todas las que podrían ser emanadas del legislativo en un año. Y ello por referirnos sólo al *BOE* ya que si pensamos además en las Comunidades Autónomas, entes autónomos, como, por ejemplo, la Universidad, organismos internacionales etc., la lista se hace verdaderamente inmanejable.

Por ello resulta, si cabe, más llamativo el hecho de que un autor como Suárez intuyera en su época la conveniencia de incluir la estabilidad como una de las notas de la ley.

B) *Situación actual*

Una vez realizado este breve repaso histórico sobre el surgimiento de la estabilidad como característica que debe acompañar a la norma jurídica, nos preguntamos si esto es asumible hoy en día. Y en el caso de que así sea, cuál es el sentido que debemos otorgarle.

En principio, y después del estudio realizado, creo que se puede afirmar que, en general, los iusfilósofos actuales prefieren «no mencionar» la estabilidad como requisito o característica de la ley. Con ello no quiero decir que nieguen este carácter, sino que sencillamente procuran obviarlo. Este hecho posiblemente se deba, como dice Soriano, al «extraordinario dinamismo del Derecho»¹⁸.

¹⁶ SUÁREZ, F., *op. cit.*, Lib. I, cap. X-7.º

¹⁷ Prueba de ello son los numerosos trabajos realizados sobre esta concepción, entre los que me permito recomendar, por su conocimiento sobre el autor y el tema, los siguientes a modo de ejemplo: TRUYO SERRA, A., «Lo mutable y lo inmutable en la moral y el Derecho, según Francisco Suárez», en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 55-56, 1950. ROMMEN, H., «Variaciones sobre la Filosofía jurídica y política de Francisco Suárez», en *Pensamiento*, número extraordinario, 1948. Y RECASENS, L., *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927.

¹⁸ SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*, 2.ª ed, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, p. 93. Soriano no incluye la estabilidad como una de las características de las normas. Él habla de validez, bilateralidad y protección institucionalizada como notas reales y de la eficacia

No obstante, autores un poco más alejados en el tiempo, sí reconocen esta característica, ya sea de forma implícita o explícita. Ejemplos del primer tipo los tenemos en juristas como Coing, que se manifiestan claramente en favor de la necesidad de crear «situaciones e instituciones duraderas», ya que «el hombre quiere sustraer su existencia a cambios permanentes y dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarla del asalto constante de lo nuevo»¹⁹.

Efectivamente, este autor no habla de la estabilidad como tal, pero entender que se refiere a ella no parece forzar excesivamente una interpretación extensiva. A su vez, otros autores como Stammler relacionan, tal y como advierte Legaz, la estabilidad con la inviolabilidad, con la finalidad de evitar la arbitrariedad. Y en ese sentido afirma que el Derecho como ordenación permanente de la vida social debe mantenerse incommovible «y no disponer una regulación nueva para cada caso, a merced de las veleidades del que ocupa el poder, como una serie de órdenes conminando al azar y tan pronto dictadas como revocadas, sin asiento social alguno»²⁰.

Disponemos también de manifestaciones mucho más explícitas, entre las que se encuentran las de Legaz, Henkel, Luño Peña o Villoro Toranzo. Para ellos, la estabilidad como tal es una de las características que debe acompañar a la norma jurídica para lograr con ello la seguridad, la certeza, la paz, el orden y la armonía en justicia.

Y así Legaz Lacambra define la estabilidad no de forma caprichosa sino para alcanzar un fin superior. En efecto, afirma que al Derecho le corresponde la función de seguridad, y para ello «es menester que las normas sean estables»²¹. Pero no defiende cualquier tipo de estabilidad o permanencia sino que siguiendo la pauta de Suárez entiende que la norma permanece en tanto en cuanto no sea derogada. De hecho, no se trata de defender el inmovilismo sino de buscar un equilibrio²², y de defender de alguna manera la prudencia en la producción legislativa. También a favor

y legitimidad como notas ideales. Dentro de las manifestaciones más recientes, otros autores que no incluyen esta característica son, a modo de ejemplo, MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología jurídica*, Ariel, 1994; DE LUCAS y otros, *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. La parte dedicada a la norma jurídica la desarrolla ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ y en ella tampoco se incluye la estabilidad como característica de la norma jurídica. SEGURA ORTEGA, M., *Teoría del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 3.ª reimpresión, Madrid, 1995. Sin embargo, otros autores como FERNÁNDEZ GALIANO y DE CASTRO CID, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Ed. Universitas S. A., Madrid, 1993, aunque no incluyen directamente la característica de la estabilidad, aluden a ella al mencionar la seguridad y la previsibilidad.

¹⁹ COING, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 40.

²⁰ STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad de la 2.ª ed. alemana por W. Roces, 1.ª ed. Reus, Madrid, 1930, p. 117.

²¹ LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed, Bosch, Barcelona, 1979, p. 407. En todo caso, esta defensa que hace no le lleva a cerrar los ojos ante la necesidad de cambio. Y así en otro pasaje de la misma obra afirma que ninguna norma debe durar más allá de lo que duran las circunstancias para las que fue dada.

²² Vid. WRIGHT, G. H., «Normas de orden superior», en *El lenguaje del Derecho*, homenaje a Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 459 ss.

de la prudencia se manifiesta Luño Peña, en tanto en cuanto para él la cuestión de la estabilidad no se centra tanto en el tiempo de permanencia como en la derogación o revocación, con lo cual sitúa el problema en las mismas coordenadas en las que ahora nos encontramos ¿Dónde está el equilibrio adecuado?²³. Creo que ése es el punto central del que debemos ocuparnos, a pesar de que autores como Villoro Toranzo ni lo establecen, ni en realidad parece preocuparles, en tanto en cuanto se ocupan de la estabilidad, junto con la uniformidad, predominante exterioridad, coercibilidad y bilateralidad creadora de deberes y derechos correlativos como características de las normas jurídicas, pero sin prestar mayor atención al problema²⁴.

No obstante lo visto, otros juristas como Henkel siguen una tónica más general en cuanto a la manifestación de la necesaria matización que debe experimentar el concepto de estabilidad. Y así, aunque por un lado manifiesta claramente que la estabilidad representa un elemento de la seguridad jurídica, por otro lado advierte que ésta no puede ser entendida en ningún caso como inmutabilidad. Las normas jurídicas, y con ellas el ordenamiento en su conjunto deben cambiar y adaptarse a las circunstancias y a las expectativas de los individuos a ellas sometidos pero, una regulación «contraria a la idea de estabilidad y modificada en rápida sucesión, menoscabaría, considerablemente, el importante momento de confianza que necesitan los sujetos para orientarse en las relaciones jurídicas»²⁵. De hecho entiende la estabilidad únicamente como exclusión de un cambio rápido, frecuente y brusco en el establecimiento de las normas.

La idea es en principio muy clara y creo que adecuada, pero la cuestión hasta ahora planteada sigue sin respuesta ¿cuándo se entiende que el cambio es rápido o brusco? ¿cuál es la periodicidad que podría ser admisible en cuanto al cambio se refiere? La respuesta a estas preguntas puede darse aunque no es exactamente cuantificable en el tiempo. De hecho, no parece posible que pueda establecerse un tipo concreto de frecuencia y por ello coincido con Fuller cuando manifiesta que «es difícil imaginar una convención constitucional lo suficientemente imprudente para decidir que ninguna ley deberá modificarse más a menudo digamos que una vez al año»²⁶. Sin embargo, y sigo coincidiendo con él, afirma que uno de los ocho modos de frustrar el intento de crear y mantener un sistema

²³ LUÑO PEÑA, E., *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. II, Ed. La Hormiga de Oro, Barcelona, 1949, pp. 110 ss. Luño Peña, siguiendo el esquema de Suárez, advierte que éste no se refiere a la perpetuidad por parte del principio «a parte ante» sino a la perpetuidad por parte del fin «a parte post». Y a ésta última es a la que llama «estabilidad moral». En su libro *Derecho Natural*, 2.ª ed, Ed. La Hormiga de Oro, Barcelona, 1950, pp. 240 ss., mantiene la misma postura.

²⁴ VILLORO TORANZO, M., *Introducción al estudio del Derecho*, 9.ª ed, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 479. Afirma que las normas jurídicas deben ser estables y uniformes porque constituyen las reglas del juego social y estima que no se debe cambiar de reglas a mitad del juego, a no ser que existan motivos muy serios para hacerlo.

²⁵ HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. E. Gimbernat, Taurus, Madrid, p. 550.

²⁶ FULLER, L., *La moral del Derecho*, Ed. F. Trillas, México. D. F., 1967, pp. 92 ss.

de normas legales es «la introducción de cambios tan frecuentes en las leyes que los súbditos no puedan orientar sus actos por medio de las mismas»²⁷.

La postura que se desprende de lo expuesto y con la que coincido, es la de la necesidad de variabilidad, pero dentro de un orden que asegure la adecuada y ordenada realización del Derecho, ya que éste debe buscar y alcanzar la justicia y por tanto tiene que adaptarse a cada nueva circunstancia que introduzca alguna variación notable en cuanto al logro de este fin se refiere. Pero, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico debe asegurar el orden y evitar con ello situaciones en las cuales los individuos se sientan desprotegidos o ignoren sus derechos y la forma de hacerlos valer. El equilibrio es difícil pero necesario y cualquier solución a esta tensión que se incline de forma indiscriminada hacia un lado de la balanza sería inadecuada, ya que en realidad de lo que se trata es de armonizar la necesaria movilidad de las normas jurídicas con la estabilidad del Derecho. Y eso aunque en teoría resulta claro, en la práctica resulta en muchas ocasiones muy difícil de conseguir.

La pregunta que surge de modo inevitable es si la estabilidad entendida como nota de la norma en particular y del ordenamiento jurídico en general, está o no contemplada en nuestro actual ordenamiento jurídico. En ese sentido, y tomando como base la Constitución española actual, debemos afirmar que en su articulado no se encuentra tratado con claridad este tema. De hecho, no existe ningún artículo donde se mencione la necesidad de la estabilidad. En todo caso, y haciendo una interpretación extensiva, podemos referirnos únicamente a lo establecido en el título X de la CE, que al abordar la reforma constitucional regula las condiciones que deben producirse para que se produzca el cambio, entendiendo que si bien éste es posible cuando sea necesario, no podrá hacerse de cualquier manera, sino siguiendo las pautas previamente fijadas para ello. Con lo cual, permitiendo la variabilidad cuando ello sea necesario, parece abogar por la estabilidad, en cuanto impone ciertos límites restrictivos.

Por otro lado, y a pesar de que este título X se refiere únicamente a la reforma constitucional, puede servirnos de pauta.

Sin embargo, y a pesar del resultado obtenido en cuanto a la presencia clara de la estabilidad en nuestra Constitución, creo que ésta sí recoge menciones muy claras, que aunque no se refieren concretamente al concepto de estabilidad, deben ser analizadas al hilo de ésta, a fin de poder obtener una adecuada visión de conjunto. Me refiero a conceptos como el de seguridad y el de certeza, que entiendo que se muestran como inescindibles del que nos ocupa.

²⁷ Fuller, L., *ibid.*, p. 49. Los otros siete modos de frustrar el intento de crear y mantener un sistema de normas legales son: abuso de legislación retroactiva, dejar de crear leyes, falta de publicación, leyes incomprensibles, promulgación de leyes contradictorias, leyes que están fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada y falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgan y su verdadera administración.

A continuación me referiré brevemente a cada uno de ellos, pero antes, y en aras a la claridad expositiva, adelantaré una serie de conclusiones obtenidas en cuanto a la estabilidad se refiere.

C) *Conclusiones sobre la estabilidad como característica de la norma jurídica*

Una vez analizada la cuestión de si la estabilidad debe entenderse o no como una característica de la norma jurídica, y en función de los datos obtenidos, creo que podemos extraer una serie de conclusiones. Pero antes de proceder a enumerarlas, es preciso aclarar una consideración de gran importancia. Me refiero a la necesidad de realizar una llamada de atención sobre la diferencia entre norma y ordenamiento jurídico. Entiendo, como ya he dicho antes, que la estabilidad debe buscarse en cuanto al ordenamiento jurídico se refiere y no en relación con las normas, pues éstas, por su propia naturaleza, deben ser variables. No obstante, y hecha esta puntualización, creo que son válidas las siguientes apreciaciones:

1. Los autores consultados que se ocupan de la estabilidad advierten que el ordenamiento jurídico, entendido como conjunto de normas jurídicas, no puede ser estático ni invariable. Antes bien, debe adaptarse a las circunstancias espacio-temporales que lo acompañan.

2. No obstante lo anterior, al ordenamiento jurídico tampoco le conviene una variabilidad excesiva, pues ésta conduce a una falta de certeza y seguridad, así como a una dificultad de conocimiento, incluso por parte del especialista en leyes, de tal modo que, aquel que no es especialista, «el hombre de la calle», al que se dirige y al que vincula el ordenamiento, puede tener una peligrosa sensación de arbitrariedad e indefensión.

3. Algunos de los autores estudiados se manifiestan a favor de incluir la estabilidad claramente como característica que debe cumplir la norma jurídica. Otros prefieren obviar este dato. Cronológicamente hablando, los primeros se corresponden en general con los más antiguos en el tiempo, mientras que los segundos son más recientes. Creo que este hecho se debe simplemente a circunstancias históricas de menor o mayor inflación legislativa.

4. Sin embargo, no me parece detectar, salvo algunas excepciones, una gran diferencia entre ambas posturas. Posiblemente se trate de una cuestión más de moda. Y, por el contrario, me parece que la discusión hoy en día se centra en mayor medida en el problema del equilibrio. En ese sentido creo que la casi totalidad de las muestras doctrinales traídas a colación admitirían el hecho de que el ordenamiento jurídico debe variar y tener flexibilidad para ello cuando las circunstancias históricas o de oportunidad así lo recomienden. La justicia no puede sufrir en ningún caso, pero, no obstante, y eso es lo que me gustaría resaltar, esas modificaciones deben hacerse de un modo prudente para evitar la producción de los problemas antes aludidos. No podemos sacrificar la justicia en ningún

caso pero, a veces, lo mejor es enemigo de lo bueno y al final el temor a la falta de seguridad y de certeza, la angustia de sentirse prisionero de un sistema que todo lo quiere organizar y no deja ningún resquicio al individuo, puede convertirse claramente en injusticia.

5. En cuanto a la estabilidad enfocada desde el punto de vista constitucional, debemos advertir del hecho de que en nuestra actual Constitución no aparece mencionada de forma explícita, aunque existen algunas referencias a ella por vía de otros conceptos próximos.

6. En función de los datos obtenidos y como punto de encuentro propongo llamar la atención sobre la importancia de la estabilidad dentro del ordenamiento jurídico, ya que la rebaja ya vendrá dada por la propia naturaleza de las cosas. Y además creo que se debe procurar el establecimiento de unas normas que no precisen de tanta y tan constante modificación, ya que crean gran confusión y desconfianza en el administrado. Por otro lado, y aunque ya hemos establecido el hecho de que una cosa son las normas jurídicas, de por sí variables, y otra el ordenamiento jurídico, que entendemos debe ser más estable, en la realidad práctica, el resultado que percibe el administrado es muy similar. En el sentido de que el individuo que observa la gran inflación legislativa que se está produciendo se siente inseguro y desprotegido, porque no alcanza a plantearse el hecho de que el ordenamiento en su conjunto puede, aún así, mantenerse estable. El individuo desconoce en muchos casos la vigencia de las leyes y con ello la consecuencia directa que se produce es la sensación de falta de certeza y con ella la inseguridad.

CONCEPTOS AFINES A LA ESTABILIDAD. LA SEGURIDAD Y LA CERTEZA

En este apartado, me propongo realizar una pequeña aproximación a los conceptos de seguridad y certeza. Sin embargo, mi intención no es la de hacer un estudio conceptual sobre los mismos. Muy al contrario, me interesan en esta ocasión únicamente como figuras afines a la estabilidad. Como valores que no pueden ser preteridos al lado bien de la estabilidad o de la variabilidad. Pero sólo como acompañantes que coadyuven, a fin de conseguir que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, pueda alcanzar la finalidad a él encomendada.

Además, el motivo por el cual defiende la necesidad de estabilidad en el ordenamiento jurídico es el de asegurar la realización de la certeza y de la seguridad. Un ordenamiento que está continuamente variando produce una agobiante sensación de falta de seguridad, de debilidad, de mala salud, que creo que no es deseable en ningún caso. Coincido en este sentido con Radbruch, cuando después de exponer que es posible que durante períodos de paz largos las gentes «lleguen a cansarse de una seguridad y estabilidad tan persistentes» a la larga es necesario valorar en su justa

medida el bien de la seguridad, porque está en la base del logro del bien común²⁸. Y aunque existen voces como la de Jerome Frank, que definen la falta de seguridad y certeza como una ventaja y una muestra de madurez²⁹ del respectivo ordenamiento del que se trate, opino que si bien la excesiva estabilidad puede tender hacia el inmovilismo o incluso al servilismo, ésa no sería la situación normal, sino, como dice Peces-Barba, una «desviación patológica»³⁰. Es más, creo que hoy en día se perfila claramente en las sociedades democráticas avanzadas un concepto de seguridad entendida como un valor jurídico superior que no presenta ningún tipo de fricción con la justicia. Creo en este sentido que está superada la preocupación de Atienza cuando afirmaba que en su opinión era preciso mostrar que seguridad y justicia no son valores contrapuestos. En efecto, creo que no lo son y también coincido con él en afirmar que la seguridad no debe ser un valor que remita a una ideología de signo conservador³¹, sino a cualquier tipo de ordenamiento jurídico que desee regular en paz, justicia y armonía las relaciones de los particulares entre sí y las de éstos con el Estado.

Necesitamos vivir en una sociedad segura, pero no podemos aceptar cualquier tipo de seguridad, sino aquella en la que se cumplan las exigencias de que «la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre»³². Necesitamos en suma vivir en un Estado de Derecho que garantice una serie de valores, como los que cita nuestra Constitución en el artículo 1. Esto es, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Pero para que el Estado de Derecho sea plenamente efectivo, necesitamos asimismo que estos valores se conjuguen con los que expone el mismo cuerpo legal en el artículo 9.3. Me refiero a todo el elenco de principios fundadores del ordenamiento jurídico español, entre los que se encuentra el de seguridad. De hecho, este artículo 9.3 recoge principios que deben ser considerados igualmente superiores y fundadores del ordenamiento jurídico, los cuales yo no dudaría en considerar tan «superiores» como aquellos que especifica el primer artículo de nuestra Constitución.

²⁸ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de cultura económica, México-Madrid, 4.^a ed. en español, 1974, p. 42. Afirma que en su propia experiencia la seguridad jurídica debe ser buscada y apreciada como uno de los valores jurídicos más deseables, como uno de esos valores que sólo llega a valorarse adecuadamente cuando se pierde, y entonces suele ser demasiado tarde.

²⁹ FRANK, J., *Law and the modern mind*, Stevens, Nueva-York-Londres, 6.^a reimpresión, 1949, pp.7 ss.

³⁰ PECES BARBA, G., «La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, pp. 216 ss. Este mismo artículo fue publicado cinco años después con el título «Legal Security from the point of view of the philosophy of law», *Ratio Iuris*, 8/2, 1995, pp. 127 ss.

³¹ ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 116 ss.

³² DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.^a reimpresión de la 1.^a ed. Taurus, Madrid, 1976, p. 47. Más información sobre este tema la ofrece el mismo autor en «La seguridad jurídica en el Estado de Derecho», en *Cuadernos para el diálogo*, 17 extraord., 1969, pp. 7 ss.

La seguridad presenta un tratamiento constitucional claro. Aparece como valor, como principio y como derecho. Como valor se muestra en el preámbulo de forma genérica, aunque echamos en falta que no se recoja en el artículo 1, a pesar de que algunos autores como Peces-Barba estiman que puede entenderse presente en este lugar por la vía de los valores justicia e igualdad.

Como principio, su más clara manifestación aparece en el artículo 9.3, al que ya nos hemos referido, al lado de otros de gran trascendencia que se muestran como rectores del ordenamiento jurídico español. En este sentido, hay que advertir que en la actualidad el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha determinado en numerosas sentencias que todos los principios recogidos en el artículo 9.3 deben ser interpretados de forma que se conjuguen sus distintos aspectos y éstos con los valores establecidos en el resto de la Constitución. Y así, principios como el de seguridad aparecen en muchos casos inescindiblemente unidos a otros como justicia, libertad e igualdad.

Y por último, en cuanto a derecho, la seguridad aparece en artículos como el 17, 24, 25 ó 51, enfocado desde puntos de vista muy diversos. Esto es, al lado de la libertad (art. 17), en cuanto a la necesidad de obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus intereses legítimos (art. 24), en cuanto al principio de irretroactividad de las disposiciones penales sancionadoras o restrictivas de derechos (art. 25) o en relación con la defensa de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos (art. 51.1).

Sin embargo, y a pesar de que el tratamiento constitucional es claro en materia de seguridad, es preciso analizar otra serie de situaciones, cuya conjunción indicará si en la actualidad se cumplen las exigencias que conlleva un Estado de Derecho. No olvidemos en este sentido que el individuo debe vivir en una situación no sólo de legalidad sino también de legitimidad. De estas exigencias a las que me he referido, unas son de carácter estructural y otras funcional.

Dentro de las primeras, esto es, de las de carácter estructural, hay que asegurar la adecuada formulación de las normas jurídicas. Para ello, hay que atender a la promulgación (que debe ser «suficiente» en el más puro estilo de Suárez), a la claridad, a la plenitud, a la jerarquía normativa, al hecho de que sea previa y por tanto calculable, y por último a la estabilidad.

Por lo que se refiere al ámbito funcional o interno, debemos advertir que la seguridad responde normalmente a la necesidad de limitar el poder y de evitar la arbitrariedad. Esta necesidad de limitación de poder se muestra en muchos casos a través de principios de organización y funcionamiento del sistema y tienden a asegurar el Derecho sobre la fuerza. Entre estos principios, se encuentran los de carácter penal, como *in dubio pro reo*, los de carácter laboral *in dubio pro operario*, normas cautelares, principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables al reo, garantías penales, respeto por los derechos adquiridos, etcétera.

Sólo la adecuada conjunción de todas estas garantías proporcionará al individuo la seguridad que demanda para vivir en un Estado de Derecho, esto es, una seguridad en justicia y libertad. Otro tipo de seguridad podría realizarse en un Estado policía con un gran engranaje represivo. Quizá sería más fácil de conseguir y presentaría menores problemas de funcionamiento, pero no es la que nos interesa.

Junto a la estabilidad y a la seguridad que ésta implica, se muestra otro valor del ordenamiento jurídico que no aparece generalmente explicitado en los cuerpos legales como tal. Me refiero a la certeza que creo que no coincide exactamente en cuanto a su conceptualización se refiere con la seguridad, pero que sin embargo entiendo con Bobbio que debe ser considerada como un valor a respetar³³.

Por certeza del Derecho se entiende la determinación de forma clara y precisa que tiene que tener cada individuo en cuanto a la posibilidad de ejercicio de sus derechos y de cumplimiento de sus obligaciones. El ciudadano para tener certeza tiene que estar en condiciones de saber de antemano las consecuencias de sus actuaciones. Y en este sentido, certeza y seguridad son distintas aunque están muy próximas. La seguridad se configura desde un punto de vista objetivo como carencia de riesgo resultante de un ordenamiento donde están cubiertas las exigencias de claridad, promulgación, plenitud, generalidad, jerarquía normativa, previa calculabilidad, irretroactividad o estabilidad, por citar algunas de ellas. Mientras que certeza es una cuestión de carácter subjetivo ya que hace referencia a la necesidad que tiene el sujeto de conocer su situación personal dentro (ya que no necesariamente frente) al ordenamiento jurídico³⁴. La seguridad implica por tanto una situación general de adecuado funcionamiento del Derecho, mientras que la certeza es la proyección en cada situación personal de la seguridad general. En todo caso, debo advertir del hecho de que el concepto de certeza supone por sí solo una gran problemática en cuanto a su formulación, determinación y regulación de la cual yo no puedo ocuparme en este momento ya que excedería con mucho los límites propuestos para este trabajo.

En cuanto a la Constitución española se refiere, no encontramos tratado con claridad el concepto de certeza, lo cual no quiere decir, a nuestro juicio, que no haya sido considerado. Creo que esta ausencia se debe a considerar que éste es un valor subsumible dentro de la seguridad, y no a pretender preterirlo. No obstante, opino que nuestro ordenamiento debería haber incluido a la certeza de forma clara y contundente evitando así las posibles disfunciones que pueden presentarse en la actualidad para aquellos que no recurran a una interpretación extensiva del artículo 9.3.

³³ BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, 1980, p. 305. Este autor afirma que la certeza junto con la estabilidad son valores de la norma jurídica, mientras que la generalidad y abstracción son requisitos. Más datos sobre la dificultad de configuración de este tema en «La certeza del diritto ¿un mito?», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 28/1, 1951, pp. 146 ss.

³⁴ Más información sobre este tema en PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, cit., pp. 22 ss., y PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad como función jurídica», en *Funciones y fines del Derecho*, Universidad de Murcia, 1992, pp. 273 ss.

Una vez realizado el estudio precedente en relación con la seguridad y certeza como valores afines y posibilitadores de la estabilidad, creo que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La seguridad y la certeza son valores que deben ser tenidos en cuenta y protegidos como tales por el ordenamiento jurídico. El primero de ellos, la seguridad, se encuentra explicitado en el artículo 9.3 de la CE, mientras que el segundo, el de certeza, no aparece como tal de forma exenta. En cuanto a esto, y como ya he dicho, creo que nuestro ordenamiento debería haber considerado a la seguridad como valor fundamental y debería asimismo haber incluido a la certeza de forma clara y contundente, aunque esta ausencia puede deberse más bien a un problema discursivo que de verdadero contenido.

2. Ambos valores si bien muy próximos son distintos, ya que uno de ellos, la seguridad, se refiere a situaciones objetivas, mientras que el segundo, la certeza, hace referencia a aspectos más subjetivos.

3. Una vez conocida la diferencia entre estos conceptos, entendemos, sin embargo, que una de las finalidades de la seguridad es la de proporcionar certeza a los individuos. Y en ese sentido, entendemos que el sistema funcionaría mucho mejor procurando, hasta el límite de lo posible, la estabilidad de las normas. Estabilidad que no consideramos un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar la certeza y la seguridad.

CONCLUSIÓN GENERAL

En función del estudio realizado y remitiéndome a las conclusiones extraídas en cada uno de los apartados en los que metodológicamente he estructurado este trabajo, creo poder afirmar, a modo de conclusión general, que la estabilidad, la seguridad y la certeza son cuestiones distintas e independientes, aunque íntimamente ligadas entre sí, ya que la estabilidad conduce a la seguridad y ésta a la certeza. Me parece asimismo que de estos tres temas al que doctrinalmente se le concede menor valor es al de la estabilidad y estimo que es un error, habida cuenta de que precisamente es éste el que ayuda a la realización de los otros dos. Por ello, me permito llamar la atención sobre la necesidad de recuperar la presencia de esta nota como característica o requisito a cumplir por las normas jurídicas, ya que, conjugado adecuadamente con la justicia como valor supremo, ayudaría, en gran medida, a la realización del Estado de Derecho.

De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa

Por MARIO RUIZ SANZ

Universitat Rovira i Virgili

«Conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo, por lo que los antiguos las exhibían públicamente escritas sobre un tablero blanco (el llamado “álbum”), para que fuesen vistas por todos. Es feo que algunos hagan uso de las leyes como si fuesen trampas para enredar en ellas al mayor número posible, no como quien vela por el interés de la república, sino como quien captura una presa. Finalmente, redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna, para que no haya necesidad de ese costosísimo linaje de hombres que se llaman jurisconsultos y abogados. Esta profesión en otro tiempo estuvo reservada a los hombres más excelentes, gozaba de gran dignidad y no buscaba en absoluto el lucro, pero en la actualidad el afán de ganancias, que todo lo vicia, la ha corrompido.»

(ERASMO DE ROTTERDAM, *Institutio Principis Christiani*, 1516)

I. INTRODUCCIÓN

El paso de la tradicional ciencia de la legislación a un modelo de teoría y técnica legislativa no es cuestión de mera veleidad conceptual, vacía de contenido, sino que obedece a dos maneras bien diferentes de entender la función de la ley en un Estado de Derecho. Pero antes de entrar sobre ello, cabría hacer algunas observaciones iniciales. Así, el texto que

acaba de ser reproducido en el encabezamiento es una buena muestra del mínimo común denominador al que debe aspirar cualquier producto legislativo: el «buen hacer» de las leyes. Es más, algunos de los comentarios del humanista europeo, basados fundamentalmente en *Las Leyes* de Platón¹, incitan a meditar sobre el carácter común y universal que presenta la tarea de elaboración legislativa, especialmente orientada a la búsqueda del mayor nivel posible de perfectibilidad jurídica según las condiciones sociales de cada tiempo y lugar. En este sentido, resulta sintomático el recuerdo del mundo clásico y del proceso de elaboración «técnica» de las leyes² que era llevado a cabo por los *iuris prudentes*, conocedores prácticos del Derecho, en la república romana³.

Aquellos fundamentos legislativos serán recordados y utilizados con cierta regularidad desde la recepción del Derecho romano concebido como método general de sistematización de la dispersa realidad jurídica, a través de la utilización de reglas técnicas para la elaboración de las leyes. Uno de los ejemplos más significativos al respecto es el concepto de técnica legislativa que aporta Jhering, quien la concibe como una rama del «arte» jurídico cuyo objeto es la perfección formal del Derecho, además del conjunto de procedimientos mediante los cuales pretende alcanzarse un fin propuesto. Así, no deja de ser cierto que las funciones básicas de la técnica aplicada al Derecho no han sufrido grandes cambios en su esencia a lo largo de la historia cuando se ha tenido que elaborar un Derecho legislado. Este mismo autor se refiere a dos tareas principales: simplificar los materiales jurídicos, así como asegurar y facilitar la aplicación de las normas en abstracto a los casos concretos⁴.

¹ Cfr. ERASMO DE ROTTERDAM, *Educación del príncipe cristiano*, trad. de P. Jiménez Guisado y A. Martín, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 125 ss. Por ejemplo, una de las frases más ilustrativas que recoge Erasmo de Platón en esta obra citada es la siguiente: «Las leyes no son otra cosa que telas de araña que las aves mayores rompen fácilmente, mientras las moscas quedan enredadas en ellas».

² Frente al mundo griego, el ambiente jurídico romano, dentro de un marco de cierta ficción literaria, comprendía que el estilo legal requería de un aspecto técnico; como ha sido señalado: «la principal diferencia con la lengua corriente resulta de un uso frecuente del imperativo futuro y del empleo ocasional de algunas grafías perimidas». Vid. LABROUSSE, R.: *Introducción a Las Leyes de Marco Tulio Cicerón*, ed. Universidad de Puerto Rico, Revista de Occidente, Madrid, 1956, p. C.

³ En la república, el equilibrio de poderes entre los magistrados, el pueblo y el senado exigía la distinción entre la *lex* y el *ius*. La primera surgía de las decisiones del *populus romanus* reunido en las asambleas comiciales, mientras que el *ius* era aquello que se consideraba «justo» según la autoridad de los prudentes (*iuris consulti*). Así, existía una neta distinción entre la *lex publica* y el *ius privatum*. No obstante, al observar los mismos prudentes, únicos técnicos del Derecho, las decisiones legales del pueblo frente a los *magistratus* (hombres políticos) que las sancionaban, el *iudex* (hombre particular) y el *advocatus* (orador y político influyente), la *lex publica* acabó por considerarse fuente del *ius civile*. Sobre estas cuestiones, puede verse DUCOS, M., *Les romans et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Les Belles Lettres, París, 1984.

⁴ En este sentido, Jhering entiende que la simplificación del Derecho tiene un aspecto cuantitativo, que obedece a la «ley de la economía» (las leyes deben ser las menos posibles), y otro cualitativo referido a un «orden interno» o «armónico» que une a las partes en el proceso. Por otro lado, especifica que las operaciones fundamentales de la técnica jurídica son el análi-

Esta idea básica que pretende mostrar el carácter afín de algunos parámetros en el proceso técnico de elaboración de las leyes, se encuentra reflejada con extraordinaria plasticidad por Montesquieu, para quien el estilo de su redacción debe ser sencillo, directo, no redundante, carente de vaguedades, sin sutilezas, con cierto candor, ya que «hechas para castigar la maldad de los hombres, deben comportar la máxima inocencia»⁵. De esta manera, la ley trasciende a la mera materia y forma, pues también tiene un «espíritu» propio. En el mismo sentido, Bentham opinaba que la ley significa algo más que la mera elaboración y aprobación de un texto normativo, ya que por ley debe entenderse «el todo lógico, ideal, intelectual, no el todo físico: la ley (*law*) y no la disposición (*statute*) [...] el objeto ideal, del cual la parte, el todo, o el múltiplo, o un conjunto de partes, todos y múltiplos conjuntamente, es expresado por una disposición; no la disposición que lo expresa»⁶.

Pero no es el aspecto histórico de las leyes, ni siquiera la discusión sobre su naturaleza, el tema principal objeto de estas páginas, sino que más bien cabe detenerse en el sentido actual que tiene la legislación, sobre todo desde la perspectiva de su evolución contemporánea a partir de la construcción de un modelo de legislador que se encuentra hoy en día puesto en entredicho. Desde luego, la escisión establecida por Austin entre ciencia de la legislación y jurisprudencia parece que no responde a un modelo de Estado social y democrático de Derecho, en cuanto que la actividad legislativa no debe ser objeto exclusivo de los políticos, ni la tradicional ciencia del Derecho o dogmática jurídica es feudo neutral y aséptico de los juristas⁷.

II. LA LEY EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

No cabe duda que las sociedades occidentales se encuentran en un momento de transición hacia nuevos modelos de organización política y social. La fórmula del Estado de Derecho que surgió tras las proclamas de los revolucionarios franceses ha evolucionado con una palmaria notoriedad a lo largo de sus dos siglos de existencia. Así, el Derecho ha

sis, la concentración lógica y la construcción jurídica. Cfr. JHERING, R., *El Espíritu del Derecho Romano*, versión española de E. Príncipe y Satorres, tomo III, Carlos Bailly-Bailliere, librero ed., Madrid, 1891, pp. 22 ss.

⁵ Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, introd. por E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 399 ss.

⁶ Cfr. BENTHAM, J., *An introduction to the principles of moral and legislation*, The Athlone Press-University, London, 1970, p. 301. Existe traducción al castellano de la parte final del libro citado (*Concluding Note*), en CASANOVAS, P., y MORESO, J. J., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Madrid, 1994, pp. 132 ss.

⁷ AUSTIN, J., *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981. Cfr. CALSAMIGLIA, A., «Ciencia jurídica», en VV.AA., *El derecho y la justicia* (Garzón Valdés, E., Laporta, F., eds.), Trotta, Madrid, 1996, pp. 17 ss.

servido de instrumento ideológico que ha permitido legitimar una estructura de tres poderes divididos o separados, aunque en íntima colaboración con el fin de obtener un funcionamiento democrático efectivo. Tal distinción no ha eliminado –ni siquiera diluido– las tensiones permanentes entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, que incluso han contribuido y siguen contribuyendo en buena medida a caracterizar el modelo real de relación político-jurídica existente en cada organización estatal.

De esta manera, dos tipos básicos de Estado de Derecho –con sus variantes en cada contexto– han diseñado la estructura política de la modernidad durante los siglos XIX y XX: los estados liberal y social. En ellos, la característica definitoria por excelencia ha sido la primacía de la ley, y de ahí ha derivado el sometimiento de la actividad ejecutiva, administrativa y jurisdiccional al poder legislativo. Esta separación de funciones estatales ha traído como consecuencia una progresiva especialización de los órganos y operadores jurídicos. Respecto a esta última cuestión, la tipología socio-jurídica weberiana diseñada sobre la base del desarrollo histórico resulta de obligado recuerdo: el Derecho altamente formalizado y racionalizado que caracteriza al Estado «moderno», con su finalidad de monopolizar el Derecho y la Administración de justicia, ha llevado ínsita la diversificación y la continua aparición de nuevas profesiones jurídicas en tareas tanto legislativas como de ejecución y jurisdicción⁸.

No obstante, las peculiaridades del modelo actual de Estado social obligan a replantearse algunos de los postulados y presupuestos de la organización triádica de poderes. En primer lugar, por el cambio de prioridades en las relaciones sociales afectadas desde los ámbitos del Derecho público y privado, ya que en el contexto del Estado social se ha producido la inversión respecto al Estado liberal, tanto de forma cuantitativa como cualitativa: el Derecho público ha impuesto su hegemonía mediante la proliferación desmesurada de normas jurídicas de desarrollo y de aplicación emanadas del ejecutivo y de la administración, alterando de esta manera el sistema de fuentes tradicional. A ello cabría añadir la progresiva importancia que viene adquiriendo el Derecho administrativo frente a otras ramas o disciplinas con una mayor tradición jurídica (civil, penal, mercantil, etc.). Como consecuencia de lo anterior, puede decirse que las políticas intervencionistas de los Estados han creado una situación calificable de «hipertrofia», «inflación» o «contaminación» legislativa y reglamentaria que resulta hoy en día difícil de sostener. Una de las causas que ha contribuido a extender la llamada «crisis del Estado del bienestar» ha sido precisamente la desmesurada proliferación de normativas y regulaciones de todo tipo que llevan

⁸ Cfr. WEBER, M., *Economía y Sociedad*, vol. I, trad. de J. Medina y otros, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 648 ss.

a la paradójica y dramática *ignorantia iuris non excusat* hasta extremos ciertamente preocupantes⁹. A lo anterior habría que añadir la gran cantidad de normas en vigor que son *de facto* ineficaces, e incluso inaplicables.

De esta manera, el Estado actual aparece como un «gigante torpe y pesado», proclive al crecimiento desproporcionado. En ausencia de un modelo alternativo claro, el dinamismo de la sociedad comienza a imponer su lógica y protagonismo. Surgen así tendencias desreguladoras e incluso privatizadoras, puesto que los poderes públicos se ven en la necesidad de apoyarse en fórmulas de colaboración con la economía privada y otro tipo de agentes económicos del mercado. Esta situación de considerable confusión requiere de la transformación cualitativa del Estado, ya que existe una cada vez más creciente y acusada dificultad para definir lo que es de «interés público» y lo que no lo es. En este sentido, comienza a hablarse de un «sistema policéntrico» de producción, definición y realización del Derecho en el que surgen una «pluralidad de intereses públicos» –esto es, diversas perspectivas del interés general objetivo entre las propias administraciones públicas– no necesariamente coincidentes. Así, el interés público ha dejado de ser una categoría tajantemente separada del interés privado, lo que ha producido la intercambiabilidad de formas de acción jurídico-públicas con jurídico-privadas¹⁰.

Todos estos rasgos característicos del Estado social de Derecho parece que anuncian un nuevo modelo legislativo que debe contribuir a la superación de esa idea tan difundida de que la ley es la «voluntad del legislador», restando así importancia a su carácter de mero otorgamiento, dogma convertido en tópico que forma parte de nuestra idiosincrasia ciudadana. Desde bastantes círculos jurídicos todavía se mantiene, al menos en cumplida teoría, el ritual sacralizado de adoración al legislador universal, ente imaginario cuya ficción ideológica se proyecta sobre una tarea formal y unívocamente «racionalizadora»¹¹. No cabe duda que cierta querencia codificadora se deja sentir en gran medida desde la apelación a la seguridad y, en concreto, a su aspecto más anhelado, la certeza jurídica, quizás en un mundo en el que la ley –al menos en su versión decimonónica de norma jurídica general y abstracta– ya no se muestra como el instrumento jurídico más adecuado

⁹ Cfr. FROSINI, V., *La letra y el espíritu de la ley*, trad. de C. Alarcón y F. LLano, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 42 ss.

¹⁰ Este fenómeno ha sido bautizado por la doctrina alemana como «ejecución o aplicación selectivas», o con otra terminología, «uso estratégico del Derecho». Cfr. PAREJO, L., *Crisis y renovación en el Derecho público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 17-29.

¹¹ Sobre la idea del legislador como una ficción jurídico-política puede verse, entre otros, CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986; PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987; CALVO, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994.

para resolver los conflictos que se producen en algunos ámbitos del Derecho ¹².

A tal construcción modélica se contraponen hoy en día el fenómeno del pluralismo jurídico, puesto que el Derecho y el Estado se presentan como un complejo diverso y policéntrico de titulares con poder para tomar decisiones, con interacciones mutuas entre ellos. Por este motivo, hay que reconocer que la ley no es el único cauce de producción normativa existente. La función ejecutiva, administrativa y judicial también participan de ese proceso como «órganos productores de normas jurídicas». Ello no quiere decir que se renuncie a contemplar la ley como manifestación primordial de creación normativa, sino que conviene perfilar el contorno de acción del poder legislativo. Su carácter de creador originario y supremo de normas no se pone en duda —al menos en los ordenamientos de tradición codificadora— frente al carácter subordinado de los actos reglamentarios, los actos administrativos y las sentencias judiciales, laudos arbitrales, mediaciones o conciliaciones de los diversos operadores jurídicos.

Asimismo, la reconversión de la función orientadora y reguladora del Estado social hacia lo que se denomina «programación» o «conducción», sobre todo en el ámbito del Derecho público, no sólo ha producido más normas abstractas y generales (leyes en su sentido habitual), sino que a su vez ha tenido lugar un aumento considerable de normas individuales y concretas, orientadas a cumplir objetivos también concretos, pero sin la característica de su permanencia y estabilidad; o dicho de otro modo, se ha producido la conversión de normas jurídicas en normas técnicas.

Este cambio de perspectiva resulta viable debido a la búsqueda de una racionalidad práctica en la actividad legislativa. Ésta es otra de las características que posibilita el cambio de paradigma de racionalidad del Estado liberal al Estado social: frente al modelo de racionalidad formal se van abriendo camino otras vías procedimentales y materiales de entender la toma de decisiones públicas. Esto supone para la legislación que hayan de ser tenidos en cuenta los objetivos y las metas a alcanzar. El ideal decimonónico propicio a fingir una racionalidad formal mediante la cual pudiera ser creado un derecho perfecto, lógico y sistemático, ha sido sustituido por una nueva racionalidad práctica, en la que los criterios directores son la facticidad, la utilidad, la especialidad y la adecuación a la realidad. La ley, en un Estado social y democrático,

¹² Sobre los conceptos de seguridad y certeza jurídica, puede verse DE LUCAS, J., «Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code Napoléon», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI (2.ª ép.), 1989, pp. 129 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991; PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 261 ss.

necesita del consenso desde el momento de su gestación, en aras de su eficacia. Así, ya existen propuestas actuales que se refieren a distintos niveles de racionalidad en la actividad legislativa, concebida como una serie de interacciones entre diversos elementos que participan de la misma¹³.

Una de las consecuencias más notables del modelo de racionalidad práctica es que en él cobra fuerza la idea de satisfacción de las necesidades como objetivo prioritario del legislador. En este sentido, no sólo se trata de dotar a la sociedad de unas condiciones estructurales que garanticen procesos reflexivos y autorregulados a través del Derecho¹⁴, sino que además debe asegurarse la realización efectiva de los derechos sociales a través de todos los niveles posibles de racionalidad. La razón de ser de los derechos sociales es la satisfacción de necesidades humanas básicas; por lo tanto, no cabe duda que la legislación es el lugar más adecuado para establecer las propuestas procedimentales y materiales de cara a conseguirlos¹⁵.

En definitiva, el problema fundamental se encuentra en conjugar los criterios de esa predicada racionalidad práctica, la mejora en la calidad de las leyes y el máximo grado de comprensión de las normas por parte de sus destinatarios, ya sean profesionales del Derecho o ciudadanos legos. Por ello, un Estado de «bienestar» real requiere de técnicas de creación normativa que conecten la eficiencia con el tratamiento más adecuado de los conflictos sociales¹⁶. En este sentido, la renovación de los estudios sobre legislación también puede contribuir a reforzar el prin-

¹³ Atienza propone cinco niveles de racionalidad desde los cuales puede concebirse la actividad legislativa: «una racionalidad lingüística (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); una racionalidad jurídico-formal (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una racionalidad teleológica (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética». Los cuatro primeros niveles responden a una noción de racionalidad instrumental-estratégica, que intenta determinar los medios que son adecuados para obtener ciertos fines, mientras que el quinto nivel de racionalidad trataría de establecer qué medios y qué fines se encuentran éticamente justificados. Cfr. ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 27 ss.

¹⁴ Tal y como afirma TEUBNER, G., «Sustantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law and Social Review*, vol. 17, pp. 239 ss; «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 299-326.

¹⁵ Si se tienen en cuenta los modelos de racionalidad en el proceso de producción de normas jurídicas formulados por Atienza, los principios y reglas que articulan la determinación y satisfacción de necesidades encontrarían su lugar en los niveles de racionalidad teleológica y de racionalidad ética. Sobre estas cuestiones, véase DE LUCAS, J., AÑÓN, M.^a J., «Necesidades, razones, derechos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, pp. 55 ss.; así como AÑÓN, M.^a J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 308 ss.

¹⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, A., *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1993, pp. 29 ss.

cipio democrático, facilitar la interpretación de las normas y mejorar la formación de los juristas¹⁷.

III. LA TÉCNICA LEGISLATIVA

La progresiva tendencia al crecimiento de materias reguladas por el Estado y otras instituciones públicas o privadas ha contribuido a una mayor especialización y burocratización del aparato jurídico¹⁸. Una de estas nuevas profesiones jurídicas es la figura del *draftman* o redactor de normas, técnico cuya función básica es la elaboración y perfeccionamiento de los mensajes normativos a través del recurso a la llamada técnica legislativa.

La técnica legislativa es el conjunto de procedimientos y métodos utilizados para explicar el proceso de creación de las normas jurídicas. Esta disciplina autónoma tiene aspectos que la diferencian de la clásica ciencia de la legislación, así como de la tradicional dogmática jurídica. La función básica de la técnica legislativa consiste en buscar la optimización de la actividad del legislador, y por lo tanto servir de apoyo a una teoría de la legislación –cuya pretensión básica es la comprensión del fenómeno legislativo– mediante su apertura a otros saberes como la lógica, la informática, la economía, la ética, la sociología, etc.; es decir, a disciplinas que no son propiamente jurídicas, pero que sirven de auxilio al Derecho. Cabe señalar al respecto que tanto la técnica legislativa como la dogmática jurídica son técnicas propiamente dichas, si bien referidas a momentos diferenciados del proceso de decisión jurídica: la primera afecta a la creación y va dirigida a los políticos y técnicos de las administraciones públicas, mientras que la segunda concierne a los órganos aplicadores del Derecho, principalmente a los jueces. No obstante, la separación de funciones y destinatarios no debe ser absoluta, ya que existe cierta fluidez y continuidad entre ambas, especialmente respecto a la interpretación normativa, objeto también de la actividad del legislador¹⁹. Además, la comprensión del Derecho en general más como una técnica que como una ciencia, contribuye en buena medida a concebir ambas disciplinas como tecnologías, esto es, técnicas que se auxilian de conocimientos científicos²⁰.

¹⁷ Cfr. ZAPATERO, V., «De la jurisprudencia a la legislación», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 15-16, 1994, pp. 769 ss.

¹⁸ Al respecto, Rehbinder ha señalado con razón que «querer detener esta explosión jurídica significaría hacer retroceder al estado social o desconocer las dificultades de un control de la sociedad industrial de masas. La tesis de la desaparición del derecho o defender la exigencia de proximidad al pueblo y de la sencillez del derecho, con la que en la actualidad se ha puesto en duda el “llamamiento a la legislación”, es un privilegio de los socialrománticos». Vid. REHBINDER, M., *Sociología del Derecho*, trad. de G. Robles, Pirámide, Madrid, 1981, pp. 145-146.

¹⁹ Cfr. FROSINI, V., *op. cit.*, pp. 95 ss.

²⁰ Cfr. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 15 ss.

Las propuestas sobre técnica legislativa en nuestro país son más bien escasas. Sin embargo, las existentes ya han puesto de manifiesto algunos de sus aspectos y de sus urgencias. Así, por ejemplo, la necesidad de codificar los criterios de creación normativa en forma de catálogos de directrices en los borradores, anteproyectos, proyectos de leyes y otras disposiciones jurídicas. También, la puesta en práctica de formularios o cuestionarios para evitar defectos en la elaboración de las leyes. Y sobre todo, reivindicar el carácter auxiliar, instrumental, metodológico y multidisciplinar de la técnica legislativa con independencia del contenido de cada disposición en concreto. Es decir, la técnica legislativa posee un «efecto multiplicador», ya que no sólo precisa de un consenso político, sino que a veces lo genera²¹. Otro aspecto que también cabe destacar es el de su extensión y generalización aplicativa a cualquier centro productor de normas jurídicas, como sucede con los órganos administrativos y jurisdiccionales, que pueden hacer uso de la misma²².

IV. TÉCNICAS Y POLÍTICAS LEGISLATIVAS

No cabe desconocer que las leyes, en su proceso de gestación, son fruto de una determinada opción o consenso político. Esta primigenia naturaleza política, vinculada a los mecanismos de dominación de cada sociedad en concreto, parece fuera de toda duda; sin embargo, conviene señalar algunos de los problemas que acompañan a la creación legislativa en las sociedades actuales. En concreto, dos de los más visibles e importantes, que ya han sido advertidos con anterioridad, son la extraordinaria complejidad de las leyes —y del Derecho en general— en los sistemas jurídicos contemporáneos, así como la proliferación manifiesta de órganos o centros de producción normativa, de los cuales puede predicarse su dimensión plural y descentralizada con respecto al Estado.

En primer lugar, si entendemos la Ley en un sentido amplio (como disposición emanada de los órganos con poder para dictar normas), el fenómeno que se muestra con mayor relieve hoy en día es el de la masi-

²¹ A ello se refiere P. SALVADOR CODERCH en «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», VV.AA.-GRETEL, *Curso de Técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 11 ss. A su vez, puede verse VV.AA.-GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986; así como MONTORO, M.^a J., *Adecuación al ordenamiento y facticidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

²² En este sentido, resulta sintomático el contenido del libro colectivo *La técnica legislativa a debate* (Corona, J. M., Pau, F., y Tudela, coords.), Tecnos, Madrid, 1994, en el cual se recogen diversas opiniones acerca de la técnica legislativa desde una perspectiva doctrinal, del poder ejecutivo, del poder legislativo y del poder judicial.

ficación o proliferación exacerbada de leyes. La progresiva expansión de las tareas estatales ha producido la juridificación de muchas situaciones o materias que con anterioridad quedaban fuera del campo de dominio del Derecho. Esto hace que las leyes sean enunciados jurídicos con cualquier contenido, que si bien es su característica básica —la reserva material—, también constituye un potencial y hasta peligroso instrumento político de control cuando una ley se crea con la finalidad de modificar situaciones específicas y delimitadas en el tiempo o en el espacio. Así sucede, por ejemplo, con las leyes anuales de presupuestos generales del Estado, dentro de las cuales puede ser regulado casi todo lo que afecta a la economía del país. Unas leyes que no dejan de tener corta vigencia, y que sin embargo permiten poner en entredicho —incluso contradecir, según ha tenido oportunidad de advertir en algunas de sus sentencias el propio Tribunal Constitucional— pilares normativos básicos sobre los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico. Es lo que sucede con las leyes marco, leyes programáticas, o las llamadas «leyes de acompañamiento» a los presupuestos (medidas de política económica, administrativas y de orden social), que incluyen temas relativos a la fiscalidad estatal y local, la regulación de precios públicos, los valores catastrales, el sistema de seguridad social, el régimen de funcionarios, el régimen de los transportes, aguas, defensa nacional, suelo, educación, etc.

La existencia de disposiciones de este cariz constituye, con toda probabilidad, una de las peculiaridades definitorias del Estado social de nuestro tiempo. El Derecho actual, masificado y altamente tecnificado, ha roto los moldes del Derecho tradicional sostenido sobre los ideales de previsión y certeza jurídica, tanto por su especialización como por otro fenómeno de signo contrario que obedece a un proceso de mayor generalización, esto es, la proliferación de las llamadas «leyes de principios» características del modelo de Estado constitucional²³.

Especialmente significativo es el fenómeno de la aparición de leyes de carácter individual y concreto. La incapacidad del Derecho codificado para dar respuesta a las nuevas necesidades sociales ha puesto en entredicho la tradicional concepción de las leyes como normas generales y abstractas. Respecto a ello, lo más relevante es la progresiva especialización temática del Derecho, que viene produciendo un, cada vez más acusado, vacío de contenido de los códigos mediante la extracción —e incluso suplantación— de amplios campos de regulación jurídica. De esta manera, se construyen «microsistemas de normas, con lógicas propias y autónomas», una de cuyas consecuencias más importantes es «la inversión del proceso histórico que ha llevado del *status* al contrato»; es decir, las nuevas leyes especiales que se extienden dentro de cada sector social

²³ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, pp. 111 ss.

definido por su particular dinámica y contenido, nacen del acuerdo entre los grupos sociales y los poderes públicos²⁴.

Por otro lado, existe una opinión cada vez más asentada sobre la existencia de una pluralidad de centros de producción normativa, esto es, de considerar como órganos creadores de normas no sólo a los legisladores, sino también a todos aquellos operadores jurídicos que actúan en la sociedad a través del Derecho, es decir, mediante diferentes instrumentos jurídicos: técnicos de la administración, jueces y magistrados, u otros actores sociales que desarrollan tareas de mediación, arbitraje, conciliación, etc. El Derecho actual es policéntrico, resultado del juego de fuerzas sociales que muestran una «dialéctica permanente entre lo político y lo jurídico»²⁵.

No obstante, esta tensión permanente y por otro lado inevitable, no supone la absoluta identificación ni confusión entre lo político y lo jurídico. En la creación normativa existe una labor política y una labor técnica que es posible diferenciar. Al trabajo parlamentario de toma de decisiones políticas cabe añadir una labor jurídica previa en la creación y definición de las reglas técnicas encaminadas a clarificar y optimizar los resultados de la tarea discursiva de los políticos. Estas reglas técnicas o «leyes sobre leyes», como también han sido denominadas, actúan como un procedimiento de descarga con respecto al legislativo, eliminando textos de extensión desproporcionada, vocablos ambiguos, expresiones oscuras, contradicciones y repeticiones innecesarias, etc., lo que facilita sobremañera la labor de las asambleas parlamentarias y de sus comisiones²⁶.

En el *iter* legislativo hay, por lo tanto, dos tareas bien distintas y que es posible diferenciar: la técnica y la política. Mientras que los problemas técnicos afectan a cuestiones lingüísticas (ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico) así como lógicas o conceptuales (contradicciones, lagunas, redundancias en el sistema normativo, cuestiones sobre derogación, etc.), los problemas políticos son de carácter axiológico ya que se trata de confrontar y ponderar los intereses sociales en juego, y dar preferencia a unos sobre otros en función de determinada escala valorativa, lo cual supone una opción política²⁷.

²⁴ Tal y como afirma Irti: «la ley asume ahora las características de concreción y de individualidad, que eran propias del negocio privado: no más cánones abstractos y generales de acciones, sino respuestas a específicos y determinados problemas. Irrumpen así en el lenguaje legislativo, por un lado, indicaciones de programas y resultados deseables para el bien común y la utilidad social; y por el otro, terminologías científicas, económicas, industriales, conexas a los problemas de la edad contemporánea. Las leyes se multiplican no tan sólo en el número, sino en las modalidades expresivas y sintácticas, cada una adaptándose al léxico particular o a la simple jerga de la materia regulada». Vid. IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 26 ss.

²⁵ Cfr. ARNAUD, A. J., «Le droit comme produit. Présentation du dossier sur la production de la norme juridique», *Droit et Société*, núm. 27, pp. 293-301.

²⁶ Cfr. FROSINI, V., *op. cit.*, pp. 41-42.

²⁷ Cfr. BULYGIN, E., «Teoría y técnica de la legislación», en Alchourron, C.E., y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 409 ss.

Pero hay que advertir que estas tareas por sí mismas no resultan suficientes para que las leyes sean efectivas. La política legislativa requiere como paso previo de la técnica legislativa, pero también de una posterior proyección social que haga eficaz a la nueva regulación, lo que supone una especie de «efecto *boomerang*» que cubre todo el proceso de actividad legislativa. Durante el mismo pueden ser diferenciadas varias fases, que van desde la planificación normativa, la redacción del proyecto, la validación gubernamental, la aprobación parlamentaria, hasta la evaluación del impacto (eficacia y efectividad social de las normas)²⁸. A lo largo del complejo proceso que transcurre desde una fase prelegislativa, a otra legislativa y aún a la postlegislativa en la que entra en vigor la ley²⁹, intervienen diversos actores sociales (ciudadanos, grupos de presión o interés, medios de comunicación, partidos políticos, órganos jurisdiccionales, etc.) junto a los técnicos o expertos legislativos y los políticos; sobre todo, cabría destacar que la necesidad de intervención de los agentes sociales en general se hace más patente en la primera y en la última de estas fases, y no tanto en el momento que va desde la propuesta definitiva de una solución legislativa hasta su promulgación.

Además, hay que tener en cuenta que el Derecho se utiliza como instrumento para la consecución de objetivos políticos muy diversos, y así los cauces efectivos para la producción de normas jurídicas no se limitan al procedimiento parlamentario común y característico de las democracias occidentales. No sólo existe un procedimiento discursivo parlamentario que afecta a la toma de decisiones políticas. Otros tipos de procedimiento, de carácter estratégico e instrumental, ya sean manifiestos o encubiertos, se usan cada vez con mayor frecuencia y de forma más acusada. Por ejemplo, los procedimientos estratégicos de creación normativa provienen del compromiso entre el Estado y los grupos sociales que recogen intereses particulares, mientras que en los procedimientos instrumentales la toma de decisiones se basa en un modelo teleológico de relación entre medios y fines, en el cual los fines se derivan de las necesidades funcionales «objetivas» de cada actividad o sector social en cuestión. Así sucede en los supuestos de negociación colectiva o en el caso de leyes de delegación, en los cuales cobran extraordinaria importancia los procedimientos estratégicos e instrumentales. En especial, el modelo finalístico es el tipo ideal de toma de decisiones dentro del aparato administrativo cuando no implica una representación de intereses³⁰.

En cualquier caso, una vez creada la norma, el legislador ha de tener en cuenta a los sujetos sociales a los que va dirigida, que son los que acaban por determinar su eficacia. De ahí la extrema importancia del proceso

²⁸ Cfr. ZAPATERO, V., *op. cit.*, pp. 786-787.

²⁹ Cfr. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 64 ss.

³⁰ Cfr. TUORI, K., «Ética discursiva y legitimidad del Derecho», trad. de J. Aguiló, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 5, 1989, pp. 47 ss.

de transmisión del mensaje normativo, que puede ser alterado por muy diversos factores. Entre la codificación del mensaje jurídico (por parte del técnico legislativo y el político) y la descodificación del mismo (por parte de los destinatarios de la norma en cuestión), las alteraciones que pueden producirse condicionan su efectividad. En este sentido, el juicio de eficacia resulta básico para el diseño de las políticas y técnicas jurídicas, pues mediante un cálculo de utilidad racional pueden ser alcanzados los mejores resultados con los menores sacrificios, o la relación más adecuada y conveniente entre medios disponibles y fines u objetivos a conseguir.

Resulta evidente que durante el proceso de creación de normas jurídicas pueden aparecer una serie de cuestiones y problemas de cierta relevancia, entre las que cabe destacar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes:

- a) Si la nueva norma responde a una exigencia del orden jurídico, es decir, si el conflicto no es resoluble con las normas vigentes.
- b) Si existen previsiones en el programa de gobierno sobre ello.
- c) Cuáles son los objetivos básicos que se pretende conseguir, así como los medios disponibles para alcanzarlos.
- d) Y sobre todo, las repercusiones institucionales y sociales que produciría la norma en cuestión, con carácter prioritario los efectos sociales y económicos de su puesta en vigor, entre los que se encontrarían:

d.1) La capacidad por parte de los poderes públicos de poner los medios eficaces para hacer cumplir la norma y vigilar su efectividad; puede darse el supuesto de la inclusión de normas inviables o cuyo cumplimiento resulta imposible de exigir a sus potenciales destinatarios.

d.2) Los problemas de descodificación del mensaje normativo; se trataría de evitar las normas confusas o que adolezcan de falta de claridad semántica, así como reducir la utilización de conceptos ambiguos o indeterminados, ya que puede darse el caso que existan normas teñidas por la sospecha de que quien las dicta pretende algo distinto de lo que dice pretender, o bien que no quede del todo claro cual es el objetivo a alcanzar.

d.3) Prever la posible existencia de normas que habitualmente se incumplen a pesar de aplicarse sanciones, o incluso que sea más viable para el sujeto su incumplimiento porque el perjuicio que supone la sanción es inferior al beneficio que se sigue de su violación.

La transformación cualitativa de la legislación es una exigencia que demanda la sociedad actual. Al respecto, los estudios sobre teoría de la legislación y técnica legislativa tienen todavía bastante camino por recorrer y renovar. Sólo desde una meticulosa y cuidada atención al procedimiento de elaboración de las leyes que tenga en cuenta, entre otros, los factores que acaban de ser enumerados, quizás pueda superarse cierta tendencia actual dirigida a desvirtuar —o mejor, desacreditar— a la legisla-

ción desde parámetros próximos al judicialismo. No cabe duda que el proceso de decisión jurídica comienza por la creación normativa y acaba con la aplicación de las normas; por este motivo y en aras de esa necesaria continuidad frente a una peligrosa fragmentación, no puede pensarse más que en la búsqueda del equilibrio real de poderes entre el legislador y el juez. Ante la herencia quimérica de la modernidad y el intemperado protagonismo de los jueces, no debe haber «señores» del Derecho, sino juristas preparados para desempeñar sus tareas de forma correcta.

Analogía e imperio de la ley

Por SUSANA SÁNCHEZ FERRO

Becaria de la Universidad Autónoma de Madrid

El imperio de la ley o «rule of law», como se denomina en el mundo anglosajón, se concibió como un instrumento garantizador de la autonomía individual. La capacidad de los seres humanos para elaborar su propio plan de vida y orientar las acciones conforme al mismo se ve dificultada en aquellas sociedades en las que las normas reguladoras de las conductas, y dentro de éstas señaladamente las normas jurídicas, no cumplen unos determinados requisitos, como son los de generalidad y universalidad. En una comunidad regida por el imperio de la ley, el individuo es un individuo más libre (aunque esto pueda parecer paradójico), más capaz de desarrollar su propio proyecto personal. Y es que la forma en que las normas de esa sociedad están elaboradas, otorga a los sujetos una seguridad y unas garantías que de otra manera no poseerían.

Sin embargo, y como puso ya de manifiesto Dicey, encabezando la postura constitucionalista inglesa, que fue una de las primeras en reflexionar sobre la idea del imperio de la ley, las exigencias que deben cumplir aquellas sociedades que quieran ser calificadas como sociedades gobernadas por la «rule of law» no son sólo exigencias referidas al momento de establecimiento del sistema normativo, sino que son exigencias referidas también al momento de aplicación del Derecho. Esta labor de aplicación del material normativo debe realizarse bajo unas condiciones determinadas. El propio Dicey¹ así lo señala:

No man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law establish in the ordinary man-

¹ DICEY, A. V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution. Part II, Chapter IV*, Ed. The Liberal Fund., 1982, p. 110.

ner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with authority of wide, arbitrary or discretionary powers of constraint.

Los jueces y tribunales están obligados, pues, a resolver conforme a Derecho. Su decisión no puede ser una decisión arbitraria. Ahora bien, ¿se desprende de esta última afirmación la necesidad de que el acto de aplicación del Derecho, para ser conforme con el ideal del imperio de la ley, deba de ser la plasmación de un razonamiento puramente lógico y, en concreto de un razonamiento lógico deductivo? Para un cierto sector de la doctrina española, que se ha interesado por el tema en épocas recientes, la respuesta a esta cuestión es una respuesta afirmativa: «Las exigencias del *imperio de la ley* postulan que la decisión judicial sea una consecuencia lógica posible en un esquema deductivo presidido por las normas jurídicas antes descritas»², esto es, normas que cumplan una serie de requisitos como son los de generalidad y universalidad. En consecuencia, esta misma doctrina mantiene que el principio del *imperio de la ley* exige que el núcleo de la argumentación se articule de acuerdo con dicho razonamiento deductivo.

El objeto de este ensayo lo constituye el razonamiento jurídico por analogía. Este argumento es utilizado por los encargados de aplicar el Derecho para fundamentar sus decisiones. Nuestro interés se centra en determinar si quienes han de aplicar el Derecho están legitimados para fundamentar sus decisiones en este tipo de argumentos o si se trata de argumentos poco respetuosos con las exigencias del imperio de la ley. Tomando la opinión del sector doctrinal al que antes hacíamos referencia como punto de partida es preciso analizar, en primer lugar, si el argumento analógico puede considerarse como una manifestación de una forma de razonamiento *lógico-deductiva* (que no deductiva a secas), capaz de asegurar por sí misma una aplicación correcta de la ley, o si, más bien, esta tarea trasciende los cometidos que puedan asignársele a la lógica jurídica.

I

El concepto de analogía no es un concepto de utilización exclusiva en el ámbito del Derecho. La analogía significó originariamente proporción y, más exactamente proporción matemática. En general puede decirse que la analogía hace referencia a un proceso de comparación de dos cosas que, por la relevancia de las características que comparten, resultan susceptibles de ser calificadas como análogas. En lo referente a la utilización de dicho término en el ámbito jurídico se ha podido señalar así que «[c]uando los juristas hablan de analogía, suelen referirse por lo común a

² LAPORTA, F. J., «Imperio de la Ley: Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz» en *Doxa* 15-16, 1994, p. 144.

un procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que se asemeja al primero en cuanto que comparte con aquél ciertas características esenciales o bien –para emplear la expresión clásica recogida en el Código Civil español– la misma razón, (*eadem ratio*)»³. Este tipo de argumentos se conocen como analogía *legis*.

La analogía *legis* se ha venido distinguiendo tradicionalmente de la analogía *iuris*. Consiste esta última en la extracción de un principio general de una serie de normas. Estas normas, aisladamente consideradas, no serían aplicables al caso que trata de resolverse, pero de una visión conjunta de las mismas resulta posible concluir que constituyen manifestaciones de un mismo principio regulador, principio que debe ser aplicado también al caso que se trata de resolver por el grado de similitud que une a este último supuesto con aquellos otros que se encuentran efectivamente regulados por ese grupo de normas.

La estructura de ambos argumentos analógicos es exactamente la misma: se extrae un principio de un supuesto de hecho regulado (en el caso de la analogía *iuris* de varios supuestos de hecho regulados) y se aplica luego dicho principio a un caso que al aplicador del Derecho le parece se encuentra fuera del marco de supuestos de hecho legalmente previstos en base a la redacción de la/s norma/s pero que presenta notables similitudes con el caso/s que se considera/n regulado/s por la/s norma/s. La diferencia, pues, de esta distinción tradicional en la ciencia jurídica, diferencia que estriba en las dimensiones del conjunto normativo tomado como conjunto de referencia para la aplicación del Derecho, no es relevante a los efectos de analizar la estructura de los razonamientos analógicos la cual, reiteramos, es constitutivamente unitaria.

Esto último no obsta para que pueda afirmarse que el razonamiento que responde al esquema de analogía *iuris* plantee una serie de inconvenientes añadidos a los que plantea la analogía *legis*. Ello es lógico en tanto que en la analogía *iuris* (o, sin más, la analogía que recurre a una pluralidad de normas como base de razonamiento y no a una sola) la selección del conjunto normativo que va a tomarse como referencia no es una selección que podríamos denominar estándar, sino que cada aplicador puede considerar que el conjunto relevante es éste o aquél o que incluye más o menos normas; y de ello va a derivar inevitablemente la entrada en juego de principios diferentes aplicables al caso. La flexibilidad a la hora de llegar a un principio aplicable cuando se recurre a un conjunto de normas, pues, es mayor que la que ofrece una sola norma.

En cualquier caso, si la estructura del razonamiento es la misma no nos queda sino proseguir el análisis, introduciéndonos ya de lleno en las

³ ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Cuadernos Cívitas, 1.ª ed., Madrid, 1986, p. 29.

posibilidades de análisis lógico que se ofrecen para el estudio de tales formas de argumentación jurídica.

En este sentido uno de los autores que mayor atención ha dedicado al análisis lógico de los razonamientos de analogía, Ulrich Klug, toma como referencia de partida la lógica clásica, para seguir avanzando inmediatamente en el estudio del razonamiento analógico con las herramientas que proporciona hoy la lógica moderna, lógica que el mismo autor caracteriza diciendo que no es «más que una formulación precisa y completa de la lógica formal en el sentido de la tradición»⁴. La lógica moderna se preocupa, en efecto, por definir cuantos conceptos y demostrar cuantas proposiciones le sea posible. El método que utiliza para ello es el llamado método axiomático y para el autor, tantas veces mencionado, no caben las lógicas especiales, relativas a los diferentes campos científicos: los principios lógicos generales tienen validez en los distintos campos particulares (y, por consiguiente, también en el campo de la Ciencia del Derecho). De esta suerte las diferencias que pueden encontrarse en los diferentes campos no son sino el producto de las diferentes premisas de las que debe partirse en cada sector⁵.

Visto cuál es el posicionamiento de partida, con respecto de la lógica que deba ser utilizada en el estudio del problema que nos ocupa, pasemos a ver cuál es su tesis, respecto a las posibilidades de traducción al ámbito de la lógica del razonamiento analógico⁶.

El esquema de razonamiento analógico más simple, proporcionado por las teorías lógicas tradicionales, constituye el punto de partida del análisis de Klug. Dicho esquema reza así:

M es P
 S es semejante a M (es igual a M en las propiedades a, b, c...)
 —————
 luego S es P

M = concepto medio.
 S = concepto sujeto.
 P = concepto predicado.

Este esquema ha sido criticado por diversos autores que han resaltado cómo tras el mismo se ocultaría un *quaternio terminorum*, con lo cual nos encontraríamos ante un caso de paralogismo. Ello es patente cuando se sustituye «M» por «M1» y «semejante a M» por «M2». En este caso la formulación del argumento queda como sigue:

M1 es P
 S es M2
 —————
 S será P

⁴ KLUG, V.: *Lógica jurídica*, ed. Temis, Bogotá, 1990, p. 23.

⁵ KLUG, V.: *idem* pp. 5 y 6.

⁶ La notación de las fórmulas a las que recurre Klug en su libro, para explicar su posición sobre el tema que nos ocupa, la voy a realizar, en la forma en que lo venía haciendo hasta ahora, en aras de la uniformidad del conjunto de mi exposición.

Es evidente que en lugar de tres conceptos S, P y M se han utilizado cuatro, es decir, S, P, M y M2.

La lógica de clases es, en opinión de Klug, la que puede abrir el camino para llegar a encontrar el esquema que transcriba, en términos puramente lógicos, el razonamiento analógico. El cálculo de clases o la lógica de clases ofrece variables que designan las diferentes clases (α , β , γ , ...). «Si se designa con α la clase de aquellos x que tienen la propiedad S, con β la clase de aquellos x que tienen la propiedad de «ser semejantes a M», con γ la clase de aquellos x que tienen la propiedad M y con δ la clase de aquellos x que tienen la propiedad P, se puede entonces representar el esquema convencional de la analogía mediante la siguiente fórmula del cálculo de clases»⁷:

$$\begin{array}{l} \alpha \subset \beta \\ \gamma \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array} \quad \subset \text{ significa incluida dentro o clase parcial.}$$

$\alpha \subset \beta$, $\gamma \subset \delta$, $\alpha \subset \delta$ son la manifestación de la relación de clase llamada subsunción; $\alpha \subset \beta$ significa en otras palabras que para todo x vale, que siempre que x sea un elemento de la clase α , x será también un elemento de la clase β .

La fórmula que hemos expuesto y que pretende ser un reflejo de lo que constituye el razonamiento por analogía sólo resultaría deductivamente válida, como el propio Klug reconoce⁸, si ocurriera que la clase β fuera una clase parcial de γ ($\beta \subset \gamma$) o bien que la clase β fuera igual a la clase γ . Klug propone analizar un ejemplo de razonamiento analógico para ver si, efectivamente, el mismo reúne alguna de las notas que convertirían el esquema anteriormente visto en un esquema con validez universal. El ejemplo⁹ escogido se refiere a los parágrafos 433 y siguientes del Código Civil alemán sobre el contrato de compraventa. Estos parágrafos, a pesar de regular únicamente la transmisión onerosa de la propiedad de las cosas, se aplican analógicamente también a la transmisión de negocios comerciales en su totalidad. En su análisis Klug establece las siguientes clases:

* α = clase de los contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales.

* β = clase de los contratos análogos a los de compraventa.

* γ = clase de los contratos de compraventa.

* δ = clase de aquellos contratos a los que son de aplicación los parágrafos 433 y ss. del Código Civil alemán.

⁷ KLUG, V.: *idem* p. 169.

⁸ KLUG, V.: *ibidem*.

⁹ Ejemplo, que recoge MANUEL ATIENZA en *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Cuadernos Cívitas, 1.ª ed., Madrid, 1986, p. 83.

En este supuesto, los párrafos 433 y siguientes que se refieren a los contratos de compraventa se podrán aplicar por analogía también a los contratos que tienen por objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales, si la clase de los contratos análogos a los de venta (β) y la de los contratos de compraventa (γ) están incluidas dentro de la clase de los contratos a los que son de aplicación los párrafos 433 y ss. (δ).

Señala Klug que para poder llegar a una fórmula con validez universal, hay que transformar la premisa $\gamma \subset \delta$ («los §§ 433 y siguientes del Código civil alemán son aplicables a los contratos de compraventa») y en lugar de la misma formular la siguiente: $(\gamma \cup \beta) \subset \delta$ («los §§ 433 y siguientes del Código Civil alemán son aplicables a contratos que o son contratos de compraventa o son análogos a los mismos»). Esto se hace a través de la unión de clases que se representa con la fórmula $\alpha \cup \beta$ (en este caso $\gamma \cup \beta$) y que se caracteriza precisamente por significar que un elemento determinado x o bien es un elemento de la clase α o bien es un elemento de la clase β .

El anterior esquema se debe, pues, reformular como sigue, para que tenga validez universal:

$$\begin{array}{l} \alpha \subset \beta \\ (\beta \cup \gamma) \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array} \quad \begin{array}{l} \text{en lugar de } \gamma \cup \beta \text{ se ha escrito } \beta \cup \gamma \text{ que es una permuta} \\ \text{de orden permitida.} \end{array}$$

La clase $(\beta \cup \gamma)$, es decir, la clase integrada por todos los elementos que o bien pertenecen a β o bien a γ o bien a ambas, la denomina Klug círculo de semejanza.

La fórmula que acabamos de transcribir establece que siempre que α sea una clase parcial de β y que la unión de β y γ sea una clase parcial de δ , α será entonces una clase parcial de δ . Si designamos la clase $\beta \cup \gamma$ de forma unitaria como clase h obtendríamos una fórmula que corresponde al conocido como modus Barbara I (puesto que al ser α una clase parcial de β lo es también de $\beta \cup \gamma$):

$$\begin{array}{l} \alpha \subset \eta \\ \eta \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array}$$

En el ejemplo utilizado por Klug para exponer la estructura lógica de los razonamientos analógicos, la fórmula a la que llega el autor se traduciría de la siguiente manera: «Siempre que los contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales [α] sean contratos análogos a los de compraventa [β], y siempre que los párrafos 433 y siguientes del Código Civil alemán sean aplicables a contratos que son análogos a la compraventa o a contratos de compraventa [$(\beta \cup \gamma) \subset \delta$], entonces los párrafos 433 y siguientes del Código Civil alemán serán

aplicables a contratos que tienen como objeto la transmisión onerosa de negocios de comercio $[\alpha \subset \delta]$ »¹⁰.

En este caso es manifiesto cómo cuando Klug interviene su intervención se limita a transcribir en los términos de la lógica de clases una argumentación que el aplicador del derecho ya ha llevado a cabo. El mismo Klug reconoce que la fórmula parte «del supuesto de la semejanza jurídica de ciertos casos y del supuesto de la extensibilidad analógico-jurídica de la regulación legal»¹¹; la lógica no actúa, por tanto, en el momento de establecer si se da dicha semejanza jurídica entre casos, ni tampoco lo hace en el momento de determinar la admisibilidad de la extensión de la norma a casos no regulados por ella; la lógica interviene en un momento posterior, una vez que ambas cuestiones ya han sido resueltas. Klug es, sin embargo, consciente de la importancia que para el razonamiento por analogía tienen estas cuestiones previas a la intervención de la lógica y, de hecho, señala que de la definición del círculo de semejanza (de que éste se trace de una manera más amplia o más estrecha) dependerá la admisibilidad de un mayor o menor número de razonamientos por analogía.

Para Klug no es la lógica sino la teleología la que interviene en el establecimiento de las premisas del razonamiento analógico. Mas lo importante en el razonamiento analógico es llegar al establecimiento de dichas premisas y justificar la selección de las mismas. La reformulación posterior conforme a las reglas de la lógica no aporta sino la nota de coherencia y la formulación en términos generales del argumento lo que permite que éste sea aplicado con generalidad y no exista, en este sentido, arbitrariedad en la aplicación del derecho. Ahora bien, las reglas de la lógica según han sido expuestas por Klug no determinan cuándo se puede recurrir al argumento analógico y no justifican el recurso a dicho razonamiento.

Otro tipo de formulación con apariencia de formulación lógico-deductiva es la formulación que toma Alexy como punto de partida para su análisis del razonamiento analógico. Tal formulación está en la línea de la propuesta por Klug y deja al descubierto la problemática que verdaderamente plantea el susodicho razonamiento analógico. El esquema es el siguiente¹²:

- (1) $(x) (Fx \cup F \text{ sim.}x \rightarrow OG x)$
- (2) $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim.}x)$
- (3) $(x) (Hx \rightarrow OG x)$ (1), (2).

Para ilustrar esta fórmula Alexy utiliza también el ejemplo de la transmisión onerosa de un local de negocio:

¹⁰ KLUG, U.: *idem* p. 171.

¹¹ KLUG, U.: *ibidem*.

¹² ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1989, p. 268.

- (1) Para todo x: si x es un contrato de compraventa (F) o un contrato semejante al de compraventa (F sim.x), entonces deben serle aplicables a x los parágrafos 433 y ss del BGB.
- (2) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocio (H), entonces es un contrato semejante al de compraventa (F sim.).
- (3) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces deben aplicársele los parágrafos 433 y ss del BGB (1), (2).

Como el propio Alexy pone de manifiesto, el auténtico problema de la analogía no radica en la inferencia de (3) a partir de (1) y (2) sino en la fundamentación de las premisas (1) y (2). «El malentendido más grave [señala este autor] sería interpretar la exigencia de deducibilidad lógica [...] de manera que la fundamentación jurídica consista sólo en la deducción a partir de las normas previamente dadas. [...] [E]n los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, una serie de premisas [...] que no pueden ser deducidas de ninguna ley. [...] La exigencia de deducción lleva precisamente a lo contrario del encubrimiento de la parte creativa de la aplicación del derecho: las premisas no extraídas del derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión»¹³.

No se puede negar que efectivamente así es: con la formulación arriba expuesta en forma de razonamiento lógico deductivo se hace patente cual es la parte «creativa» (en cuanto que no se deriva de una manera lógica de la ley, que no en cuanto arbitraria) de la decisión del aplicador del Derecho basada en la analogía. La labor creativa del aplicador del Derecho consiste en que éste, por un lado, valora en qué medida dos casos diferentes son semejantes porque, a pesar de no tener exactamente las mismas notas caracterizadoras, coinciden en lo esencial y, por otro lado, considera, después de haber realizado la pertinente interpretación del material normativo, que es posible ampliar el supuesto de hecho de la norma que toma en consideración; así de «Para todo Fx» el aplicador del Derecho pasa a tomar como supuesto de hecho de la norma «Para todo Fx u F sim.x».

Nuevas formulaciones del razonamiento analógico no han logrado reconvertir estas dos cuestiones a problemas meramente lógicos.

Peczenik, por ejemplo, utiliza la lógica deóntica, considerando que es la más adecuada a la forma en que opera el Derecho. Se trata de una lógica de las normas jurídicas que utiliza los clásicos operadores deónticos de obligación, permiso y prohibición:

$$\frac{1) X \text{ debe ser } P \\ X \text{ es } Sm}{\text{luego } X \text{ y } M \text{ deben ser } P}$$

$$\frac{X \text{ y } M \text{ deben ser } P \\ c \text{ pertenece a } X}{\text{luego } c \text{ debe ser } P}$$

¹³ ALEXY, R.: *op. cit.*, p. 220.

Este modelo topa clarísimamente con los mismos límites a la pura justificación lógica del razonamiento analógico con los que topaban los modelos anteriores.

La moderna teoría de los subconjuntos borrosos supone otro intento de superación de estas trabas. Esta teoría pretende «la elaboración de una lógica de los conceptos vagos, de los conceptos imprecisos, y que se presenta como una lógica divergente en relación con la lógica clásica, con la lógica bivalente que sólo opera con dos valores: verdadero y falso. Mientras que la base matemática de esta última es la teoría ordinaria de conjuntos (en la cual, un elemento cualquiera sólo puede pertenecer o no pertenecer a un determinado conjunto), las lógicas de lo difuso se apoyan en la teoría de los conjuntos borrosos (o mejor de los subconjuntos borrosos), en la que un elemento puede pertenecer a un conjunto en mayor o menor grado»¹⁴.

Reisinger y otros autores que son partidarios del análisis de la analogía por medio de esta última teoría toman como punto de partida el modelo de Klug. En este modelo la norma de la cual se infiere por analogía que, si recordamos, era $\gamma \subset \delta$, se sustituye por $(\beta \subset \gamma) \cup \delta$. Estos autores se diferencian, sin embargo, de Klug en que no se plantean necesariamente la disyuntiva de que un supuesto de hecho pertenezca o no pertenezca al conjunto de los supuestos contemplados por la norma jurídica sino que explican que «existen conjuntos o clases cuyos límites están bien definidos (cualquier elemento de x pertenece o no pertenece al conjunto en cuestión), pero también muchos otros cuyos contornos son imprecisos, vagos (un elemento x puede pertenecer más o menos, en mayor o menor grado, a dicho conjunto)»¹⁵.

Para la explicación de los postulados de esta teoría la última doctrina mencionada ha recurrido al clásico ejemplo puesto por Ihering: imaginemos que existe una norma en el ordenamiento jurídico que prohíbe que los perros viajen en los vagones de ferrocarriles para pasajeros; la teoría de los subconjuntos borrosos disecciona la regla para ver qué conjuntos o subconjuntos se hallan implicados en la misma. En este caso tendríamos, por ejemplo, el subconjunto de los perros (que sería un subconjunto vago pues pongamos por caso los perros-lobo, ¿son perros?) y, si vamos más allá, tendríamos el subconjunto de los animales molestos (que también sería un subconjunto vago). A los supuestos de hecho conectados con esos subconjuntos (que pueden ser en parte coincidentes, pues la mayoría de los perros son animales molestos si bien no todos lo son ya que, por ejemplo, los perros lazarillo no son animales molestos) se les da valores numéricos comprendidos entre el intervalo [0–1]. Así, por ejemplo, en relación con el subconjunto de los animales molestos se podría dar a un perro adulto de tamaño regular (x_1) un valor 1, a un cachorro de perro transportable en bolso de mano (x_2) un valor 0.5, a un oso panda (x_3) un

¹⁴ ATIENZA, M: *op. cit.*, p. 156.

¹⁵ ATIENZA, M: *op. cit.*, p. 162.

valor 1, a un gato (x4) un valor 0,6, a un grillo (x5) un valor 0,2, etc... . Gracias a estos valores se puede calcular la distancia entre conjuntos (absoluta y relativa) lo cual puede resultar de interés para el razonamiento analógico.

La teoría de los subconjuntos borrosos no logra reducir todos los elementos del razonamiento analógico a términos lógicos. Continúan produciéndose problemas valorativos como se producían en el resto de los modelos que he expuesto hasta ahora:

No sirve tampoco este modelo para justificar por sí solo la ampliación del supuesto de hecho de la norma jurídica. En este caso la ampliación tiene lugar al elegir el aplicador del Derecho un subconjunto más amplio que el que de la redacción de la norma se podría derivar –en vez del subconjunto «perros» se elige el subconjunto «animales molestos».

En el modelo de Reisinger el concepto de semejanza sigue siendo clave y sigue además dependiendo de cuestiones valorativas y no lógicas. En este sentido la asignación de valores dentro del intervalo [0–1] que indica el grado de semejanza hacia lo que constituye la referencia del subconjunto –ej. animales molestos– es una cuestión de este tipo, esto es, valorativa, como también lo es fijar el coeficiente de semejanza que es necesario para considerar que Hx, según la terminología a la que recurría Alexy es F sim.x.

Como señala M. Atienza «al jurista práctico [...] no le basta saber, [...] que los gatos de Angora pertenecen en un 0.6 a la categoría de los animales molestos; necesita saber si se les aplica o no – o en qué grado se les aplica si es que la norma puede graduarse – la norma prevista para los perros y que el intérprete extiende (mediante un juicio de valor necesariamente subjetivo : podría pensarse que la causa de la prohibición es alguna epidemia canina y no las posibles molestias que los perros ocasionan a los viajeros, con lo que el “círculo de semejanza” se trazaría de una manera diferente) a todos los animales molestos».

En conclusión, existen dos cuestiones que no se derivan de la ley mediante la lógica deductiva y que implican una labor interpretativa: la ampliación del supuesto de hecho de la norma y la determinación de la semejanza entre los casos regulados y aquellos no regulados.

II

Expuesto lo anterior es necesario determinar todavía si nos encontramos con el mismo tipo de problemas en el caso de los argumentos *a fortiori*, y *a contrario sensu* o si, por el contrario, estos sí son derivables exclusivamente de la ley por medio de la lógica deductiva. Esta cuestión tiene sentido plantearla en este momento puesto que, en una discusión jurídica sobre un caso en el que cabe recurrir al argumento analógico,

cabe también plantearse el recurso al argumento *a contrario* y, en tanto quepa la cuantificación del supuesto de hecho de la norma, la utilización de los argumentos *a fortiori*.

En efecto, por ejemplo en el terreno del derecho de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil español, y ante lo dispuesto por el artículo 143 CC (que impone la obligación recíproca de darse alimentos a los cónyuges), en el caso de parejas de hecho se ha cuestionado si los miembros de la pareja que mantiene una convivencia análoga a la del matrimonio se beneficiarían también del mencionado derecho de alimentos. En un caso como éste se puede argumentar analógicamente, extendiendo dicha obligación a las parejas de hecho que mantienen una relación estable semejante a la matrimonial, o *a contrario sensu* interpretando que debe entenderse la norma en el sentido de «sólo los cónyuges» por no ser la relación de hecho, ni siquiera la relación estable, equiparable a la matrimonial. La no equiparación podría basarse en que el matrimonio y las uniones de hecho estables difieren en una nota fundamental cual es la de los deberes legales que se establecen entre los cónyuges cuando contraen matrimonio y que no afectan a las parejas de hecho. Si estas uniones no se legalizan por evitar los inconvenientes que, desde el punto de vista legal, el matrimonio conlleva tampoco sería justo reconocerles el derecho de alimentos. Ésta podría ser una argumentación para entender que el inciso primero del artículo 143 CC debe ser interpretado *a contrario*. Como se puede observar la labor de interpretación es la que determina que razonemos *a contrario* o analógicamente pero el campo de juego de los dos argumentos es concurrente.

Por lo que respecta a los argumentos *a fortiori*, éstos exigen una relación de comparación, como también la exigía el razonamiento analógico. En las ocasiones en las que el supuesto de hecho de la norma permite una comparación no sólo en términos de semejanza sino también en términos de graduación cabe utilizar este tipo de argumentos *a fortiori* a los que algún autor¹⁶ considera una especie del argumento por analogía. Estos argumentos se basan en relaciones como la de ser mayor que, ser menor que, ser más oneroso que... La comparación de dos casos puede dar lugar a concluir que uno es «igual que» el otro, entonces nos encontramos con que podemos desarrollar un argumento *a pari*, que es una manifestación del argumento por analogía que he venido analizando hasta ahora.

En cualquier caso, cuando quien aplica el Derecho desarrollando la interpretación de un precepto jurídico extrae la conclusión de que un determinado caso no está regulado por el mismo, pasa automáticamente a designar de entre los argumentos que hemos mencionado –argumento analógico, argumento *a sensu contrario*, argumentos *a fortiori*– aquél

¹⁶ ALCHOURRÓN, C. E. «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», en Alchourrón, C. E. y BULYGIN, E : *Análisis lógico y derecho*, C.E.C., Madrid, 1991, pp. 3–24. KLUG, U.: *op. cit.* p. 180 y ss.

que considera que debe aplicarse al caso. Y la decisión de cuál de estos argumentos aplica es una cuestión interpretativa y valorativa, y no de razonamiento lógico-deductivo a partir de una ley dada, como se verá de forma definitiva al analizar las posibilidades lógicas que se ofrecen respecto de los argumentos *a fortiori*, *a contrario* y *a pari*.

Al analizar el razonamiento *a contrario* según la lógica moderna Klug diferencia tres casos, según que la relación entre los supuestos jurídicos y las consecuencias jurídicas de la norma dada tenga la forma de una implicación extensiva («si ... entonces»), intensiva («sólo si ... entonces») o mutua («si y sólo si ... entonces»); esto es, según que los supuestos de hecho sean condición suficiente, necesaria o suficiente y necesaria para las consecuencias jurídicas¹⁷.

« \rightarrow » IMPLICACIÓN EXTENSIVA.

« \Rightarrow » IMPLICACIÓN INTENSIVA.

« \leftrightarrow » IMPLICACIÓN MUTUA O BICONDICIONAL.

De esta forma, y según la siguiente tabla de verdad:

X	Y	$X \rightarrow Y$	$X \Rightarrow Y$	$X \leftrightarrow Y$
V	V	V	V	V
V	F	F	V	F
F	V	V	F	F
F	F	F	V	V

Klug concluye que en el caso de normas que presupongan la implicación extensiva el argumento *a contrario* no sería válido desde el punto de vista lógico, mientras que sí lo sería en el caso de la implicación intensiva y en el de la mutua. Así, siendo V los supuestos jurídicos y R las consecuencias jurídicas:

a) $\Delta x Vx \rightarrow Rx$ no es una formulación válida desde el punto de vista lógico-deductivo.

$\Delta x \neg Vx \rightarrow \neg Rx$

De esta fórmula sólo se puede deducir la conclusión de que «para todos los x vale: siempre que las consecuencias jurídicas R no tengan lugar con respecto al hecho x, x será entonces un hecho que no cumple los supuestos V»¹⁸. Mas como se trata de condiciones suficientes puede haber otros supuestos de hecho cuyo cumplimiento dé lugar a las conse-

¹⁷ KLUG, U.: *op. cit.*, pp. 180 y ss.

¹⁸ KLUG, U.: *op. cit.*, p. 181.

cuencias jurídicas indicadas y por ello no es posible derivar según las reglas de la lógica el argumento *a contrario* en estos casos.

b) $\Delta x Vx \Rightarrow Rx$ sí es un esquema válido desde el punto de vista lógico-deductivo pues, al ser condición necesaria el que se produzca V, si V no se produce no tendrá lugar R.

$\Delta x -Vx \Rightarrow -Rx$

c) $\Delta x Vx \leftrightarrow Rx$ sí es una formulación válida desde el punto de vista lógico-deductivo por lo mismo que la anterior también lo era.

$\Delta x -Vx \leftrightarrow -Rx$

En todo caso, es conveniente tener en cuenta que, al igual que ocurría con el círculo de semejanza, en el razonamiento por analogía, establecer cuál sea el tipo de implicación contenido en el enunciado normativo no es una cuestión lógica sino que es una cuestión interpretativa. De nuevo nos encontramos con que la lógica no es lo fundamental sino que lo fundamental es la labor de interpretación previa, la cual es determinante a la hora de señalar cuál sea el tipo de argumento que va a utilizar el aplicador del Derecho. De las normas no se infiere directamente cuál es la implicación que éstas contienen (pues entonces sí estaríamos ante una operación puramente lógica en la *argumentación a contrario*). Así, si nos encontramos ante la norma que reconoce el derecho de alimentos a los cónyuges (por continuar con el ejemplo anterior) el aplicador del Derecho no conoce de manera objetiva si esa norma quiere decir que si y solo si se es cónyuge se tiene derecho de alimentos o quiere decir que si se es cónyuge se tiene derecho de alimentos.

Un tanto de lo mismo ocurre con los argumentos *a fortiori*. En estos argumentos, como ya dije, figuran expresiones comparativas. Existen dos clases de argumentos *a fortiori*, el argumento *a maiori ad minus* —el que tiene derecho a lo más tiene derecho a lo menos— y el argumento *a minori ad maius* —si está prohibido lo menos está prohibido lo más. Estos argumentos se utilizan también para extender el ámbito de aplicabilidad de las normas existentes.

El esquema formal de los argumentos *a fortiori*, siguiendo las explicaciones de Alchourrón¹⁹ que se sirve de la lógica de relaciones, es el siguiente:

(I)	X-R-Y	Ej. A tiene más dinero que B
	Y-R-Z	B tiene más dinero que C
	X-R-Z	luego A tiene más dinero que C

¹⁹ ALCHOURRÓN, C. E. , «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», *op. cit.*, pp 3-24.

R = transitiva y asimétrica. [Una relación R es transitiva cuando si una entidad x tiene la relación R con y , y la entidad y tiene la relación R con z , entonces x tiene la relación R con z , cualesquiera sean las entidades x y z escogidas. Una relación es asimétrica cuando si una entidad x tiene la relación R con y , entonces no es verdad que y tenga la relación R con x , cualesquiera sean las entidades x e y escogidas].

Las argumentaciones *a fortiori* son siempre lógicamente válidas, pues (I) es un esquema que proporciona argumentos válidos cuando la relación R es transitiva. Sin embargo, las argumentaciones jurídicas *a fortiori* son lógicamente inválidas ya que no reflejan aquello que los lógicos medievales designaron por tal nombre. El esquema de un argumento jurídico *a fortiori* es como sigue:

(II) $\frac{P-X \text{ son permitidos los préstamos con } 12\% \text{ de interés anual}}{\text{luego } P-Y \text{ luego son permitidos los préstamos con } 8\% \text{ de interés anual}}$

Señala Alchourrón que lo usual en esta forma de argumentación es que la misma descansa en una premisa que opera de forma implícita, y cuya función es indicar una relación R entre las acciones consideradas en el argumento. R puede consistir, como en el ejemplo, en «ser un préstamo más oneroso que». No olvidemos que las reglas de la lógica exigían que la relación R fuese una relación transitiva y asimétrica. Tomando esto en cuenta tenemos el siguiente esquema:

(III) $\frac{\begin{array}{l} P-X \text{ Ej. en el caso de un argumento } a \text{ maiori ad minus, son per-} \\ \text{mitidos los préstamos con el } 12\% \text{ de interés anual.} \\ X-R-Y \text{ [premisa implícita] los préstamos con } 12\% \text{ de interés anual son} \\ \text{más onerosos que los préstamos con } 8\% \end{array}}{\text{luego } P-Y \text{ luego son permitidos los préstamos con un interés del } 8\% \text{ anual}}$

Los argumentos que respetan este esquema (III) no son lógicamente válidos, es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa. Esto se puede ver claro con el análisis del siguiente aforismo muy utilizado en el mundo del Derecho: «quien puede lo más puede lo menos». Este aforismo responde al esquema anterior y, sin embargo, no es siempre cierto con lo que no se puede decir que estemos ante una formulación en términos lógicos. Para ser una formulación lógica Y debería heredar de X la propiedad P a través de R en todos los casos, Her. (P, R), pero esto no es así. El esquema que establecería una forma de argumento lógicamente válida de la teoría de las relaciones sería el siguiente:

(IV) $\frac{\begin{array}{l} P-X \\ X-R-Y \text{ R = transitiva y asimétrica.} \\ \text{Her. (P, R)} \end{array}}{\text{luego } P-Y}$

La tercera de las premisas –Her. (P, R)–, esto es, que Y hereda en este caso la propiedad P a través de R, opera, en general, de forma implícita en las argumentaciones jurídicas *a fortiori* y, desde luego, es indispensable para la validez de la argumentación. Esta premisa, como ya sucediera con los elementos básicos para la argumentación por analogía y *a contrario*, nunca es verdadera por razones lógicas sino valorativas. De nuevo depende de la valoración el elemento clave para la argumentación, en este caso *a fortiori*.

Es posible que para que P sea heredable se necesite que concurra la relación converso de R en lugar de que concurra R. La relación converso de R es aquella que es verdadera entre Y y X cuando R es verdadera entre X e Y («ser ascendiente de» es la relación converso de «ser descendiente de»). En estos casos el esquema sería el siguiente:

(V)	P–Y	Ej. Es permitido entregar al Estado el 25% de las entradas.
	X–R–Y	Una entrega del 30% es mayor que una del 25%.
	Her.(P Conv. R)	Son permitidas las entregas mayores que las entregas permitidas.
<hr/>		
luego	P–X	luego es permitido entregar al Estado el 30% de las entradas.
	R= transitiva y asimétrica.	

Las premisas Her. (P, R) y Her. (P Conv. R) nos dice Alchourrón que son independientes. Que ninguna de las dos implica a la otra y que es posible que ambas sean verdaderas o falsas. Por otra parte, es posible diferenciar tantos tipos de argumentos *a fortiori* como modalidades normativas diferentes existen: permitido, prohibido, obligatorio y facultativo. Ahora bien, en general puede afirmarse que todo argumento jurídico *a fortiori*, de cualquier tipo que sea, es derivable de (IV) o de (V).

La relación R puede significar una relación de mayor magnitud o de menor magnitud y según lo que signifique dará lugar a un argumento *a maiori ad minus* o a un argumento *a minori ad maius*.

Tras el análisis de los epígrafes I y II de este estudio resulta evidente que el aplicador del derecho para llegar a la solución de un caso para el cual considera que no existe norma en el sistema jurídico directamente aplicable no se centra en el análisis lógico-deductivo del material normativo del que dispone sino que realiza una labor previa de valoración de las normas del sistema jurídico relacionadas con el problema al que debe dar solución, labor que es fundamental a la hora de determinar si cabe en dicho caso recurrir a alguno de los razonamientos jurídicos de los tratados hasta el momento (esto es, el argumento de la analogía, el argumento *a contrario* o el argumento *a fortiori*). En efecto, estos argumentos descansan sobre premisas que no se derivan lógico-deductivamente de la ley sino que son producto de una labor de interpretación y valoración realiza-

da por el aplicador del derecho, labor que es, en este sentido, creativa. En lo que se refiere a la analogía, el jurista debe decidir si el caso que tiene entre manos es suficientemente semejante a otro regulado por alguna o algunas de las normas del ordenamiento. En caso de que aprecie dicha semejanza deberá decidir si la norma jurídica es extensible a casos no regulados o no claramente regulados por ella. El reto ante el que nos encontramos es, pues, justificar esa serie de premisas de manera que podamos afirmar, sin grave riesgo, que dicha tarea valorativa no conculca en manera alguna el ideal del imperio de la ley.

III

La decisión sobre la clase de argumento al que recurrir en el caso concreto (analogía, argumento *a contrario*, etc.) no la puede basar el aplicador del Derecho, como ya ha quedado dicho, en argumentos de tipo lógico-deductivo sino que su decisión, en tanto que decisión valorativa, ha de fundarla en otro tipo de argumentos. El que la decisión en estos casos haya de ser una decisión jurídica implica que los criterios que se utilicen en el establecimiento de las premisas del razonamiento en cuestión hayan de ser también jurídicos (al hablar de valoración no se hace referencia a una valoración conforme a criterios de tipo exclusivamente personal de quien aplica el Derecho sino a una valoración basada en argumentos normalmente utilizados en el mundo del Derecho). Este tipo de argumentos fundadores, a los que Alexy incluiría dentro de la llamada por él justificación externa del razonamiento, argumentos como, por ejemplo, argumentos teleológicos, consecuencialistas, históricos..., junto con la posterior formulación en términos lógicos del razonamiento ya concluido (para determinar que se han respetado las exigencias de coherencia), pueden ser muy poderosos y convencer a la mayoría de la comunidad jurídica de que efectivamente, la solución que el aplicador del Derecho ofrece al caso y que cuenta con el apoyo de varios de esos argumentos es la mejor solución que se puede ofrecer al supuesto planteado.

En cualquier caso, es preciso darse cuenta de que me estoy refiriendo siempre a supuestos que se considera que no entran dentro del ámbito de protección de ninguna norma jurídica (conclusión a la que se llega, también, a través de la interpretación). Sin embargo, es fundamental no olvidar que las normas que existen son, a pesar de no incluir el caso en sus supuestos de hecho, un referente que acota de manera importante la solución. En este sentido, y centrándome en lo que es la materia objeto de este estudio, esto es, la analogía, el aplicador del Derecho, si quiere que la solución que ofrece al caso sea considerada como una decisión jurídica carente de arbitrariedad, debe de presentar la misma como estrechamente vinculada al material normativo existente. En el caso de la analogía ello significa que, de admitir la extensibilidad de la norma en cuestión, el

aplicador del Derecho no va a poder trazar el llamado círculo de semejanza a su antojo y según su conveniencia (valoración no es equivalente a arbitrariedad). La norma va a ser el referente ineludible a la hora de fijar dicho círculo de semejanza; las similitudes que se tomen como base a la hora de aplicar la norma mediante la analogía al caso no regulado deben poder ser presentadas por el aplicador del derecho como aquellas notas que el legislador tomó en consideración al regular unos supuestos de hecho determinados, y no otros, de una determinada forma. Aunque exista una cierta conexión entre dos casos diferentes ello no es suficiente para admitir la posibilidad de aplicación de la norma analógicamente al caso no regulado. La conexión que se produzca ha de ser relevante: lo será cuando el caso no regulado coincida con los casos que están regulados por la norma en aquellos aspectos que se consideran determinantes, decisivos en cuanto a la regulación que realiza ésta en un sentido y no en otro. Es cierto que muchas veces no está claro el sentido que deba darse a la norma, el «fin» para el que la misma se haya concebido o que la misma deba cumplir, pero, en todo caso, quien aplica el Derecho no puede realizar un uso analógico de la norma sino en aquellos casos en que sea posible entender que llevando a cabo dicha aplicación analógica del Derecho está dando cumplimiento a los fines de la susodicha norma.

Por otro lado, al aplicar el Derecho se debe presentar siempre la solución como la mejor posible. Para ello deben darse argumentos de peso ante la comunidad jurídica, argumentos que no podrán ser sino argumentos extrajurídicos (como, por ejemplo, la finalidad de la norma, las consecuencias de decidir en un determinado sentido o en otro, el parecido del caso a solucionar con algunos de los ya resueltos por las normas jurídicas o, por el contrario, su diferencia en un punto esencial, lo que no es sino una cuestión de valoración, etc.). Cuando un sector de la comunidad jurídica no está de acuerdo suele contraargumentar creándose una discusión «científica» de la que nace una doctrina mayoritaria y ciertas doctrinas minoritarias que en muchos casos esgrimen también argumentos de peso (pero en ningún caso nos encontramos con una enorme variedad de respuestas jurídicas —o dadas por juristas si se prefiere— que se consideren válidas por la comunidad jurídica para un mismo caso). La existencia de la doctrina, al igual que la existencia de una cierta constancia en el sentido de las decisiones tomadas por los tribunales (que están obligados a motivar las mismas —art. 120.3 CE—), produce un sentimiento de estabilidad en la población que acrecienta la confianza de la sociedad en el sistema jurídico y en el imperio de la ley. Predomina, en general, en nuestra sociedad la fuerte creencia de que las soluciones que se dan por los aplicadores del derecho están suficientemente fundadas (cumpliéndose las exigencias del artículo 120.3 de la Constitución española) y no son arbitrarias. El sujeto de la decisión considera, en definitiva, que aquella es una decisión jurídica (que es lo opuesto a una decisión arbitraria) y que él vive en una sociedad gobernada por el imperio de la ley. Y a ello contribuye el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que es otro de

los requisitos del imperio de la ley y que permite al particular que no está de acuerdo con la decisión ejercitar sus pretensiones en las diferentes instancias hasta llegar a las más altas instancias de aplicación del derecho establecidas dentro del sistema jurídico del país. Según nuestro sistema jurídico para formar parte de éstas es necesario ser un prestigioso magistrado con muchos años de experiencia. Esto contribuye a que las decisiones de estas altas instancias sean respetadas y se afiance la percepción de estar viviendo en una sociedad gobernada por la «rule of law».

Creo que es posible asegurar que, a pesar de esa pequeña tarea creativa del juez (que no arbitraria, pues ya hemos visto cómo se debe argumentar tomando como base el material normativo y con argumentos de peso, esto es, argumentos que son ya comúnmente admitidos en el ámbito jurídico como válidos para fundamentar las decisiones jurídicas —aunque no sean en sí mismos argumentos puramente jurídicos—, y que se refieren a los fines de la norma, a las consecuencias de una decisión en un determinado sentido, etc.), nadie duda en general que los aplicadores del derecho están actuando conforme a derecho y otorgando soluciones jurídicas a pesar de que, en la mayoría de los casos, en su labor se vean obligados a ir más allá de la pura inferencia lógica lo que, por otro lado, es inevitable en un sistema, como el jurídico, que tiene que regular una realidad cambiante a través de un instrumento esencialmente vago como lo es el lenguaje.

La circunstancia de que en algunos casos o en numerosos casos no lleguen los aplicadores del derecho a una solución única ante problemas similares es algo lógico en tanto, como ya he señalado, el Derecho no es una ciencia exacta y se sirve del lenguaje que es vago por naturaleza. Las exigencias del imperio de la ley no se deben identificar con una exigencia exacerbada de seguridad absoluta sino con un conjunto de reglas de referencia que de forma global se pueda entender que son aplicadas por los aplicadores del derecho de una manera general y universal.

Se puede entender que los razonamientos analógicos no hacen sino moverse dentro de las reglas del juego del imperio de la ley, dentro de la necesidad de que las soluciones sean universales y de que se trate igual lo que es igual y diferente lo que es diferente. En base a este principio el aplicador del derecho toma el supuesto de hecho F_x como si éste incluyera también los casos $F_{sim.x}$. En este sentido se está realizando ciertamente una labor creativa, pero es una labor que se mueve dentro del ámbito que el propio legislador establece al delimitar el conjunto de referencia al que debe atenerse quien tiene la misión de aplicar el Derecho. Y, en muchas ocasiones, la sociedad misma es la que demanda que a esos casos no incluidos en el supuesto de hecho, porque, por ejemplo, son producto del avance de los tiempos, se les reconozcan los mismos efectos.

Es, sin embargo, necesario dejar claro que existen determinados campos del ordenamiento jurídico que el legislador ha excluido expresamente del juego de la analogía. Entre los campos que se ha preocupado de

preservar está el del Derecho penal. Pasaré ahora a analizar los problemas que en relación con la analogía se producen en el ámbito del Derecho penal.

IV

El principio de legalidad en materia penal se halla regulado dentro de la Constitución, en los artículos 25 y 9.3, y por el Código Penal, en sus artículos 1, 2, 23 y 24. De la redacción de los artículos 1 y 2 (establece el artículo 1 que «[s]on delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley», mientras que el artículo 2, párrafo primero, señala que «[e]n el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la Ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal) deriva la doctrina el aforismo *nullum crimen sine lege*. Del artículo 23 del Código Penal (CP en adelante), que establece que [n]o será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración», la mencionada doctrina deriva el aforismo *nulla poena sine lege*. De ambos se extrae según los juristas estudiosos del Derecho penal la prohibición de analogía en el ámbito del Derecho penal.

En lo referente al nuevo Código penal, que entró en vigor el día 24 de mayo de 1996 tal y como dispone su disposición final séptima, su regulación es aún más contundente que la del Código Penal actual. Dicha regulación se contiene en los artículos 1, 2, 4 y 10 CP nuevo. Mientras que los artículos 1, 2, 4.2, 4.3 y 10 reproducen lo que se decía ya en el CP de 1973, el artículo 4 contiene una redacción sumamente interesante. Establece este artículo en su apartado primero que «[l]as leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Pues bien, este precepto, que sin duda ha sido introducido por el legislador del 95 para enfatizar la prohibición de analogía en el ámbito del Derecho penal, plantea una serie de importantes cuestiones que paso a tratar de inmediato.

Para empezar, creo que no es del todo exacto el hablar de los casos «comprendidos expresamente en las leyes». Esta expresión da a entender que es posible determinar claramente con la mera lectura de los preceptos penales cuáles son los comprendidos en los mismos y cuáles quedan fuera, mas esto no es así. Las leyes no cubren un número determinado de casos de márgenes bien definidas. Lo que quieren decir las leyes está casi siempre abierto en alguna medida a la interpretación (podría ilustrar esto el artículo 248, apartado 1, CP nuevo: «[c]ometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Se plantea con relación a este artículo cuestiones respecto del tipo de engaño que se requiere —¿qué conducta supone engaño bastante?

y engaño ¿respecto de quién?, ¿del individuo del caso concreto?, ¿del ciudadano medio?— y cuestiones también relativas a lo que significa el perjuicio que requiere este artículo —¿se trata de un perjuicio patrimonial? y si es así ¿hemos de considerar que la referencia ha de ser el perjuicio al patrimonio del individuo en su conjunto? ¿o basta con tomar la operación de disposición de forma aislada y determinar si se ha producido dicho perjuicio?) .

Esta problemática engarza con un tema fundamental dentro de las cuestiones que estamos tratando. Tradicionalmente se viene manteniendo, y ésta es la postura de la doctrina dominante en materia penal²⁰, que los límites de la interpretación se encuentran en el sentido literal de la ley, y que dentro de éste cabe realizar una interpretación extensiva que sí estaría permitida. La cuestión es fundamental en tanto que la prohibición de analogía tiene pleno sentido si realmente es posible deslindar lo que constituye interpretación extensiva que está dentro de los linderos de la ley (y, por consiguiente, aquellos casos que se encuentran «expresamente» comprendidos en la misma) de los que es la actividad «creativa» correspondiente ya a un razonamiento por analogía.

Según se ha señalado con acierto, los problemas de la separación entre la interpretación extensiva y la analogía (la una permitida y la otra prohibida) surgen en el ámbito del método teleológico de interpretación de la ley²¹. Y es que la analogía se basa precisamente en ofrecer soluciones a casos que, por medio de la interpretación, se considera que caen fuera del supuesto de hecho de la norma pero que, sin embargo, comparten con los casos sí incluidos una gran similitud que lleva al aplicador del Derecho a concluir que aplicando dicha norma al caso no regulado se cumpliría también el propósito que late bajo la redacción de la misma, propósito que se descubre a través del método teleológico. Teniendo en cuenta esto, y también que la interpretación extensiva se funda en considerar incluidos ciertos casos dentro del supuesto de la norma precisamente en base a los propósitos de la misma, queda patente la imposibilidad de encontrar criterios diferenciadores absolutamente nítidos entre lo que constituye aplicación analógica del Derecho y la interpretación extensiva del mismo. Bacigalupo llega a la conclusión de que buscar los casos que se suponen comprendidos en el supuesto de hecho de la norma en base al propósito de la ley, como requiere el método teleológico, conduce a que no existan prácticamente posibilidades de obtener una «fórmula practicable para establecer el límite máximo de la interpretación permitida frente a la analogía prohibida»²². El mismo autor, en referencia a lo que constituya una fórmula practicable, señala cómo la experiencia indica que la

²⁰ La doctrina dominante (Schreiber, Baumann, Cerezo Mir, Muñoz Conde, Stratenwerth, etcétera) está suficientemente expuesta por Enrique Bacigalupo en su artículo «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho penal» en el *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 13 ss.

²¹ BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, pp. 22 ss.

²² BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 25.

dogmática penal y la dogmática jurídica en general «no tienen la posibilidad de brindar, sobre cuestiones de pura decisión valorativa, conceptos jurídicos que puedan verificarse mediante una estricta subsunción, que es precisamente la característica de una solución “practicable” óptima»²³.

Hasta aquí se puede estar de acuerdo con lo dicho por Enrique Bacigalupo, mas no en lo que viene después. Este autor sostiene que en tanto que es la garantía constitucional (que es el principio de legalidad y, dentro de éste, la prohibición de analogía) la que debe primar sobre los métodos de interpretación y debido a la «carencia de reglas que garanticen que un determinado hecho pertenece a la clase de hechos mencionados en la ley penal como presupuesto de una pena»²⁴ la única respuesta a este problema es «la exclusión de toda interpretación extensiva en el derecho penal»²⁵. «[L]a extensión de la ley penal [continúa este autor] por encima de la interpretación que permita fijar un número mínimo de casos comprendidos en su texto es violatoria de la función de garantía de la ley penal»²⁶. «[N]o es el “sentido posible del texto” lo que dará el límite de la interpretación, sino el “sentido más restringido del texto”»²⁷.

En mi opinión no existe criterio objetivo que nos permita diferenciar los supuestos de interpretación extensiva de aquellos otros en los que se razona por analogía. No es posible, en efecto, diferenciar completamente ambos supuestos porque las normas, salvo aquellas que gozan de autonomía semántica y que tienen límites precisos, son normas cuyos límites exteriores poseen una cierta indeterminación que provoca que existan una serie de casos respecto de los que no se puede concluir con claridad si se encuentran dentro o fuera del ámbito de cobertura de la norma jurídica. Es a quien tiene la misión de aplicar el Derecho a quien corresponde decidir si estamos ante el primero o ante el segundo de los casos. Si la interpretación extensiva tiene su fundamento en la inclusión de casos en la norma jurídica en base a la consideración de cuáles sean los propósitos de ésta, no veo como pueda establecerse un criterio objetivo que consiga deslindar estos supuestos de interpretación extensiva de aquellos otros de aplicación analógica de la norma en los que el aplicador del Derecho extiende la norma a casos que son igualmente semejantes a otros claramente contemplados por la norma jurídica y que cumplirían también, como aquellos que se consideran incluidos en la norma vía interpretación extensiva, los propósitos de la norma.

A pesar de lo dicho hasta el momento existen, a mi parecer, buenas razones para permitir la interpretación teleológica de las normas, incluso de las normas penales, con todo lo que ello conlleva. Y conlleva sin ir

²³ BACIGALUPO, E.: *ibidem*. Recordemos que el propio Laporta se ocupaba también de este tema de la solución practicable óptima en «Imperio de la Ley: Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz» en *Doxa* 15–16, 1994, p. 144.

²⁴ BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 28.

²⁵ BACIGALUPO, E.: *ibidem*.

²⁶ BACIGALUPO, E.: *ibidem*.

²⁷ BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 29.

más lejos el que se puedan llevar a cabo interpretaciones amplificadoras de las normas. El método teleológico trata de fijar los propósitos de la norma y no parece dudoso que conocer los propósitos de la misma y poder cumplirlos es de suma importancia. Se suele decir que, en ocasiones, al interpretar los propósitos de la norma quien la aplica se está colocando en la posición del legislador, cuyo propósito al establecer la norma a lo mejor no era *x* sino *y*. Pero se olvida que el que el aplicador del Derecho pueda extraer el propósito de la norma coincidiendo con lo que se proponía el legislador dependerá en gran medida de cómo haya configurado éste la norma; luego del legislador depende en muchas ocasiones que se produzca un desplazamiento de su poder al poder judicial (y creo que, en cierta medida, y dado que el legislador no es un ser omnisciente o que pueda o deba regularlo todo hasta el más inverosímil caso o hasta el último detalle, siempre se va a producir un cierto desplazamiento del poder de manos del legislativo a manos de los aplicadores del Derecho). Y muchas veces es el propio legislador el que se arriesga a que los aplicadores del Derecho puedan llegar a propósitos diferentes de los que él concibió y lo hace porque prefiere ser algo menos específico y permitir así que un número mayor de casos queden cubiertos por la norma. En mi opinión no debe ponerse el acento del problema del desplazamiento de ámbitos de poder del legislativo al poder judicial en la utilización del método teleológico por los jueces sino en el propio ámbito que el legislador deja abierto al redactar las leyes de una determinada forma (porque es poco preciso, porque utiliza términos vagos, porque no es un ser omnisciente y no es capaz de prever nuevos casos que se producen o incluso olvida incluir algunos casos de los que ya existían, etc.). Por otro lado, en ocasiones no tiene sentido tomar como pauta interpretativa lo que «El legislador histórico» (¡cómo si pudiésemos hablar de un solo legislador con una voluntad uniforme!) pretendía con la norma, pues precisamente los ordenamientos que son más beneficiosos para el desenvolvimiento de toda la sociedad y de los individuos mismos son los ordenamientos dinámicos que no quedan rápidamente anquilosados y que pueden adaptarse al correr de los tiempos.

En el ámbito del Derecho penal es forzoso reconocer que se complican enormemente las cosas cuando se admite el método teleológico como método válido de interpretación de las normas: Si admitimos el método teleológico que no nos permite diferenciar con seguridad interpretación extensiva y analogía, ¿tenemos entonces que concluir que el razonamiento analógico debería estar permitido en cuanto no es nada sustancialmente diferente a la mencionada interpretación extensiva? Y, sin embargo, el método teleológico es uno de los métodos fundamentales de interpretación del Derecho y debe seguir siéndolo por lo dicho en el párrafo anterior.

En mi opinión puede tener sentido, aun admitiendo el método teleológico de interpretación, seguir hablando de prohibición de analogía en el Derecho penal. Para ello el único criterio de distinción entre interpreta-

ción extensiva y analogía que es posible mantener es un criterio subjetivo (puesto que ya vimos como objetivamente no podía establecerse diferenciación alguna). Eso sí, ha de quedar claro que, como ya vimos con anterioridad, el razonamiento analógico no es un razonamiento ni arbitrario ni desligado de la ley. En este sentido, mi opinión es que lo que deba considerarse interpretación extensiva y lo que deba considerarse analogía quedará establecido a través del precedente (que se formará por los fallos de las instancias superiores y a cuyo reforzamiento coadyuvará la doctrina y que será clave para que se produzca la nota de generalidad tan importante para el cumplimiento del ideal del imperio de la ley). Parece claro que la jurisprudencia que siguen los tribunales de las instancias superiores y el Tribunal Supremo (TS) es la que se acaba aplicando en la resolución de los casos pues, aunque no exista en España la vinculación al precedente, o bien se sigue dicha jurisprudencia desde un principio, desde la primera instancia, o bien el caso llega en apelación a la última instancia o en casación ante el Tribunal Supremo. Si no llega en apelación a la última instancia o en casación al Supremo es porque los particulares acatan dicha decisión como decisión jurídica correcta y fundada en Derecho con lo que no se estaría conculcando la idea del imperio de la ley. Cuando el legislador no vea con buenos ojos la práctica que se desarrolla en los tribunales siempre puede legislar de nuevo, intentando que la nueva ley explicita mejor aquello que él quería lograr, reduciendo así el campo abierto a la posibilidad de amplificación de la norma.

Por último, existe prácticamente consenso en la doctrina penal a la hora de rechazar la posibilidad del razonamiento analógico en los casos de la llamada «analogía *in malam partem*» pero en lo que respecta a la conocida como «analogía *in bonam partem*» los autores hasta ahora discrepaban. La mayoría de los autores²⁸ consideraban que se debe admitir la analogía *in bonam partem* como razonamiento válido en el campo del Derecho penal. Algunos autores disientían de esa opinión y lo hacían en base al artículo 2 del Código Penal relativo al indulto y que dispone que los jueces y tribunales deben ejecutar la sentencia aun «cuando de la *rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley* resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito» (la cursiva es mía). Para los autores del sector minoritario «rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley» significaba excluir cualquier tipo de razonamiento por analogía, incluyendo la analogía *in bonam partem*. Los autores del sector mayoritario razonan en el sentido de que la aplicación de una norma siguiendo una argumentación de tipo analógico de forma que resulte en un beneficio para el reo no supone en ningún caso conculcar el imperio de la ley y, en concreto, el

²⁸ Vide, por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal: Parte General*, ed. P.P.U., 3.^a ed, Barcelona 1990, pp. 87-97; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal: Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 89 ss.

principio de legalidad en materia penal pues el sentido de éste último es que no pueda sancionarse ninguna conducta ni establecerse ninguna pena no sancionada por la ley. El sentido del imperio de la ley es el de que la autonomía del individuo pueda verse protegida y creo que con una aplicación benéfica de la ley penal, a través de un razonamiento por analogía, se respeta dicha autonomía y la de todos los individuos.

Con el nuevo Código Penal se ha introducido una nueva norma que no es otra que la del ya mencionado artículo 4.1 CP. Este artículo dispone que «[l]as leyes penales no se aplicarán a casos diferentes de los comprendidos expresamente en ellas». Ya hemos visto como la analogía se aplicaba en casos considerados como no expresamente incluidos por norma jurídica alguna. La norma del artículo 4 CP se ha establecido seguramente para reiterar, de forma si cabe más clara y contundente, algo que ya se desprende del todavía vigente Código Penal y que la doctrina ya había afirmado con rotundidad: que no se pueden extender los tipos penales a conductas no incluidas en ellos, ni tampoco se puede extender el grado de punición. Ya se dijo cómo la doctrina mayoritaria consideraba que la analogía *in bonam partem* no conculcaba esta garantía del principio de legalidad. A raíz del mencionado artículo 4 CP será más difícil seguir manteniendo la posibilidad de la analogía *in bonam partem* en cuanto que el artículo 4 CP está redactado en términos absolutos. Sin embargo, creo que la doctrina seguirá manteniendo mayoritariamente la admisibilidad de dicho razonamiento en el ámbito del Derecho penal, apoyándose en los mismos argumentos que antes y pensando en las grandes injusticias que podrían cometerse de no admitirse dicho criterio. Esa admisibilidad de la analogía *in bonam partem* encuentra apoyos, a mi juicio, en que no supone una conculcación del principio de legalidad y en base también al criterio consecuencialista a que hacía referencia con anterioridad (y que considero que es un criterio de peso). En mi opinión en forma alguna conduce esto a vaciar de sentido la labor del legislador pues de estar esos casos claramente regulados por alguna norma jurídica no nos quedaría sino aplicarla por injusta que pudiera parecer y recurrir entonces a la solicitud de indulto.

V

Después de lo visto hasta ahora creo que es posible concluir que la analogía es una forma de argumentación jurídica valiosa en tanto que con ella se busca la solución más acorde con el sistema jurídico de casos no regulados —o no claramente regulados— por el ordenamiento pero muy similares a los que sí se encuentran regulados. Es indudable que la valoración constituye un elemento esencial en la tarea de la aplicación analógica del derecho (y no sólo en esta tarea sino en la mayoría de las que acomete el aplicador del Derecho). Sin embargo, la misma se basa en una

ponderación de la norma existente, una interpretación de la misma que no se realiza de manera arbitraria, sino que debe poder ser justificada ante la comunidad jurídica. Para poder hacerlo el aplicador del Derecho no debe de salirse del marco que le ofrecen las normas establecidas, que son las que le marcan los límites de hasta donde puede llegar; así, por ejemplo, en la determinación del círculo de semejanza han de considerarse los posibles fines de las normas, teniendo muy en cuenta las características fundamentales que se manejan en la formulación del supuesto de hecho de la norma, tratando de determinar cuáles hayan sido las características valoradas a la hora de establecer una regulación determinada para ver luego si tales características confluyen en el caso concreto que se trata de solucionar. Por otro lado, además de no desvincularse del material normativo, el aplicador del derecho habrá de razonar su decisión de extender la norma al caso concreto y lo deberá hacer en base a los instrumentos que son comunes al mundo del Derecho: interpretación de los fines de la norma, consideración sistemática de la misma, revisión de las posibles consecuencias de una decisión en uno u otro sentido, establecimiento de los límites que podrían caer respecto del sentido de la norma conforme al lenguaje utilizado por la misma, etc. En fin, la decisión de aplicar analógicamente una norma habrá de reunir la nota de coherencia que le proporciona el respeto a los principios de la lógica.

En definitiva, la existencia de justificación, de motivación conforme a argumentos comúnmente utilizados en la Ciencia del Derecho, motivación referida también al ingrediente valorativo en la aplicación analógica de las leyes, me lleva a concluir que cuando los jueces acuden al razonamiento por analogía para fundamentar su decisión, y a salvo los ámbitos en que tal recurso está prohibido, no se produce una vulneración del ideal del imperio de la ley. Mucho menos tiene lugar tal vulneración cuando el intérprete se limita a precisar el campo de aplicación de una norma cuyo verdadero alcance, sin que la esfera penal sea en este punto una excepción, se presenta en multitud de ocasiones como problemático.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1991, pp. 3-24.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Sobre la analogía en el derecho; ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Cuadernos Cívitas, 1.^a ed., Madrid, 1986.
- «Para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, núm. 8, pp. 39 ss.
- ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1989.
- BACIGALUPO, E.: «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 13 ss.

- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, ed. Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 171-197.
- KLUG, U: *Lógica jurídica*, ed. Temis, Bogotá, 1990.
- LAPORTA, F. J.: «Imperio de la ley: reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 133 ss.
- LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 272-317.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal: Parte general*, ed. P.P.U., 3.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 87-97.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal: Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 89 ss.

2.2 ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA Y DERECHOS

Derechos humanos: ¿Yuxtaposición o integración?

Por MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ

Universitat de València

Según se señala de forma reiterada, el concepto de derechos humanos es un concepto histórico. Y lo es en un doble sentido. En primer lugar, esta noción no ha existido siempre, sino que aparece en un determinado momento histórico (la idea de derechos humanos va gestándose fundamentalmente a lo largo de la Edad Moderna, aunque tiene precedentes anteriores) y en un determinado contexto cultural (en el marco del pensamiento político y jurídico europeo occidental).

Ahora bien, el de derechos humanos es un concepto histórico en un segundo sentido, en cuanto que se trata de un concepto vivo, que no puede considerarse elaborado de una vez por todas, de una vez para siempre de forma completa, acabada y definitiva. Por el contrario, la noción de derechos humanos evoluciona con el devenir histórico, tanto en lo que respecta a las connotaciones del concepto, a sus rasgos, caracteres, notas o determinaciones, como en lo que respecta a su extensión, esto es, al sector de realidades a que dicho concepto se aplica. En suma, en cuanto a los derechos que se incluyen dentro de la categoría «derechos humanos». Por lo demás, las transformaciones en uno y otro plano están profundamente vinculadas.

Es la conexión con la dignidad humana y las necesidades básicas la que explica esta historicidad. Los derechos humanos representan la explicitación, la concreción, en cada momento histórico, de las exigencias básicas derivadas de la dignidad, la libertad y la igualdad de las per-

sonas y de la solidaridad entre ellas, las más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas ¹. En contra de lo que puede pensarse, las exigencias de la dignidad humana, así como también las necesidades humanas, evolucionan dependiendo de los contextos históricos y sociales. De ahí que también los derechos humanos evolucionen.

Y, consiguientemente, también en el ámbito del reconocimiento jurídico positivo, se han producido importantes transformaciones y avances a través del tiempo.

Se ha señalado que esta mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. El surgimiento de nuevas necesidades humanas o de nuevas modalidades de amenaza y agresión de las libertades, que exigen ser tenidas en cuenta y remediadas, se traduciría en la aparición de nuevos derechos o en la redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados. Ahora bien, «las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro» ². El enfoque generacional acerca de los derechos humanos no significa que las generaciones se extingan y sean sustituidas por las siguientes; «eso no es así ... las anteriores siguen vivas y se integran con las nuevas» ³.

Ahora bien, cabe preguntarse de qué forma tiene lugar esa integración. Esta es la cuestión sobre la que me propongo reflexionar en estas páginas, aunque de modo necesariamente provisional, parcial e incompleto, habida cuenta de la limitada extensión de este trabajo y de la complejidad del tema. A tal efecto, puede resultar de interés profundizar en una noción constantemente invocada en el lenguaje de Naciones Unidas, aunque sin que en este ámbito se determine con mucha precisión su significado y alcance. Me refiero a la idea de la «indivisibilidad» de los derechos humanos. Antes de entrar en el examen de esta noción, haré unas breves indicaciones acerca del proceso histórico de aparición de sucesivas generaciones de derechos que nos sirvan como punto de partida para la posterior reflexión acerca de su significado.

I. SOBRE LAS SUCESIVAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Cada generación de derechos humanos se manifiesta, en primer lugar, como una exigencia ética, como una reivindicación ética. Y, poste-

¹ Así caracteriza los derechos humanos PÉREZ LUÑO, A. E., en *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 44 ss., salvo en lo que respecta a la referencia a la solidaridad.

² PÉREZ LUÑO, A. E., «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 205 y 206, y 217 y «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales», en Olivas, E. (ed.), *Problemas de legitimación del Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 91 y 92 y 104 y 105.

³ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1995, pp. 182 y 183.

riormente, se produce su reconocimiento jurídico y político, su incorporación al Derecho positivo, interno e internacional.

En realidad, no hay unanimidad en cuanto al número de «generaciones». No obstante, la clasificación más habitual es la que distingue tres generaciones⁴ y a ella vamos a atenemos en nuestra exposición.

I.1 Los derechos civiles y políticos

En un primer momento, en el seno de los movimientos filosóficos, culturales y políticos que inspiraron las revoluciones burguesas del último cuarto del siglo XVIII, se tuvo conciencia de la necesidad de defender la vida y la libertad del individuo frente a la opresión, a la tiranía, al despotismo, en suma, frente a los excesos del Estado y del poder político. Aparece así y se incorpora al Derecho positivo la primera generación de derechos humanos.

En su gestación participaron corrientes de pensamiento y movimientos sociales y políticos de significación muy diferente. Ante todo, estos derechos serían el resultado de las luchas históricas por la defensa del ser humano en cuanto ser moral, lo cual conllevaría una exigencia de respeto a las conciencias y a la libertad espiritual. Este es el significado de la Ilustración europea que culmina con Kant y de los movimientos por la tolerancia religiosa que surgen en Europa tras la Reforma y las consiguientes guerras de religión. El otro factor decisivo en la configuración de la primera generación de derechos fue el liberalismo económico, lo cual condujo a incluir y a asignar un lugar central en el conjunto de los derechos a las libertades económicas (libertad de comercio e industria y derecho de propiedad). Es esta vinculación con el economicismo la que imprime a la primera generación de derechos un marcado carácter individualista.

⁴ En este sentido, entre otros, ARA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990; BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 146 ss. y *Ecologismo personalista*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 78 ss.; MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, Editions Universitaires, Fribourg (Suisse), 1992, capítulos 5, 6 y 7, pp. 121 ss.; PÉREZ LUÑO, «Las generaciones de derechos fundamentales», cit., pp. 203 ss. y «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales», cit., pp. 91 ss.; VASAK, K., «Pour une troisième génération des droits de l'homme», en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge. En honneur de Jean Pictet*, Nijhoff, Genève/La Haye, 1984, y «Face aux totalitarismes: trois générations des droits de l'homme», en Meyer-Bisch, P. (ed.), *Forces et faiblesses des totalitarismes*, Editions Universitaires, Fribourg (Suisse), 1987.

Sin embargo, hay quienes prefieren hablar de cuatro generaciones, pues desdoblan los derechos habitualmente considerados como de primera generación en dos: la liberal y la democrática (PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 182-183, y 199 ss.); la de las libertades individuales y la de las libertades políticas o de participación, respectivamente (SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Reflexión sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado», en *Libro-homenaje al profesor Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1995).

En efecto, en esta primera etapa de la evolución del concepto de derechos humanos, éstos se interpretaban como derechos individuales que protegen al individuo abstracto y aisladamente considerado.

Los titulares de los derechos humanos eran sujetos abstractos: los genéricos «hombre» y «ciudadano». Así figura en el propio título de la Declaración francesa de 26 de agosto de 1789 (y también en el de la Declaración de 23 de junio de 1793). Una y otra se denominan Declaración de derechos del hombre y del ciudadano. La distinción aludía al «carácter presocial (vinculado al estado de naturaleza y a la terminología de derechos naturales)» de los derechos del hombre para distinguirlos de aquellos otros derechos, los derechos del ciudadano, «que sólo aparecen, tras el pacto, en la sociedad regulada por el Derecho positivo y dotada de un poder político para regirla»⁵. No obstante, en ambos casos se trataba de sujetos abstractos. De esta forma se olvidaba la relevancia que, para el disfrute de los derechos, reviste la posición que cada cual ocupa en el sistema social, así como las distintas situaciones vitales en que puede hallarse el ser humano.

Por lo demás, los derechos aparecían como derechos del individuo aislado, considerado como autónomo, autosuficiente e independiente⁶. Tanto es así que la independencia económica constituía un requisito necesario para ser ciudadano con plenitud de derechos, concretamente para ser titular de los derechos de participación política, en particular, los de sufragio activo y pasivo. Esta situación era justificada en el ámbito doctrinal por autores como Locke, Sieyès, Kant, Constant, etc. Kant, en particular, sostiene que para tener derecho a voto, esto es, para ser ciudadano, colegislador, la única cualidad exigida, junto con la cualidad natural de no ser niño ni mujer, es la independencia (*sibisufficiencia*), la cual consiste en «que uno sea *su propio señor (sui iuris)* y, por tanto, que tenga alguna *propiedad* (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga; es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a los otros lo haga sólo por *venta* de lo que es *suyo*, no por consentir que otros utilicen sus fuerzas; en consecuencia, se exige que no *esté al servicio* —en el sentido estricto de la palabra— de nadie más que de la comunidad»⁷.

Los derechos de primera generación se presentan asimismo como derechos de libertad y como derechos frente al Estado. En efecto, en esta primera etapa, los derechos humanos se conciben sólo como garantías de la libertad individual frente al Estado. Vienen considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa.

⁵ PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 180.

⁶ Como señala BALLESTEROS, *Ecologismo personalista*, cit., pp. 80-81, refiriéndose a los derechos de primera generación, «La defensa de los derechos se refiere siempre al individuo aislado y separado, el que cree que puede por sí solo lograr su realización personal».

⁷ KANT, I., *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 33 ss.

La primera generación abarca derechos que explicitan las exigencias de la llamada libertad «negativa», «reservada» o libertad «de los modernos» según la expresión acuñada por Benjamin Constant y derechos que son manifestación de la denominada libertad «positiva», de «participación pública» o libertad «de los antiguos» en palabras de Constant⁸. La libertad de los modernos es la libertad individual, «consiste en el reconocimiento de una esfera reservada al individuo en la que no cabe interferencia alguna por parte de la autoridad o de las otras personas, sin consentimiento del individuo»⁹. En cambio, la libertad de los antiguos es la libertad colectiva. El individuo la ejerce en cuanto ciudadano, en cuanto miembro del cuerpo social. No obstante esto, puede decirse que la libertad reservada y los derechos individuales en que la misma se concreta (que incluían junto a un amplio haz de libertades personales, las libertades económicas) era el núcleo de la primera generación de derechos, en la concepción liberal. En ella los derechos de participación política tendrían un carácter instrumental respecto de los derechos individuales. Así lo manifiesta con toda claridad Constant¹⁰, subrayando que la independencia individual es la verdadera libertad moderna y que la libertad política es su garantía, eso sí indispensable y a la que en modo alguno debemos renunciar. Constant insiste en este último aspecto, destacando que el peligro de la libertad moderna puede consistir en que absorbiéndonos demasiado en el goce de nuestra independencia privada, y en procurar nuestros intereses particulares, renunciemos con excesiva facilidad al derecho de tomar parte en el gobierno de los asuntos públicos. Frente a este riesgo, sostiene la necesidad de ejercer una vigilancia activa y constante sobre los representantes políticos.

La coexistencia de estos dos tipos distintos de derechos en el seno de la llamada primera generación, explica que algunos autores entiendan que se trata, en realidad, de dos generaciones¹¹: la liberal, centrada en los derechos individuales que abarcan desde la libertad de conciencia, de pensamiento, de expresión, etc., o las garantías penales y procesales y ciertas exigencias de la igualdad formal, hasta el derecho de propiedad considerado como «inviolable y sagrado», y la democrática, centrada en los derechos de participación política y caracterizada por subrayar las contradicciones del modelo liberal que limitaba la participación por razones de cultura y de riqueza y por reclamar la generalización de esos derechos, esto es, la extensión de su titularidad a todos los ciudadanos y, principalmente, a los trabajadores, a los no propietarios que, en el modelo liberal, habían quedado excluidos, junto con las mujeres, de la titularidad de los mismos.

Paulatinamente, esta reivindicación se fue incorporando al Derecho positivo. En términos generales, el sufragio universal masculino se fue consiguiendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX en los distintos países.

⁸ CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1989, pp. 257-285.

⁹ BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit, p. 54.

¹⁰ CONSTANT, B., *op. cit.*, pp. 278 ss.

¹¹ En ese sentido, G. PECES-BARBA y R. SÁNCHEZ FERRIZ en los trabajos citados en la nota 4.

La cuestión del sufragio femenino siempre se vio relegada a un segundo plano y, de hecho, su reconocimiento jurídico positivo tuvo lugar, en general, en un momento posterior al de la consecución del sufragio universal masculino.

Puede decirse que los derechos de participación política tienen un doble carácter. Son derechos de libertad, en cuanto que su contenido consiste en el ejercicio de una libertad. Y son derechos de igualdad, en la medida en que la lucha por la generalización de los mismos que culminó con la conquista del sufragio universal, se llevó a cabo invocando como fundamento las exigencias de la igualdad formal¹².

I.2 Los derechos sociales, económicos y culturales

De forma simultánea a la lucha por la generalización de los derechos de participación política y protagonizada por las mismas fuerzas sociales y políticas: el movimiento obrero y el socialismo democrático, tuvo lugar la lucha por los derechos sociales, económicos y culturales.

En presencia de las durísimas y, muchas veces, inhumanas condiciones de vida y de trabajo del proletariado a que había dado lugar la revolución industrial, se fue tomando conciencia de que la salvaguardia de la dignidad humana exige liberar al ser humano no sólo del miedo a la opresión y a la tiranía, sino también de la necesidad económica, del hambre, de la miseria, de la incultura. Y así, el movimiento obrero y el socialismo democrático, fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, empezarán a reivindicar, a exigir, una serie de derechos de carácter social, económico y cultural. El proceso desembocó en la incorporación de estos derechos sociales, económicos y culturales al Derecho positivo, al lado de los tradicionales derechos individuales. Se trata de la segunda generación de derechos humanos.

Tales derechos se presentan no como derechos del individuo abstracto y aisladamente considerado, sino como derechos del ser humano históricamente situado, que ocupa una determinada posición en el sistema social y que tiene unas necesidades cuya satisfacción se articula en forma de derechos.

Es frecuente considerar que el valor inspirador de los derechos sociales es la igualdad en su vertiente de igualdad material.

Aunque esta cuestión de la igualdad material, real, sustancial, económica o democrática es una cuestión muy controvertida¹³, existiendo múltiples concepciones, incluso contradictorias entre sí, acerca de lo que sea la

¹² PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 47-128.

¹³ De ello tuve ocasión de ocuparme en un trabajo anterior, «Sobre la igualdad material como problema de justicia distributiva», en AA.VV., *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, (coord. por BALLESTEROS, J., FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., y MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.), Valencia, 1995, vol. I, pp. 115-131, al que me remito, así como a la bibliografía allí citada.

igualdad económica, puede decirse que la igualdad material supone como uno de sus aspectos fundamentales, aunque no el único (no debe olvidarse la importancia de la igualdad de oportunidades y de la reducción de las desigualdades de recursos excesivas), la igual satisfacción de las necesidades básicas de todos. Pues bien, desde el punto de vista de su objeto y finalidad, los denominados derechos sociales, económicos y culturales, representan una explicitación de las exigencias de la igualdad material, en particular, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades básicas.

En íntima conexión con lo anterior, se suele señalar que, a diferencia de la primera generación de derechos, cuya función primordial era la de limitar al Estado, los derechos sociales tienden a limitar al mercado mediante la intervención del Estado. Se trata ciertamente de dos lógicas distintas, cuya conciliación es una de las principales dificultades que afectan al funcionamiento del llamado Estado social de Derecho.

En efecto, puede decirse que los derechos sociales tienen una doble función. De un lado, limitan la autonomía del mercado, principalmente a través de la legislación laboral protectora de los trabajadores. Esto implica introducir importantes limitaciones a las llamadas libertades económicas (libertad de contratación, libertad de empresa, derecho de propiedad). De otro lado, desempeñan una función redistributiva, en el sentido de corregir, parcialmente, los resultados desigualitarios a que da lugar la distribución de bienes, recursos, ingresos, oportunidades, etc., a través del mercado. Esto se lleva a cabo mediante un complejo sistema de prestaciones y servicios públicos, encaminados a la satisfacción de las necesidades básicas.

Asimismo y en conexión con lo anterior, la mayor parte de los derechos sociales son derechos prestacionales, esto es, derechos que imponen al Estado o a otros grupos sociales o particulares una obligación correlativa de contenido positivo, de dar o hacer. Requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio. Esto se traduce en actuaciones muy variadas, pero que pueden reconducirse a dos tipos principales: la adopción de políticas en el orden social y económico, políticas que, en mayor o menor medida, se articulan a través de normas jurídicas, piénsese en esta línea en la política económica generadora de empleo, en la elaboración de una legislación laboral protectora de los trabajadores, en la política de vivienda, etc. En otros casos, la actividad de los poderes públicos consiste en proporcionar, directamente, ciertas prestaciones y los servicios públicos, así las múltiples prestaciones de la Seguridad Social, la prestación del servicio público de enseñanza, etc.

Ahora bien, no todos los derechos sociales son derechos prestacionales. Algunos de los más característicos derechos sociales, como la libertad sindical y el derecho de huelga, son, desde el punto de vista de su estructura, derechos de libertad en los que la obligación correlativa del Estado y de los terceros no consiste en otorgar determinadas prestaciones positivas, sino en un deber negativo de abstención, de no injerencia, de no intromisión. Respecto de tales derechos, la obligación principal del Estado y de los terceros, aunque no la única, es la de no obstaculizar su ejercicio.

Aunque se trata, en efecto, de derechos cuyo contenido consiste en el ejercicio de la libertad, se los considera derechos sociales por dos razones básicas. Porque históricamente fueron una de las principales reivindicaciones del movimiento obrero y por su conexión funcional con las finalidades propias de los derechos sociales: la consecución de reivindicaciones sociales, de mejoras laborales, etc. Puede decirse que, desde este punto de vista funcional, son también derechos de igualdad¹⁴.

I.3 Los derechos de tercera generación

Desde hace varias décadas, asistimos a la presencia de nuevos riesgos y nuevos ataques a la vida y a las libertades provenientes de las consecuencias del desarrollo tecnológico y de la actual situación de mundialización de la economía y de la política. En estas circunstancias, el respeto de la dignidad humana, manifestado en el respeto de los derechos humanos, no depende sólo del sistema político y económico vigente en cada sociedad o en cada país, sino también, e incluso decisivamente, del orden político y económico internacionales.

Ante estos nuevos desafíos, desde hace algunos años se habla de derechos nuevos, como el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo, al disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad, etc. Estos serían los llamados derechos de tercera generación.

Se suele afirmar que el valor inspirador de estos derechos es la solidaridad¹⁵. En efecto, frente al exclusivismo individualista, tales derechos reivindican el disfrute solidario de determinados bienes. Y, frente a la pretendida autosuficiencia individual o colectiva, la demanda de esos derechos surge de la toma de conciencia de la interdependencia planetaria e incluso diacrónica entre los seres humanos¹⁶.

En conexión con lo anterior, se sostiene que tales derechos se caracterizarían por ser de oponibilidad general, esto es, frente al Estado, los individuos, las entidades públicas y privadas y la comunidad internacional, pues sólo pueden realizarse con la conjunción de los esfuerzos de todos los actores sociales¹⁷ y por ser derechos-deberes, esto es, derechos cuya titularidad implica al mismo tiempo deberes, en los que resulta insuficiente la dimensión de la pretensión si no va acompañada de la correspondiente responsabilidad.

¹⁴ En este sentido, entre otros, BEA, E., «Los derechos sociales y sus posibilidades como categoría jurídico-constitucional», en AA.VV., *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, cit., vol. II, pp. 510 y 511.

¹⁵ Fue Vasak quien lanzó la idea de los derechos de tercera generación como derechos de solidaridad en el sentido de ser derechos que unirían a los seres humanos. Sobre esta problemática, DE LUCAS, J., «El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente», Ponencia al III Congreso Nacional ADAME, Madrid, 7-8 de abril de 1992.

¹⁶ BALLESTEROS, J., *Ecologismo...*, cit., pp. 86 ss.

¹⁷ En este sentido, VASAK, K., «*Pour une troisième génération des droits de l'homme*», cit., p. 839 y MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 234-235.

Ahora bien, no cabe duda de que los llamados derechos de tercera generación se hallan todavía, en muy buena parte, en el campo de las reivindicaciones éticas. En las últimas décadas asistimos a la emergencia de una conciencia ética cada vez más clara acerca de la necesidad de defender al ser humano frente a nuevas formas de amenaza para su vida, su libertad y su dignidad, y acerca de la exigencia de que esa defensa adopte la forma de nuevos derechos (al desarrollo, a la paz, al medio ambiente adecuado). Ello no obstante, la incorporación de estos derechos al Derecho positivo es todavía muy imperfecta. En el ámbito del Derecho internacional, su reconocimiento ha tenido lugar principalmente a través de instrumentos cuyo carácter es de *soft law*, esto es, declaraciones, cartas, manifiestos, etc., de organizaciones y conferencias internacionales¹⁸ y no en convenios internacionales jurídicamente vinculantes, salvo excepciones¹⁹.

En cuanto a los derechos internos, sólo las Constituciones más recientes incluyen el derecho al medio ambiente. Así, la Constitución griega de 1975 (art. 24), la portuguesa de 1976 (art. 66) y la española de 1978 (art. 45).

Además, estos derechos no han alcanzado todavía una formulación jurídica acabada. La determinación de sus elementos (titular, objeto y sujeto obligado), así como su justiciabilidad reviste ciertas dificultades. Así se habla de derechos «en evolución»²⁰ o de derechos emergentes o «en formación».

II. SOBRE LA INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La indivisibilidad no es una de las notas tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos, sino que tiene un origen más reciente. Como apuntábamos al principio, es en el lenguaje de Naciones Unidas donde se

¹⁸ Las más importantes, en el ámbito de la ONU, son las Declaraciones de Estocolmo de junio de 1972 y Río de Janeiro de junio de 1992, sobre medio ambiente; la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz de 1984 y la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986.

¹⁹ Así no hay que olvidar que en uno de los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes en materia de derechos humanos y de ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hay una referencia no al derecho al medio ambiente como tal, pero sí al mejoramiento del medio ambiente como un aspecto del derecho a la salud [art. 12.2.b)].

Por lo demás, en el ámbito del derecho internacional regional, la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos de 27 de julio de 1981 (Carta de Banjul), recoge de forma bastante detallada como derechos de los pueblos: el derecho a la autodeterminación, a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, el derecho al desarrollo, al disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional y el derecho a un satisfactorio medio ambiente favorable para su desarrollo. Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 17 de noviembre de 1988 (el llamado «Protocolo de San Salvador», todavía no entrado en vigor) recoge expresamente el derecho al medio ambiente en su artículo 11 a cuyo tenor «1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

²⁰ Vide KSENTINI, Fatma Zohra, *Los derechos humanos y el medio ambiente*, Informe final de la Relatora Especial (Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9), pág. 5.

maneja desde hace varias décadas esta idea y, por lo demás, sin precisar demasiado su significado y alcance.

No obstante, una reflexión teórica sobre esta cuestión ²¹ pone de manifiesto que se trata de una noción que reviste un enorme interés desde el punto de vista filosófico-jurídico. Guarda conexión y puede contribuir al esclarecimiento de cuestiones tan centrales en el debate iusfilosófico actual sobre los derechos humanos como las siguientes: carácter histórico de los derechos humanos y enfoque generacional de los mismos; notas del concepto de derechos humanos (en particular, puede arrojar luz sobre el significado de la universalidad ²² y de la inviolabilidad o carácter absoluto); conflicto entre derechos; jerarquía de los mismos; núcleo intangible de los derechos humanos; contenido esencial de cada uno de ellos; tensión entre la tendencia a la ampliación del catálogo de derechos y las propuestas de reducción del número de derechos que pueden ser considerados como derechos humanos; relación entre derechos y deberes; proceso de especificación.

Coherentemente con lo anterior, dividiré mi exposición en dos partes. En la primera me referiré a la aparición y desarrollo de la noción de la indivisibilidad en el ámbito institucional de Naciones Unidas. La segunda la dedicaré a la reflexión propiamente teórica sobre la misma. Dada la complejidad del tema y la riqueza de sus implicaciones iusfilosóficas, las indicaciones que haré al respecto deben considerarse sólo como los resultados provisionales de una investigación en curso.

II.1 Origen y evolución posterior

La idea de la indivisibilidad de los derechos humanos surgió en el ámbito de Naciones Unidas, referida en principio y especialmente a la relación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Posteriormente esta noción ha ido ampliándose —de forma paralela a la ampliación del catálogo de derechos—, aplicándose también a los derechos de tercera generación, a sus relaciones recíprocas, así como con los de las generaciones precedentes.

II.1.1 *Más allá de los bloques*

El reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, concretamente en el marco de Naciones Unidas, se produce en la época de apogeo de la política de bloques.

²¹ Esta investigación está siendo llevada a cabo, desde hace ya bastantes años, en el marco del Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme que funciona en la Universidad de Friburgo (Suiza), por un amplio grupo de autores pertenecientes a campos de estudio distintos, entre los que destaca Patrice Meyer-Bisch que se ha ocupado ampliamente de esta cuestión desde el punto de vista de la Filosofía jurídica y política.

²² MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 17-28 y 295-320.

En ese período la división del mundo en bloques ideológicos y políticos se proyectaba en el ámbito de los derechos humanos. En este plano, cada bloque se autoproclamaba, retóricamente al menos, como defensor de una determinada categoría de derechos humanos. El Oeste consideraba los derechos civiles y políticos como fundamentales y prioritarios y, a veces, como los únicos. Los Estados del Este se presentaban como garantes de los derechos económicos, sociales y culturales, al tiempo que intentaban justificar la ausencia de libertad y pluralismo político y la represión de la disidencia. Por otra parte, tras el proceso descolonizador, a medida que las antiguas colonias iban accediendo a la independencia e incorporándose a la comunidad internacional como nuevos Estados soberanos, comenzaron a abrirse paso las reivindicaciones del Sur: el derecho de autodeterminación, en cuanto justificación de los procesos independentistas de las excolonias; el derecho de cada pueblo a disponer de sus riquezas naturales; el derecho al desarrollo... Asimismo, desde el llamado Tercer Mundo se ponía y se sigue poniendo el énfasis en los derechos de supervivencia humana y liberación (alimento, vivienda, salud y educación). No obstante, en la época de la guerra fría el primer plano de la escena política internacional lo ocupó el conflicto ideológico Este-Oeste, eclipsando y manipulando incluso el conflicto, mucho más real, Norte-Sur.

La noción de la indivisibilidad de los derechos humanos surge, como posición oficial de la ONU, ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, precisamente en abierto rechazo contra esa división, contra esa fragmentación de los derechos humanos a la que acabamos de referirnos.

Los autores de la Declaración Universal de Derechos Humanos quisieron esta indivisibilidad. Así lo revela el hecho de que se recogieran en un único texto los llamados «derechos civiles y políticos» y los denominados «derechos económicos, sociales y culturales». En efecto, la Declaración de 1948 recibió no sólo la herencia liberal, sino también la socialista²³. Además, el Preámbulo de la Declaración habla de «derechos iguales». Por su parte, el último artículo de la Declaración de 1948 parece claro a este respecto.

Aunque posteriormente los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales fueron objeto de dos Pactos distintos, ello se explica por razones de técnica jurídica y de puesta en práctica, pero no afecta a la concepción unitaria de los derechos humanos que ha sido y es la posición oficial de Naciones Unidas²⁴. Así, los *Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y *del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, respectivamente,

²³ Sobre ello, MONZÓN, A., «Derechos humanos y diálogo intercultural», en AA.VV., *Derechos Humanos* (Jesús Ballesteros, ed.), Tecnos, Madrid, 1992, p. 117.

²⁴ SAMSON, K., «Le “noyau intangible des droits de l’homme” –notion utile ou illusion simpliste?», en AA.VV., *Le noyau intangible des droits de l’homme*, Editions Universitaires, Fribourg (Suisse), 1991, pp. 45-48.

sostienen la indivisibilidad entre ambas categorías de derechos, «reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos» (pár. tercero del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El párrafo tercero del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aparece redactado en términos casi idénticos).

La expresión «indivisibilidad» como tal viene utilizándose desde la Conferencia internacional de los derechos humanos, que tuvo lugar en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968. La proclamación final de esta conferencia, conocida como *Declaración de Teherán*, afirma que «los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, resultando imposible el disfrute completo de los derechos civiles y políticos sin el de los derechos económicos, sociales y culturales. Los progresos duraderos en la vía de la aplicación de los derechos humanos suponen una política nacional e internacional racional y eficaz de desarrollo económico y social» (cfr. pár. 13).

Desde entonces, la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos no ha cesado de consolidarse.

En su *resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977*, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que el enfoque futuro de las cuestiones relativas a los derechos humanos en el ámbito de las organizaciones internacionales debería tomar en consideración el hecho de que «todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales» (cfr. pár. 1-a).

II.1.2 *Indivisibilidad y derecho al desarrollo*

En la *Declaración sobre el derecho al desarrollo* que adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986 se vuelve a insistir en la indivisibilidad de los derechos humanos, incorporando el derecho al desarrollo al sistema de derechos humanos indivisibles e interdependientes entre sí.

La interdependencia entre el derecho al desarrollo y los de las generaciones anteriores se presenta en los siguientes términos. La inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales constituye un obstáculo para el desarrollo (preámbulo, pár. 10 y art. 6.3). En consecuencia, «a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales» (preámbulo, pár. 10 y art. 6.2). Por otra

parte, el desarrollo económico, social, cultural y político aparece como condición para la plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Así se desprende del artículo 1.1 de la declaración, a cuyo tenor «El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él».

Esta afirmación de la indivisibilidad desarrollo-derechos humanos implica un abierto rechazo de los planteamientos dominantes desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta la década de los 70, y que todavía hoy inspiran muchos programas de desarrollo, consistentes en reducir éste a su vertiente económica, en identificarlo, en suma, con el crecimiento del producto interior bruto. A principios de los años 70 empezó a abrirse paso una nueva concepción del desarrollo que daba prioridad a la lucha contra la pobreza absoluta, a la satisfacción de las necesidades básicas, a la mejora de las condiciones de vida de las poblaciones, en particular, de las capas más pobres²⁵. Se trata de la idea de que «el desarrollo no es un mero crecimiento económico, sino que comprende también un progreso social y cultural con un objetivo final de justicia». Este es el enfoque que recoge la Declaración sobre el derecho al desarrollo²⁶.

Esta declaración subraya asimismo la conexión entre el derecho al desarrollo y otros derechos considerados también como de tercera generación: el derecho de los pueblos a la libre determinación y a ejercer su soberanía plena y completa sobre todos sus recursos y riquezas naturales (art. 1.2).

Por lo demás, la Declaración sobre el derecho al desarrollo pone de manifiesto la estrecha relación entre la paz y la seguridad internacionales y los progresos en la esfera del desarme y la realización del derecho al desarrollo (preámbulo, párs. 11 y 12 y art. 7).

Además, el artículo 9 de la Declaración proclama que «Todos los aspectos del derecho al desarrollo enunciados en la presente Declaración son indivisibles e interdependientes y cada uno debe ser interpretado en el contexto del conjunto de ellos».

Ahora bien, es importante destacar que en esta Declaración no encontramos referencia alguna al medio ambiente. A pesar de la afirmación de que «Todos los derechos humanos y libertades fundamentales

²⁵ Sobre estas dos concepciones del desarrollo y sus consecuencias sobre el disfrute de los derechos humanos, FORSTER, J., «Indivisibilité du développement. Droits de l'homme et développement dans les pays du tiers-monde», en AA.VV., *Indivisibilité des droits de l'homme*, Editions Universitaires, Fribourg (Suisse), 1985, pp. 57-69.

²⁶ BERMEJO, R., y DOUGAN, J. D., «El derecho al desarrollo: Un derecho complejo con contenido variable», en *Anuario de Derecho Internacional*, VIII, 1985, pp. 218-223. La cita está tomada de la p. 223.

son indivisibles e interdependientes», no se aborda para nada el problema fundamental de la interdependencia entre derecho al desarrollo y derecho al medio ambiente.

Resulta muy significativo que a pesar de la abrumadora mayoría con que fue adoptada esta Declaración (146 votos a favor), hubiera un voto en contra (precisamente, el de Estados Unidos) y 8 abstenciones (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Israel, Japón, Reino Unido, República Federal de Alemania y Suecia). Y es que, como es bien sabido, el derecho al desarrollo se encuentra en el centro del conflicto Norte-Sur.

La Declaración sobre el derecho al desarrollo no hace referencia al medio ambiente a pesar de que, con anterioridad, la Declaración de Estocolmo de junio de 1972, al término de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, había subrayado ya la vinculación existente entre los problemas del medio ambiente y del desarrollo. Por lo demás, la conciencia de esta conexión entre medio ambiente y desarrollo presidió la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo que se celebró en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992.

II.1.3 *La indivisibilidad en la Declaración de Viena*

Al término de la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, que se celebró en Viena del 14 al 25 de junio de 1993 y en la que, al igual que en la Conferencia de Río, se planteó una clara confrontación Norte-Sur en cuanto a la interpretación de los derechos humanos, se aprobó por consenso²⁷ la llamada *Declaración de Viena*. En ella se reafirma la indivisibilidad de todos los derechos humanos. «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso» (pár. 5).

La Declaración reafirma asimismo el derecho al desarrollo, que era la reivindicación prioritaria de los países no desarrollados, «como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales» (pár. 10), y la interdependencia entre democra-

²⁷ El excelente trabajo de VILLÁN DURÁN, C., «Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 1994, núm. 2, pp. 505-532, ilustra pormenorizadamente hasta qué punto la consecución de este consenso fue una tarea ardua. En la Conferencia hubo una clara confrontación entre los defensores de la universalidad y los partidarios de los particularismos —las delegaciones de algunos países asiáticos, así como los miembros de la Organización de la Conferencia Islámica—. «La universalidad e indivisibilidad... se afirman en la Declaración de Viena con más fuerza que los particularismos» (p. 507). No obstante, en ella se reconoce también «la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios culturales, históricos y religiosos» (pár. 5). Ahora bien, como subraya Villán Durán (p. 530, en relación con pp. 509 ss.), los particularismos no podrán prevalecer sobre las normas de *ius cogens*, tal es el caso de los derechos no susceptibles de suspensión de conformidad con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o sobre un principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos, como el principio de no discriminación.

cia, desarrollo y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (pár. 8)²⁸.

En la Declaración de Viena de 25 de junio de 1993 sí que hay referencias al medio ambiente y a su conexión con otros derechos humanos, en particular con el derecho al desarrollo y los derechos a la vida y a la salud (pár. 11).

II.2 Indivisibilidad. Implicaciones teórico-prácticas

La profusión actual de normas e instrumentos en el ámbito de los derechos humanos, plantea la necesidad de asegurar la coherencia entre normas extremadamente diferentes desde todos los puntos de vista, de realizar una síntesis de racionalidades, aunque siempre parcial e inacabada. Este es el desafío que representa la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos. Se trata de una tarea ardua, pero «insoslayable» en palabras de Meyer-Bisch, si se quiere que los derechos de cada categoría sean plenamente efectivos, esto es, que protejan al ser humano concreto. Así pues, el análisis de la indivisibilidad no sólo reviste un interés teórico (en cuanto responde a una inquietud de coherencia), sino que puede incidir notablemente en la práctica²⁹.

La reflexión teórica sobre la indivisibilidad de los derechos humanos debe plantearse, como mínimo, dos cuestiones: la relativa al fundamento, ¿por qué son indivisibles los derechos humanos, si es que lo son? y la relativa al significado y alcance de esta noción, ¿qué queremos expresar cuando decimos que los derechos humanos son indivisibles?, ¿cuáles son las implicaciones teóricas y prácticas de esta idea?

II.2.1 Indivisibilidad, dignidad y sujeto de los derechos

En cuanto al primer aspecto de la cuestión, puede decirse que el fundamento de la indivisibilidad de los derechos humanos es antropológico. Se hallaría en la indivisibilidad de la dignidad humana (fundamento de los derechos) y del ser humano concreto (sujeto de los mismos)³⁰.

²⁸ Sobre ello, puede verse GIMBERNAT, J. A., «El actual debate político acerca de los derechos humanos», en *Jueces para la democracia*, 18, 1, 1993, pp. 10-12.

²⁹ Esto es algo en lo que Meyer-Bisch insiste reiteradamente, presentando la indivisibilidad, tal como aparece en el subtítulo de la monografía que dedica a este tema, como «principio de interpretación y de puesta en práctica de los derechos humanos».

³⁰ Este es el núcleo de la argumentación de Meyer-Bisch en el plano doctrinal.

Por su parte, en el ámbito del Derecho internacional positivo la conexión entre dignidad humana como fundamento de los derechos y universalidad e indivisibilidad de los mismos aparece con toda claridad, como subraya VILLÁN DURÁN. «La universalidad e indivisibilidad, consecuencia del principio de no discriminación, son características del Derecho internacional de los derechos humanos que encuentran su fundamento en la dignidad intrínseca e inalienable del ser humano» (VILLÁN DURÁN, C., «Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena», cit., p. 507). «La dignidad y universalidad implican también la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos...» (*ibidem*, p. 529).

La conexión con la dignidad humana es la que dotaría a los derechos de una profunda unidad, al menos, potencialmente³¹. Los derechos humanos en su conjunto tendrían un sentido unitario, responderían a una misma aspiración ética: la defensa de la dignidad humana que se manifiesta, que está presente en todos y en cada ser humano concreto³².

Desde esa perspectiva, la indivisibilidad entre las diferentes categorías de derechos humanos, sin perjuicio de las importantes diferencias entre ellas, de las que en modo alguno hay que prescindir, se debe a la unidad del sujeto de los derechos. El sujeto de los derechos humanos sería el ser humano universalmente concreto³³. La universalidad viene dada por nuestra común humanidad y dignidad. Pero esta no es una realidad abstracta, sino concreta, encarnada en cada ser humano, en los diversos modos de manifestarse el ser humano. Y es que, como destaca Viola³⁴, los seres humanos participamos de nuestra común humanidad precisamente a través de nuestra específica manera de ser. Somos seres humanos al ser mujeres, varones, niños, adultos, trabajadores, ancianos, sanos, enfermos, minusválidos, moribundos. Este sujeto de los derechos humanos, en cuanto concreto, esto es, en cuanto no lo reducimos a una pura abstracción, presenta una multiplicidad de facetas (por de pronto, corpórea y espiritual; una dimensión de singularidad y una compleja vertiente social y de interdependencia respecto de los demás seres humanos, que se manifiesta en su pertenencia simultánea a una pluralidad de grupos sociales, de comunidades, etc.). Estas diferentes esferas aparecen como inseparables, como indivisibles. Esta unidad en la complejidad del ser humano es la base antropológica de la indivisibilidad de los derechos humanos.

II.2.2 *Unidad y pluralidad de los derechos humanos*

En efecto, el principio de la indivisibilidad de los derechos humanos supondría subrayar, simultáneamente, su profunda unidad y su enorme y creciente complejidad, pluralidad y diversidad³⁵. El principio de unidad

³¹ En este sentido, se ha dicho que, en la medida en que los derechos humanos «son la decantación histórica de la idea cristiano-occidental de dignidad de la persona humana, en la que encuentran su sentido y su más acabado perfil», «hay, ... en ellos, una profunda unidad, al menos potencialmente» (SERNA, P., «Los derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información», en *Suplemento Humana Iura de derechos humanos*, 4, 1994, *Persona y Derecho*, p. 225).

³² Con referencia, en concreto, a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, Pérez Luño sostiene que «nuestros derechos fundamentales constituyen un sistema de valores objetivos dotados de una *unidad de sentido* (resaltado en el original)» y conecta esa unidad con la idea de dignidad humana al decir: «La existencia de esa unidad de sentido es la que explica la razón de ser de la solemne afirmación constitucional de la dignidad de la persona en el propio quicio del Título I» (PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, 6 ed., p. 134).

³³ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., p. 364.

³⁴ VIOLA, F., «Individuo, comunità, diritti. L'identità dell'individuo alla luce dei diritti dell'uomo», en *Teoría política*, VIII, núm. 3, pp. 74-78.

³⁵ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., p. 290.

(«le simple», en palabras de Meyer-Bisch) en los derechos humanos, más allá de todas las distinciones necesarias, es «la dignidad humana manifestada en el cuerpo y su palabra»³⁶. Esta doble referencia a la corporeidad y a la palabra revela que la dignidad humana es una unidad concreta y compleja, cuya realización se diversifica en una multiplicidad de exigencias, pero que responden a una dinámica unitaria. Revela la ineludibilidad de una comprensión integral del ser humano, que tenga en cuenta su corporeidad, vinculada al conjunto de la naturaleza en la que habita³⁷, la indivisibilidad de sus capacidades físicas y espirituales y la complejidad de sus necesidades. De ahí, la exigencia de huir de cualquier interpretación simplista de los derechos humanos, tanto en el ámbito teórico, como en el de las estrategias de puesta en práctica.

Puede decirse que la defensa de la dignidad humana «manifestada en el cuerpo y su palabra» exigiría que estén protegidos los bienes de la vida, la salud y la libertad, pero tal tutela ha de interpretarse no de un modo restrictivo, sino en toda la plenitud de sus implicaciones. En efecto, como sostiene Martínez-Pujalte³⁸, la defensa de tales bienes se especifica a través de una pluralidad de derechos que aparecerían como las concreciones particulares de los derechos humanos básicos (a la vida, a la salud y a la integridad física y mental y a las libertades personales). Así, el derecho a la vida incluiría: *a*) el derecho a la vida en sentido estricto, como derecho de primera generación (derecho a no ser objeto de atentados directos contra la vida), *b*) y también los derechos de supervivencia humana (derecho a la alimentación, derecho al agua no contaminada, etc.), que ponen de relieve la necesidad de proteger la vida frente a los atentados indirectos contra la misma que representan el hambre, la sed y las situaciones de absoluta miseria en las que se carece del mínimo necesario para la subsistencia. Por su parte, el derecho a la salud y a la integridad física y mental se concretaría a través de: *a*) el derecho a la integridad física y moral como derecho de primera generación, *b*) pero también a través de un amplio grupo de derechos de segunda generación, como los relativos a la satisfacción de las necesidades materiales básicas (alimentación, vestido, vivienda); el derecho a la salud propiamente dicho, en toda la complejidad del mismo, que abarca desde las medidas preventivas hasta el derecho a la asistencia sanitaria y al tratamiento médico adecuado en caso de enfermedad; el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, etc. En cuanto al derecho a las libertades personales, éste se concreta a través de toda una serie de libertades específicas

³⁶ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., p. 263 *in fine*.

³⁷ La importancia de la corporeidad, esto es, de la satisfacción de las necesidades materiales básicas, como condición indispensable para que la dignidad humana pueda realizarse, ya había sido puesta de manifiesto con el surgimiento de los derechos sociales. La aparición del nuevo derecho humano al medio ambiente representa la toma de conciencia de la interdependencia existente entre la posibilidad para los seres humanos de satisfacer sus necesidades materiales y el respeto por su parte del entorno en el que habitan.

³⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., «Los derechos humanos como derechos inalienables», en AA.VV., *Derechos Humanos* (Jesús Ballesteros, ed.), cit., pp. 94-97.

que han ido tomando forma a lo largo de la historia de los derechos humanos y que, en la actualidad, se encuentran recogidas, en términos sustancialmente semejantes, en los diversos textos internos e internacionales. Además, para que las libertades formales, jurídicamente atribuidas a las personas, sean libertades reales, efectivamente disfrutadas por sus titulares, se requiere la satisfacción de las necesidades materiales básicas, a través de los derechos antes indicados, así como la efectividad de los derechos a la educación y a la cultura. Poca es la libertad de elección de domicilio y residencia para quienes carecen de los recursos necesarios para acceder a una vivienda digna. Tal situación puede llegar incluso a constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho de sufragio, por no figurar en el censo. El analfabetismo y, en general, la falta de acceso a la educación y a la cultura limitan considerablemente, hasta hacerla prácticamente inexistente, la libertad de expresión.

Como puede verse, cada uno de los derechos humanos básicos se diversifica en una serie de derechos tanto de primera, como de segunda generación. Esto pone de relieve hasta qué punto ambas categorías de derechos responden a una aspiración unitaria: la salvaguardia de la vida, la salud y la libertad en las que se manifiesta la dignidad humana.

Por otra parte, los derechos de tercera generación, en general, explicarían las condiciones que hacen posibles los derechos de las generaciones anteriores³⁹ y, en este sentido, entroncarían también con la finalidad básica de la defensa de la dignidad expresada en la corporeidad y en la libertad.

Puede decirse que los derechos de la tercera generación vienen a desarrollar lo expresado en el artículo 28 de la DUDH: «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

II.2.3 *Interdependencia y complementariedad de los derechos humanos*

La indivisibilidad aparece como principio de interpretación y de puesta en práctica de los derechos humanos. Subraya la interdependencia y la complementariedad de los diferentes derechos humanos. No cabe establecer una escisión, una separación radical entre las diversas categorías de derechos humanos. El ser humano los necesita todos. Todos son indispensables para la realización del ser humano en su entorno social.

La indivisibilidad hace referencia, entre otras cosas, a la indivisibilidad entre los distintos grupos o «generaciones» de derechos humanos, en el sentido de que las relaciones entre ellas serían de interdependencia y

³⁹ BALLESTEROS, J., «Ecopersonalismo y derecho al medio ambiente», en *Humana Iura*, 6, 1996, p. 24.

complementariedad recíproca, sin que la existencia de sucesivas generaciones implique la existencia de una jerarquía entre ellas.

En especial, en lo que respecta a la relación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, su indivisibilidad, su unidad de sentido, se ha argumentado señalando que del derecho fundamental a la libertad derivan tanto los derechos de libertad como los derechos sociales. Y esto es así porque el legislador puede atentar contra la libertad de una persona de dos formas distintas: a) Prohibiéndole directamente ciertas acciones. b) Impidiéndole el acceso a los medios necesarios para la ejecución de tales acciones⁴⁰.

Esta idea de la interrelación y el mutuo condicionamiento entre derechos civiles y políticos y derechos sociales ha sido subrayada, aunque sin apelar expresamente a la noción de la indivisibilidad, por una amplia corriente doctrinal⁴¹, desde la que se insiste en «la necesidad de liberar al hombre no sólo del miedo a la opresión y a la tiranía –tal como había hecho el Estado liberal de Derecho–, sino también de la menesterosidad social, del hambre, de la miseria, de la incultura»⁴² y en la estrecha y necesaria complementariedad que se da entre ambas aspiraciones y entre los derechos que tienen por objeto satisfacerlas.

Desde la perspectiva de la indivisibilidad se sostiene la imposibilidad de establecer una única jerarquía entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, ni en beneficio de los primeros, ni en beneficio de los segundos. Estaríamos ante «dos prioridades distintas y paralelas». Una categoría de derechos mostraría «el camino económico y cuantitativo que hay que seguir»; la otra indicaría «el principio político necesario para progresar»⁴³.

Quienes han profundizado en el significado y las implicaciones teóricas y prácticas de la indivisibilidad de los derechos humanos insisten

⁴⁰ SEEL, G., «Fondement et unité des droits de l'homme», en AA.VV., *Indivisibilité des droits de l'homme*, cit., pp. 53-55.

En esa misma línea, se ha dicho que no sólo restringen nuestra autonomía las interferencias externas positivas, «sino también otros factores que reducen de manera muy significativa nuestra capacidad de elegir o de reflexionar críticamente sobre lo que se elige... También la pobreza, aparte de las interferencias externas, reduce nuestra capacidad de elegir entre distintas alternativas». Asimismo la restringen la ignorancia, la ausencia de capacidad e información, etc. (DE PÁRAMO, J.R., *Bienestar, derechos y autonomía*, en MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 259 y 260)

⁴¹ Con carácter meramente indicativo y sin pretensión de exhaustividad, podemos señalar en esta línea: BALLESTEROS, J., «Los principios básicos de la Constitución (I): El Estado social y democrático de Derecho», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, pp. 37 ss.; BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit., pp. 69 ss. y *Ecologismo personalista*, cit., pp. 74. ss.; BEA, E., «Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, pp. 116. ss.; MACCORMICK, N., *Derecho legal y socialdemocracia*, pp. 43 ss.; DE PÁRAMO, J.R., *Bienestar, derechos y autonomía*, citado en nota anterior; PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 203 ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 43 ss.

⁴² BALLESTEROS, J., «Los principios básicos de la Constitución (I): El Estado social y democrático de Derecho», cit., p. 41.

⁴³ MEYER-BISCH, P., «Différents sens de l'indivisibilité des droits de l'homme», en AA.VV., *Indivisibilité des droits de l'homme*, cit., pp. 15 *in fine*-16.

en la idea de que no cabe «racionarlos»⁴⁴. Se trataría de lo que ha sido calificado críticamente como «apartheid... según el “grado de desarrollo”»: Una cómoda actitud muy extendida en ciertos ambientes económicos y políticos de las sociedades del Norte consistente en pensar que el nivel de exigencia en lo que respecta a los derechos humanos no es el mismo para los países desarrollados y para los restantes. «Junto con los productos refinados, los consumidores del Norte exigen derechos humanos refinados»⁴⁵, mientras que todavía no puede ser igual para los países en vías de desarrollo. Por lo demás, en muchas ocasiones los propios gobiernos de los países del Sur recurren a este argumento, aunque por razones distintas de las anteriores. En este caso lo que se pretende es reducir lo más posible sus obligaciones en materia de derechos humanos⁴⁶. Frente a esto, se subraya que «la indivisibilidad no es un objetivo reservado a las naciones que han adquirido a través de la historia un catálogo de derechos variados, es una exigencia inmediata, condición necesaria para la realización de cualquier derecho “duro”, como los derechos a la protección contra el hambre, la tortura y la incultura». Se trata de reconocer la complejidad que entraña la satisfacción de estos derechos tan prioritarios. Hay que tener en cuenta que su violación forma parte de desequilibrios complejos, de un conjunto de infracciones interdependientes de derechos conexos y, por otra parte, que la efectiva realización de tales derechos exige estrategias globales dirigidas a satisfacer no un derecho aisladamente, sino el conjunto de los derechos⁴⁷. Tomemos el caso de la lucha contra el hambre. Para ello el desarrollo aparece como condición necesaria. Pero la satisfacción del derecho al desarrollo es compleja y está conectada con otros muchos derechos. En efecto, hoy día se sabe muy bien (otra cosa es que se actúe en consecuencia) que los programas de desarrollo sólo son eficaces si respetan la identidad cultural de los pueblos de que se trata, los derechos de participación en su elaboración y gestión de las personas y de los grupos a quienes van dirigidos, los derechos de las mujeres (en cuanto agentes del desarrollo de capital importancia), el medio ambiente y un largo etcétera.

De lo dicho se desprende otra de las consecuencias de la indivisibilidad. Los derechos humanos sólo pueden realizarse de forma adecuada conjuntamente.

⁴⁴ MACHERET, A., «Préface», en AA.VV., *Indivisibilité des droits de l'homme*, cit., pp. 6 y 7.

⁴⁵ Esta es la consideración que tuvo hasta hace relativamente poco tiempo el derecho al medio ambiente y que todavía hoy asoma en algunos planteamientos acerca del mismo. No obstante, la creciente conciencia de la interconexión entre desarrollo y protección del medio ambiente hace que ésta se empiece a considerar como una cuestión prioritaria, tanto para los países en vías de desarrollo, como para los países más prósperos.

⁴⁶ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 17-18.

⁴⁷ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 280-285. La cita es de la p. 284.

Cualquier intento de dividir los derechos, de satisfacer sólo algunos de ellos en detrimento de otros, supone fragmentar y, por tanto, eliminar la dignidad y la libertad⁴⁸. Los distintos derechos humanos se hallarían en una situación de vasos comunicantes. El descenso en el nivel de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de todos y viceversa. Al respecto se señala que la indivisibilidad se manifiesta tanto en sentido positivo (indivisibilidad de la dignidad humana), como en sentido negativo (indivisibilidad de las violaciones de los derechos humanos)⁴⁹. Así lo prueba, desgraciadamente, el hecho de la coincidencia de los mapas mundiales de la miseria y de la violencia y la represión. Cabe hablar asimismo de un círculo vicioso entre los fenómenos de la guerra, el subdesarrollo, la miseria y la represión política.

II.2.4 Indivisibilidad y conflictos de derechos

A la vista de lo dicho hasta ahora cabe preguntarse qué respuesta recibe el problema de los conflictos de derechos desde esta perspectiva.

La idea de la indivisibilidad de los derechos humanos no implica ignorar la necesidad, en la práctica, de definir prioridades, ni excluye la existencia de conflictos entre los derechos. La indivisibilidad aparecería precisamente como un criterio regulador de los posibles conflictos entre derechos. Ahora bien, desde la perspectiva de la indivisibilidad, la vía para ello no sería la de establecer una jerarquía entre los derechos, esto es, la violación de ciertos derechos en nombre de otros, sino la de «delimitar», «determinar» cada derecho de modo que resulte coherente con el conjunto de los derechos humanos. Esto permitiría distinguir entre los conflictos entre reivindicaciones legítimas y los abusos de derechos, como sería por ejemplo el caso de la libertad de manifestar opiniones racistas, supuesto que entraría dentro del ámbito del «no derecho» en base a una interpretación reguladora de la libertad de opinión como una parte del conjunto indivisible de los derechos humanos⁵⁰.

Desde esta perspectiva, el núcleo intangible de los derechos humanos estaría constituido no por una lista de derechos que serían prioritarios respecto de los demás, sino por el núcleo intangible de los distintos

⁴⁸ MEYER-BISCH, P., «Différents sens de l'indivisibilité des droits de l'homme», cit., pp. 9-11 y *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 20-24.

⁴⁹ FORSTER, J., «Indivisibilité du développement. Droits de l'homme et développement dans les pays du tiers-monde», cit., p. 58, y MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., p. 19.

⁵⁰ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 276-279.

Una posición sustancialmente coincidente, aunque sin hacer referencia expresa a la indivisibilidad, es la mantenida por SERNA, P., *Los derechos fundamentales: El mito de los conflictos...*, cit., pp. 206 ss., y por MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, pp. 117 ss.

Quizá, los resultados, en la práctica, de la aplicación de este criterio hermenéutico no sean muy distintos de los resultados de la aplicación del método de la ponderación utilizado por los Tribunales Constitucionales, entre ellos el nuestro. Sobre el modo de utilización de este método por el Tribunal constitucional español, DE LUCAS, J. VIDAL, E., «Una nota sobre interpretación

derechos humanos. Esta es una noción que recogen algunos textos constitucionales, concretamente el artículo 19.2. de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania, según el cual «En ningún caso un derecho fundamental podrá ser violado en su contenido esencial»; posteriormente esta noción ha sido recibida en el artículo 53.1 de la vigente Constitución Española⁵¹. Desde el punto de vista de la indivisibilidad se subraya, en primer término, que el núcleo intangible o contenido esencial no es el contenido mínimo, elemental o primario, sino la sustancia o esencia del derecho. En segundo lugar, se sostiene que es en este nivel del contenido esencial en el que se da una profunda unidad, interdependencia y complementariedad entre los distintos derechos humanos. Así, este núcleo esencial no admitiría excepción alguna, pues cualquier excepción supondría destruir la propia consistencia del derecho y, por ello mismo, hacer imposible el respeto de los otros derechos. Su protección debe ser absoluta en razón de su importancia vital: importancia inmediata para las personas que sufren esas violaciones e importancia fundamental para el mantenimiento de la integridad y de la dinámica del cuerpo de los derechos humanos⁵².

II.2.5 *Indivisibilidad y emergencia de nuevos derechos*

El principio de indivisibilidad de los derechos humanos, los dota de un sentido unitario y, al mismo tiempo, explica su dinamismo interno, actúa como cláusula de apertura del sistema.

Desde este punto de vista, el proceso de ampliación de los derechos humanos no puede entenderse en el sentido de que un nuevo derecho humano viene a añadirse a los anteriores como si se tratase de elementos heterogéneos. No se trata de proposiciones independientes que se van sumando, sino de las distintas dimensiones de una misma realidad que se van poniendo de manifiesto. De ahí que la aparición de un nuevo derecho o de una nueva generación obligue a reinterpretar y reorganizar el conjunto.

Así, por ejemplo, puede decirse que el surgimiento de la segunda generación ha traído consigo una reinterpretación del significado y la función de los derechos humanos en su conjunto. En el Estado social de Derecho los derechos fundamentales ya no se presentan, ni siquiera los tradicionales derechos de libertad, como meros límites negativos al ejercicio del poder político en defensa de los intereses individuales, sino que tienen una doble función: una significación axiológica objetiva como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacio-

constitucional en materia de derechos fundamentales», en Álvarez Conde (ed.), *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 15-22.

⁵¹ Sobre las distintas interpretaciones de la noción de contenido esencial, MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial ...*, cit., caps. 1 y 2.

⁵² MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 280-291.

nal, lo que los convierte en fines de la acción estatal, y una dimensión subjetiva, en virtud de la cual definen el estatuto jurídico de los individuos, no sólo en sus relaciones con el Estado, sino también en sus relaciones con los terceros. Esto es lo que se conoce como la *Drittwirkung* o eficacia de los derechos, incluidos los tradicionales derechos individuales, frente a terceros o particulares⁵³.

En conexión con lo anterior, hoy se entiende que los derechos de primera generación no implican tan sólo una obligación de abstención por parte del Estado, sino también la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de tales derechos, incluidas las encaminadas a impedir que terceras personas obstaculicen su ejercicio. Esta doctrina de las obligaciones positivas del Estado en relación con los derechos civiles y políticos ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en el caso *Plattform Ärzte für das Leben* contra Austria de 21 de junio de 1988, el Tribunal declaró que para que la libertad de reunión pacífica sea real y efectiva al Estado le incumbe la obligación positiva de proporcionar protección a los grupos que ejercen este derecho, para que puedan manifestarse sin tener que temer las agresiones de contramanifestantes hostiles a sus ideas o reivindicaciones.

Al mismo tiempo, esta indivisibilidad aparece como el criterio que tiene que satisfacer un derecho para poder ser considerado como un derecho humano.

En este sentido, cada nuevo derecho humano tiene que aportar algo nuevo a la comprensión del conjunto. En definitiva, el crecimiento cuantitativo del catálogo de derechos estará justificado en tanto en cuanto represente un progreso cualitativo. Así, en presencia de los actuales desafíos a los derechos humanos que representan las nuevas modalidades de amenaza y de agresión a la dignidad humana, cada vez más amplias y variadas, se hace necesario no un aumento meramente cuantitativo del catálogo de derechos, sino una concepción de los mismos más completa que integre una comprensión de la interdependencia entre los problemas económicos, políticos, ecológicos, culturales y jurídicos. Este sería el sentido de los derechos emergentes o «en formación» de la llamada tercera generación. Por lo demás, esta aparición de nuevos derechos o de una nueva generación obliga a reinterpretar y reorganizar el conjunto. Ese es sin duda el desafío que representa en el momento actual la tercera generación de derechos⁵⁴.

⁵³ PÉREZ-LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 20-29.

⁵⁴ MEYER-BISCH, P., *Le corps des droits de l'homme*, cit., cap. 7, pp. 231 ss.

Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil

Por CRISTINA HERMIDA DEL LLANO

Universidad Autónoma de Madrid

«Las viejas investigaciones sobre las ciencias, sobre cualquier ciencia, comenzaban siempre con una explicación etimológica. Pero esta explicación, sobre ser muy somera, nunca pretendía tener la menor importancia. Se contentaba con esclarecer el *quid nominis* y habría considerado quimérico el intento de acercarse a la realidad, al *quid rei*, a través de la etimología. Y, sin embargo, con referencia a las ciencias filosóficas, el método etimológico, como una de las vías de penetración en lo real, está plenamente justificado»¹. De este manera, José Luis López Aranguren comenzaba el segundo capítulo de su *Ética* (1958) dedicado al principio etimológico. Como él mismo señalaría en esta obra, la etimología nos devuelve las palabras a su plenitud original, y patentiza, en el canto rodado, gastado, de hoy, la figura aristada, enérgica, expresiva que poseyó. Pero lo malo de los cantos rodados, explicaba el profesor abulense, no es que lo sean, sino que no sepamos que lo son. Cuando acertamos a verlos tal y como a través de un largo proceso han llegado a ser, humildes y batidos, cansados y limpios, ¿cómo rechazarlos?

Aranguren recordaba aquellos versos de Rilke:

“Die armen Worten, die im Alltag darben
die unscheinbaren Worten, lieb ich so,”².

¹ L. ARANGUREN, J. L.: *Ética*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 5.^a reimp., 1990, p. 19.

² *Vid. ibid.*, p. 20.

Pues bien, como discípula intelectual y seguidora del pensamiento de Aranguren³, me resulta obligado comenzar el tema de mi exposición partiendo de una rápida y breve aproximación etimológica. La expresión «sociedad civil» procede del latín de la Segunda Escolástica, *societas civilis*. Pero *societas civilis* era para aquella lo mismo que *societas politica* o *potestas civilis*, o sea, el equivalente latino del neologismo maquiaveliano *Stato*⁴. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, irá cobrando un sentido propio y muy diferente. De una forma simplista, la «sociedad civil» se presenta a menudo, hoy en día, como antagónica en todo frente al Estado, como si una y otro no tuvieran implicaciones mutuas ni múltiples y estrechas relaciones entre sí. En mi opinión, resulta una equivocación creer que Estado y «sociedad civil» se pueden entender de una manera independiente y aislada. En este sentido, me identificaría con la postura que ha defendido, entre otros, el profesor Francisco J. Laporta, al entender que la «sociedad civil» en el fondo constituye un tipo de «Estado» aunque, obviamente, con características bien definidas⁵.

Usualmente, cuando se habla de la disyuntiva entre Estado y sociedad civil, enfatizando la necesidad de poner límites al poder del Estado en aras de otorgar un mayor protagonismo a la sociedad civil, se está, de algún modo, dando por supuesta una contraposición que, desde mi punto de vista, resulta sumamente discutible⁶.

A ello habría que añadir las diferentes maneras de concebir el binomio Estado-sociedad civil. Así, por ejemplo, según Norberto Bobbio, «en la contraposición sociedad civil-Estado, se entiende por sociedad civil la esfera de las relaciones entre individuos, entre grupos y entre clases sociales que se desarrollan fuera de las relaciones de poder que caracterizan a las instituciones estatales. En otras palabras, la sociedad civil es representada como el terreno de los conflictos económicos, ideológicos, sociales y religiosos, respecto de los cuales el Estado tiene la tarea de resolverlos, ya sea mediándolos o suprimiéndolos, o como la base de la que parten las demandas respecto de las cuales el sistema político está obligado a dar respuestas, o como el campo de las varias formas de movilización, de asociación y de organización de las fuerzas sociales que se dirigen hacia la conquista del poder político»⁷. Esta visión de la «sociedad civil» cuenta con un amplio apoyo en la literatura política contempo-

³ El día 18 de junio de 1996 me doctoré en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid con una tesis titulada: «Filosofía Moral y Filosofía Jurídico-Política de J. L. L. Aranguren», dirigida por el Prof. Dr. Elías Díaz.

⁴ Cfr. L. ARANGUREN, J. L., «Estado y Sociedad Civil», en *Sociedad Civil o Estado. ¿Reflujo o Retorno de la Sociedad Civil?*, Documentos y Estudios 61, Fundación Friedrich Ebert, Salamanca, 1988, p. 14.

⁵ Cfr. J. LAPORTA, Francisco : «Sobre la precariedad del individuo en la Sociedad Civil y los deberes del Estado democrático», en *Sociedad Civil o Estado. ¿Reflujo o Retorno de la Sociedad Civil?*, *op. cit.*, p. 20.

⁶ Coincidiría con la postura que, entre otros, ha defendido Eusebio Fernández. *Vid.* su libro: *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, p. 135.

⁷ BOBBIO, Norberto voz «Sociedad civil», en N. Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino, *Diccionario de Política*, tomo II, Siglo XXI Editores, 6.ª ed., corregida y aumentada, México, 1991, p. 1523.

ránea y, a mi modo de ver, se corresponde con la definición que Pérez Díaz ofrece al referirse a la «sociedad civil» en sentido restringido frente a la que él mismo denomina «sociedad civil» *sensu lato*⁸. Desde esta comprensión, aquélla se entendería como una entidad distinta y opuesta al Estado aunque, eso sí, con la existencia de posibles fronteras y relaciones. En definitiva, «sociedad civil» como conjunto de asociaciones voluntarias, mercados y esfera pública no controlada por el Estado, que abarcan ámbitos económicos, sociales, culturales y políticos⁹.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo anterior, coincidiría con J. Keane en que aunque, en un sentido más abstracto, «sociedad civil» puede considerarse como un agregado de instituciones, cuyos miembros participan en un conjunto de actividades no estatales –producción económica y cultural, vida doméstica y asociaciones de ayuda mutua–, y que aquí preservan y transforman su identidad ejerciendo toda clase de presiones o controles sobre las instituciones del Estado, en términos mucho más concretos, no debería restringirse la definición de sociedad civil a los términos dados por el neoconservadurismo, por entender la expresión «sociedad civil» como sinónimo de una esfera no estatal, garantizada legalmente y dominada por corporaciones capitalistas y familias patriarcales¹⁰.

Xavier Arbós y Salvador Giner parten de la idea de que cualquier sociedad civil madura presenta, al menos, estas cinco dimensiones: individualismo, privacidad, mercado, pluralismo y clase¹¹. De las cinco

⁸ PÉREZ DÍAZ, Víctor : *La primacía de la sociedad civil. El proceso de formación de la España democrática*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 77-78.

⁹ Víctor Pérez Díaz imagina la «sociedad civil» compuesta por un agregado de gentes o actores que están comprometidos fundamentalmente en lo que denomina «asuntos privados», lo que, en su opinión, incluiría tanto actividades económicas y culturales como una serie de actividades «sociales»: actividades de autoidentificación como miembros de grupos familiares, territoriales o de otro carácter y, por consiguiente, de identificación de tales grupos y de sus fronteras, de establecimiento de relaciones entre sí, de ejercicio de toda suerte de presiones o controles que garanticen el mantenimiento de su propia identidad, así como el de la identidad y las fronteras de sus grupos, y la continuidad y la estabilidad de sus relaciones. A su modo de ver, tales gentes apenas participan directamente en los negocios públicos o el proceso político si no es con ocasión de acontecimientos extraordinarios tales como las elecciones.

Sin embargo, aclara Pérez Díaz, son precisamente estas gentes las que proporcionan la mayor parte de aquellos recursos que constituyen la sustancia de los asuntos públicos. Parte de estos recursos vuelve a la sociedad civil, en forma de políticas económicas o sociales de protección a tal o cual sector, de obras públicas, de servicios públicos, etc. Otra parte, en cambio, es consumida por y/o reinvertida en el Estado mismo con vistas a su conservación y a su desarrollo. Literalmente el autor escribe en *Estado, Burocracia y Sociedad Civil. Discusión crítica, desarrollos y alternativas a la teoría política de Karl Marx*, Alfaguara, Madrid, 1978: «Se trata, pues, de un sistema de intercambios desequilibrado o asimétrico, donde el saldo de la balanza es, salvo excepción, y a largo plazo, deficitario para la sociedad civil –si bien el volumen de la “deuda” puede diferir según cuál sea el carácter del Estado: según se trate, por ejemplo, de un régimen autoritario burocrático o una democracia liberal», p. 97.

¹⁰ Cfr. KEANE, John: *Democracia y sociedad civil*, Alianza Universidad, Madrid, 1992, p. 33.

¹¹ No obstante, querría aclarar que tanto la definición que proponen de sociedad civil como estas cinco dimensiones piensan que son aplicables «plenamente» tan sólo al periodo histórico de apogeo de la civilización liberal burguesa, previo al desarrollo del Estado asistencial o de bienestar social.

dimensiones, me centraré exclusivamente en la segunda: la «privacidad». Según Arbós y Giner, ésta se referiría al hecho de que la «sociedad civil» es el ámbito de la privacidad en un mundo dividido entre el campo de lo público y el campo de lo privado. Lo cual, a mi modo de ver, no es del todo exacto. A continuación, explicaré por qué.

La dicotomía público-privado impregna toda la historia de la civilización occidental, desde la Grecia clásica hasta nuestros días. Por su parte, la expresión «privacidad», referida a la zona del individuo protegida frente a las intromisiones del mundo exterior, tiene una historia más reciente. Como explica Helena Béjar: «La noción de *privacidad*, traducción algo apresurada del término inglés *privacy* y que no se corresponde exactamente ni con la *vida privada* ni con la *intimidad*, adquiere su sentido moderno durante la Reforma protestante. Sólo en soledad puede el hombre a hallar a Dios y comunicarse directamente con él. La recomendación luterana de la salvación por la fe conduce a los individuos a escrutar sus conciencias en el recogimiento privado: la escucha del *fuero interno* precisa soledad, aislamiento, *privacidad*»¹².

Me resulta obligado recordar aquí que Aranguren fue el introductor en nuestro país de la confrontación católico-protestante; lo que, en mi opinión, hizo posible un acercamiento y una apertura a los que se habían venido llamando durante la larga dictadura franquista «modos de vida extraños a nuestro modo de ser», pero que estaban nada menos que en la base misma de todo el pensamiento moderno y de las actitudes existenciales de la modernidad¹³. Su tesis doctoral, *El protestantismo y la moral* (1954), presentada en 1951 para acceder a la cátedra de Ética y Sociología de la Universidad de Madrid, versaba precisamente sobre la relación fe/moral en las tres principales confesiones cristianas de Occidente —luteranismo, calvinismo y catolicismo—. Tanto en esta obra como en *Catolicismo y protestantismo como formas de existencia* (1952), nos acerca al radicalismo de Lutero, explícitamente manifiesto en la ruptura total con el sentido tradicional, al impugnar la relación católica de lo exterior y corporal con lo interior y espiritual. El profesor abulense escribió sobre el reformador protestante: «Su voluntad de pura interiorización

¹² Helena BÉJAR: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza Universidad, Madrid, 1990, p. 16. De este modo, el principio del libre examen propio del protestantismo viene a constituir un mundo espiritual caracterizado porque el individuo puede relacionarse con Dios sin necesidad de que existan ya mediaciones eclesiásticas. Sobre este tema, *vid.* Helena BÉJAR: «La escucha del fuero interno», en *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, *op. cit.*, pp. 125-135; M. LUTERO: *Obras* (I), Sígueme, Salamanca, 1977, y *Escritos políticos*, Tecnos, Madrid, 1986; G. DE RUGGIERO: *Historia del liberalismo europeo*, Pegaso, Madrid, 1944, p. XXVI; M. WEBER: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1969.

¹³ Son muchos los escritos que estudian la apertura de Aranguren al protestantismo. Entre otros, *vid.* J. AGUIRRE: «La libertad religiosa en J. L. L. Aranguren», *Cuadernos para el Diálogo*, núm. 30, Madrid, 1966, pp. 31-32; Enrique BONETE PERALES: *La ética entre la religión y la política*, Tecnos, Madrid, 1989; Helio CARPINTERO: «La visión de un moralista: J. L. Aranguren», en *Cinco aventuras españolas*, Revista de Occidente, Madrid, 1967, pp. 109-151; J. JIMÉNEZ LOZANO: «Aranguren o un “novum” en las cuestiones religiosas», *Revista Anthropos*, núm. 80, Barcelona, 1988, pp. 51-53.

religiosa es evidente. Hegel ha hablado, a propósito de Lutero, de “la intimidad del espíritu germánico”. Frente a la “exterioridad” del catolicismo —“el reino del Hijo”, según Hegel—, lleno de milagros, veneración de los santos, culto de las reliquias, *opera operata*, indulgencias y clericalismos, la Reforma inaugura “el Reino del espíritu”¹⁴. Por consiguiente, se produce una ruptura de lo interior y lo exterior en nombre de una falsa «espiritualización» característica del luteranismo. Para Lutero la salvación sería obra exclusiva de Cristo y la sola fe interior. El individuo se queda sólo frente a Dios, negando cualquier signo de aprecio a la exterioridad, a la forma, a los símbolos religiosos.

Ahora bien, aunque los orígenes del concepto de «privacidad» se remontan a la Reforma luterana y al cartesianismo¹⁵, aquélla alcanzará su máximo desarrollo con el liberalismo, al hacer del cultivo de la esfera privada un ideal normativo. La *privacidad* dejará de entenderse como el ámbito del fuero interno que anhela la salvación eterna para pasar a secularizarse o, lo que es lo mismo, pasar a corresponderse con una esfera mundana en la que tiene lugar el desarrollo pleno del individuo. Este concepto quedaría así circunscrito a un espacio de soberanía individual. La teoría política liberal planteará su tratamiento desde su comprensión como un derecho, como un límite moral frente al poder político. Para los liberales, el disfrute personal de la esfera privada, de la esfera individual, del ámbito de la libertad (frente a la esfera pública, esfera del Estado, ámbito de la necesidad) se entenderá necesariamente ligado a la existencia del dominio privado que identifican con la realización humana.

De este modo, cabría afirmar que en el pensamiento liberal aparece un ensalzamiento de lo privado en detrimento de la vida pública. En mi opinión, no sin falta de razón se ha hablado de la naturaleza paradójica de la privacidad; pues consecuencia del aislamiento respecto de la sociedad, sólo puede existir dentro de ella. A propósito de ésta, H. Béjar ha precisado: «La privacidad es una posesión de un ser que anhela la soledad pero que sabe que no puede vivir sin los demás a riesgo de dejar de ser humano»¹⁶.

A diferencia de la filosofía política liberal, la sociología clásica perderá de vista la «cuestión de lo privado». El tratamiento de la *privacidad* a partir de la construcción de una esfera individual enfrentada al poder político es sustituido por preocupaciones en torno a un tema más amplio: el individualismo¹⁷. Tönnies, Simmel y Durkheim coincidirán en considerar

¹⁴ J. L. L. ARANGUREN: *Catolicismo y protestantismo como formas de existencia*, Alianza, Madrid, 1980, p. 52.

¹⁵ El racionalismo de Descartes y el cartesianismo tratará de abrazar la verdad mediante el método deductivo, el uso de principios lógicos que implican una relación directa entre el sujeto cognoscente y el objeto que se analiza. La razón se entiende como un instrumento mediante el cual el hombre puede disolver la oscuridad que lo rodea. Éste se encuentra sólo, aislado, cuando especula filosóficamente. Sobre el «racionalismo», *vid.* José FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía*, tomo IV, Círculo de Lectores, Barcelona, 1991, pp. 2760-2763.

¹⁶ Helena BÉJAR: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷ A. de Tocqueville insiste en que no se confunda individualismo con el simple egoísmo. Para él, mientras que el egoísmo es un «instinto ciego» tan viejo como el mundo, el individualis-

a éste como un fenómeno que refleja tanto la desazón como la vivencia de una nueva libertad propia de la modernidad. Como observa H. Béjar: «Los padres de la sociología conciben el individualismo como una consecuencia inevitable del universo industrial, como un efecto de la nueva moral que trae consigo una sociedad estructurada por la división del trabajo. [...] La sociología clásica pinta un paisaje en el cual el individuo se distancia de una esfera pública que, al tiempo que libera de vínculos tradicionales, prende al individuo en una red de nuevas dependencias. La práctica del individualismo, esto es, el aislamiento de la sociedad en general, no se identifica ya como una promesa de autorrealización –tal como creían los liberales– sino que merece, como poco, un juicio cauto»¹⁸.

Actualmente, privacidad e individualismo han adquirido un protagonismo especial al observarse en las sociedades occidentales avanzadas un desplazamiento del interés de lo público a lo privado, en parte provocado por el derrumbe de las utopías colectivistas frente al auge de las utopías de corte individualistas. Un hecho que, en mi opinión, lo confirma es la caída de la comunidad (*Gemeinschaft*) –tipo de agrupación social más espontánea, más cálida, más interpersonal, que pretende dotar de un sentido a la vida en cuanto tal–, frente al auge adquirido por la asociación (*Gesellschaft*) –tipo de agrupamiento más frío, más jurídico, que no pretende dotar de sentido a la totalidad de la vida–. La asociación, a diferencia de la comunidad, se ocupa de agrupar a los individuos para unos fines determinados que nunca son, por otra parte, fines últimos. En este caso, los lazos sociales están sujetos a una limitación temporal y se orientan a la consecución de un objetivo específico¹⁹.

Se ha hablado, creo que con razón, de que el hombre moderno ha alcanzado un nuevo estadio en el proceso de desencantamiento progresivo que ya Max Weber se ocupó de preconizar. Naturalmente, son muchas y muy distintas las causas que han provocado profundos cambios en la manera de vivir y concebir la esfera pública: la crisis económica que necesariamente termina desembocando en el desempleo; la caída de los sistemas políticos de la Europa del Este, que pretendían representar el ideal político de izquierdas; la desmoralización, el hastío o la dejadez moral frente al ideal típicamente arangureniano de la «democracia como moral»²⁰; la transformación de la sociedad en una red tan compleja que

mo sería más bien un «juicio erróneo», que apunta más al espíritu que al corazón y que nace con la democracia. Literalmente, el autor explica en *De la démocratie en Amérique* (I), Garnier Flammarion, París, 1981: «El individualismo es un sentimiento reflexivo y apacible que induce a cada ciudadano a aislarse de la masa de sus semejantes y a mantenerse aparte con su familia y sus amigos; de suerte que después de formar una pequeña sociedad para su uso particular, abandona a sí misma a la grande», p. 125

¹⁸ Helena BÉJAR: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., pp. 15-16.

¹⁹ A propósito de este tema, vid. J. L. L. ARANGUREN: «Ética y comunidades adultas», en *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 133-148; Helena BÉJAR: «Comunidad y Asociación», en *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., pp. 89-92; Salvador GINER: *Comunidades sociales adultas*, Mezquita, Barcelona, 1983, pp. 81-130.

²⁰ A mi modo de ver, su concepción de la democracia como moral pretende superar la desmoralización reinante expresada en la «dejación» típica de la sociedad tecnológica, consumista y materialista. Aranguren parte de la necesidad que tienen los ciudadanos de ser estimulados

muchas veces obstaculiza la participación de los ciudadanos a la hora de acometer tareas colectivas; la pérdida de confianza y fe en los partidos políticos y sus representantes, etc.

El entusiasmo político de los años sesenta e incluso de buena parte de los setenta parece haberse ido paulatinamente sustituyendo por un progresivo desinterés por transformar el mundo. De este modo, el individualismo contemporáneo se transforma en la tendencia dominante de la moral de nuestro fin de siglo. Junto al ya mencionado ocaso de los valores comunitarios, a partir del abandono de las utopías políticas, se produce el declive del concepto de vocación. El trabajo, que, en un principio, se erigió en puente entre lo público y lo privado pierde su sentido originario y se limita a tener un valor meramente instrumental²¹. Por su parte, igualmente, el éxito se concibe como una medida personalizada que tiene que ver no tanto con la acción como con el sentimiento. Como describe con agudeza H. Béjar: «No es ya lo que uno haga lo que le convierte en “un triunfador” sino más bien cómo “se siente uno” haciéndolo. El éxito no tiene una dimensión objetiva (el reconocimiento por parte del prójimo de una tarea socialmente valorada) sino personal; es la conciencia de la propia realización que se cumple más que en el ámbito de la ocupación, en el terreno de los afectos. El deseo de excelencia se ha desplazado, él también, de lo público a lo privado»²².

Pero es, especialmente, el ocio el ámbito dominado por el individualismo. El redescubrimiento de la literatura de ficción frente a la lectura de textos doctrinales, el cine o la gastronomía, fueron algunos de los primeros signos visibles de la apertura a los placeres privados por parte de un sector social de pasado «progresista» y con una importante influencia cultural sobre el resto de la sociedad. A ello se añadiría, posteriormente, la valoración social de la psicoterapia y el culto al cuerpo, el narcisismo²³, la

políticamente, de ser sacados de la inercia y entrega a la vida privada, hedonista y consumista, de ser sacados de su individualismo y egoísmo característicos de la sociedad contemporánea. Pues es precisamente la lucha por la democracia, el compromiso personal, la forma de vida democrática, lo que podrá sacar al hombre de la dejadez política, que es un aspecto de la dejadez moral. Es más, cabría decir que los textos que dedica Aranguren a la democracia como moral se pueden entender como respuesta a los artículos descriptivos de la sociedad desmoralizada. En relación con este tema, remitiría a las siguientes obras de J. L. L. ARANGUREN: *La democracia establecida. Una crítica intelectual*, Taurus, Madrid, 1979; *España: una meditación política*, Ariel, Barcelona, 1983; *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, op. cit. Vid. también ELÍAS DÍAZ: «La democracia como moral», recientemente aparecido en el homenaje póstumo a J. L. L. Aranguren que ha realizado la revista *Isegoría*, núm. 15, Instituto de Filosofía (CSIC) y Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997, pp. 29-37.

²¹ J. L. L. Aranguren se mostró siempre muy preocupado por este tema. Así, por ejemplo, en uno de sus últimos libros, *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, op. cit., escribiría: «La cuestión estriba entonces –al menos por ahora, en tanto que las utopías no se cumplan– en devolver plena dignidad, sentido humano y, por supuesto, remuneración justa al trabajo, esto es, modificarlo cuanto sea menester para que puedan ponerse en él interés, vocación y amor», p. 58. En realidad, Aranguren no hacía en este pasaje sino reiterar ideas anteriormente esgrimidas en *La juventud europea y otros ensayos*, Seix Barral, Barcelona, 1968, pp. 139-140.

²² Helena BÉJAR: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 18.

²³ En relación con la cultura narcisista, recomendaría la lectura de las páginas que H. BÉJAR dedica a este tema en su libro: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y moderni-*

preocupación actual por la salud y el deporte, éste último, actualmente, «profesionalizado»²⁴.

Lejos ya de la vieja cultura y moral del ocio de los antiguos, me parece que debería tomarse en consideración la propuesta que Aranguren nos hizo en múltiples escritos, ya desde finales de los cincuenta, de «un nuevo Humanismo “socializado” para todos» que englobaría dentro de sí: el fomento de las distracciones útiles; la difusión de un humanismo socializado; la dignificación, sin pérdida de su sentido popular, de los programas de radio y televisión; la creación de un cine y un teatro dotados de enraizamiento y proyecciones sociales; junto a una auténtica expresión socio-cultural²⁵.

La concepción actual del individualismo no representa la continuación del ideal liberal clásico de *privacidad* sino, todo lo contrario, su inversión. Aunque el culto de la vida privada, hoy como ayer, tiene como centro al individuo, su protagonista no es ya un ser activo que busca su desarrollo integral al abrigo de la *privacidad*, al tiempo que se plantea la posibilidad de participar en la vida socio-política. El sujeto, en términos generales, es un sujeto narcisista, insolidario y débil, que encara todo contacto —incluso en el terreno que más valora, el personal— con descreimiento y un profundo temor. La *privacidad* liberal, espacio de desarrollo de una individualidad fuerte, se convierte en el refugio de la impotencia. La eclosión de la *privacidad* ha terminado por fragmentar tanto el mundo social que éste empieza a exigir, al menos, una cierta atención a los fenómenos colectivos²⁶.

El hombre como ciudadano, íntegramente implicado en las empresas colectivas, ha perdido fuerza. La reclusión en el universo privado supone una mirada al mundo indiferente y pasiva. Como ya intuyó Tocqueville, la limitación de la vida al cultivo de la esfera privada provoca una suerte de somnolencia de las diversas virtudes públicas y, en consecuencia, el adormecimiento de una parte del hombre. El dominio privado lleva consigo la renuncia a desarrollar todas las facetas de la personalidad; en este

dad, *op. cit.*, pp. 211-224. Del mismo modo remito a los siguientes textos: Sigmund FREUD: *Introducción al narcisismo*, en *Obras Completas*, vol. II, Biblioteca nueva, Madrid, 1973; J. KOVEL: «Narcissism and the Family», en *Telos*, núm. 44, summer 1980, pp. 88-101; C. LASCH: *The Culture of Narcissism*, Warner Books, Nueva York, 1979, y «Narcissism and the Problem of “Morale”», en *Telos*, núm. 44, summer 1980, pp. 122-125.

²⁴ A propósito de esta «profesionalización» del deporte, J. L. L. ARANGUREN escribe en *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, *op. cit.*: «El deporte se diferencia de los entretenimientos antiguos, de los juegos, no solamente por su dinamista «contar el tiempo», sino también por su seriedad. El deporte se vuelve «profesional», es decir, se convierte en trabajo. Al ocio y al juego les es común la nota de libertad. El deporte, por el contrario, aplica unas reglas tan rígidas como las del trabajo, cosa natural, ya que se ha tornado ocupación profundamente seria», p. 50.

²⁵ Cfr. J. L. L. ARANGUREN: «Sentido sociológico-moral de las antiguas y las nuevas Humanidades», en la *Revista de la Universidad de Madrid*, IX, 34, Madrid, 1960, pp. 537-575. Posteriormente, este ensayo aparecería publicado en las siguientes obras suyas: *La juventud europea y otros ensayos*, *op. cit.*, pp. 141-173; *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, *op. cit.*, pp. 59-76. En relación con este tema, *vid.* también su trabajo «Sobre el Humanismo», prólogo a la edición española del libro colectivo *Hacia un nuevo Humanismo*, Guadarrama, Madrid, 1957.

²⁶ Cfr. Helena BÉJAR: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, *op. cit.*, pp. 18-19.

sentido, el ideal de una individualidad multiforme no llega a realizarse, al menos, en el mundo contemporáneo. El abandono de la arena pública guarda, en mi opinión, una semilla de desastrosas consecuencias: la insensibilidad hacia lo social y la extensión de la apatía política, que termina necesariamente desembocando en «desmoralización». El problema surge ante la «exageración de lo subjetivo» como fuente de individualismo, un fenómeno de naturaleza problemática que, sin muchas reservas, forma ya parte de los tiempos modernos.

Creo que no cabe duda de que la dimensión de la privacidad podría defenderse, actualmente, desde una perspectiva mucho más amplia que la simplemente liberal burguesa. Si premeditadamente la concibiéramos con una amplitud deliberada, creo que comprendería, aparte de la «intimidad», en su sentido más general y coloquial, algo mucho más genérico e importante que se ha venido definiendo como un «perímetro de protección» en torno a todas aquellas acciones y omisiones individuales que, según terminología de Mill, «no dañan a otros»²⁷. Desde este punto de vista, la «sociedad civil» descansaría en la confianza que deposita en todo aquello que sucede dentro de ese llamado «perímetro protector». Pues bien, como con acierto y claridad ha explicado F. J. Laporta: «cualquier estudioso de los sistemas normativos sabe muy bien que la creación de ese círculo mágico de libertad de “lo privado” es consecuencia de la implantación social de ciertas normas permisivas *acompañadas* de una batería completa de prohibiciones de interferir a los demás individuos y al propio poder, sustentadas en la aplicación institucional de la fuerza contra los transgresores; y tal cosa es impensable sin la existencia de una agencia centralizada de coacción que lo lleve a cabo, es decir, sin la existencia del Estado»²⁸. De lo cual fácilmente cabría deducir que, en lo que a la «privacidad» se refiere, no existe posibilidad alguna de definir la «sociedad civil» si no se invoca de algún modo al Estado; lo cual Xavier Arbós y Salvador Giner parecían ignorar en su estudio. Aún más, creo que podría afirmarse que con la constitución de la «sociedad civil» surge un particular tipo de Estado, cuya razón de ser básica sería, siguiendo de nuevo a F. J. Laporta: «dibujar ese “perímetro protector” en torno a los individuos» para que éstos actúen en el seno de ese espacio abierto garantizado sin otro criterio que la persecución sin interferencias de sus intereses y la satisfacción de sus preferencias»²⁹. De acuerdo con ello, resulta

²⁷ La emergencia de la noción de privacidad va ligada a una manera específica de entender la libertad. John Stuart Mill abogará por una libertad consistente en establecer una doble distancia: de cada hombre en relación a los demás y de todos con respecto al Estado. No ha de extrañar, por tanto, que el concepto de privacidad apareciera unida a una libertad frente al otro. Pues se considera que la amenaza viene siempre del exterior, de los otros, y el individuo no tiene más remedio que protegerse de ellos.

²⁸ FRANCISCO J. LAPORTA: «Sobre la precariedad del individuo en la sociedad civil y los deberes del Estado democrático», en *Sociedad Civil o Estado. ¿Reflujo o Retorno de la Sociedad Civil?*, *op. cit.*, p. 21.

²⁹ FRANCISCO J. LAPORTA: «Sobre la precariedad del individuo en la sociedad civil y los deberes del Estado democrático», en *Sociedad Civil o Estado. ¿Reflujo o Retorno de la Sociedad Civil?*, *op. cit.*, p. 23.

claro que la esfera privada ha de gozar de una garantía legal³⁰. La privacidad se podría definir como un *derecho* del individuo entendido como un ser esencialmente moral. Ahora bien, en mi opinión, la esfera privada marca también los límites del poder, el umbral ante el cual éste debe detenerse, bajo pena de mermar su propia legitimidad. Por ello, de ningún modo se puede identificar la «sociedad civil» con un Estado que, aun pretendiéndose liberal y democrático, no se detiene sin embargo en los márgenes del «perímetro protector» sino que lo traspasa, es decir, se introduce en él para organizar actividades, regular ciertas conductas de los agentes y ser también parte activa de ese espacio antes reservado. Con otras palabras: deberíamos evitar la identificación del Estado perímetro protector y del Estado democrático plenamente intervencionista. En mi opinión, el llamado «Estado de la autoidentidad», o, lo que es lo mismo, el Estado hegeliano como superación ética del moral individual, resulta, a todas luces, muy poco deseable y creo que imposible de realizar en la práctica. Recordando a Aranguren, añadiría que en el plano de la aliedad no puede darse una eticidad pura; ya que siempre habrá de tenerse en cuenta que lo moral en cuanto moral incumbe a la persona y sólo a ella. Con otras palabras: si la moral tiene que ser a la vez personal y social, ello significa que el Estado de Derecho, sin dejar de serlo, debería constituirse en Estado de Justicia. Lo cual quiere decir que el Estado de Justicia, la ética de la aliedad, no podría darse sin una mínima autoexigencia ética, pues de lo contrario, de producirse un traspaso total de lo ético-social a la Administración pública se convertirían los ciudadanos en simples consumidores de las directrices estatales³¹. Como, por su parte, ha observado J. Keane: «Las instituciones del Estado no deben entenderse como encarnaciones de lo universal, postura originariamente hegeliana defendida hoy por una atroz alianza de dictadores y regímenes totalitarios, fundada, entrenada y respaldada por las superpotencias. Las instituciones del Estado deben ser entendidas más bien como instrumentos para sancionar legislación, promulgar nuevas políticas, moderar conflictos inevitables entre intereses particulares dentro de los bien definidos límites legales, y para evitar que la sociedad civil padezca nuevas formas de desigualdad y tiranía»³².

A mi juicio, existen ciertos ámbitos en los que el poder no debería entrometerse. En primer lugar, la actividad económica, al estar la propiedad privada íntimamente ligada a la individualidad si se tiene en cuenta que, desde el principio, el hombre deja su rastro en las cosas a través de

³⁰ No ha de extrañar, por tanto, que Xavier ARBÓS y Salvador GINER hayan considerado la sociedad civil en *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Siglo XXI, Madrid, 1993, como «una esfera, creada históricamente, de derechos individuales y asociaciones voluntarias, en la que la concurrencia políticamente pacífica de unos con otros en la persecución de sus respectivos asuntos, intereses e intenciones privados está garantizada por una institución pública llamada Estado», p. 23.

³¹ Vid. J. L. L. ARANGUREN: *Ética y política*, Guadarrama, Madrid, 1963. Citado por ed. Orbis, Barcelona, 1985.

³² John KEANE: *Democracia y sociedad civil*, op. cit., pp. 34-35.

su trabajo. En segundo lugar, la vida doméstica, en la medida en que la familia y el hogar no son únicamente el núcleo de la vida cotidiana sino que también constituyen el refugio de la autenticidad personal. En tercer lugar, el dominio íntimo, el ámbito en el que se plantean las cuestiones relacionadas con la conciencia y la fe³³.

No se trata tanto de defender la dimensión de la «privacidad» de la «sociedad civil», asegurándose de este modo –por decirlo con I. Berlin– la «libertad de», es decir, un ámbito de no interferencia frente al Estado y los demás individuos, sino más bien de potenciar la «libertad para», a la que necesariamente se unirían las ideas de solidaridad moral y de participación en la vida pública. Bajo este aspecto, creo que resulta enormemente importante no olvidar el triunfo de la teoría elitista de la democracia en nuestros días, en la medida en que se entiende por «democracia» un mecanismo –no «una forma de vida» como proponía Aranguren con especial énfasis en numerosos textos– para elegir la elite gobernante, en una competencia entre las elites; un mero mecanismo puesto al servicio de la estabilidad social. En consecuencia, a mi juicio, resulta necesario actuar para evitar que la participación de los individuos quede reducida al exclusivo mecanismo de la votación³⁴. En este sentido, coincido con A. Cortina cuando escribe: «Potenciar una sociedad civil regida por el principio de parcialidad y en la que la “libertad para” de los individuos se reduzca a un mecanismo de elección de representantes en distintas vertientes de la vida social, me parece, pues, una actividad contraria al principio básico de la moralidad –el principio de la autonomía de la voluntad–, que sigue siendo, a su vez, la fuente de la legitimidad de las democracias existentes; el concepto de una democracia real»³⁵.

Este punto me parece sumamente importante, porque, en definitiva, como ha señalado Aranguren: «el riesgo de la burocratización abarca tanto la esfera pública como la de la “sociedad civil”. Y su remedio no puede ser otro que el que esta sociedad, en tanto que comunidad, y frente a la reclusión en la “vida privada”, movilice una voluntad política de democracia participatoria»³⁶. H. Béjar, por su parte, escribe: «La vuelta intermitente de los ciudadanos a la esfera pública durante los períodos electorales no responde tanto a una movilización real de la población como a la activación de mecanismos plebiscitarios que apelan más a la imagen de las personalidades en liza que a la conciencia política de los

³³ En ello coincidiría abiertamente con la postura defendida por H. BÉJAR en su libro *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 234.

³⁴ Sobre esta cuestión, vid. C. PATEMAN: *Participation an Democratic Theory*, Cambridge, 1970; Adela CORTINA: «La democracia como forma de organización social y como estilo de vida», en la revista *Iglesia Viva*.

³⁵ Adela CORTINA: «El *ethos* democrático: entre la anarquía y el Leviatán», en *Sociedad Civil o Estado. ¿Reflujo o Retorno de la Sociedad Civil?*, op. cit., p. 97.

³⁶ J. L. L. ARANGUREN: «Estado y Sociedad Civil», en *Sociedad Civil o Estado. ¿Reflujo o Retorno de la Sociedad Civil?*, op. cit., p.17. Vid. también Víctor PÉREZ DÍAZ: *Estado, Burocracia y Sociedad Civil. Discusión crítica, desarrollos y alternativas a la teoría política de Karl Marx*, Alfaguara, Madrid, 1978.

electores. La trivialización de lo político o, al menos, su psicologización, se manifiesta asimismo en el narcisismo colectivo o particularismo colectivista. Estos fenómenos se refieren a un nuevo modo de entender la política, que se distancia de ideologías universalistas para desmembrarse en diversos movimientos sociales (ecologismo, feminismo, agrupaciones de homosexuales, organizaciones proaborto, etc.) con intereses específicos. En este sentido, la proliferación de estas formas de lucha social puede entenderse como un efecto del individualismo actual que prioriza los objetivos miniaturizados, parciales y negativos (no destruir el medio ambiente, no construir centrales nucleares, etc.) sobre los proyectos alternativos globales»³⁷.

De este modo, una parte de lo social se encuentra inmersa en un consenso no participativo. Los ciudadanos políticos sufren el vicio de la pasividad o, en el mejor de los casos, «del vasallaje»³⁸. Nuestra sociedad abraza la definición de Constant de la «libertad de los modernos» como una libertad pasiva que se ejerce no por una activación de la voluntad sino por omisión o por delegación. El *désengagement* se expande progresivamente como actitud entre la población.

Creo que, en buena parte, el individualismo contemporáneo es producto de una ola de conservadurismo que estamos padeciendo tras el fervor social de los años sesenta y de parte de los setenta. Quizá el hombre contemporáneo descubra que el ámbito de los sentimientos y afectos, la esfera del ocio y de la creatividad individual es un mundo limitado, no autosuficiente. Pues el hombre es una persona, pero también es un ciudadano. No se puede olvidar que lo público es el ámbito del compromiso, la esfera en la cual el hombre desarrolla sus acciones, el espacio de la dedicación profesional y del entusiasmo colectivo. Lo público y lo privado son, ambos, objetos alternativos de interés y de dedicación, *shifting involvements*, como se ha dado en llamar a este incesante ir y venir, a este movimiento pendular de una esfera a otra.

A fin de cuentas, coincidiría plenamente con la postura defendida por Eusebio Fernández cuando observa: «que la participación en la sociedad civil (donde se encuentran los pequeños detalles, centrales, de nuestra vida cotidiana y de una existencia lo más feliz y auténtica posible) y en el Estado (donde nos realizamos como ciudadanos que tienen el derecho a construir el marco de su convivencia política y a controlar y, en su caso rechazar, las imposiciones no justificadas del poder político) son los cauces de esa convivencia y supervivencia conjunta»³⁹. Por ello, me parece

³⁷ Helena BÉJAR: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad, op. cit.*, p. 242.

³⁸ Se ha venido reconociendo que con el paso del feudalismo y del despotismo ilustrado a la democracia se produce el paso del vasallaje o de la condición de súbdito a la de ciudadano. Sin embargo, se observa con cierta frecuencia que esta ciudadanía política, por una parte, apenas se practica en la realidad y que, por otra parte, no suele traducirse en una ciudadanía moral. En relación con este tema, *vid.* Adela CORTINA: «Del vasallaje a la ciudadanía moral», en *Hacer reforma. La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994, pp. 25-34.

³⁹ Eusebio FERNÁNDEZ: *Filosofía Política y Derecho, op. cit.*, p. 148.

fundamental realimentar nuestra esperanza perdida en el Estado, aunque con todas las cautelas y complementos que se quieran, porque creer que el conjunto de nuestras aspiraciones éticas, políticas y sociales (vivienda digna, salario básico, salud, educación, protección del medio ambiente, superación de discriminaciones...) pueden satisfacerse adecuadamente al margen de una agencia centralizada de control no deja de ser una rígida inconsistencia carente de cualquier fundamento ⁴⁰.

Por último, a mi modo de ver, una verdadera democratización implicaría intentar mantener y redefinir las fronteras entre «sociedad civil» y Estado a través de dos procesos interdependientes y simultáneos: la expansión de la libertad y la igualdad social, y la democratización y reestructuración de las instituciones estatales ⁴¹. Rechazaría la suposición de que el Estado pueda alguna vez reemplazar a la «sociedad civil» y viceversa. Más bien, al contrario, quiero defender aquí que «sociedad civil» y Estado deben convertirse en condición de una democratización recíproca. Para ello, es menester que, como ha precisado J. Keane, «la «sociedad civil» se convierta en una espina clavada permanentemente en el flanco del poder político». Puesto que «sin una sociedad segura e independiente de esferas públicas autónomas, los objetivos de igualdad, libertad, planificación participativa y adopción conjunta de decisiones no serán más que eslóganes vacíos. Pero sin la función protectora, redistributiva y mediadora del Estado las luchas por transformar la sociedad civil caerán en la dinámica del *gueto*, en la división y en el estancamiento, o generarán sus propias y nuevas formas de desigualdad y falta de libertad» ⁴².

⁴⁰ Me identifico con las conclusiones a las que llega Francisco J. LAPORTA en su artículo: «Sobre la precariedad del individuo en la sociedad civil y los deberes del Estado democrático», en *Sociedad Civil o Estado. ¿Reflujo o Retorno de la Sociedad Civil?*, *op. cit.*, p. 30.

⁴¹ El éxito de estos dos procesos dependería de la conjunción de, al menos, dos condiciones, que J. KEANE, con acierto, en su libro *Democracia y sociedad civil*, *op. cit.*, sintetiza del siguiente modo: «En primer lugar, sería necesario reducir el poder no sólo del capital privado y del Estado, sino también el de los hombres blancos heterosexuales sobre (lo que reste) la sociedad civil, mediante luchas sociales e iniciativas políticas públicas que permitan a los ciudadanos intervenir conjuntamente en esferas públicas “socializables”, competir por la igualdad de poder y elevar así al máximo su capacidad para jugar un papel activo en la sociedad civil.

En segundo lugar, las instituciones estatales deberían hacerse más responsables ante la sociedad civil redefiniendo sus funciones de protección, coordinación y regulación de la vida de los ciudadanos. Consecuentemente, la democratización evitaría tanto los bien conocidos atolladeros del anarcosindicalismo –los esfuerzos de la sociedad civil por emanciparse sin ayuda– como la excesiva regulación burocrática del socialismo estatalmente administrado», p. 34.

⁴² *Vid. ibid.*, p. 35.

Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones

Por JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN

Universidad de La Rioja

I

Sería un craso error negar que el anhelo de gozar de una vida privada y de intimidad se ha extendido a un considerable número de individuos en las sociedades opulentas. Si algo caracteriza al estadio actual de la sociedad moderna y desarrollada no es tanto la aparición del deseo de vida privada y de intimidad como su extensión a todos los espacios sociales, a todas las capas e individuos. Su democratización y generalización. Hasta tal punto se ha producido un auge de vida privada y de intimidad que el hombre moderno no se siente plenamente completo sin ese lugar apartado a la mirada pública, lugar, por voluntad de su titular, de confidencias y secretos. El hombre moderno se siente atraído por la vida recluida, y no sólo atraído, sino también destinado y necesitado de ella. Hay quien, con razón, ha hablado de «sociedad íntima», o, en su sentido más peyorativo, de «cultura narcisista», para referirse al puesto tan destacado que ocupa en la configuración del modelo histórico actual de sociedad¹. Todo un modelo que imprime su impronta a la vida social, su huella indeleble en las actitudes individuales y en las relaciones entre unos y otros. Sobre todo, en las más desarrolladas económicamente, pero también en las que están, y estamos, en vías, a medio camino.

¹ Este aspecto de la intimidad y su repercusión en la sociedad ha quedado maravillosamente descrito por H. BÉJAR, «Autonomía y dependencia: la tensión de la intimidad», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 37, 1987, pp. 69-90.

La vida privada, o privacidad, según los gustos de cada cual, y la intimidad constituyen, así, uno de los tópicos más «fascinantes» y atractivos de la literatura ética, jurídica y sociológica². Y también más recurrentes. Con razón, pues son muchos los problemas que plantean. Realmente, la existencia y defensa de ese ámbito propio, alejado de lo público, parece, a todas luces, muy positiva, pues permite el diálogo con uno mismo y con otros, el relajamiento y descanso interior, la superación de tensiones externas y un sinfín de ventajas de índole personal. Es, sin lugar a duda, la máxima expresión de la toma de conciencia de nuestra propia personalidad. Zona en la cual excluimos toda invasión no deseada para gozar de una libertad sin restricciones. Espacio de anomia, por tanto. Pero, tiene también su lado perverso y negativo, por cuanto fomenta tendencias poco sociables e incivilizadas³. Aleja en exceso al individuo de la vida pública que, entonces, parece inmerso en una subcultura degradante. Son muchos, sobre todo, sociólogos, quienes denuncian las perversiones de la intimidad.

En este texto, pretendo desarrollar algunos aspectos y rasgos de la vida privada y la intimidad. Muchos hacen una defensa excesivamente apasionada y tenaz de su bondad y fortuna, bien fundada, desde luego, por lo que ambas nociones no parecen necesitar más apoyo. Más bien, quiero expresar en las páginas que siguen alguna de las preocupaciones que me asaltan cada vez que me planteo este tipo de cuestiones. Mi impresión, y mi tesis, consiste en que parece existir un hiato, un salto entre las definiciones sobre la privacidad e intimidad y su justificación. Si bien una definición de la vida privada y de la intimidad es fácilmente comprensible desde su complejidad, dada la fuerza emotiva y solidez con que aparece en nuestra percepción de la misma, las justificaciones adolecen, en mi opinión, de serias insuficiencias. Y la cuestión no es ociosa. Pues, repercute, primero de todo, en la clasificación de los actos y de las situaciones englobados en ambas categorías. Muchas veces, limitando en exceso ese elenco o, mejor dicho, restringiéndolos por razones ideológicas, pues, detrás de todo ello, suele aparecer una lectura demasiado conservadora que limita el espectro de la vida privada y de la intimidad a temas y personas excluidos y marginados —aborto, gays, pobres y otros similares—. Pero, sobre todo, influye en las repercusiones jurídicas del concepto de intimidad, en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, tal y como aparece en muchas de las Constituciones vigentes en la actualidad, lo que tiene una clara incidencia en la realidad

² F. SCHOEMAN, «Privacy: Philosophical Dimensions of the literature», en *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge University Press, 1984, pp. 1-33.

³ Sobre esto, sobre el lado menos positivo de la intimidad, afirma V. CAMPS: «La vida privada es la vida burguesa en el peor sentido de la palabra, que no tiene nada que ver con la autenticidad o autorrealización (suponiendo que sepamos lo que eso significa), y se acerca peligrosamente a la incivilidad (que sí sabemos lo que es). Los individuos, en suma, viven atomizados, sin proyectos que compartir, sin valores comunes». *Vid.* «La reconstrucción de lo público y lo íntimo», en *De la intimidad*, edición de C. Castilla del Pino, Crítica, Barcelona, 1989, p. 60.

social⁴. En lo que sigue, empezaré con una breve referencia a las nociones de vida privada e intimidad, seguiré con una exposición de las justificaciones al uso, para plantear, finalmente, unos supuestos en los que puede detectarse lo que he afirmado antes.

II

Pero, vida privada, o privacidad, e intimidad no son lo mismo, aunque tengan un nexo común. Precisamente, este nexo ha sido magistralmente descrito por G. Duby en el prefacio a esa magna obra que es *Historia de la vida privada* con unas palabras que pueden ser suscritas sin mayores problemas: «Hay un área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, “en zapatillas”, libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar, doméstico, secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguarda pública exige el honor»⁵. No obstante, la fiel y apasionada caracterización de lo privado, la vida privada y la intimidad aparecen, muchas veces, menos como un área o esfera necesitada de protección, como si de un espacio amurallado se tratara, que como un sentimiento de que el conjunto de nuestros actos, nuestras penas y alegrías, nuestros pensamientos, lo que nos concierne, nos es propio y, como tal, es algo móvil y fluctuante. Porque la vida privada y la intimidad son, ante todo, dos categorías históricas y, por tanto, sujetas al devenir de la cultura y de las opiniones e ideas de una comunidad que las usa con un significado específico u otro.

Pero, conviene precisar el sentido de la vida privada y de la palabra intimidad. Sobre ambos recae un buen número de equívocos que interfieren en el conocimiento correcto del problema. Es claro que al ámbito de lo público pertenecen nuestras acciones y actividades realizadas en el foro, en el ágora, en la plaza, de cara al público; por lo tanto, notorias y evidentes a los ojos de los demás. Constituyen todas aquellas acciones que hacemos cuando nos relacionamos con otros y que, por ello, dejan de ser objeto de reserva o cuidado por nuestra parte y escapan a nuestro

⁴ Respecto al Derecho español y a la concepción constitucional del derecho a la intimidad, en particular, el uso dispar y sesgado que de él hace el Tribunal Constitucional, puede verse mi libro *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, p. 213. Muchas de las afirmaciones y sugerencias de este libro han servido de base para este artículo.

⁵ G. DUBY, prefacio a la *Historia del vida privada*, trad. de Fco. Pérez Gutiérrez, vol. I, Taurus, Madrid, 1987, p. 10.

control. Indudablemente, lo público se define por oposición a lo privado. Con intimidad se hace alusión siempre a algo que es cercano al individuo, ya sea porque le es próximo o porque es algo propio, interno al mismo, que surge de él y que proyecta sobre su entorno. Suele hablarse, por ello, de la existencia de una esfera individual, de una vida privada, en la que sólo cada persona es quién para decidir lo que le afecta sin tener que tolerar ningún tipo de intromisiones. Así, no extraña que esta conciencia de la importancia de lo próximo lleve parejo, en consecuencia, el deseo de que el conocimiento de lo que acaece en esta esfera no escape al control personal, que no pueda ser conocido sin su consentimiento por alguien que le es ajeno.

Ahora bien, dada esta sintonía en torno a lo que nos es propio, no es de extrañar que se empleen por igual los términos «vida privada» o «privacidad» e «intimidad», cuando son categorías bien distintas⁶. Por lo pronto, por cuanto históricamente responden a épocas y exigencias poco coincidentes, es bien sabido que el deseo de vida privada surge con la lectura en familia de la Biblia, el diálogo interno con Dios, la reclusión interior y la escritura de diarios personales, en fin, con la ética protestante –mercantil, por encima de todo, sujeta al ahorro, al cálculo, a la honestidad y a los libros mercantiles– y con las exigencias sociales y políticas de la utopía burguesa en los siglos XVII y XVIII, y materializada en el más puro sistema liberal del XIX. El burgués precisa una esfera aislada, libre para el desarrollo de su conciencia religiosa y una vida privada intensa con su familia y con los más próximos. Ese espacio para «abandonar las armas y las defensas», para estar «en zapatillas», como se dice en la frase transcrita de G. Duby.

Pero, todavía en esta esfera, se proyectan ritos y códigos, reglas y pautas externas que rigen muchas de nuestras acciones «privadas» penetradas así por lo social. En efecto, muchas de las acciones privadas están regladas por costumbres o usos sociales que hemos interiorizado a través de los medios normales de socialización y que, tras su introyección, expresamos externamente en nuestra conducta. Pensemos, por ejemplo, en la comida, el vestido o en otros actos cotidianos, incluso, actos tan «íntimos» como hacer el amor. Todos están reglados, los hacemos ritualmente, aunque quepa un lugar para la imaginación y para la propia personalidad, para la libertad en las formas. Vida privada socializada, que vale para hoy como para otras épocas.

⁶ Aunque no son lo mismo, utilizo indistintamente «vida privada» e «intimidad» por razones de simplicidad y de espacio, para no introducir otros elementos en la discusión. Lo cierto es que se ha extendido en el debate español, sobre todo en la filosofía moral, el neologismo privacidad como traducción literal de *privacy*, cuando es algo extraño al idioma y de difícil aprehensión. Vida privada parece hacer referencia al espacio tapiado del individuo, a la esfera individual, en la que cada uno goza de sus sentimientos, de sus opiniones, de «lo suyo»; con privacidad se señala una cualidad o propiedad de lo privado que no tiene por qué circunscribirse al significado geográfico. Pero resulta que en tanto que traducción del término inglés tampoco es lo mismo que «intimidad», para lo cual tienen una palabra específica, *intimacy*. Y, sin embargo, en nuestro contexto existe una disarmonía entre la filosofía moral que se sirve del término vida privada y, en mayor medida, privacidad, y el mundo jurídico, que sólo habla del derecho a la intimidad.

El surgimiento del sentimiento de la intimidad aparece en fechas recientes, en la sociedad posindustrial, como un nuevo giro, un nuevo repliegue del individuo sobre sí mismo abandonando la privacidad intersubjetiva para recluirse en su interior, en un nuevo espacio intrasubjetivo. Ya no es reclusión en la vida privada, en la vida amurallada con la familia y los amigos, sino en la vida interior, en lo más profundo de nuestro ser, en la intraconciencia, donde se examinan los afectos, los pensamientos, las opiniones personales. Y los recuerdos, las fantasías, donde soñamos, amamos y odiamos, y envidiamos. La persona encerrada en torno a sí misma. Dos ámbitos, dos espacios conceptuales bien delimitados, separados, pero también interrelacionados. Pues no hay intimidad sin vida privada, sin el lugar doméstico donde recluirse aún más. Como tampoco hay privacidad, ni se puede gozar de una vida privada sin algo de intimidad. La intimidad, el anonimato, el secreto, la soledad, parecen ser elementos indispensables del área propia de la vida privada. Cada uno de estos conceptos, privacidad e intimidad, se reenvían recíprocamente el uno al otro y no pueden ser comprendidos sin esta autorreferencia.

Y otro tanto sucede con el concepto de lo público. Lo público, lo privado y lo íntimo como tres espacios separados, pero inseparables⁷. Son espacios, territorios, que se interpenetran. Espacios cambiantes en cada momento y situación, hasta tal punto que una misma acción puede considerarse pública, privada o íntima con sólo variar el cómo y el dónde se realiza. Como en un calidoscopio, la consideración de una acción cambia cuando lo movemos y así, al mismo tiempo, queda transfigurada. No es la misma. ¿Hasta qué punto lo que se hace o dice en la plaza, en la oficina, en el lugar de trabajo, incluso, las confidencias, son todavía privadas o pertenecen a nuestra intimidad, o, por el contrario, dejan de serlo? La apertura a los demás o el repliegue determina el espacio de la acción. Dice bien C. Castilla del Pino, cuando afirma que las acciones no son públicas, privadas o íntimas en sí mismas, «sino según el espacio en el que se desenvuelven»⁸. Y cada espacio deviene así en escenarios de nuestras acciones, como si de teatros móviles se tratase. Hasta dar una conferencia o impartir una clase, vender un libro o actuar ante un tribunal, que, a todas luces aparecen como actos públicos, son, en el fondo, proyecciones externas de actos realizados en soledad y anonimato; así, el estudio, el trabajo y la reflexión previa, o, en ocasiones, el ensayo con un público imaginario. Y amar, y odiar, sólo quedan en mero solipsismo si no se manifiestan al exterior, con lo que pierden aquello que tienen de singular, pero ganan en su consolidación y, a su vez, tienen visos de realizarse y, por tanto, de completarse como sentimientos personales. Ahora bien, el reconocimiento de las relaciones entre lo público, privado e íntimo, del

⁷ Sobre esto, resulta de interés y de ayuda para clarificar el terreno el libro editado por C. CASTILLA DEL PINO, *De la intimidad, op. cit.*, y, en particular, las contribuciones de José Luis L. ARANGUREN, H. BÉJAR, V. CAMPS y del mismo editor.

⁸ C. CASTILLA DEL PINO, «Público, privado, íntimo», en *De la intimidad, cit.*, p. 26.

área reservada, del deseo de secreto, ha sido una constante de la sociedad occidental que jalona toda la literatura sobre el problema.

Pero, todo esto no ha sucedido sin tensiones, ni traumas, ni, evidentemente, puede considerarse exento de mayores dificultades. En efecto, lo privado, lo íntimo, entendámoslo como queramos, han crecido y se han desarrollado a costa de su oponente más directo, y más fuerte, lo público. O mejor, habría que decir que han ido creciendo a medida que se han puesto límites, freno, topes al ansia expansionista del poder político que todo lo quiere y todo lo abarca –por lo menos, así lo ve el burgués, el individuo ansioso por preservar su privacidad–. En suma, fortalecimiento de un recinto que albergue las aspiraciones individuales frente a las intenciones expansionistas de lo público. El problema surge y se acrecienta cuando el Estado pretende el monopolio total de lo que pasa en cada hogar, en cada oficina, en la tienda o en el lugar de trabajo. De ahí que la visión de *1984*, de Orwell, parezca una anticipación «feliz», con todo su horror y con plena vigencia. Y la tensión subyacente entre público-privado no es sólo algo del pasado ya olvidado, sobre el cual hay que firmar el acta de defunción, sino que está plenamente de actualidad en un momento en el cual se cierne la amenaza de que el poder público se aproveche de los avances tecnológicos para lograr un mayor control sobre cada uno de los ciudadanos, que así devienen en «súbditos». Pero, el problema no termina aquí en un conflicto entre lo público-privado al que estamos más o menos acostumbrados, pues los mismos medios usados por el Estado pueden estar al alcance de cualquier individuo, asociación, agencia o empresa. Si algo tiene de peculiar el nuevo «repliegue» hacia lo íntimo, paradójicamente, es que ya no sólo se trata de poner barreras frente al siempre solícito e implacable poder público que requiere frente al secreto la mayor de las transparencias en aras de una mayor eficacia y, por contra, de la máxima felicidad para todos. Pues, la eficacia y la felicidad, los nuevos parámetros del dominio de unos sobre otros, exigen un mayor control y, por contra, la máxima transparencia «informática», claro está. El «hombre de cristal», atravesado por las redes de comunicación social, y de socialización, he ahí el nuevo modelo de ciudadano. Pero, ahora, aparece, como nunca antes, que los nuevos «muros» se levantan contra el vecino, contra quien está al lado, contra el extraño, que puede utilizar los mismos medios que el Estado para fines no muy loables. La tensión público-privado se ha transformado en una oposición individuo-individuo, hombre-hombre, privado-privado.

Como colofón a este intento por aclarar algunas implicaciones de los conceptos público-privado-íntimo, me parece oportuno traer a colación aquí una opinión autorizada, que resume las diferentes incidencias doctrinales sobre la búsqueda de un sentido adecuado para estos términos. Dice Novoa Monreal, refiriéndose a los diferentes significados sobre la privacidad, que «la verdadera razón de tanta variedad de criterios y de tantas contradicciones, vacíos, subjetivismos y confusiones, hemos de encontrarla en una proposición muy simple, que será difícil comprobar: no

existe un concepto único de vida privada, se trata de algo relativo y, por consiguiente, variable conforme a ciertas condiciones. La idea que se tiene de la vida privada varía de una persona a otra, de un grupo a otro, de una sociedad a otra; varía también igualmente, en función de edades, tradiciones y culturas diferentes»⁹. Por tanto, es preciso trabajar, incluso en el mundo del Derecho, con «un concepto multiforme, variable e influido por las situaciones contingentes de la vida social». Lo mismo es ratificado por otros estudiosos de la cuestión. Entre ellos, Madrid Conesa ilustra cómo las numerosas definiciones de la privacidad lo poco que han cambiado a lo largo del tiempo y lo poco que dicen de su contenido material, incitando a la búsqueda de los elementos válidos para construir un concepto válido¹⁰. Invitación que nos conduce, de nuevo, a la conclusión de Novoa Monreal, cuando dice que «solamente buscando aquello que *hic et nunc*, dentro de nuestro medio y nuestra cultura actual, ha de considerarse como claramente perteneciente a la vida privada del individuo, podremos sortear el escollo de trabajar con un objeto fluctuante, ligado a factores contingentes, cuya apreciación se hace siempre desde bases cargadas de subjetividad, y que por ello se presenta, para su consideración científica, como huidizo y casi inaprehensible»¹¹.

III

Decía hace un momento que la historia de la vida privada surge en un momento determinado, cuando, en los albores de la modernidad, el individuo religioso reclama para sí un espacio y una vida interior, un «fuero interno». Una exigencia que se plasma en numerosas actitudes nuevas y en otras costumbres hasta entonces extrañas. Lo privado aparece en las reglas de buena crianza y los códigos de cortesía, que muestran la necesidad de preservar un espacio en torno al cuerpo, en el que moverse lejos de la mirada y del contacto ajeno. O las autobiografías, los diarios íntimos tan queridos para la Inglaterra anglicana y para la cultura conservadora, y que no son sino escritos sobre uno mismo, en el que se cuentan las más íntimas interioridades. La soledad, no sólo para rezar, la afición a compartirla con los amigos, los gustos estéticos y, sobre todo, la nueva disposición interior en las viviendas fomentan esa conquista de vida privada, incluso la abierta a los círculos más próximos y a las amistades. En fin, todo ello dio lugar al surgimiento de la conciencia de la existencia de un «fuero interno» en el cual uno mismo puede dialogar con Dios con confianza, como amigos, contarle sus cosas, y también rezarle, y, de ahí, a la sensación de algo íntimo e interno sólo hay un paso. Ya no es posible,

⁹ E. NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, 2.ª ed., México, Siglo XXI, 1981, p. 42.

¹⁰ F. MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad, Valencia, 1984, pp. 43 ss.

¹¹ E. NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, cit., p. 45.

en los siglos XVII y XVIII, constatar la unidad entre público-privado propia de tiempos anteriores. Con claridad, lo privado, el hombre con sus intereses, deseos y aficiones, se organiza de forma separada a lo público. Cada uno administra su privacidad sin admitir injerencias extrañas¹².

Por todo esto, no debe extrañar que la reflexión sobre la vida privada implique un nuevo modo de comprender la libertad individual. De hecho, la misma se inserta de lleno en la tradición liberal individualista como soporte de una corriente de pensamiento que va a dominar los avances y transformaciones de la sociedad moderna¹³. Por ello, parecería que, y sobre esto escribe bien y acierta S. I. Benn, tras la concepción liberal de la privacidad, se encuentra el ideal kantiano del hombre racional moralmente autónomo, como un fin en sí mismo, y toda la tradición anglosajona que ve la libertad como manifestación de las acciones humanas siempre que éstas estén sujetas a determinadas reglas¹⁴. Y, en efecto, algo de razón no le falta. Por lo menos, la construcción teórica del concepto de privacidad responde a las premisas básicas de la concepción liberal del individuo, que, sin lugar a duda, tiene un enorme atractivo y una fuerte carga emotiva, que hace a este enfoque muy sugestivo.

En efecto, la vida privada y, más aún, la intimidad, en el modo en que he distinguido con anterioridad, aparecen como un reducto, un área reservada, donde el individuo se refugia, vive y actúa de forma independiente, donde puede realizar todo tipo de acciones y de actividades sin más regulación que la que él mismo se imponga. Por eso, no es del todo exacto lo que dije antes al afirmar que la vida privada es una «zona de anomia», espacio sin reglas. Pues, ciertamente, existen esas normas establecidas por el individuo como autolegisador. Sólo que sí es «anómica» en relación con la vigencia de las leyes y otras pautas e imperativos de la sociedad. El ámbito privado es contemplado por el liberalismo como la esfera más apropiada para el libre desarrollo del pensamiento y de las acciones individuales, fuera de las interferencias extrañas. Lugar y centro de la autonomía del individuo. En el sentido de las palabras de Kant, porque el concepto de autonomía reenvía de forma inseparable a la idea de libertad individual. Pues, habla de «la voluntad como universalmente legisladora» que refiere a «la idea de *dignidad* de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo». «La *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional»¹⁵. Y no hay forma de autolegisarse, de autodictarse

¹² Sobre este proceso histórico, es de gran ayuda la obra colectiva *Historia de la vida privada*, cit. En particular, el volumen III.

¹³ S. LUKES señala que, junto a la intimidad (lo privado), el individualismo y el pensamiento liberal en general se construye en torno a las ideas de la dignidad humana, la autonomía individual y el autoperfeccionamiento. Vid. S. LUKES, *El individualismo*, trad. de J. L. Álvarez, Península, Barcelona, 1975, p. 198.

¹⁴ S. I. BENN, «Privacy, Freedom and Respect for Persons», en *Nomos: Privacy*, XIII ed., por J. R. Pennock y J. W. Chapman, Atherton Press, New York, 1971.

¹⁵ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 8.ª ed., trad. E. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, pp. 92-94.

normas, sin ese ámbito de vida privada. No hay forma de que podamos decidir sobre nosotros mismos, de que tomemos nuestras decisiones, en paz y sosiego, racionalmente, sin un ámbito de privacidad. La vida privada como condición y marco de la idea clásica de dignidad humana. De la pertenencia del hombre al «reino de los fines». Y su fundamento, pues, a la postre, sin ella, queda mediatizada, atravesada por fuerzas externas más potentes.

El ámbito de la privacidad así expuesto aparece como un santuario donde el individuo reina y gobierna según su voluntad. (Aunque –valga esta acotación– en Kant la idea de autonomía está ligada a la exigencia de una moral objetiva, poco relacionada con un subjetivismo ético.) Es el reino de la espontaneidad frente al mundo externo más rígido y frío por estar sujeto a otro tipo de leyes. Y, por ello, exigimos el «derecho a que nos dejen solos, en paz» y, consiguientemente, el de excluir a quien nos moleste, las injerencias externas, vengan de donde vengan, del Estado o de nuestros vecinos, de empresas privadas, o de cualquier otro. Como dice Lukes, una de las ideas clave del individualismo «es la noción de *intimidad*, de una existencia privada en un mundo público, una zona en la que el individuo se encuentra solo –o en la que los demás deberían dejarlo solo– y donde es capaz de hacer y pensar lo que desee: perseguir su felicidad a su manera, como dice Mill»¹⁶. Y es cierto que J. S. Mill en ese delicioso ensayo que es *Sobre la libertad*, nos ha legado una de las visiones más radicales de la privacidad. Sus palabras son suficientemente expresivas: «La única parte de la conducta de cada uno por la que él (el ser humano, cualquier persona) es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano». O este otro texto: «Hay una esfera de acción en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás, es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos»¹⁷.

Las primeras formulaciones sobre la libertad en su sentido moderno ya especifican la estrecha relación con esa esfera de lo privado en la que el individuo es soberano, en la cual reina y expresa su independencia. Independencia que, finalmente, se refleja y materializa en la libertad de conciencia, de pensamiento y de expresión, igualmente en la libertad de elegir y decidir sobre nuestras preferencias e intereses y en la libertad de asociación. Quiere decir Mill que sin el reducto de lo privado no hay motivo para la existencia, reconocimiento y ejercicio público de las libertades básicas para la sociedad. Sin intimidad, sin el

¹⁶ LUKES, S., *El individualismo*, cit., p. 77.

¹⁷ MILL, S. J., *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, prólogo de I. Berlin, 3.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1981, pp. 66-68. También recogidos por Lukes cuando se refiere a Mill.

área aislada de la injerencia de la sociedad no hay libertades públicas. Las expresivas palabras de este filósofo han tenido un amplio eco en otros autores que las han desarrollado, como es el caso de I. Berlin, quien ha pretendido trazar los límites entre la esfera privada y la pública, y liberar a la primera de las interferencias públicas, distinguiendo una «libertad negativa» que presupone la conciencia de lo privado, de una zona sagrada, en la que cada uno puede, por derecho propio, establecer y disfrutar de sus relaciones personales. Libertad negativa que supone, por lo tanto, un límite a la actuación de los demás. Frente a ella, una «libertad positiva», que especifica lo que se puede hacer¹⁸.

Las citas a autores clásicos que inician los primeros bosquejos sobre la intimidad no terminan con las referencias a Kant o a Mill. Puede extenderse a Tocqueville, Constant y otros muchos que reiteran la relación de dependencia que existe entre la privacidad, la libertad individual y la autonomía moral.

Pero, «el derecho a estar solo», tal y como ilustraran en su día Warren y Brandeis, un concepto de privacidad ampliamente reconocido tiene otras connotaciones de relieve. En realidad, parece que puede perfilarse a partir de la idea de nuestra propia consideración como personas y del respeto mutuo que se deben los seres humanos que viven en una sociedad moderna y desarrollada. Aunque *justice as fairness*, la justicia como equidad o como imparcialidad de J. Rawls, vertebrada una concepción social y pública de unos criterios que permitan vertebrar una sociedad lo más justa y equitativa posible, lo cierto es que puede encontrarse entre sus aportaciones más de una sugerencia sobre una justificación de la vida privada en base a la consideración de la persona como «fuente autooriginante» de la filosofía moral y de toda reflexión política¹⁹. Por un lado, en una versión más intimista, es la expresión palmaria de la visión del hombre moralmente autónomo y libre que precisa de su esfera para ejercer y realizar sus facultades racionales, y satisfacer su propia personalidad. (Parece ocioso, por lo que tiene de evidente, insistir en las raíces kantianas del pensamiento rawlsiano y el empleo, a veces impúdico, que hace de su constructivismo.) Por otro lado, en una versión más abierta, la necesidad de defender un principio de respeto mutuo entre las personas, de respeto en el sentido más pragmático hacia los otros para que éstos puedan ser, primero de todo, personas y, además, cumplir con sus planes de vida y los diferentes papeles sociales que cumple habitualmente para satisfacer sus designios, como padre, hijo o similar, como elector o como trabajador, y todos los demás.

De paso, tras esta consideración se encuentran todas y cada una de las aportaciones de Rawls a una representación de la persona moral: su

¹⁸ BERLIN, I., «Dos conceptos sobre la libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 187-243.

¹⁹ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, trad. de M.^a D. González, FCE, Madrid, 1979, p. 654. Y también las explicaciones sobre sus fundamentos y presupuestos ideológicos que da en «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad*, trad. y pres. de M. A., Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986, y sobre todo las pp. 161 ss.

sentido de justicia, el equilibrio reflexivo, los bienes primarios, y todos aquellos que son de sobra conocidos. Y, como puede suponerse, no puede desdeñarse su papel fundante para el resto de la teoría. O como dice el mismo Rawls: «puede uno, siguiendo a Kant, sostener que una buena voluntad o, en el caso que nos ocupa, un sentido de justicia, es una condición necesaria para merecer ser feliz. Puede sostenerse que el sentido de la justicia es una parte necesaria de la dignidad de la persona, y que es esta dignidad la que pone en la persona un valor distinto de, y lógicamente previo a, su capacidad para el goce y su aptitud para contribuir con el desarrollo de sus talentos al goce de los otros. En virtud de esta dignidad, la concepción de la justicia como equidad está en el camino correcto al considerar a cada persona, por decirlo así, como un soberano individual, ninguno de cuyos intereses ha de ser sacrificado en aras de un mayor saldo neto de felicidad, sino más bien con principios que todos podrían reconocer en una posición inicial de igual libertad»²⁰. Sin duda, una reflexión de mucha enjundia que permite adivinar las connotaciones de considerar así a la intimidad. Parece, no obstante, que esta opinión reduce todo el problema a grandes declaraciones sobre la naturaleza humana, a la que pueden achacarse los vicios kantianos que están en su origen, y que, por otra parte, nos lega una visión demasiado formalista del problema.

Pero no yerra cuando sitúa en la base de su reflexión el respeto por uno mismo y por los demás. En efecto, para algunos como S. I. Benn, la idea de respeto permitiría responder a cuestiones como las siguientes: ¿Existe algún principio moral que proporcione un motivo general que justifique la pretensión de que B quede excluido de conocer o de informar sobre una acción, un hecho o un dato relacionado con A, si éste no lo permite? O, más bien, ¿existe una abstracta libertad general que permite investigar, observar e informar sobre *private affairs* como en el resto de sucesos, salvo en casos muy especiales? Las respuestas a estas preguntas reenvían a un principio de respeto que debe existir entre las personas. En efecto, del respeto entre las personas se infiere, según esta concepción, una sólida base moral para dar sentido a todo el edificio sobre la vida privada y la intimidad y, de ahí, deducir las consecuencias éticas y jurídicas que sean oportunas. De acuerdo a dicho principio, todo ser humano, en tanto que persona, tiene derecho a demandar «un grado mínimo de consideración», de respeto, a recibir de los demás el trato que se merece como ser humano²¹. No hace falta insistir demasiado en algo ya apuntado antes, en que las raíces de esta concepción provienen del individualismo y que esta versión es remedo de esta corriente. Primero de todo, se toma el concepto de *persona* que, en su día, formulara la filosofía crítica de Kant; en

²⁰ RAWLS, J., «El sentido de la justicia», en *Justicia como equidad*, cit., p. 56.

²¹ BENN, S. I., «Privacy, Freedom and Respect for Persons», en *Nomos: Privacy*, XIII, cit., pp. 1-26. En un sentido muy similar, utilizando argumentos traídos de la justicia rawlsiana, Ch. FRIED, «Privacy (a moral analysis)», en *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, cit., pp. 203-222.

su ensayo siempre se refiere, como presupuesto, a aquellos sujetos que tienen conciencia de su propio yo, de su existencia como agentes morales, que son fines en sí mismos, y, en consecuencia, son capaces de perfilar y tener proyectos personales y de actuar y dirigir sus comportamientos de acuerdo a sus decisiones, y, en fin, que valoran sus logros y resultados por su adecuación a los objetivos propuestos inicialmente. Por consiguiente, una pieza clave de esta noción es el reconocimiento de que estas personas son potencialmente sujetos que realizan elecciones, que son capaces de decidir sobre cursos de acciones y sobre su puesto en el mundo e, incluso, de ajustar y corregirlos si hay algún cambio o ha cometido algún error. La vida, entendida como una empresa personal. En resumidas cuentas, la autonomía moral como criterio básico de la intimidad, pues, según todo esto, nuestras ideas sobre la misma están estrechamente ligadas a nuestro carácter y a nuestra forma de concebir la vida. Y todo ello incluye, claro está, la capacidad para llevar nuestras relaciones íntimas y personales, nuestra autonomía moral y nuestras acciones como ciudadanos libres según nuestro arbitrio, sin intromisiones ni interferencias de otros. De ello, concluye que «*respetar* a alguien como persona es conceder que se debe tener en cuenta la manera en la cual su proyecto puede ser influido por nuestras propias decisiones. Por el principio de respeto hacia las personas, entonces, quiero decir que todo ser humano, en tanto que persona, tiene derecho a este grado mínimo de consideración»²².

Toda la argumentación de S. I. Benn sigue la línea marcada por la relación entre el respeto mutuo como criterio moral y la comprensión de la intimidad que, además, queda desarrollada en el contexto de tres áreas privadas específicas: las relaciones personales, la participación de los agentes en la vida pública y las manifestaciones concretas del hombre moralmente autónomo. Todo justificado en base al respeto, a la consideración de que en sociedad unos y otros debemos tenernos. Pese a todo ello, dicho argumento parece un tanto endeble si nos ajustamos a lo que fácilmente es perceptible en la vida social, como la sociología ha puesto de manifiesto, y un argumento que en más de una ocasión se ha criticado ampliamente. Ya tendremos ocasión de profundizar más en todos estos aspectos, sobre todo, porque, en contra de estos comentarios críticos, se han formulado réplicas a tener en cuenta.

De todas formas, de la exposición anterior puede entresacarse el dato de que, para quienes ven en la dignidad humana y, de paso, en la noción de la personalidad y de la autonomía moral, el sustrato teórico de la intimidad, al mismo tiempo presuponen que ésta no es un bien en sí misma ni un fin último, sino que es un valor derivado, deseable, eso sí, como plataforma, como condición necesaria para el ejercicio de otros que sí lo son, como, por ejemplo, toda la panoplia de libertades. La intimidad como requisito de la libertad. Sólo así adquiere una sólida justificación como sugiere Benn al explicitar las áreas en las cuales se manifiesta y se

²² *Ibidem*, p. 9.

construye el ámbito íntimo. En una línea muy similar, autores como E. L. Beardsley y H. Gross, y otros, también dentro del individualismo, a veces extremo, sintonizan con esta sugerencia. En concreto, lo que estos pensadores valoran es la vertiente legal de la intimidad, pues capacita para controlar lo que de nuestra vida privada, de nuestras actividades, de nuestros sentimientos, puede ser conocido por otras personas. Este tipo de control aparece como algo esencial para el desarrollo del autorrespeto (*self-respect*) y de la dignidad personal. El respeto, y el autorrespeto, como actitud que se manifiesta cuando las personas observan los límites de la esfera personal y los respetan en sus relaciones, cuando las personas creen tener derecho a ser tratadas por las demás con consideración. He ahí su estrecha interrelación, con la noción de dignidad humana y de intimidad. Incluso, para J. R. Pennock, al explicar el fundamento de la *privacy*, recurre al binomio control individual de la información y dignidad humana, pues posibilita la oportunidad de tener relaciones personales íntimas con otros. De esta forma, se procuraría el «contexto racional» para alcanzar dosis deseables de intimidad y podríamos desarrollar aquellas relaciones que creamos pertinentes según nuestro buen entender.

Dentro de estas opciones, el individualismo de Elizabeth Beardsley, al tratar de definir lo que es la intimidad, se construye a contrapelo de la intimidad misma²³. No recurre, en principio, a la dignidad humana como criterio básico, sino que parte de las violaciones, de las interferencias, de las rupturas habituales de la vida privada en las sociedades avanzadas para descubrir los aspectos relevantes de la intimidad, pues, según su opinión, la comprensión del problema se encuentra en la naturaleza de la conducta que viola la vida íntima. Su proceso intelectual va de las violaciones a las bases o «caras» de la *privacy*. Es decir, de la observación y descripción a la prescripción, a lo normativo, del *is* al *ought* en el objeto de la intimidad, aunque, y conviene aclararlo ya, ello no evita que haya precomprensiones, que acuda a la realidad con una idea previa de lo que busca y que, luego, lo ratifique en sus conclusiones. De acuerdo a sus investigaciones, las violaciones alegadas por la gente cotidianamente pueden centrarse en dos categorías: conductas que restringe el poder de una persona X para determinar por sí misma las acciones o experiencias que desee –violación de la autonomía personal (*autonomy*)–, y conductas que muestran que una persona Y ha obtenido o revelado información sobre X, que ésta no desea que fuese conocido o revelado –violación del derecho a una revelación o información selectiva (*selective disclosure*)–. Ambas, autonomía e información selectiva, son bases morales que reflejan los dos aspectos más importantes de la intimidad, según la autora. Pero, sobre todo, el principio de la autonomía es la regla moral básica, pues delimita el poder de cada uno para determinar los cursos de acciones que se desea realizar; por tanto, la facul-

²³ E. L. BEARDSLEY, «Privacy: Autonomy and Selective Disclosure», en *Nomos: Privacy*, XIII, cit., pp. 56-70.

tad de elegir y decidir nuestras acciones y la facultad para llevar a la práctica lo que previamente hemos decidido.

IV

La autonomía moral, la dignidad humana, el mutuo respeto, otros tantos tópicos que justifican la acepción moderna de la vida privada. Al principio, señalé que iba a desarrollar algunas implicaciones y mostrar algunas perversiones del concepto de intimidad. Perversiones en el sentido de carencias e insuficiencias, que se cifran, sobre todo, en el hiato existente entre las definiciones y el sentimiento de la privacidad y sus justificaciones teóricas. O, por lo menos, que esas justificaciones permiten muchos matices –muchos tipos de autonomía, de dignidad y de mutuo respeto–, muchas interpretaciones distintas que, de paso, orientan muchas intimidades también distintas. Y el hecho es que esa fractura se nota especialmente cuando se ocupa una posición externa al discurso teórico, cuando se observan desde fuera hechos y situaciones que podrían caer bajo la noción de vida privada o de privacidad y que, sin embargo, merecen calificaciones muy diferentes. Con este objeto, paso a describir una serie de supuestos a partir de los cuales es posible continuar nuestro monólogo sobre la intimidad.

Suelen mencionarse situaciones que justifican la protección de la esfera de privacidad como, por ejemplo, aquellas que limitan o restringen la entrada a una casa o a un ámbito privado, o el acceso a una información considerada íntima, o el empleo de la informática y el registro de datos relacionados con el sexo, la raza, la religión o la ideología de las personas, o el uso de la imagen, del honor y de la identidad de otros. Casos en los que se viola la confianza, la amistad, la soledad, el anonimato de las personas. Que una persona esté en su habitación, o en cualquier sitio, en la calle paseando, pero recogida en su santuario interior, suscitando ideas y pensamientos, sentimientos y emociones, soñando, es una situación que cae de lleno en la noción de intimidad y, si se pudiera violar ese recinto de la forma que sea, bien adivinando sus pensamientos o utilizando cualquier tipo de artilugios todavía impensables, entenderíamos que se ha lesionado su privacidad. Lo mismo opinaríamos cuando algún periodista, u otro individuo, empleando *zooms* o las más modernas técnicas de la fotografía consigue información gráfica de escenas íntimas de una persona, famosa o no, por tanto, traspone los muros de su vida privada y, además, la publica. O cuando con escuchas telefónicas se interfiere una conversación privada donde se vierten opiniones o datos personales y, en general, cuando se usa las innovaciones tecnológicas con fines parecidos. O se registran datos sobre la filiación política, o movimientos bancarios, viajes, opiniones y un largo etcétera. En Estados Unidos, por citar una tradición jurídica bastante emblemática en lo que a la privacidad se refiere, la Corte Suprema tiene una bien fundada doctrina por la cual entiende que aquello que se refiera al matrimonio, la fami-

lia o la educación de los hijos pertenece al ámbito de lo privado y, en consecuencia, lo protege²⁴.

Siempre en estos casos parece que no es difícil formular un acuerdo sobre la vulneración de una idea de intimidad y de vida privada que parece propia de nuestra cultura occidental e, incluso, podría reivindicar alguno de nuestra tradición ideológica. No pretendo hacer un elenco de las situaciones, acciones y casos que caen dentro del concepto de intimidad, que suponen una manifestación de nuestra reivindicación de la vida privada, pues es esa una tarea que se ha realizado con bastante profusión y éxito, por lo que declino ese trabajo. Más bien, donde se evidencia, en cierto modo, la fragilidad o la maleabilidad de la noción habitual de privacidad, es en las situaciones o acciones «límite», en principio, no incluidas dentro del espectro de la intimidad, donde, en suma, se presentan serias dudas. Especialmente, se nota el hiato entre las definiciones al uso y una justificación que abusa de referencias a la autonomía moral, la dignidad humana o el mutuo respeto, vinculando la privacidad a la noción de personalidad. Un ejemplo de estas situaciones límite se encuentra en la doctrina jurisprudencial estadounidense que, junto a las consideraciones anteriores, parece, en líneas generales, negarse a incluir dentro del Derecho a la intimidad la protección de las relaciones homosexuales, las decisiones sobre la interrupción voluntaria del embarazo y otras similares que parecen lesionar una visión tradicional de la dignidad humana. He aquí dónde se muestra la endeblez de la noción de intimidad y su fractura con respecto a las referencias a las cualidades morales del individuo. Porque si se funda en la idea de autonomía moral, de propia dignidad y de auto-respeto, ¿qué hay más cercano a la propia consideración de cada uno de nosotros como seres autónomos, que gozan de una dignidad y de auto-respeto que poder decidir sin cortapisas sobre sus relaciones íntimas con otras personas, del tipo que sean, o sobre qué hacer con su propio cuerpo? He aquí las perversiones de la intimidad.

Para justificar esta opinión, quiero describir varios supuestos límite en los que parece emplearse el concepto de la intimidad de forma espúrea para negar la intimidad misma, para negar que las personas merecen el calificativo de seres autónomos, dignos de respeto, o, donde se muestra la diferente vara para medir cada caso. No pretendo que sean casos contra-fácticos, aunque, de hecho, están a medio camino entre lo imaginado y lo real. Simplemente, evidenciar los flancos débiles de estas nociones que son esgrimidas con tanta seguridad y solidez como falta de rigor. Quiero referirme a los siguientes supuestos:

1. El primero lo retomo del amplio espectro de situaciones que son recreadas por la imaginación literaria y teatral. Recreadas, a veces, con sorna e ironía, mostrando lo esperpéntico de nuestras realidades más seguras, pero, por ello mismo, aportando una mirada oblicua, distinta,

²⁴ Sobre esta problemática véase el artículo de J. RUBENFELD, que trata la cuestión desde una posición bastante heterodoxa.

cómplice. En la pieza teatral *Los próximos*, los hechos suceden en una habitación de una casa que ocupa todo el escenario y en la cual se desenvuelven los acontecimientos. En *off*, se escuchan los gritos desesperados de una mujer que están violando en otro lugar de la casa hasta que, en el transcurso de la obra, la matan. Poco a poco, el escenario se va llenando de gente desde los propietarios al resto de vecinos –los próximos– hasta reunirse todos los habitantes del inmueble. Las conversaciones y la situación transcurre entre comentarios banales y la preocupación por el funcionamiento de la luz, el teléfono, la puerta, las ventanas y la seguridad de la casa, no vaya a ser que entrase el supuesto delincuente. Nadie llama a la policía por no perturbar su misma seguridad y por no pasar una noche molesta en la comisaría. Por supuesto, nadie acude a las llamadas de auxilio; todos permanecen quietos, seguros y confiados en su intimidad amurallada que les persuade de su suerte.

2. El segundo supuesto recuerda la situación que llevó a un dirigente de una gran ciudad a renunciar a su candidatura en unas elecciones ante la revelación de hechos realizados en la intimidad. Es cogido *in fraganti* en una habitación de un hotel con su amante y consumiendo droga. Actos que fueron fotografiados y filmados por la policía con la connivencia de la mujer que estaba en el interior. Como puede suponerse, su carrera política quedó truncada una vez se publicaron las fotografías y la noticia.

3. El tercer supuesto ha sucedido realmente en España y, después de recorrer todo el *iter* jurisdiccional de nuestro sistema jurídico, dio lugar a una sentencia del Tribunal Constitucional, en donde se hicieron valoraciones sustanciales sobre el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la Constitución española. Se trata de una reclamación de la Asociación Salhaketa en favor de que los presos de ETA reclusos en la cárcel de Nanclares de Oca pudieran disfrutar de «comunicaciones especiales», esto es, relaciones íntimas con sus familiares o personas allegadas como cualquier otro preso y de acuerdo a la Constitución española y la legislación penitenciaria. Reclamación en la que alegan violación del derecho a la intimidad y lesiones en su integridad moral y trato degradante. El centro penitenciario les negó esa posibilidad y el Tribunal Constitucional ratificó esa decisión. De todos los argumentos, el que más me interesa es el que fundamenta el fallo final: «Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales, que garantizan la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo. Aseguran que nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley (art. 17.1 CE) y protegen el ejercicio de libertades concretas (por ejemplo, arts. 19, 20, 21, 22, 27 y 28 CE) o de aquellos ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad (art. 18 CE) [...]. Lo que importa al asunto que ahora nos ocupa es subrayar la afirmación que antes hacíamos de que *el mantenimiento de relaciones*

íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas» (FJ 2).

Y concluye esta digresión afirmando: «Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven impedidos de su práctica, sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno». No es la sexualidad, por lo tanto, un derecho fundamental, sino una manifestación más de la libertad. Se insiste hasta la saciedad en que la sexualidad es una manifestación de la libertad de cada ciudadano sin entrar a analizar los efectos en el orden penitenciario. Parece como si la sentencia tuviera miedo de afirmar que la vida sexual pertenece a lo más íntimo de la persona, para lo cual se necesita un ámbito, un espacio intocable en el que poder realizarla. Si la vida sexual no pertenece a la intimidad, bien pudiera preguntarse qué es lo que queda como propio de la misma.

Aunque los hechos han sido descritos con una extensión variable, creo que sirven para cumplir mi propósito de narrar situaciones que se ubican en el límite del concepto de intimidad y de su justificación. Una intimidad amurallada que hace caso omiso de lo que sucede fuera; unos actos realizados en la intimidad que no son respetados al hacerlos públicos, y unas relaciones sexuales que no son consideradas como actos íntimos. Si la autonomía moral –esto es, la capacidad autolegisladora del individuo–, la dignidad humana –la naturaleza libre y racional del ser humano– y el mutuo respeto –o la consideración que uno tiene de sí mismo y de los demás–, son las ideas que justifican la privacidad, no parece que estos casos y situaciones queden suficientemente resguardadas y, no obstante, uno tiene la impresión de que sí pertenecen a ese ámbito o santuario que es la intimidad, con las diferencias existentes entre ellos. Y el sentido común, con toda seguridad, llevaría a más de uno a pensar lo mismo. Es más, según las ideas antes expresadas sobre la vida privada, parece que caen en su significado.

En el primer caso, aparece el lado negativo y perverso de la intimidad. De la intimidad aburguesada y convencional, del *confort* y la comodidad, que sólo prima la vida privada tapiada, insolidaria, pero que es esgrimida para proteger lo de dentro y para apartarse de las inclemencias exteriores. Aquí, no hay tanto una violación de la intimidad como un uso espúreo de la misma, en el cual se enfrenta el valor mismo de la privacidad con el de la solidaridad. La solidaridad como virtud pública necesaria e imprescindible para el buen gobierno de la sociedad; la virtud de la apertura y de la simpatía que abre nuestros sentimientos a los demás y que promueve la colaboración recíproca. La privacidad sólo sirve en este caso para lo contrario, para fomentar la insolidaridad y el autismo social, uno de los más graves pecados de la sociedad opulenta. Pero es que lo más desconcertante es que difícilmente puede entenderse esta actitud a la luz de las justificaciones de la intimidad, esto es, de la consideración de la autonomía moral, de la dignidad humana y del respeto mutuo, que, según vimos, fundan la defensa de la vida privada. ¿Puede defenderse sin sonrojarse esa intimidad amurallada recurriendo a estos argumentos a la vista de la impu-

nidad con que se permite la violación de la autonomía moral, de la dignidad y del autorrespeto de la persona violada y, finalmente, asesinada? Puestos a hablar de estos importantes principios morales, creo que son igualmente válidos para acudir en auxilio de la persona que lo necesita, precisamente para preservar su autonomía, su dignidad y su propia autoconsideración. O, ¿acaso en los sucesos, aunque superficialmente narrados, no se han lesionado los principios de la mujer violada?

El segundo caso es algo diferente, aunque, en mi opinión, se produce también una lesión de la intimidad utilizando medios técnicos. Se produce, por supuesto, una vulneración de los principios morales que justifican la existencia de la intimidad, aunque, aparentemente, pudiera legitimarse esa medida en la persecución del delito o, incluso, en la preservación de la moral pública en la persona del político, lo que, por otra parte, puede ser más que dudoso. Pues, ¿acaso el hombre público no tiene vida privada, un área en la que pueda comportarse como un individuo singular? Y, en este sentido, cuando se le impide tener esa vida privada o se produce una injerencia como la descrita, ¿no se está, además, violando su autonomía moral, su dignidad, su respeto, en fin, todos los calificativos morales al uso?

El tercer supuesto es también muy preocupante, pues se produce una limitación jurisprudencial del derecho a la intimidad y se hacen unas consideraciones argumentativas poco convincentes. La sentencia del Tribunal Constitucional, interesa recordar, afirma taxativamente que las relaciones sexuales o íntimas no pertenecen a ningún derecho fundamental —en particular, el de la intimidad personal del art. 18 de la Constitución española—, sino que son «una manifestación de la libertad a secas». Esta afirmación no tiene ni pies ni cabeza. Imaginemos las consecuencias que pueden extraerse si se extiende, si se universaliza esa declaración a todos los ciudadanos: que las relaciones sexuales entre personas no pertenece al derecho a la intimidad, sino a la libertad a secas. Pues, entonces, si dos personas están en una habitación manteniendo relaciones sexuales y un tercero capta una imagen, filma la situación o grava la conversación o los sonidos, ¿qué derecho se ha violado?, ¿se ha lesionado el derecho a la intimidad?, ¿cabe algún tipo de protección legal ante estos hechos? ¡Imagínense si esas relaciones son homosexuales! Y si, en lugar de relaciones sexuales, están celebrando una fiesta u otra actividad íntima, entonces, ¿se violaría o no el derecho a la intimidad? Creo que, de nuevo, las consideraciones sobre la autonomía moral, la dignidad humana y el autorrespeto que sustentan la idea de intimidad y también la necesidad de tener unas relaciones sexuales fluidas no son tenidas en cuenta en esta argumentación y, de alguna manera, evidencia una disintonía entre el concepto ético y el concepto moral de intimidad. La sentencia aún hace referencia a la intimidad de los presos con otra frase muy discutible: «una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actua-

ciones que normalmente se consideran privadas e íntimas». Triste consuelo para el recluso si su privacidad queda reducida a su vida interior. Y, por otra parte, no se discute que esas relaciones precisen de autorización: aunque sea una intimidad autorizada, no deja de ser intimidad.

V

Por supuesto, hace falta proteger la intimidad. La ausencia de vida privada revierte en un perjuicio en el desarrollo moral y en la formación del individuo y, por ende, en la correcta vertebración de la sociedad y en una vida pública sana y proclive a la participación de todos los ciudadanos. Todos y cada uno de nosotros tenemos una sensación más o menos vaga de lo necesitados que estamos de ese ámbito. Sin la intimidad, no podríamos realizar muchas de las cosas más triviales que abundan en nuestra vida cotidiana, y, evidentemente, tampoco las cruciales, aquellas que consideramos capitales. Ni siquiera sería posible una proyección social del individuo, ni el establecimiento de relaciones personales. Por eso, difícilmente puede exagerarse sobre las bondades de un retiro privado, pero ello no es obstáculo para realizar algunas valoraciones críticas. (Entre otras, por ejemplo, una por la que he pasado de soslayo: el que sólo gozan de vida privada quienes pueden conseguirla. Como dice, y ruego disculpen este largo inciso, Lamo de Espinosa: «Los ricos –y valga esta expresión tan vaga como útil– viven literalmente recluidos detrás de jardines, puertas, servicio, guardias, secretarios o secretarias y cuando salen lo hacen a clubes privados o a casas de campo vigiladas, etc., de modo que sus actos tienen muy poca visibilidad y son difícilmente fiscalizables. En última instancia, la privacidad se distribuye tan desigualmente como el espacio, es decir, como la propiedad inmueble. Por el contrario, los pobres y algún otro grupo especial –como los jóvenes en general– viven literalmente en la calle, prolongación directa de su casa, y su conducta es muy visible»²⁵).

No nos llevemos a engaño respecto a la fundamentación y definición de la vida privada. Quizá convendría aquí recordar alguna de las cosas que han ido surgiendo, como, por ejemplo, la naturaleza fluctuante, móvil, del concepto y la disparidad de sentidos que cada época confiere a la privacidad y cada uno de nosotros en cada momento. O las relaciones también móviles, como espacios distintos, que existen entre lo público-privado-íntimo. Y las referencias para justificar su estatuto filosófico. De todo lo anterior, creo, pueden inferirse los siguientes puntos:

1. Que existen dificultades para precisar con rigor un concepto de intimidad. Pueden hacerse diferentes aproximaciones y acercamientos

²⁵ E. LAMO DE ESPINOSA, *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, p. 29.

—el que aquí se ha hecho es, en el fondo, uno más—, pero un estudio detallado de todos ellos permite concluir que existe una gran variedad de conceptos, de matices y sutilezas, de criterios y comentarios, a los que se ha hecho una muy sucinta referencia. El concepto de intimidad no deja de ser un concepto histórico. Incluso en cada concepción influyen multitud de factores que, a veces, escapan a quienes intentan captar su significado. Factores culturales y sociales que hacen que cada sociedad, cada comunidad o cada persona entienda su vida privada de un modo que, en ocasiones, no coincide con la vigente en una sociedad próxima, una comunidad cercana o entre los vecinos de un inmueble. «Hay categorías sociales con tradiciones particularmente austeras, que tienden a extender el ámbito de sus actos privados y, en cambio, hay grupos que hasta podrían verse complacidos por una publicidad para ellos muy difícil de alcanzar, aun a costa de la exhibición de hechos íntimos suyos»²⁶.

Por lo tanto, el primer punto consiste en dejar constancia del *relativismo* que se cierne sobre el concepto de intimidad y de sus muchas *ambigüedades*. El sentido de la vida privada es relativo a cada uno. Los estudios de la sociología han tenido bastante que ver en esto, mostrando las diferencias culturales existentes entre zonas, regiones y países del planeta. Muchas veces es el propio clima el que origina esta diversidad, reclusando a las personas en sus habitaciones, en sus casas, en la lectura o en el ocio —y alentando así aún más la vida privada— o expulsándolas a ámbitos públicos como las plazas. Las religiones con sus mandamientos y su influjo en los hábitos cotidianos son otros tantos condicionantes sin los cuales es imposible comprender lo que estamos diciendo. Igualmente, las nociones personales sobre lo íntimo dependen de la posición social que se ocupa; hay quienes se ven expuestos a la mirada pública con más facilidad, precisamente por el cargo que ocupan o por su profesión, que atraen la atención de los demás, lo que conlleva parejo expandir el ámbito de lo privado; quienes, a su vez, no se encuentran en esta situación, la inmensa mayoría, tienden a proteger con nuevas murallas su intimidad del acceso de extraños que la perturben.

2. Pero, si el concepto de intimidad y de vida privada aparece a todas luces como algo relativo, ello no es óbice para que debamos entenderlo además como una noción *dinámica y flexible*. Precisamente, porque su objeto cambia en el sentido ya señalado, se evidencia su ductibilidad a la hora de valorar situaciones que se producen en la realidad. En efecto, así es posible englobar bajo su significado momentos y estados dispares que fluctúan de un tiempo a otro, de forma que, lo que ahora puede parecer perteneciente al ámbito íntimo, más tarde, sin embargo, se hace algo habitual y público; no extraña, entonces, su revelación y conocimiento público. La frontera entre lo privado, lo público y lo íntimo es una frontera en movimiento, en continua transformación, al tiempo que también las costumbres varían y las modas influyen en las actitudes de la

²⁶ E. NOVOA MONREAL, *El derecho a la vida privada...*, cit., p. 43.

gente. No tiene, así pues, unos contornos previamente fijados e inmutables, sino que los supuestos relativos al sentimiento personal de lo que es la intimidad varían de una infracción a otra, de una persona a otra. En efecto, la intimidad es algo fluctuante que, a veces, engloba unos casos, mientras que, en otras ocasiones, se amplía a hechos fronterizos, dependiendo, las más de las veces, de los aspectos concretos que han acaecido realmente. Claro que, y precisamente por ello, la intimidad aparece desde este prisma como una noción útil y sumamente fértil, y no como algo esclerotizado ni anquilosado, de forma que resulta así acoplable a momentos y situaciones dispares.

3. Como corolario de lo anterior, suele defenderse que la intimidad se construye al hilo de una serie de *gradaciones* que delimitan los espacios protegibles. Es más, hay quien pretende definir su ámbito de protección en base a los diferentes grados que articulan la vida privada. En efecto, «existen varias tentativas para discernir diferentes grados dentro de la vida privada, bien sea por lo que toca a grupos más o menos extensos que tienen conocimiento de lo que dentro de ella sucede (familia, compañeros y dependientes), bien sea por la mayor importancia para el interesado de algunos aspectos de ella por encima de otros»²⁷. Incluso, en algún idioma, suelen distinguirse palabras que hacen referencia a diferentes esferas vinculadas a la vida privada, englobando dentro de cada una de ellas aspectos relativos a la propia persona, y que tienen su razón de ser en la mayor o menor exposición pública de datos y hechos íntimos que esté dispuesto a admitir cada uno. De esta forma, la vida privada se construye a modo de círculos concéntricos, que van reduciendo su espectro desde lo que puede ser conocido por aquellas personas de confianza hasta lo más íntimo, lo más secreto, que resulta así inaccesible a los demás por su carácter reservado.

4. Si bien esta forma de entender el meollo del problema puede ser válida para comprender lo que es la vida privada, en mi opinión, no parece muy apropiado para captar todo lo que es la intimidad y, en particular, las derivaciones del derecho a la intimidad. Al mundo del Derecho no le interesan fragmentaciones en la protección de la intimidad, ni la regulación de diferentes esferas de lo privado, sino, en todo caso, tener las cosas más claras. Resulta, pues, poco útil en manos de los juristas. Es más, puede decirse que no existe una total sintonía entre el concepto jurídico de intimidad y el que habitualmente se discute en el mundo de la ética. La sentencia comentada puede servir de ejemplo de lo que afirmo, especialmente, por la sinrazón que, en mi opinión, se defiende ahí. Y máxime cuando en el mundo del Derecho, en las sentencias judiciales, suelen primar otros intereses alejados de la privacidad. Piénsese en las tensiones entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión.

5. A la luz de los supuestos reseñados, me parece que las justificaciones de la intimidad adolecen de un abuso excesivo de argumentos apa-

²⁷ *Ibidem*, p. 46.

rentemente consistentes para los casos-tipo comunes, pero que sirven de poco en los casos límite, por cuanto la restricción de la intimidad o, incluso, su negación parece olvidar la autonomía moral, la dignidad y el auto-respeto de quien ve menoscabada su intimidad. ¿No debería defenderse con carácter universal, para todos los casos de la intimidad, esa argumentación y no permitir un uso ético arbitrario de los mismos? Es en este sentido que me parece que existe un hiato o una falsa vinculación entre la definición y las justificaciones más extendidas.

La justicia social como correctora de la justicia protectora

Por JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO

Profesor titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política
de la Universidad de Murcia.
Profesor invitado de la Universidad de Colonia

Como consecuencia de la derrota del nacionalsocialismo, el pensamiento alemán intenta buscar nuevas fuentes de claro contenido filosófico y ético en que fundamentar el Derecho del nuevo Estado. De nuevo, se produce en Alemania el «eterno retorno del Derecho Natural», bajo nuevas fórmulas y denominaciones¹.

La quiebra del positivismo tras la Segunda Guerra Mundial, unido a la desconfianza en los anteriores textos legales, y el descrédito del totalitarismo, todo ello supuso una revalorización de las ideas de dignidad y libertad de la persona humana y el fortalecimiento de la idea del Estado de Derecho².

Todas estas circunstancias abundan en el desarrollo de una nueva especie de justicia, de contenido eminentemente político, la justicia protectora del Estado de Derecho en terminología de Helmut Coing: «el poder aspira a la sumisión absoluta; la idea del Derecho impone respeto recíproco, y no puede tolerarse una renuncia a sí mismo impuesta ni voluntaria. Por ello, la relación de poder tiene que ser modificada si es que se la quiere someter a la idea del Derecho»³. Es

¹ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *Hacia una concepción amplia del Derecho Natural*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

² MIRETE NAVARRO, José Luis, *Introducción a la Filosofía Jurídica*, Editorial PPU, Barcelona, 1989, pp. 22 ss.

³ COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p. 193.

natural lo que esta nueva concepción de la justicia supone en la naciente República Federal Alemana (hoy Alemania), ya que su función específica consistía en proteger el naciente Estado de Derecho, de lo que resulta su contenido político, que la diferencia de las otras especies de justicia, en especial, de la justicia social, de contenido predominantemente económico.

La función específica de la justicia protectora consiste en regular, por medio de criterios racionales, los posibles abusos del poder político. El principio supremo de esta especie de justicia dirá: «todo poder de un hombre sobre otros hombres tiene que ser limitado»⁴, la propia experiencia política demuestra la existencia necesaria de este principio, según Montesquieu⁵. La idea del Estado de Derecho sólo puede basarse en un sistema unitario de valores filosóficos-políticos separados y protegidos por la justicia protectora y el Derecho.

Para que podamos hablar de Estado de Derecho, basta que el Estado se limite y esa limitación puede ser varia: «por el derecho positivo, por los derechos individuales o por la limitación trascendente del Derecho Natural»⁶. La justicia protectora va a exigir del Derecho para la protección del Estado democrático, el desarrollo de una serie de principios.

El primero, y más importante, consiste en la limitación del poder político, que se encuentra en la propia «*naturaleza de las cosas*», desarrollando el dogma de la división de poderes, ya clásico, desde Montesquieu. Lo que importa destacar es la conexión de la justicia política, como protectora del Estado de Derecho, con la idea de *Natur der Sache*, nueva concepción del Derecho Natural de contenido amplio, rectificación del viejo Derecho Natural (tomista y racionalista), pero que supone su prolongación, con distinto tipo de fundamentación⁷. Como nos dice Rodríguez Paniagua: «la doctrina de la naturaleza de las cosas puede entenderse como una categoría general o global, que comprendería todas las tendencias que procuran acercar el Derecho a la realidad y buscar en ésta una orientación para la creación la aplicación del Derecho»⁸.

Importa destacar cómo la doctrina alemana de la posguerra inicia una vuelta o búsqueda de nuevos valores con los que fundamentar la justicia y el Derecho, huyendo de prismas totalitarios, de aquí que esos nuevos valores se plasman en el artículo 1.º de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949. De igual manera, el nuevo Derecho español surgido tras la existencia de un sistema totalitario, busca en la permanencia

⁴ *Ibid.*, p. 193.

⁵ MONTESQUIEU, «C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; et il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites». *L'esprit de Loies*, 11, 4.

⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 18.

⁷ FECHNER, E., *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956, p. 146.

⁸ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M.^a, *op. cit.*, p. 123.

de nuevos valores democráticos su definitiva consolidación en el artículo 1.º de la Constitución de 1978⁹.

Como podemos apreciar, este primer principio de la justicia protectora podríamos terminarlo de desarrollar afirmando que: «las exigencias desproporcionadas son contrarias a la naturaleza de la cosa»¹⁰.

El segundo principio por medio del cual la justicia protectora limita el poder político, según H. Coing, consiste en el respeto a los Derechos Humanos¹¹. El Estado deberá respetar la dignidad de la persona humana y para ello deberá garantizar el respeto a sus derechos fundamentales. Este importante principio se encuentra recogido en la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 1.º:

«1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

2. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.»

Como podemos apreciar, es a partir de este artículo como se construye el sistema de valores del Derecho alemán, partiendo de las ideas de dignidad humana y los Derechos del hombre. Hay que resaltar el claro matiz iusnaturalista de estos párrafos del artículo 1.º de la Constitución alemana, y su alto valor ético y filosófico jurídico, al referirse claramente a «*la dignidad del hombre es intangible*», y «el pueblo alemán se identifica con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana...».

De igual manera, la Constitución española de 1978 en sus artículos 1.º, párrafo primero, y 10, depende en gran medida en la plasmación de los valores éticos y jurídicos de la Constitución alemana de 1949, aunque la positivación de los mismos tiene una menor carga filosófica y ética que la del marco de su inspiración¹².

Es importante resaltar cómo ambas Constituciones, la alemana y la española, elaboradas después de haber pasado por circunstancias políticas difíciles, asumen al comienzo de las mismas los valores democráticos para desterrar, de este modo, cualquier intento de tornar a gobiernos totalitarios.

Sin embargo, debemos resaltar que en la Constitución española de 1978 se asumen con mayor amplitud que en la Constitución alemana

⁹ «La finalidad del Constituyente es señalar los objetivos máximos a realizar por el Derecho, como objetivos éticos. Es decir, se trata de superar el formalismo ético consistente en afirmar que todo Derecho regularmente creado es justo... introduciendo estos criterios materiales, expresión del máximo acuerdo y consenso social».

PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 51.

¹⁰ COING, Helmut, *op. cit.*, p. 195.

¹¹ *Ibid.*, p. 195.

¹² MIRETE NAVARRO, José Luis, «La fundamentación filosófico-jurídica de los Derechos Humanos en la *Grundgesetz* alemana y en la Constitución española de 1978». Publicado en *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución española de 1978*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. I, Madrid, 1988, pp. 248 ss.

de 1949, una serie de valores, como son los económicos, sociales y culturales. Esto supone una relación entre la justicia protectora (de contenido político) y la justicia social (de contenido esencialmente económico), rectificando esta última las posibles desigualdades económicas, sociales y culturales, pudiendo calificar a la Constitución española de 1978 como una de las más progresistas de Europa, tal vez, por su más reciente desarrollo, lo que supone asumir más claramente los Derechos Humanos pertenecientes a la segunda generación de Derechos¹³.

Según lo expuesto anteriormente, la justicia social debe mostrarse como correctora de los posibles desequilibrios que se planteen a nivel personal y colectivo dentro de un Estado, como, por ejemplo, el español, que se autocalifica como «social y democrático de Derecho».

La justicia social está caracterizada por dos notas esenciales:

- a) Hace hincapié en las obligaciones que se derivan de la naturaleza del hombre.
- b) Consiste también en abundar en la función social de la riqueza de un país y de sus ciudadanos.

La justicia social es la justicia por excelencia del bien común en cuanto fin del Derecho y responde al orden natural de configuración social de la propia sociedad y del Estado, configurado por grupos sociales naturales¹⁴. Esto significa que desborda el plano de las leyes positivas, porque abarca categorías y contenidos económicos no contemplados por la justicia protectora. En este sentido, el contenido de la justicia social coincide con determinadas corrientes neomarxistas, que piensan que los órdenes económicos y el jurídico deben contrapesarse por medio de la justicia social. Dentro del marco jurídico-político del Estado español, ha habido tímidos intentos constitucionales que apuntan en la dirección indicada como afirma el profesor Garrorena: «La Constitución incluye junto al reconocimiento de la “libertad de empresa” y de la “economía de mercado”, determinadas menciones de contrarios signos, las cuales deben ser puestas en conexión con esa posibilidad, de entender el modelo neocapitalista, no tanto como sistema complacido e inmovilista asumido cuanto como situación de partida desde la que transitar a formas superiores de solidaridad y convivencia»¹⁵.

El profesor Garrorena se refiere al artículo 38 de la Constitución española de 1978, puesto en relación en el artículo 33, el 128.2 y el 129.2.

Debemos destacar, por último, que en la misma dirección la más prestigiosa doctrina se dirige en el mismo sentido: Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, con siete ediciones, y Pablo Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*.

¹³ Para este punto, se pueden consultar las obras del profesor: GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, y del profesor de la Universidad Libre de Bruselas: HAARSCHER, Guy, *Philosophie des Droits de l'homme*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1987.

¹⁴ ULTZ, Arthur, *Ética social*, Editorial Herder, Barcelona, 1964, pp. 217 ss.

¹⁵ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pp. 60 ss.

Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ

Universidad de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN

Suele llamarse *objeción [de conciencia] sobrevenida* a la objeción de conciencia al servicio militar que se manifiesta cuando el objetor ya ha ingresado en filas. Fundamentalmente es la actitud o la conducta de quien por motivos de conciencia se niega a continuar participando en un ejército al que pertenece por obligación (aunque acaso quepa también aplicar la figura a los ejércitos voluntarios). La circunstancia de que el objetor ya esté en filas hace que al dilema propio de toda objeción de conciencia —escoger entre la aplicación igualitaria de la ley y la tolerancia de la disidencia justificable— se añadan en esta modalidad problemas extraordinarios de eficiencia militar y responsabilidad pública. Son estos problemas añadidos los que explican la peculiaridad que en España hace a la objeción sobrevenida especialmente interesante y merecedora de una atención particularizada: hoy por hoy, es la única forma jurídicamente prohibida de objeción de conciencia al servicio militar. Es más, previsiblemente seguirá siendo una forma prohibida de objeción de conciencia respecto del ejército profesional tras la anunciada abolición del servicio militar obligatorio —a no ser que prospere la legalización querida por algunos grupos políticos, claro está—. Tiene interés, por tanto, discutir si está justificada la prohibición actualmente vigente.

Sobre la objeción de conciencia se ha escrito mucho, tanto acerca de su concepto como de su justificación¹. Obviamente casi todo lo dicho

¹ Tal vez el estudio español más completo sea el de GASCÓN ABELLÁN, M.; *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Ver allí

sobre la objeción en general y sobre la objeción al servicio militar en particular es aplicable a la sobrevenida, que no es más que una peculiaridad temporal de la segunda. En este sentido habría algo de redundancia en tratar la objeción sobrevenida como un objeto de estudio específico si no fuera por su tratamiento diferenciado en la ley y en la jurisprudencia constitucional. Si bien la objeción de conciencia al servicio militar está parcialmente tolerada en España desde 1976², y formalmente respaldada desde 1978 por el artículo 30 de la Constitución, la objeción sobrevenida ha sido exceptuada de ese reconocimiento. Así la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, dispuso en su artículo 1.3 que la solicitud de objeción –sobre la que ha de decidir un Consejo Nacional– puede ejercerse «hasta el momento en que se produzca la incorporación militar en filas y, una vez finalizada ésta, mientras se permanezca en situación de reserva». Esta excepción temporal del tiempo en filas ha sido cuestionada política, jurídica y filosóficamente.

En este trabajo abordaré algunos aspectos filosóficos de la objeción sobrevenida en torno a la fundamentación del deber ético-político de tolerarla (un tema de Axiología jurídica). En otro lugar me he ocupado de un segundo eje iusfilosófico: la fundamentación del deber constitucional de no prohibirla (un tema de Teoría del Derecho)³. Allí sugiero que la figura tiene interés para ilustrar un debate más amplio sobre el contenido y la configuración constitucional de los derechos fundamentales. De modo similar, pienso que el examen de la fundamentación axiológica del Derecho que emprenderé aquí plantea y discute puntos de vista cuya importancia trasciende al problema particular que la objeción sobrevenida presenta hoy en España.

Pasaré por encima de los aspectos políticos y jurídico-legales (sustantivos) de la objeción sobrevenida. En lo que atañe a los aspectos políticos, la contestación a la ley ha sido amplia y constante, destacadamente entre grupos pacifistas y antimilitaristas. En el ámbito parlamentario también ha habido contestación, pero hasta el momento sin éxito. Con todo, el impulso de reforma continúa latente y de cuando en cuando un grupo parlamentario minoritario propone la modificación de la ley. En cierto

bibliografía. Me permito añadir como complemento mi trabajo: «Sobre el concepto de objeción de conciencia», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, III/2, 1994, pp. 159-186.

² El Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre, dispuso la prórroga de incorporación a filas para «los mozos que por razones u objeciones de conciencia, de carácter religioso, se muestren opuestos al empleo de armas y opten por sustituir el servicio militar en filas por una prestación personal en puestos de interés cívico». Ya antes ese mismo año, el 30 de julio, un indulto liberó a todos los objetores de conciencia encarcelados, excepto precisamente al primer objetor sobrevenido de España, el soldado gallego M. Escariz Magariños, que fue liberado al año siguiente (RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, Barcelona, Integral, 1988, pp. 143 ss.).

³ «La regulación constitucional de la objeción de conciencia sobrevenida», comunicación presentada en las XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Toledo, 19 y 20 de marzo de 1997).

modo, con este trabajo me gustaría hacer ver que la reforma es efectivamente necesaria.

En lo que atañe al Derecho vigente, las líneas generales del debate han quedado perfiladas en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley 48/1984; en las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la misma ley promovidas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y en la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987, de 27 de octubre, que resuelve las anteriores cuestiones de inconstitucionalidad. El Defensor del Pueblo argumentó en su recurso que el artículo 1.3 de la ley podría infringir el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia, ya que la conciencia es algo dinámico y desborda cualquier límite temporal; y podría asimismo quebrantar el artículo 55.1 de la Constitución al suspender derechos y libertades no incluidos en él. El Tribunal Constitucional no se ocupó de estos puntos al resolver el recurso del Defensor del Pueblo (sentencia 160/1987), sino la misma fecha en la sentencia 161/1987, ya mencionada, en la cual falló que la excepción temporal es conforme a la Constitución. A juicio del Tribunal la exclusión respeta el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia y «resulta justificable en atención a la organización interna del servicio militar obligatorio y a la prestación de un deber constitucional cuya dimensión colectiva podría resultar perturbada por el ejercicio individual del derecho durante el período de incorporación a filas...» (FJ 5). Este criterio es abiertamente cuestionado por cuatro miembros del Tribunal en tres votos particulares, en los cuales se trasluce la convicción de que la exclusión legal de la objeción sobrevenida es inconstitucional. El argumento básico, que comparto plenamente, es que al no admitir el ejercicio de la objeción de conciencia una vez en filas se está *negando*, no limitando ni suspendiendo, el derecho mismo que la CE reconoce. De la misma opinión es buena parte de la doctrina, tanto antes como después del pronunciamiento del Tribunal⁴. Aunque tampoco faltan quienes, por el contrario, justifican la exclusión legal⁵.

⁴ Pueden verse críticas a la exclusión legal de la objeción sobrevenida en: PRIETO SANCHÍS, L., «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema* 59, 1984, pp. 41-62 (p. 59); AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., «La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español», *La Ley*, 1, 1985, pp. 1114-119; SORIANO, R., «La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Estudios Políticos* 58, 1987, pp. 61-110; PELÁEZ ALBENDEA, G., *La objeción de conciencia al servicio militar en el derecho positivo español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988; LUCAS, J. DE, VIDAL, E., y AÑÓN, M.[^] J., «La objeción de conciencia, según el Tribunal Constitucional: Algunas dudas razonables», *Revista General de Derecho*, 520-521, 1988, pp. 81-93; GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho... cit.*, pp. 332 ss.

⁵ Pondré dos ejemplos: a) A. Cano Mata estima que la previsión legal es «razonable» para preservar los derechos de los demás «tanto a que no se incrementen los servicios que la ausencia súbita y no prevista de soldados ya en filas pueda provocar como a las modificaciones que esta actitud originase en quienes han sido nominados como “excedentes de cupo”». [CANO MATA, A., *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, tomo VII-2.º (julio-diciembre 1985), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, p. 99]. En mi opinión no es razonables negar el ejercicio del derecho a la objeción de

II. LA OBJECIÓN SOBREVENIDA COMO PROBLEMA MORAL

El problema moral que representa la objeción de conciencia sobrevenida tiene dos vertientes. Por el lado del sujeto, la justificación moral de ejercerla. Por el lado del Estado o del grupo social, la justificación moral y política de tolerarla. En medio queda, conformada por ambos debates, la cuestión seguramente principal: la fundamentación moral de la objeción sobrevenida como derecho subjetivo, que implicaría la afirmación de un deber moral correlativo de tolerarla. En este trabajo me ocuparé específicamente de la segunda vertiente del problema –la justificación de la tolerancia–, aunque algo diré antes sobre la primera y sobre la relación de ambas entre sí y con la existencia de un derecho moral a la objeción sobrevenida. Comenzaré por esto último.

Hay un derecho moral a la objeción sobrevenida cuando el objetor está moralmente legitimado para exigir a otros –en particular, a los órganos estatales competentes– que toleren su objeción, esto es, que no le obliguen a permanecer en el ejército en contra de los dictados de su conciencia. La existencia de este derecho guarda relación con los problemas morales identificados en el párrafo anterior, pero es en alguna medida independiente de ellos. Veamos primero lo que respecta a la justificación moral de ejercer la objeción sobrevenida. Por una parte, normalmente es el argumento que defiende la justificación de objetar, o que incluso afirma que es un deber moral, el que lleva a plantear que su ejercicio es un derecho moral (así, se dice que si objetar es un deber moral, ha de ser también un derecho). Pero lo cierto es que la existencia de un derecho no se deduce de que esté justificado realizar la conducta que supuestamente aquél protege, porque los derechos conllevan deberes correlativos de respeto que no acompañan a cualquier conducta justificada (por ejemplo, yo puedo estar moralmente justificado al perdonar una deuda, pero no tengo derecho moral a hacerlo si se oponen mis socios coacreedores). Por una parte, normalmente tener un derecho moral (por ejemplo, a objetar) supone que está justificado ejercerlo. Pero no siempre, porque puede haber deberes morales más imperiosos.

conciencia para salvaguardar unos supuestos derechos adquiridos por los declarados excedentes de cupo, pues tales derechos no sólo carecen del trasfondo moral y del reconocimiento constitucional que acompañan a la objeción, sino que incluso resultan de existencia dudosa. b) A. Millán Garrido justifica el criterio de la ley y el dictamen del Tribunal Constitucional por cuanto según él «resulta indudable que la objeción de conciencia “en filas” comporta unos riesgos, no desdeñables, para la eficacia de las Fuerzas Armadas, cuya necesaria tutela impone, en este caso, un límite objetivo al derecho previsto en el artículo 30 de la Constitución»; si bien considera que «por motivos pragmáticos» quizá hubiera sido preferible una mayor flexibilidad al respecto. (MILLÁN GARRIDO, A., *La objeción de conciencia*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 179 y 180). Por mi parte, pienso que la *flexibilidad* legal hacia la objeción sobrevenida no es una recomendación meramente pragmática, sino un verdadero deber de justicia y, por añadidura, una obligación constitucional. Puede verse una opinión más matizada, aunque también comprensiva con la exclusión legal, en PECES-BARBA, G., «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos* 5, 1988-1989, 159-176, p. 173.

Veamos ahora lo que respecta a la justificación moral de tolerar la objeción. Por una parte, normalmente es la justificación de la tolerancia lo que permite argumentar que existe un derecho subjetivo a ser tolerado. Pero lo cierto es que para argumentar así no basta con afirmar que no hay objeción moral a permitir la disidencia, sino que hay que afirmar que es un verdadero deber moral hacerlo. Porque sólo si hay un deber moral correlativo puede hablarse de derecho moral. Por otra parte, normalmente la existencia de un derecho moral supone que está justificado tolerar su ejercicio. Pero no siempre, porque puede haber derechos superiores que impongan la obligación de impedir el ejercicio de un derecho menor.

Se ha observado que en la objeción de conciencia hay dos tipos de conflictos: primero, entre un deber moral y otro jurídico, y segundo, entre un derecho moral y un deber jurídico⁶. El primer conflicto es la vertiente subjetiva del problema moral, y su resolución es sobre todo responsabilidad del individuo, aunque también desde la perspectiva del Estado importa la justificación moral de objetar, porque es un dato clave para determinar cuál sea la actuación legítima hacia la objeción. El segundo conflicto es la vertiente colectiva del problema moral, y en cierto modo se plantea también entre dos deberes: el deber jurídico de hacer cumplir la ley a todos por igual y el deber moral de tolerar las disidencias de conciencia, máxime cuando tienen la categoría moral de derecho. La resolución de este segundo conflicto es sobre todo responsabilidad del Estado; aunque también afecta al individuo, porque determina sus deberes personales de participación política y de obediencia al Derecho (básicamente, estos deberes son mayores en un Estado que respete los derechos morales de objeción de conciencia que puedan tener sus ciudadanos).

Así, pues, la primera vertiente polémica –individual en sustancia– consiste en preguntarse si debe ejercerse la objeción sobrevenida. Éste es un problema exclusivamente moral, competencia por tanto más de la Ética que de la Filosofía del Derecho. Se trata de analizar los motivos que en conciencia se alegan para objetar, con el fin de saber si están justificados⁷. La dificultad de esta tarea es la propia de todo examen moral, empezando por la necesidad de justificar los mismos juicios morales. Desde luego no voy a emprender aquí esta tarea, pero sí creo oportuno, para reconocer el problema, exponer algunos de los motivos de la objeción sobrevenida que pudieran ser objeto del examen moral. Por otra parte, a la hora de afrontar la objeción sobrevenida como problema social que el Derecho debe resolver no estaría de más presentar algunos de los razonamientos morales que la apoyan, pues sirven para comprobar que no se trata de un problema marginal, originado por un puñado de iluminados.

⁶ RUIZ MIGUEL, A., «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», *Anuario de Derechos Humanos* 4, 1986-1987, p. 405.

⁷ Ejemplo de este análisis es el que ofrece, para ciertos argumentos, GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho...*, cit., pp. 199 ss. Si bien en su discusión se produce un desplazamiento de perspectiva cuando introduce la libertad de conciencia como justificación de la conducta del objetor (*vid.* p. 220).

Más bien al contrario, la realización del servicio militar es una fuente de tensiones en la conciencia de algunos, sujetos las cuales tienen un fundamento serio y deben ser atendidas por el Derecho.

Los motivos de la objeción sobrevenida son sin duda los mismos que los de toda objeción al servicio militar, con el matiz de que crecen en importancia los que nacen del conocimiento de qué y cómo es en realidad el servicio militar o el ejército. A título ilustrativo voy a clasificar varios motivos en cuatro grupos, sin afán exhaustivo ni sistemático y sin esforzarme por relacionar unas categorías y contenidos con otros. Los sujetos se oponen en conciencia al servicio militar al menos por cuatro razones: 1) *Por su finalidad*. Porque rechazan lo que a su juicio es el objetivo del servicio militar: la guerra; la reproducción de una dominación elitista o clasista; la socialización en el Estado; el control gubernamental, etc. 2) *Por su naturaleza*. Porque rechazan el significado mismo del servicio militar por alguna de sus notas distintivas: militar, estatal, obligatorio, selectivo –en cuanto al sexo y los caracteres físicos–, no remunerado, armado... 3) *Por sus resultados*. Porque rechazan los efectos que a su juicio produce: alteraciones psicológicas circunstanciales o estables (desde la depresión al cinismo); reducción de la autonomía de la voluntad (por cuanto el sujeto queda a expensas de las decisiones de los mandos), etc. 4) *Por su realidad*. Porque rechazan las situaciones que a su juicio tienen lugar en la práctica del servicio militar: violencia generalizada; abusos físicos (en la actividad normal o en castigos); abusos psicológicos (faltas de consideración y excesos verbales, empleos serviles y encargos absurdos...); vaciedad e inutilidad, etc. Dentro de las situaciones reales habría que incluir la guerra, que el sujeto puede considerar aceptable o no, bien sea por la causa, bien sea por los medios empleados. En caso de considerarla inaceptable se plantearía una objeción de conciencia selectiva sobrevenida.

La segunda vertiente polémica –colectiva en sustancia– de la objeción sobrevenida pregunta si debe tolerarse. Éste es un problema de filosofía jurídica y política. Puede plantearse o bien en abstracto, como una especialidad de la objeción de conciencia o de la libertad de conciencia; o bien en concreto, teniendo en cuenta que otras formas de objeción al servicio militar sí están toleradas. Ambos enfoques nos serán provechosos. Por otra parte puede plantearse o bien unívocamente, como un caso del problema político más general de la tolerancia; o bien dialécticamente, en conexión con la justificación de la conducta del objetor. Creo que el segundo enfoque es más apropiado, pero teniendo en cuenta las siguientes observaciones: 1) La justificación de la tolerancia no depende de la justificación de la objeción. Es posible que esté justificado –incluso en cuanto deber moral– tolerar la objeción basada en una conciencia errónea, sobre todo si no daña a otros (particularmente creo que así ocurre con la negativa a someterse a transfusiones de sangre). Cabe decir incluso que el derecho a la objeción de conciencia sólo está fundamentado si se justifica que el objetor está autorizado para desobedecer la norma aun-

que esté equivocado al creer que debe hacerlo⁸. 2) No obstante, la justificación de la tolerancia sí requiere en la objeción cierta apariencia de que está justificada o de que el sujeto así lo cree. No es probable que pueda fundamentarse la tolerancia a una desobediencia claramente injustificada (digamos por ejemplo la del funcionario que se niegue a abandonar pautas de discriminación racial o sexual derogadas). 3) La justificación de la objeción en sí no implica necesariamente el deber –acaso ni siquiera la justificación– de tolerarla. Es posible que esté justificado imponer, sin tolerar disidencias, una conducta que moralmente debe rechazarse (así podría ocurrir con un mandato legítimo beneficioso que sin embargo el destinatario no puede cumplir sin violar una promesa firme). 4) No obstante, la justificación de la objeción influye en cuál sea la conducta justificada hacia ella. Lo normal es que no deba imponerse una conducta que moralmente debe rechazarse (en concreto, si el servicio militar resulta ser inmoral procede no ya tolerar la objeción –sea previa o sobrevenida–, sino sobre todo revocar la obligación de cumplirlo, e incluso prohibirlo en sus términos inmorales)⁹.

III. QUINCE RAZONES PARA TOLERAR LA OBJECIÓN SOBREVENIDA

En lo que sigue plantearé y matizaré una serie de razones afirmativas para tolerar la objeción sobrevenida. Varias de estas razones son adaptaciones de argumentos más generales en favor de tolerar la objeción de conciencia o la objeción al servicio militar. Las dos primeras razones son a mi juicio falaces, pero el conjunto de las restantes, sobre todo las últimas, ofrecen un importante apoyo a la propuesta de legalización de la objeción sobrevenida.

1. No hay un deber moral de obediencia al Derecho en general, de modo que los ciudadanos tienen un derecho moral a desobedecer, y el Estado debe respetarlo. Hay aquí un engaño y una falacia. Para argumentar, aceptemos la premisa –por lo demás verosímil– de que no hay obligación de obedecer al Derecho en general, debido a que el deber jurídico de realizar una conducta no siempre es razón moral suficiente para realizarla. a) El engaño está en sugerir que como hay razones morales para desobedecer, la objeción está legitimada. Pero la legitimación del objetor, su deber de objetar, no puede plantearse en general, como reflejo de la posi-

⁸ RAZ, J., *The Authority of the Law*, New York, Clarendon Press, 1983 (publ. orig. 1979), p. 277.

⁹ Puede afirmarse, con Alfonso Ruiz Miguel, «un derecho general a la objeción de conciencia respecto de todas aquellas normas jurídicas que imponen deberes inmorales –pero no meramente *considerados* inmorales, aunque la decisión última en ambos casos no pueda ser más que individual– en la medida en que no está justificado, *prima facie* al menos, que el Derecho viole la moralidad crítica», (RUIZ MIGUEL, «*Sobre la fundamentación...*», cit., p. 415).

bilidad de que dicho deber exista, sino en particular, como reflejo de que en realidad dicho deber existe. Lo que legitima al objetor es la justificación –siquiera en su conciencia– de la objeción, y no el carácter *prima facie* de la obligación de obedecer. *b)* La falacia está en sostener que de la premisa de que no hay obligación de obedecer al Derecho en general se sigue que hay un derecho a desobedecer. Esta derivación es falaz por dos razones. Primero, porque pudiera ser que la excusa moral para desobedecer no surja en ningún momento. Siendo así, aunque la obligación genérica de obediencia sigue sin existir (pues la ausencia de excusa no significa su imposibilidad), ciertamente tampoco existe el derecho a desobedecer. Segundo, porque, aunque pueda parecer extraño, de la obligación moral de desobedecer una orden jurídica no se sigue la existencia de un derecho moral a desobedecerla. Tener el deber de hacer algo no implica el derecho a hacerlo, porque para ser titular de un derecho se necesita, además, que una contraparte tenga el deber correlativo de satisfacerlo. Y el caso es que no siempre hay quien tiene el deber correlativo de procurar que sea satisfecho el deber original de desobedecer la orden jurídica.

2. El Estado no tiene legitimidad para obligar a continuar en el ejército a quien ya no quiere pertenecer a él, porque no tiene legitimidad para imponer conductas que no son moralmente debidas –ya sean debidas en sí mismas (caso de la prohibición del arreglo violento de los conflictos), ya por su contribución a un estado de cosas mejor (caso de las restricciones exigidas por la coordinación del tráfico de vehículos)–. Sólo hay obligación de obedecer las órdenes que habrían de llevarse a cabo con independencia de su carácter jurídico, y el Estado no puede exigir más. Este argumento va más allá del expuesto en el punto anterior. Aquél sostenía que la posibilidad de que en ocasiones no haya obligación de obedecer el Derecho implica el deber estatal de tolerar la desobediencia. Éste, en cambio, sostiene que no hay obligación de obedecer el Derecho más que cuando la orden impone un deber moral; que éste no es el caso de la obligación de continuar en el ejército, y que por tanto el Estado no está legitimado para exigirla.

Pero este argumento también choca con problemas lógicos y de certeza. Un problema lógico es que de la ausencia de obligación de obediencia no se sigue la falta de legitimación para exigir dicha obediencia. Y ello no sólo por la posibilidad, ya apuntada, de que la ausencia de obligación se deba a circunstancias personales del sujeto –como promesas realizadas– que no afecten a la moralidad de la orden. Además, un Estado puede estar legitimado para imponer obligaciones moralmente indiferentes; e incluso moralmente rechazables, cuando lo hace por error. Porque –y de aquí el problema de certeza que presenta el argumento– la legitimación del Estado para imponer deberes no depende directamente del contenido de esos deberes. Un Estado democrático de Derecho, con un respeto consustancial de ciertos límites (derechos humanos, competencias), tiene autoridad moral para exigir cualquier conducta que razonablemente crea necesaria para lograr los fines que tiene encomendados, y no sólo conductas moralmente debidas (en sí mismas o por su contribución a un estado de cosas mejor).

Otra cosa es que sus súbditos siempre tengan el deber moral de atender esa exigencia. Y una vez admitida la posibilidad de que dicho deber moral esté ausente, el Estado ha de tenerla en cuenta y reconsiderar la imposición de exigencias que, según lo dicho, son legítimas. En este sentido, como dice Habermas, «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»¹⁰. Pero esto no quiere decir que el Estado sólo pueda (legítimamente) exigir la obediencia a lo que sus ciudadanos creen por su cuenta que merece ser obedecido.

3. Tolerando la objeción, el Estado puede profesar y practicar su respeto tanto por el bienestar de los ciudadanos individuales y de las minorías como por el bienestar general (pues todos saben que el día que lo necesiten pueden disponer del remedio legal)¹¹. Es una buena observación respecto a la objeción de conciencia en general –y así fue concebida–, pero ciertamente es poco relevante para la objeción sobrevenida, que apenas tendría beneficiarios, ni siquiera incluyendo el interés basado en un hipotético cambio de papeles futuro. De todos modos el argumento no es despreciable, aunque en mi opinión son más convincentes otros planteados no en términos de bienestar o interés, sino en términos de justicia.

4. Tolerando la objeción, la comunidad puede proteger la variedad en las convicciones morales y estilos de vida, lo cual es beneficioso para la adaptación futura en un mundo cambiante¹². Este argumento, continuación del planteado por J. S. Mill en defensa de las libertades individuales, también se basa excesivamente en el interés. Sugiere una idea a tener en cuenta, pero creo que contribuir al darwinismo social no debe ser un fin que determine el comportamiento de una comunidad. Dejando aparte las dudas sobre el carácter espontáneo de las adaptaciones sociales, no resulta nada evidente que convenga conservar aquellos modelos de conducta que hoy resultan aberrantes para el común de los humanos. De ninguna manera creo que así ocurra con el rechazo en filas al servicio militar –pienso más bien en ejemplos como la ablación del clítoris–, pero el argumento se resiente. Más que un argumento es –y así fue planteado–, un aspecto atractivo del reconocimiento de las objeciones de conciencia.

5. La tolerancia de la objeción sobrevenida está justificada no ya por ser ella misma un derecho, sino porque permanecer en el servicio militar viola derechos. Por ejemplo, viola un *derecho a la paz* previamente fundamentado. La idea es que el respeto del derecho a la paz del obje tor exige que el Estado le permita abandonar el servicio militar. Como dice Alfonso Ruiz Miguel, una justificación de tal derecho a la paz es difícil en términos jurídico-constitucionales, pero tendría especial valor por ser atribuible a terceros¹³.

¹⁰ HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, trad. R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1988, p. 58.

¹¹ COHEN, C., «Conscientious Objection», *Ethics*, 78, 1968, pp. 269-279; p. 270.

¹² COHEN, C., «Conscientious Objection», cit., p. 270.

¹³ RUIZ MIGUEL, A., «Sobre la fundamentación...», cit., p. 412.

6. Puede que el objetor tenga razón respecto a los males del servicio militar, y el Estado debe por ello permitir el abandono por motivos de conciencia. Aquella posibilidad no es la clave para tolerar la disidencia —como ha visto Raz, lo interesante es fundamentar la objeción de conciencia aunque esté basada en una conciencia errónea—, pero no por eso hay que descartarla. En los Estados democráticos actuales coexisten diferentes visiones del mundo que a menudo no son susceptibles de comparación racional, y sobre las cuales, por tanto, el Estado no debe tomar partido. En palabras de Apel, se establece un «sistema de complementariedad entre la racionalidad procesal valorativamente neutra en el ámbito público y las decisiones últimas prerracionales en el ámbito privado de la vida»¹⁴. Pero entonces el problema de fundamentación racional que aqueja a las decisiones últimas, existencialistas, se traslada a la legislación política, que deberá tolerar la disidencia con los límites que impongan los acuerdos en terrenos mejor fundados (como pudiera ser el relativo a los derechos más básicos o prerequisites de la propia libertad de conciencia).

Entre las razones para oponerse al servicio militar hay, como vimos, una gran variedad. Unas son pacifistas, pero otras rechazan el servicio militar en sí mismo. La oposición pacifista se refiere a la participación en guerras actuales o potenciales y, en esa medida, al adiestramiento con propósitos bélicos. Ciertamente el pacifismo absoluto no está bien considerado en la doctrina, y yo tampoco lo defiendo. La paz es un bien preciado, pero los hay más importantes; por eso se habla de guerras *justas*. Lo normal es justificar las guerras defensivas¹⁵. Ahora bien, el problema es que no siempre es posible realizar objeciones selectivas, que dependan de la justificación de la guerra en la que el soldado se ve envuelto. La prohibición de la objeción sobrevenida impide al soldado seleccionar en conciencia los conflictos o las acciones en los que puede participar, o los métodos que puede emplear. Por otra parte, la presión psicológica impide al soldado reflexionar serenamente sobre la justificación de una guerra, acción o métodos concretos, y pudiera ser correcto evitar una situación moralmente tan comprometida. El ciudadano medio recibe una educación e influencias socioculturales que le llevan a aceptar como patriótica la obediencia a las autoridades en los asuntos de defensa¹⁶. Este adoctrinamiento se refuerza con la instrucción militar¹⁷. Dadas estas circunstancias, hay una justificación para tolerar la objeción sobrevenida no sólo cuando se rechaza la participación actual en una actividad inmoral, sino también cuando la objeción es preventiva.

¹⁴ APEL, K. O., *Estudios éticos*, Barcelona, Alfa, 1986, p. 113.

¹⁵ Vid. por todos: RUIZ MIGUEL, A., *La justicia de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

¹⁶ Vid. SOMERVILLE, J., «Patriotism and War», *Ethics*, 91/3, 1981, pp. 568-578.

¹⁷ Vid. PEPPERS, D. A., «Crimes and Induction: A Case for Selective Nonconscientious Objection», *Philosophy and Public Affairs*, 3, 1973-1974, pp. 129-166.

7. Desde el punto de vista utilitarista, obligar a permanecer en el servicio militar deja de ser moral cuando la preferencia por abandonarlo es intensa y la utilidad de que el sujeto permanezca a desgana es pequeña. Así podría constituirse para nuestro tema el argumento genérico que recoge Raz¹⁸. El argumento —como le reprocha Raz— valora no ya la convicción moral del objetor, sino cualquier preferencia que tenga; y asume que ésta es una razón para la acción de quien pueda hacer algo al respecto. Me parece que, en general, las defensas utilitaristas de la objeción sobrevenida son efectivas porque consideran los aspectos prácticos del problema, y cualquier analista con sentido común quiere tener estos aspectos en cuenta al plantearse un problema jurídico-moral. Pero también creo que no siempre prestan la debida atención a los puntos verdaderamente importantes: la justicia y el respeto por los derechos básicos de la persona. Este respeto debe ser un presupuesto básico de cualquier balance de intereses y utilidades, más que el resultado de una transacción. Por lo demás, la defensa utilitarista de la objeción sobrevenida está expuesta a que, en conjunto, resulte ventajoso no tolerarla; y ello aunque sólo sea porque el sacrificio personal que se le impone al objetor está compensado por el ahorro económico de no sustituirle. El utilitarismo ofrece, a lo sumo, un fundamento coyuntural del derecho a la objeción sobrevenida: ésta queda a expensas de la evolución de la situación militar.

8. El Derecho atribuye a los ciudadanos ciertos derechos subjetivos que el gobierno debe respetar incluso frente a consideraciones de utilidad, salvo para evitar un mal social mucho mayor¹⁹. Cabe sostener que entre estos derechos en sentido fuerte figura en España abandonar el servicio militar por razones de conciencia. De ser así, el gobierno debe respetar ese derecho incluso aunque hacerlo perjudique intereses generales (con la salvedad del mal gravísimo)²⁰. Es más, cuando no está claro si el Derecho permite la objeción y el ciudadano cree que sí, tiene razón Dworkin en que «no puede ser injusto [*unfair*] no castigarle si está actuando como, dadas sus opiniones, nosotros creemos que debe hacerlo»²¹. Esta idea me parece plenamente aplicable al caso de la objeción sobrevenida en España, jurídicamente amparada por la Constitución en opinión de muchos, aunque no del Tribunal Constitucional. Y también creo aplicable, precisamente ante esta última realidad, el modo en que Dworkin orienta su idea anterior cuando el Tribunal superior ha negado la existencia del derecho en discusión: como la decisión judicial puede revocarse en el futuro, en definitiva debe seguirse la propia conciencia una vez debidamente informada, porque «el deber de lealtad del ciudadano es hacia el Derecho, no hacia la opinión de una persona concreta sobre

¹⁸ RAZ, J., *The Authority of Law*, cit., p. 278.

¹⁹ DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duxkworth, 1978.

²⁰ Y también aunque se oponga a deberes fundamentales como el de defensa de España, pues se supone que si existe un derecho fundamental a objetar es porque prevalece sobre deberes opuestos [*vid.* SORIANO, R., «La objeción de conciencia...», cit. (nota 4)].

²¹ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 210.

cuál sea el Derecho»²². En correspondencia a este deber, el gobierno no actúa mal si tolera la objeción, porque quien actúa correctamente no merece castigo.

El planteamiento de Dworkin ha sido objeto de críticas —se le acusa por ejemplo de promover un estado de anarquía²³—, pero a mí me parece muy sensato. Sobre todo, desde luego, en un sistema jurídico como el norteamericano en el que la persecución de los delitos puede quedar a la discrecionalidad del *prosecutor*. Los riesgos de excesos que puede presentar esta posición disminuyen, además, aplicando otros razonamientos de Dworkin: hay fuertes razones para no tolerar la violación de las normas que reconocen derechos morales a estar libres de un daño (caso de las normas de derechos fundamentales, pero no —a su juicio— de las que obligan al servicio militar). Por otra parte, en último término, cierto grado de anarquía puede ser un precio aceptable si se actúa con justicia y equidad.

9. Incluso aunque el individuo acepte la legitimidad de la norma que le impone la permanencia en el servicio militar, el Estado debe tolerar que lo abandone si así protege su dignidad como sujeto moral (dentro de ciertos límites). Como apunta Nino, debe estudiarse si es posible encontrar alternativas para preservar la autenticidad moral sin frustrar los objetivos de la norma moralmente legítima, porque «cualquiera que sea la validez de los principios morales en cuestión, las acciones que están determinadas por la libre adopción de tales principios, tienen algún valor *prima facie*»²⁴. Hay que tener en cuenta que una vez que se asientan en la conciencia los resultados de la valoración moral, los principios de acción que se generan son muy difíciles de contrapesar con razones morales de sentido contrario (como pudieran ser las razones para obedecer el Derecho en un democracia). La conciencia amplifica —y a veces distorsiona— el razonamiento moral. Cuando la conclusión favorable a la desobediencia alcanza la conciencia del sujeto, la discusión sobre los motivos para obedecer ya no continúa en un plano de igualdad, y no se le debe exigir al sujeto que actúe como si todas las razones siguiesen contando por igual. La persona sabe que debe obedecer su propia conciencia si quiere conservar su dignidad, aunque al obrar así esté contrariando quizá buenos argumentos que su razón le ofrece (por ejemplo, su razón le muestra la justicia de un castigo, pero su conciencia le impide infligirlo; su razón le indica que la caridad puede ser contraproducente, pero su conciencia le obliga a ofrecerla...). Pero nada de esto significa que el Estado deba respetar los caprichos de sus ciudadanos, porque la dignidad en juego es la de seres racionales, seres cuyas convicciones profundas no son meramente caprichosas.

10. Es preferible asumir la objeción de conciencia, como forma de la libertad ideológica, que hacer de la generalidad de la norma un princi-

²² *Ibidem*, p. 214.

²³ Vid. MALEM SEÑA, J., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 228.

²⁴ NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 234.

pio absoluto²⁵. Este argumento es más bien un corolario de la verdadera fundamentación, que explica por qué lo primero es preferible. La libertad de conciencia, entendida ahora como libertad para desobedecer aquellos mandatos que contraríen los criterios personales de valoración, puede conculcar los derechos legítimos de otros y supone en general una amenaza para la estabilidad del Derecho y para el cumplimiento de su función social. Por ello se han intentado interpretaciones intermedias entre la negación totalitaria de la libertad de conciencia y la admisión de cualquier desobediencia por su causa. De la dificultad de esta tarea es muestra la indecisión que ha mostrado al respecto nuestro Tribunal Constitucional, que en la STC 160/1987 corrige el criterio más permisivo plasmado en la STC 15/1982. Ahora bien, aunque los riesgos de respetar la libertad de conciencia deben ser tenidos en cuenta, no deben merecer una consideración excesiva. El respeto de la libertad de conciencia aconseja en ocasiones desatender intereses de terceros y a veces incluso derechos de menor entidad. Incidiré sobre esto tratando el principio de autonomía, pues en definitiva la libertad de conciencia se basa en él²⁶.

11. Debe darse a los ciudadanos la oportunidad de discriminar entre las órdenes que reciben y de eludir aquellas, y sólo aquellas, que en conciencia consideren contrarias a su deber. Con más motivo, es injustificado prohibir la desobediencia selectiva (al servicio militar) si se permite la objeción de conciencia como principio. En consecuencia es injustificado negar la oportunidad de objetar en filas, porque se niega la posibilidad de seleccionar entre las guerras, acciones o técnicas cuya imposición debe el soldado resistir. Hay varias causas que –a juicio de especialistas– hacen injustificable la participación en el ejército, y el Estado debe tenerlo en cuenta al reaccionar frente a quienes lo abandonan alegando una de esas causas. El Estado debe tolerar una disidencia selectiva que podría estar justificada. Así ocurre –cabe sostener– ante las guerras ofensivas, las que emplean armas de destrucción masiva, o las que en fines o medios son contrarias al Derecho internacional. En todo caso el deber de tolerancia no depende de que el gobierno considere que el juicio selectivo del objetor es en realidad más correcto que el suyo. Lo cierto es que no respetar la objeción selectiva igual que la objeción en general es absurdo; y es una vez en filas cuando la objeción selectiva es más probable que se plantee. Hasta Peter Singer, que en general no ve con simpatía a los objetores de conciencia –por considerar que no colaboran en el procedimiento democrático y que su actitud es por tanto insolidaria e irracional– reprocha que no se permita la objeción selectiva, que le parece más racional, cuando la general está permitida. En su opinión, al obrar así se protege la conciencia «tradicional» o irracional, en perjuicio de la conciencia crítica. Y si la intención es evitar que en tiempo de guerra el ejército se debilite significativamente,

²⁵ SORIANO, R., «La objeción de conciencia...» cit., p. 87.

²⁶ RUIZ MIGUEL, A., «Sobre la fundamentación...» cit., Sobre la libertad de conciencia en relación con la objeción de conciencia trata extensamente Marina Gascón (*Obediencia...*, cit., pp. 255 ss.).

el caso es que en la práctica eso no ha sucedido²⁷. Tampoco se debilita la obediencia al Derecho y al Estado democrático en general²⁸.

La justificación de tolerar la objeción selectiva sobrevenida es sin duda más clara cuando en el caso concreto hay razones de peso para desobedecer. Por ejemplo, en el ámbito norteamericano Dworkin ha sostenido que la obligación de participar en la guerra del Vietnam fue dudosamente constitucional, debido a las armas y tácticas empleadas, a la ausencia de debate y votación parlamentaria, a la carencia de interés suficiente en el conflicto, etc.²⁹. Más en general, hay fuertes argumentos para negar justificación a la guerra salvo en caso de legítima defensa, sobre todo cuando se incluyen en esta categoría intervenciones que se anticipan a un ataque inminente y cierto, que derivan de tratados internacionales, o que auxilian a pueblos colonizados o sometidos. Así lo pone de relieve con claridad Alfonso Ruiz Miguel³⁰. Otros autores amplían la justificación de las intervenciones a aquellas que responden a razones humanitarias como la protección de los derechos humanos.

12. En función de los principios de justicia que subyacen a las diferentes concepciones del bien de los miembros de una sociedad, y sobre los que éstos pueden ponerse de acuerdo en cuanto personas libres e iguales, la autoridad de dicha sociedad tiene el deber de tolerar todas aquellas conductas basadas en un entendimiento particular de la moralidad siempre que no contradigan tales principios básicos³¹. De modo paralelo, hay un derecho a rechazar un servicio militar que –por ejemplo por involucrarse en una guerra injusta– viole «los principios políticos justos que regulan la conducta de las naciones» y que podrían ser elegidos por los representantes de las naciones en una posición de igualdad original³². E incluso cabe sostener, según Rawls, que ese derecho existe también anticipadamente cuando en vista de la violación constante de la regulación moral de la guerra el ciudadano teme que por hallarse en el ejército no será capaz de resistir la orden de obedecer³³.

13. Una sociedad bien organizada debe tolerar en la mayor medida posible el disenso por cuestiones morales de principio sobre las que el individuo no transige. Así lo sostiene Luis Prieto, siguiendo a Passerin D'Entreves³⁴. Aquella medida la señalan, según Prieto, dos requisitos: que la obligación impuesta sea de naturaleza personal y que su

²⁷ SINGER, P., *Democracia y desobediencia*, trad. M. I. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1985, pp. 109 ss.

²⁸ GEWIRTH, A., *Human Rights. Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982, p. 339.

²⁹ DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, cit., p. 202.

³⁰ RUIZ MIGUEL, A., *La justicia de la guerra y de la paz*, cit.

³¹ Vid. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1986 (publ. orig. 1971); y «The Priority of Right and Ideas of the Good», *Philosophy and Public Affairs*, 17/4, 1988, pp. 251-276.

³² Vid. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., pp. 376 ss.

³³ *Ibidem*, p. 381.

³⁴ PRIETO SANCHÍS, L., «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema*, 59, 1984, 41-62, p. 48.

incumplimiento no vulnere bienes jurídicos concretos y fundamentales de los demás individuos. Por mi parte creo que estas condiciones se cumplen en la objeción sobrevenida, aunque podría discutirse si la eficacia del ejército es un bien jurídico fundamental que –algo todavía más improbable– se ve dañado al tolerar el abandono del servicio militar por motivos de convivencia. En todo caso, la exigencia de no vulnerar bienes jurídicos fundamentales hay que entenderla en relación al propio bien fundamental que constituye el derecho a objetar, y a los bienes que el objetor eventualmente trate de proteger con su actitud. Debe darse primacía a los bienes que más se lo merecen. La referencia a la protección de bienes fundamentales ajenos como única excepción a la tolerancia de la objeción puede ser reconducida a una referencia a derechos, en la línea del argumento de Raz presentado antes ³⁵. En ese caso diremos que debe darse primacía a los derechos que más se lo merecen. El derecho a la objeción de conciencia es central para proteger la dignidad de la persona y por eso debe anteponerse a otros derechos más difusos, aunque con más titulares, como pudiera ser el de contar con una administración expeditiva que organice un ejército sin bajas voluntarias.

14. La objeción sobrevenida no viola derechos morales ajenos, y en esa medida debe tolerarse. La tolerancia de las disidencias que no dañan derechos de terceros ya ha sido argumentada, y ahora se trata de mostrar que ese daño no se produce. Dworkin por lo pronto descarta que haya un derecho de la sociedad a que la ley sea obedecida; y también niega que la desventaja que el ejercicio de la objeción de unos pueda causar a otros posibles reclutas viole los derechos morales de éstos ³⁶.

15. La obligación de permanecer en el ejército limita derechos individuales y los subordina a los bienes colectivos, cuando el Estado se justifica precisamente por ser un instrumento para proteger los derechos, que son el criterio primario para determinar la corrección moral ³⁷. Esto no significa –corrige Gewirth– que esté injustificado imponer castigos a delincuentes, porque éstos han violado derechos de otros y el castigo que reciben tiene una base retributiva o distributiva, pero no utilitarista. Además, contra la idea de que proteger el servicio militar es necesario por el bien común cabría oponer la tesis de Gewirth de que el bien común no es el bien de muchos –lo cual permitiría justificar la esclavitud de una minoría– sino el bien de todos los individuos, en un sentido distributivo –lo cual no justifica sacrificar los bienes de los reclutas en beneficio de los demás–. Y ante la objeción de que quienes reciben beneficios del Estado deben compensarlos con sus servicios, Gerwith responde que es dudoso que ese principio sea aplicable a quienes apenas reciben dichos beneficios o no pueden evitar recibirlos, y que, en todo caso, también es dudoso

³⁵ Vid. también, entre otros muchos: MALAMUD GOTI, «Cuestiones relativas a la objeción de conciencia», en BULYGIN, E. *et al.* (coords.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 275-295.

³⁶ DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 194 y 218, respectivamente.

³⁷ Vid. GEWIRTH, A., *Human Rights*, cit., p. 235.

que los beneficios recibidos merezcan la pérdida de la libertad. A su juicio, las acciones que puede verse obligado a realizar el recluta (como matar) forman parte de una Variable Acción que, junto a otras, justifica específicamente la exención del servicio militar para ciertos objetores de conciencia y aleja las implicaciones anarquistas de su posición³⁸.

16. El respeto por las personas exige que el Estado permita que cada uno siga sus inclinaciones, con el único límite impuesto por las necesidades de la cooperación social y la igualdad de oportunidades³⁹. Y cabe sostener que ese límite no se traspasa en el caso de la objeción sobrevenida; o al menos que no se traspasa en tanto ésta sea un fenómeno marginal. El Estado de Derecho requiere el respeto por las personas y, consiguientemente, por su autonomía, que es la capacidad de desarrollar libremente la propia personalidad y de actuar de acuerdo con las normas que uno mismo se señala. El Estado no debe interferir con la libre elección individual de planes de vida e ideales de excelencia humana⁴⁰. En concreto, el Estado no debe poner obstáculos a quien descubre que es central en su plan de vida abandonar el servicio militar. Es verdad que no todo plan de vida es igualmente tolerable, de manera que el principio de autonomía de la persona no puede ser absoluto. Como dice Raz, el significado de la autonomía es más bien que «estén disponibles para la persona muchas formas de vida moralmente aceptables, aunque sean incompatibles»⁴¹. Valorar la autonomía no exige permitir que el sujeto pueda elegir lo que es claramente malo⁴². Pero abandonar el servicio militar no es claramente malo. Una razón de que no lo sea es que no están en juego los derechos de individuos concretos. En los casos en que —como éste— lo que está en juego es a lo sumo el interés público en general, la tolerancia está en principio justificada y seguramente obligada. Sólo en principio, porque una objeción masiva —pero no tanto que la imposición objetada resulte ser antidemocrática— pudiera retirar en el caso la justificación de la autonomía.

Ahora bien, la discriminación apuntada entre deberes relativos a personas concretas y deberes relativos al interés público no puede ser un criterio decisivo para justificar o no la tolerancia. Ruiz Miguel sugiere el deber de no prevaricar en favor del reo como un ejemplo de deber en interés público frente al cual es difícil justificar una objeción de conciencia⁴³. Tampoco es un criterio decisivo, a juicio de este autor, que la contribución del sujeto al cumplir el deber que rechaza sea insignificante —como sucede en nuestro servicio militar si entendemos que el deber en cuestión es la defensa de España—, porque lo mismo puede ocurrir con deberes que afectan a perso-

³⁸ GEWIRTH, A., *Human Rights*, cit., p. 340.

³⁹ Vid. RAZ, J., *The Authority of Law*, cit.

⁴⁰ Vid. NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, cit., p. 204.

⁴¹ RAZ, J., «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en MENDUS, S. (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 155-175, p. 158.

⁴² *Ibidem*, p. 169.

⁴³ RUIZ MIGUEL, A., «Sobre la fundamentación...», cit., p. 418.

nas concretas. En su opinión, es más relevante que los deberes sean de cumplimiento final colectivo o con sujeto indistinto, lo cual también sucede en nuestro caso. Las anteriores observaciones son oportunas, pero lo que en definitiva queda en pie es el *principio del daño* aplicado por Raz: la única justificación para la interferencia coactiva de los poderes públicos es que la desobediencia dañe a terceros. Esta condición no es la defendida por J. S. Mill, sino que ha de entenderse en un sentido más perfeccionista: se desea que el Estado promueva la moralidad y se admite que actúe más allá de la mera prevención del daño (por ejemplo recaudando impuestos para llevar a cabo proyectos de interés social). A veces no mejorar las cosas o permitir que se incumpla un deber es, en sí, un daño a otro⁴⁴. Habría que discutir si el abandono del servicio militar produce un daño en este sentido perfeccionista, pero es improbable que el daño sea suficiente como para justificar el castigo.

⁴⁴ RAZ, J., «Autonomy, Toleration...», cit., pp. 171 ss.

La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización

Por JOSÉ RUBIO CARRACEDO

Universidad de Málaga

Como es bien conocido, cuando por fin apareció en 1971 *A Theory of Justice*, parecía que John Rawls, tras una laboriosa elaboración de veinte años, había conseguido dar forma definitiva a una teoría de la justicia como equidad que, tras varios esbozos y ensayos, había suscitado grandes expectativas entre los especialistas y que, de hecho, tras su publicación, se convirtió en punto de referencia obligado, tanto para sus seguidores como para sus detractores. Sin embargo, impulsado a la vez por la propia dinámica de su pensamiento y por el apremio de sus críticos, desde finales de los setenta y durante los ochenta –con los momentos culminantes que significan sus trabajos de 1980, 1985 y 1987–, Rawls emprende una profunda revisión de su teoría de la justicia que apenas afecta a su contenido (los dos principios de justicia), pero que transforma tanto el sentido como el alcance de la misma en cuanto teoría política de la justicia; proceso que culmina con la presentación reelaborada y unificada de tales trabajos en la nueva síntesis que implica *Political Liberalism* (1993) ¹.

Mucho menos conocida y comentada ha sido la evolución que ha experimentado su teoría de la justicia internacional, que en *A Theory of*

¹ RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993 (sigla PL). He reconstruido la evolución de Rawls en el capítulo que le dedico en mi libro *Paradigmas de la política. Del estado justo al estado legítimo*, Barcelona, Anthropos, 1990, pp. 153-241 (la primera versión de este trabajo apareció ya en 1982 en mi libro titulado *La utopía ética del estado justo. De Platón a Rawls*. Valencia: R. Esteban, pp. 73-121).

Los trabajos aludidos de Rawls son los siguientes: «Kantian constructivism in Moral Theory», *The Journal of Philosophy* 77, sept. 1980, pp. 515-572; «Justice as Fairness: Political, not Metaphysical», *Philosophy & Public Affairs* 14, 1985, pp. 223-251; «The Idea of a Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies* 7, 1987, pp. 1-25.

Justice denominaba *The Law of Nations* y que ha sido igualmente revisada como *The Law of Peoples* en las «The Oxford Amnesty Lectures» de 1993 dedicadas al estudio de los derechos humanos ². Y, sin embargo, tanto en la primera versión como en esta segunda, la teoría rawlsiana de la justicia internacional arroja luz y complementos muy interesantes para la plena comprensión de su teoría de la justicia, además del interés que tiene en sí misma. En este trabajo me propongo, pues, estudiar con algún detalle esta revisión menos conocida y comentada ³, desde ambos puntos de vista.

1. «THE LAW OF NATIONS» O EL PESADO LASTRE DEL ENFOQUE TRADICIONAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos sancionada por la ONU en 1948 significó un nuevo enfoque de la justicia internacional consistente en añadir al reconocimiento de los derechos de libertad y soberanía estatales unos vínculos reales, aunque genéricos, de justicia distributiva o «derechos especiales» de compensación, cuya justificación radicaba, en último término, en los mismos derechos liberales, puesto que del principio de la libertad bien entendida (esto, en la auténtica tradición liberal) se sigue una obligación paralela para garantizar la igual libertad de los demás.

Este nuevo enfoque tuvo su traducción más conocida e influyente en la teoría de la justicia como equidad, propuesta por Rawls en 1971, que se expresa en sus dos principios conjugados de justicia: el principio de la máxima libertad compatible con igual libertad de los demás y el principio del bienestar para todos por medio de la justificación de las desigualdades sociales y económicas, que sólo son admisibles cuando están abiertas a todos en condiciones equitativas de oportunidad y cuando, a la vez, redundan en beneficio de los más desfavorecidos. Pero, obviamente, Rawls limita el alcance de su teoría de la justicia a la estructura social básica en el ámbito «doméstico» o intraestatal; y, de modo cada vez más explícito, limita su ámbito de aplicación a las democracias liberales occidentales (u occidentalizadas) por imperativos de su misma metodología constructiva, que implica como punto de partida unas convicciones racionales, morales y democráticas que sólo en tales estados son compartidas de modo a la vez intensivo y extensivo.

Por eso, cuando más adelante, a propósito de la objeción de conciencia, Rawls repite el diseño de la «posición original» a escala de represen-

² RAWLS, J., «The Law of Peoples», en S. Shute & S. Hurley, eds., *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York, Basic Books, 1993 (sigla LP).

³ En España sólo conozco la publicación de un comentario de ESPÓSITO, C. D. y PEÑAS, F. J., «La justicia como equidad y el derecho de los pueblos», *Revista de Estudios Políticos*, 87, enero-marzo 1995, pp. 221-237. En el extranjero destaco el comentario crítico y la propuesta alternativa de POGGE, T. W., «An Egalitarian Law of Peoples», *Philosophy & Public Affairs*, 23, 1994, pp. 195-224.

tantes de las diferentes naciones, el resultado es sólo una selección de los principios tradicionales de la justicia internacional: autodeterminación, no-intervención, autodefensa, obligación de guardar los pactos y condiciones de la guerra justa⁴. Es decir, el resultado de esta segunda posición original entre los representantes internacionales es la «ley de las naciones», equivalente a grandes trazos al primer principio de justicia doméstica. Pero, para sorpresa de varios críticos⁵, no aparece rastro alguno del principio de justicia distributiva.

El error de tales críticos, en general, consistió en postular una correspondencia simétrica entre la posición original para establecer los principios que habrían de conformar la estructura básica de una sociedad democrática y la posición original que habría de establecer los principios de la justicia internacional. Porque tal correspondencia postulada carece de fundamento. En primer lugar, porque el planteamiento es diferente: en el segundo caso se trata de «elegir conjuntamente los principios fundamentales para resolver las demandas conflictivas entre los estados». Es decir, Rawls no plantea en ningún momento nada similar a elegir los principios básicos que habrían de configurar la estructura social básica internacional⁶.

En segundo lugar, Rawls tiene razón, en principio, al evitar tal planteamiento, ya que carece de sentido en los presupuestos de su metodología constructiva: dado que no existen convicciones básicas democráticas –o equivalentes– compartidas, la posición original sólo puede plantearse sobre las convicciones compartidas realmente existentes, esto es, las que se refieren a la igual libertad y autonomía de cada Estado; los principios de justicia internacional entre las naciones, elegidos en la posición original, se limitan en la práctica a la regulación de los conflictos entre aquellas según el principio de máxima libertad de cada Estado compatible con la igual libertad de los demás. El mismo Rawls precisa que tal principio «es análogo» al de la igualdad de derechos de cada ciudadano en un régimen constitucional.

Por último, no resulta del todo irrelevante que Rawls plantee el problema de la justicia internacional de modo indirecto, esto es, para resol-

⁴ RAWLS, J., *A Theory of justice*, Cambridge, Mas., Harvard University Press, 1971 (sigla TJ).

⁵ Puede consultarse la reseña global que hace AMDUR, R., «Rawls' Theory of justice: Domestic and International Perspectives», *World Politics* 29, núm. 3, 1977, pp. 438-461.

Entre las principales críticas cabe mencionar las siguientes: BARRY, B., *The Liberal Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 128-133; DANIELSON, P., «Theories, Intuitions and the Problem of World-Wide Distributive Justice», *Philosophy of the Social Sciences* 3, núm. 4, 1973, pp. 331-340; SCANLON, T. M., «Rawls' Theory of Justice», *University of Pennsylvania Law Review* 121, núm. 5, 1973, pp. 1066-1067; BEITZ, C. R., «Justice and International Relations», *Philosophy & Public Affairs* 4, núm. 4, 1974, pp. 360-389; ID., *Political Theory and International Relations*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1979, pp. 127 ss.; RICHARDS, D. A. J., «International Distributive Justice» en J. R. Pennock & J. W. Chapman, eds., *Ethics, Economics, and the Law*, Nueva York, New York University Press, 1982; POGGE, T. W., «Rawls and Global Justice», *Canadian Journal of Philosophy* 18, núm. 2, 1988, pp. 227-256; ID., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, cap. 6.

⁶ TJ 378. Una exposición y revisión de las diferentes posiciones y teorías ante la «justicia transnacional» puede verse en O'NEILL, O., «Transnational Justice», en HELD, D., ed., *Political Theory Today*, Cambridge, Polity Press, 1991, pp. 276-304.

ver la cuestión de la legitimidad de la objeción de conciencia de los ciudadanos a tomar parte en los conflictos armados entre Estados; por lo que, en la práctica, el problema se le reduce a establecer las condiciones de la guerra justa, tanto en su origen (*ius ad bellum*) como en su desarrollo (*ius in bello*). Otra cuestión distinta es que tal enfoque *in obliquo* y tal solución sean adecuados, porque resulta obvio que el problema de la justicia internacional entre los Estados requiere un planteamiento directo y mucho más comprehensivo. Es esta estrechez del enfoque —y la misma pretensión de resolver la cuestión de pasada, en un par de páginas— lo que resulta más significativo y revelador del pesado lastre tradicionalista y conservador con que opera Rawls todavía en 1971, cuando ya era notoria la obsolescencia del viejo orden internacional por efecto de las condiciones reales de interdependencia y corresponsabilidad que los intercambios comerciales, culturales y políticos habían promovido, así como la evidencia de los efectos planetarios que causaban la contaminación industrial, el derroche —y agotamiento— de las materias primas, etc., con manifiestas consecuencias redistributivas.

Por eso resulta también significativo que sólo unos pocos críticos, en especial C. R. Beitz ⁷, denunciase la insuficiencia o la inadecuación del enfoque rawlsiano de la justicia internacional. Y, sobre todo, que tal crítica fuera dirigida contra la solución rawlsiana de la posición original entre los representantes de las diferentes naciones que, como tal y pese a todo, es correcta, ya que de tal posición sólo puede salir un acuerdo sobre mínimos, como mínimas son las convicciones de partida compartidas que se proponen validar. Sucedió, pues, que los críticos se negaron justamente a aceptar aquella solución, pero no acertaron a ver el origen del error. Y es que, desde mi punto de vista, y considerados los presupuestos de la metodología constructiva, el error de Rawls radica en la insuficiencia de los principios de justicia validados en la posición original de una sociedad liberal, que configuran la estructura básica de los estados democráticos liberales, al limitar el alcance de las personas «más desfavorecidas» a los confines intraestatales, prisionero de una concepción autárquica del Estado que resulta del todo inadecuada a la realidad internacional posterior a 1948: las convicciones compartidas de los ciudadanos de las democracias liberales contemporáneas asumen mayoritariamente la vigencia de la interdependencia y de la corresponsabilidad intra e interestatal antes aludidas. Y tal asunción hace que los principios de justicia para la estructura básica de sus Estados democráticos les resulten vinculantes con independencia de que los ciudadanos y los Estados no democráticos no compartan aquellas convicciones ni se sientan vinculados por las exigencias de la justicia distributiva internacional. Es nuestro problema aunque —o pese a que— no sea su problema. Por tanto, la obligatoriedad de las exigencias de la justicia distributiva internacional para los ciudadanos y los Estados democráticos surgen de la configuración de su misma estructura social

⁷ BEITZ, C. R., *op. cit.*, pp. 128-176.

básica por el reconocimiento del alcance planetario de los dos principios de justicia en un mundo interdependiente. No obstante, la misma solución se desprende –y con mayor nitidez– desde la posición original entre Estados liberales, como veremos en el apartado 3.

Beitz insiste en la necesidad de realizar una crítica y, a la vez, una reconstrucción de la teoría rawlsiana de la justicia internacional (*The Law of Nations*) por considerar que se mueve en la concepción obsoleta del contractualismo clásico, excesivamente centrado en la comunidad nacional, como si cada Estado fuera una realidad independiente y autárquica, sin verdaderos vínculos de justicia respecto a los demás, con quienes guarda meras relaciones de autodefensa y de no-intervención (excepto en los casos extremos de necesidad en los que se aplica el principio de ayuda mutua) en cuanto que los considera como totalidades igualmente autosuficientes y separadas. Tal concepción resulta insostenible ante la manifiesta interdependencia actual de los Estados, así como su corresponsabilidad ante los efectos de sus políticas socioeconómicas y culturales ante todos los ciudadanos de la generación presente y las futuras. Pero su error, al igual que el de Pogge, radica en plantear la validación del principio de justicia redistributiva internacional sobre la base de una «posición original global», que seguiría los mismos pasos de la posición original para la sociedad doméstica, apoyándose en analogías engañosas. Más adelante volveré sobre esta cuestión al tratar de la revisión rawlsiana de 1993.

2. DEL «DERECHO DE LAS NACIONES» AL «DERECHO DE LOS PUEBLOS»

Pese a las críticas recibidas y, sobre todo, pese a los intentos reconstructivos de dos rawlsianos tan convencidos como Beitz y Pogge, se esperaba con impaciencia la respuesta de Rawls, inmerso como estaba en la tarea de remodelación de su teoría liberal de la justicia en una teoría del liberalismo político. Pero tal respuesta no se produjo en ninguno de los numerosos trabajos en los que avanzaba aquella remodelación, lo que no dejó de causar inquietud a sus seguidores. Aparentemente fue la invitación a participar en las «Oxford Amnesty Lectures» de 1993 sobre «Los derechos humanos» la que le decidió a presentar finalmente su respuesta, aunque resulte significativo que la misma quedase excluida de la nueva síntesis que implica su *Political Liberalism*, publicado el mismo año.

El cambio de nombre («El derecho de los Pueblos») pareció anunciar ya un nuevo planteamiento en la línea sugerida por sus discípulos. El nuevo contexto –la significación actual de los derechos humanos– se presentaba igualmente prometedor. Rawls, sin embargo, dará sólo medio paso y en la dirección equivocada, intentando una semi-globalización de la posición original al trazar dos etapas en la misma: en las sociedades liberales y en las «sociedades jerárquicas», pero excluye de la misma a

los pueblos incapacitados para atenerse a los derechos humanos, tanto los que los incumplen por circunstancias especialmente desfavorables como aquellos que ni siquiera los reconocen, a los que denomina Estados «forajidos» (*Outlaw Regimes*).

Rawls comienza su revisión precisando que la denominación de «derecho de los pueblos» procede del concepto latino *ius gentium intra se* y que se propone desarrollarlo a partir de «ideas liberales de justicia, similares pero más generales que la idea de justicia como equidad». Más adelante precisará la diferencia entre *Law of Nations* y *Law of Peoples*: el primero es el Derecho internacional u orden legal positivo (Derecho internacional público); el segundo, en cambio, es un conjunto de conceptos políticos que incluye principios jurídicos, de justicia y de bien común, en cuanto que expresa una concepción liberal de la justicia. Constituye, pues, la base desde la que se juzga el Derecho internacional ⁸.

Su estrategia será similar a la seguida en su «liberalismo político». Por eso entiende el «derecho de los pueblos» como «una concepción política de lo correcto y la justicia en tanto que se aplica a los principios y normas del derecho y la práctica internacionales». Y precisa en nota que una concepción política de la justicia posee tres rasgos esenciales: *a*) se diseña para aplicarse «a las instituciones políticas, económicas y sociales»; no a su estructura básica, como en el caso de la sociedad doméstica, sino «al derecho y las prácticas de la sociedad de pueblos políticos (*society of political peoples*)»; *b*) se presenta independientemente de toda doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral, y *c*) su contenido se expresa «en términos de ciertas ideas fundamentales contempladas como implícitas en la cultura de una sociedad liberal» ⁹.

Por otra parte, el contexto es ahora muy distinto: aunque sólo de pasada, y sin darle la relevancia debida, Rawls señala los dos cambios fundamentales que se han producido en el planteamiento de la justicia internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial: 1) es mucho más exigente y restrictivo respecto al derecho a la guerra, que se reduce a los casos de autodefensa, y 2) restringe igualmente el ámbito de la soberanía interna de los Estados, a fin de garantizar mejor el cumplimiento de los derechos humanos; este concepto juega cada vez un papel más importante, aunque plantea dificultades tanto para su interpretación como para fijar sus límites. Por tanto, el derecho de los pueblos ha de asumir ambos cambios, ofreciendo una justificación racional de los mismos ¹⁰.

No se trata ya de estudiar las condiciones de la guerra justa, a propósito de la objeción de conciencia, sino de las normas de justicia internacional, que incluyen de modo relevante el papel decisivo de los derechos humanos. Y aunque el concepto de justicia sea más genérico que el de «justicia como equidad», el procedimiento de construcción y los diferen-

⁸ LP, pp. 50 y 51.

⁹ LP, pp. 42 y 220-221.

¹⁰ LP, p. 49.

tes pasos metodológicos «vienen a ser los mismos en ambos casos». Otro objetivo subsiguiente, una vez fijado el «derecho de los pueblos», será el determinar las formas de la tolerancia liberal de las sociedades no-liberales en «la sociedad razonable de los pueblos». Ciertamente, los regímenes tiránicos y dictatoriales constituyen un caso límite; pero el mismo principio liberal de tolerancia excluye la pretensión de exigir que todos los pueblos sean liberales; basta la exigencia genérica de que constituyan «formas razonables de organización de la sociedad», seguramente basadas en «doctrinas comprensivas», y que sus instituciones políticas y sociales posibiliten su adhesión a «un razonable derecho de los pueblos».

Se trata, en definitiva, de trazar los límites razonables de la tolerancia. El criterio general será el siguiente: «una sociedad no-liberal bien-ordenada aceptará el mismo derecho de los pueblos que aceptan las sociedades liberales bien-ordenadas». ¿Y qué entiende por sociedad bien-ordenada? Aquella que es pacífica y no expansionista, cuyo sistema legal satisface las condiciones de legitimidad requeridas por su pueblo y que, consiguientemente, «respeto los derechos humanos básicos». Para tales sociedades bien-ordenadas, aunque no-liberales, Rawls propone el nombre de *sociedades jerárquicas*¹¹.

A estas alturas la estrategia de Rawls resulta ya patente: se trata de diseñar un modelo constructo de «sociedad bien-ordenada jerárquica», que ocupa un lugar intermedio entre las sociedades bien-ordenadas liberales y las sociedades mal-ordenadas o tiránicas. Tal modelo le va a permitir ampliar considerablemente el ámbito de aplicación de los principios de la teoría política de la justicia internacional y, en especial, el ámbito de aplicación de los derechos humanos, como parte fundamental que son del «derecho razonable de los pueblos», aunque para ello haya de distinguir casi subrepticamente entre derechos humanos básicos y no tan básicos. Con ello parece haber atendido a medias, tanto extensiva como intensivamente, la reconstrucción globalizada de la teoría de la justicia distributiva que le era reclamada por Beitz y Pogge. La cuestión será ahora examinar la validez del procedimiento seguido.

3. LOS PRINCIPIOS LIBERALES DE JUSTICIA INTERNACIONAL

A la hora de justificar el planteamiento de la posición original, tanto para las sociedades liberales como para las jerárquicas, Rawls insiste una vez más en la universalidad del alcance de los principios que se construyan. Pero el error de Rawls, tras la propuesta todavía más global de sus discípulos, es la búsqueda de la universalidad –incompleta, de todos modos– mediante la incorporación de las sociedades jerárquicas al diseño de la posición original liberal. Dicho paralelismo es forzado e ilegítimo

¹¹ LP, pp. 42 y 43.

porque, por definición, la metodología constructivista exige que los representantes compartan las grandes convicciones de base, que son netamente liberales; por lo mismo, resulta inútil el procedimiento rawlsiano de acercar forzosamente el concepto de sociedad jerárquica al de sociedad liberal porque, en definitiva, no son Estados liberales. Y, sobre todo, tampoco Rawls se percató de que el planteamiento de la posición original entre sociedades para elegir los principios de la justicia universal sólo puede hacerse entre las democracias liberales, pues son las únicas en cuyos presupuestos se encuentra tal pretensión, aunque no por esto los principios de justicia perderán la universalidad de su alcance. Por de pronto, queda asegurada la validez de su alcance para las democracias liberales, con la consiguiente obligatoriedad para las mismas de construir pautas legales e instituciones de alcance universalista que encauzarán sus obligaciones de justicia por igual para con las sociedades liberales y para las no-liberales, pues la validez de tales principios de justicia no depende de su reconocimiento y reciprocidad por todas las sociedades del planeta. Otra cuestión distinta es ya la promoción y la difusión de tales principios de justicia entre las sociedades no-liberales en busca de su progresiva adhesión a los mismos, una vez efectuada la oportuna traducción socio-cultural de los mismos.

Por lo demás, Rawls mantiene su concepción de que se trata de construir un «razonable derecho de los pueblos» con validez para regular las relaciones políticas entre Estados autosuficientes, evitando una mera construcción liberal del mismo que correría el riesgo de ser tomada como una mera concepción etnocéntrica liberal y de «ser aplicada sólo a las sociedades cuyas instituciones políticas y cuya cultura son liberales». De modo que el problema que ha de resolver el derecho de los pueblos es uno de los varios problemas «de extensión» del ideal de justicia liberal, entre los que se cuenta también la consideración de las futuras generaciones. Rawls insiste en que se trata de «extender las ideas liberales de justicia similares, aunque más generales, que la justicia como equidad», para construir el derecho de los pueblos¹². Ciertos enfoques ético-políticos como el intuicionismo racional, el utilitarismo clásico y el perfeccionismo, han intentado una aplicación universal directa sobre la sola autoridad de sus premisas doctrinales. Pero la metodología constructivista es sólo un procedimiento razonable que permite la adopción racional de los principios de justicia para el objeto de que se trata, sea éste la estructura básica de la sociedad doméstica liberal o el derecho de los pueblos. Lo único que cambia es el procedimiento de construcción exigido por cada cuestión, pues en ningún caso los principios son derivados de otros principios más generales, como el principio de utilidad, etc.¹³.

¹² Rawls aclara que por pueblo entiende el conjunto de personas que forman un conjunto «organizado por sus instituciones políticas, las cuales establecen los poderes del gobierno». En las sociedades democráticas las personas son «ciudadanos», mientras que en las sociedades jerárquicas son «miembros». LP, p. 221, nota 5.

¹³ LP, p. 49.

Para construir el objetivo del derecho de los pueblos la posición original ha de usarse a otro nivel: los participantes representan ahora a los pueblos «cuyas instituciones básicas satisfacen los principios de justicia contruidos en el nivel doméstico». En una primera etapa, se trata de adoptar los principios que regularán las relaciones entre sociedades que comparten una concepción liberal de la justicia (aunque no sea exactamente la justicia como equidad). Seguidamente viene una segunda etapa en la posición original para construir los principios que regularán las relaciones «entre las sociedades liberales y las que denomino jerárquicas», quedando claro que se trata de una construcción común de los principios y no de una derivación de la justicia «occidental». Tal construcción paralela resulta posible porque, como «cuestión preliminar» a tener en cuenta, aunque diferentes en otros aspectos, los miembros de una sociedad jerárquica comparten «unas convicciones sobre la justicia más o menos equivalentes (*roughly the same*)» a las de los ciudadanos de la familia de las sociedades liberales, con condiciones sociales e históricas «similares», por lo que tienen el mismo tipo de razones que nosotros para justificar su modo de gobierno. Comparten, pues, «un entendimiento común» con las sociedades liberales, lo que nos proporciona un punto de partida «apto» para la «extensión del derecho de los pueblos»¹⁴.

Pero esta «cuestión preliminar» resulta ser un presupuesto tan decisivo como injustificable para la plausibilidad de su teoría. Para facilitar la «extensión» del modelo de justicia liberal Rawls sigue una doble estrategia: por una parte, adelgaza el contenido de la justicia liberal; por la otra, amplía el contenido de la idea de justicia de las sociedades «jerárquicas» hasta hacerlas casi enlazar sin solución de continuidad con la primera. Y además busca la complicidad del lector ya que se trata de mostrar a las últimas que, en realidad, están muy cerca de las primeras; tanto que, de hecho, pueden construir en la posición original, a partir de unas convicciones casi comunes, unos principios comunes de justicia política para regular las relaciones internacionales; a la vez, se evita la impresión de que tales principios tienen un origen liberal, lo que facilitará grandemente su aceptación cuasi universal. Pero quedan varios «casi» por el camino que desautorizan, de todos modos, la construcción paralela en la posición original. Aparte de la grave distorsión de la realidad que tal intento provoca. Por no hablar ya de un intento subrepticio de hacer pasar la justicia liberal internacional como la justicia sin más.

En efecto, Rawls comienza por rebajar el alcance de la idea liberal de la justicia al caracterizarla por tres ingredientes: 1) una lista de derechos básicos, así como de libertades y oportunidades (familiares a todo régimen democrático constitucional); 2) prioridad de tales libertades fundamentales sobre toda concepción particular del bien común y sobre los valores perfeccionistas, y 3) medidas que garanticen los medios para que todos los ciudadanos puedan hacer un uso efectivo de sus libertades. No

¹⁴ LP, p. 50.

son precisos, en cambio, los caracteres igualitarios de la justicia como equidad: valor equitativo de las libertades políticas, la leal igualdad de oportunidades ni el principio de la diferencia. ¿Por qué? Para facilitar la construcción del «razonable derecho de los pueblos» y su mayor extensión¹⁵. Pero ¿dónde queda entonces el auténtico sentido liberal de la justicia? Simplemente, se sacrifica a aquel objetivo.

El mismo Rawls resume su estrategia «extensiva» en dos etapas, cada una de las cuales contiene dos pasos. La primera y fundamental es el establecimiento de la «teoría ideal» del razonable derecho de los pueblos en la posición original. En un primer paso (el único legítimo, a mi entender), tal construcción se limita a los representantes de las sociedades democráticas liberales, posibilitando así el constructo de «una sociedad política bien-ordenada de sociedades de pueblos democráticos». El segundo paso, en cambio, repite la posición original entre los representantes de las sociedades jerárquicas. La segunda etapa es la de aplicación no-ideal de la teoría. También aquí se dan dos pasos: el primero registra el «no-cumplimiento de la teoría» en las sociedades «justas», tanto democráticas como jerárquicas, ya que ambas cuentan con Estados que rehúsan observar el razonable derecho de los pueblos; el segundo contempla el caso de las «condiciones desfavorables», tales como el retraso en el desarrollo económico y tecnológico, que impide en la práctica el establecimiento de «instituciones justas y efectivas, liberales o jerárquicas»¹⁶.

Obviamente, la posición original con el velo de ignorancia de los representantes de las sociedades liberales no ofrece especial problema para la construcción del razonable derecho de los pueblos, aunque es significativo que Rawls añada a las conocidas condiciones de equidad-razonabilidad del diseño de representación y de racionalidad de los representantes una tercera condición: los representantes «tratan de decidir los principios más convenientes mediante razones apropiadas, aquí y ahora»¹⁷. El resultado no puede ser otro que la adopción de los principios liberales de justicia para regular sus relaciones, así como para inspirar diversas formas de «asociación cooperativa», pero con alcance únicamente para los pueblos democráticos, pero «no para un Estado mundial» que sólo podría funcionar como «despotismo global» o como «frágil imperio». Aunque finalmente admite que, de hecho, existen ya en el seno de las Naciones Unidas ciertas organizaciones, sometidas al derecho democrático, capacitadas para condenar los regímenes o instituciones de cualquier tipo que violen los derechos humanos, y hasta para imponerles sanciones económicas e incluso, en casos extremos, para intervenir militarmente. Tal derecho liberal de los pueblos se resume, según Rawls, en siete principios:

1. Los pueblos son libres e independientes y su libertad e independencia ha de ser respetada por los demás pueblos.

¹⁵ LP, p. 51.

¹⁶ LP, pp. 52 y 53.

¹⁷ LP, p. 54.

2. Los pueblos son iguales y se obligan por sus propios acuerdos.
3. Los pueblos tienen derecho de autodefensa, pero no de guerra.
4. Los pueblos tienen que observar el deber de no-intervención.
5. Los pueblos han de observar los tratados y compromisos.
6. Los pueblos han de observar ciertas restricciones específicas en la conducta bélica (que sólo puede ser de autodefensa).
7. Los pueblos han de cumplir los derechos humanos ¹⁸.

Como puede apreciarse, en tal relación no aparece rastro alguno del principio de justicia distributiva, pese a que se trata de representantes liberales. Rawls ni siquiera lo justifica de modo expreso, limitándose a observar de modo ambiguo que tal relación es «incompleta» y que habrá que añadir «otros principios». Añade también que tales principios habrán de ser matizados y limitados jurídicamente, de modo –por ejemplo– que a ningún pueblo se le puede reconocer un derecho de autodeterminación o de secesión que se haga «a expensas de subyugar a otro pueblo»; igualmente habría que precisar cuidadosamente los límites a la independencia o la excepción al principio de no-intervención en el caso de los Estados que incumplen sistemáticamente los derechos humanos. También habría que regular las condiciones equitativas del comercio internacional, así como ciertas previsiones de «ayuda mutua» en los casos de hambruna o sequía. Habría que garantizar igualmente de modo efectivo la satisfacción de las «necesidades básicas» de todos los pueblos, así como regular el derecho de migración; en definitiva, velar por la estabilidad y la paz entre los pueblos. Se hace preciso corregir, incluso, las tendencias oligárquicas de los gobiernos democráticos, tanto internas (abuso de los derechos humanos) como externas (manipulación política, intervenciones simuladas, etc). Pero Rawls no sale nunca del ámbito del primer principio de justicia ni el alcance de tales libertades y derechos supera las fronteras de la sociedad de pueblos liberales.

Y, sin embargo, tratándose de una posición original entre representantes de democracias liberales, me parece inexcusable que el acuerdo se extienda al principio de justicia distributiva (aunque no sea exactamente el principio rawlsiano de la diferencia), al igual que su alcance vinculante llegue a las relaciones internacionales con todos los pueblos (pues ni siquiera es legítimo desde el auténtico punto de vista democrático liberal devolver las injusticias con otras injusticias; otra cuestión es la legitimidad de adoptar medidas preventivas o la promoción del respeto a los derechos humanos por medios indirectos legalmente autorizados). Y no puede aducirse el principio de reciprocidad en el reconocimiento de la obligación: estamos tratando de justicia política liberal, no de Derecho internacional público.

¹⁸ LP, p. 55.

4. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO LIBERAL DE LOS PUEBLOS A LAS SOCIEDADES JERÁRQUICAS

Como antes indiqué, la estrategia de Rawls al adelgazar tan sustantivamente el derecho liberal de los pueblos es la de facilitar el acuerdo con las que denomina sociedades jerárquicas. ¿Cuáles son los rasgos constitutivos de tales sociedades? Rawls ofrece más bien un constructo normativo que una descripción realista de las mismas, por lo que su concepto queda siempre un tanto difuso. No obstante exige tres requisitos fundamentales para todo «régimen bien-ordenado jerárquico»: 1) ha de tratarse de un Estado pacífico, que persigue sus objetivos legítimos mediante la diplomacia y el comercio u otros medios pacíficos. Ello implica que su doctrina religiosa, aunque inflencie su política, no sea expansionista, sino que respeta el orden civil y la integridad de los demás Estados; 2) su sistema jurídico impone obligaciones y deberes morales (y no meramente legales) a todos los miembros de la sociedad, lo que implica que su idea de justicia se guía por una concepción del bien común, que evita privilegios arbitrarios; ello implica también que los jueces y funcionarios creen sincera y no irracionalmente en tal concepción; por último, en esta misma línea, las instituciones políticas de tal sociedad constituyen «una razonable jerarquía de consulta» a través de cuerpos representativos porque, aunque en esta sociedad las personas no son consideradas ciudadanos libres e iguales, sí se consideran miembros responsables de la misma, de modo que la consulta institucional, aunque jerarquizada, es real y efectiva, y aunque los individuos no tienen libertad de expresión ni de asociación, las asociaciones y corporaciones sí la tienen y pueden disentir sin temor de represalias; 3) finalmente, el mismo sentido de justicia comunal garantiza a todas las personas unos derechos mínimos de subsistencia y seguridad, de libertad y de propiedad personal, así como la igualdad formal que expresan las reglas de justicia natural en sentido de Hart. Rawls explicita que el requisito segundo prohíbe la violación de los derechos exigidos por el tercero y llama la atención sobre la obligada tolerancia religiosa respecto a otras sociedades; es más, dado que su doctrina religiosa es no-irracional, ha de admitir un cierto grado de libertad de conciencia y de pensamiento a sus miembros, aunque no sea igual para todos. Y lo mismo acontece cuando, en lugar de basarse sobre una doctrina religiosa, las sociedades jerárquicas se basan en una doctrina filosófica o moral ¹⁹.

Resulta obvio el esfuerzo límite que hace Rawls para asimilar, en lo posible, el constructo normativo que ofrece de las sociedades jerárquicas a las sociedades democráticas liberales. Él mismo confiesa que su objetivo es delinear una concepción de la justicia que, aunque dista de la concepción liberal, es capaz de crear vínculos morales en sus miembros, lo

¹⁹ LP, pp. 60-62. Rawls cita en nota el libro de HART, H. L. A., *The Concept of Law*. Clarendon Press Oxford, pp. 156 ss.

cual será fundamental para su propósito de hacer ver cómo los derechos humanos no son únicamente una exigencia de las sociedades liberales. Pero queda claro que, pese a su relativa cercanía en algunos aspectos, quedan muy lejanas del estatuto liberal democrático en cuestiones fundamentales.

Pese a todo, Rawls insiste en que lo importante es que las sociedades jerárquicas son sociedades bien-ordenadas conforme a su propia concepción comprensiva de la justicia. Esta característica les va a permitir que sus representantes puedan situarse en una posición original en la que adoptarán los «mismos principios» que los construidos por los representantes de las democracias constitucionales, dado que también ellos, además de caer igualmente bajo el velo de ignorancia, son racionales y razonables. No importa a este respecto, según quiere Rawls, que su sociedad permita desigualdades básicas entre sus miembros: en la posición original sus representantes decidirán que su sociedad ha de ser tratada equitativamente en el derecho razonable de los pueblos. Para facilitar la cercanía recuerda que la posición original entre representantes de las sociedades liberales no incluía, como en el caso de la justicia doméstica, una concepción política de la persona anclada en la cultura pública liberal²⁰. Todo sea en aras de hacer más plausible la coincidencia final en un derecho unificado de los pueblos. Pero Rawls no puede explicarlo más que a base de forzados acercamientos previos entre ambos tipos de sociedad, además de haber limitado insospechadamente las exigencias liberales de la justicia internacional al primer principio de justicia. Tanto esfuerzo reductor resulta finalmente inútil para justificar una convergencia en la justicia internacional entre los pueblos: desde diferentes convicciones de partida sobre la justicia no pueden justificarse mediante metodología constructivista los mismos principios de justicia. Y, para colmo, este maximalismo en la justificación tiene como precio un excesivo minimalismo en el contenido, al carecer de todo vínculo redistributivo, pese a la inyección de derechos humanos que Rawls le aplica, como luego veremos.

En este punto Rawls reflexiona sobre las ventajas de haber adoptado ahora la metodología constructivista de la posición original en tres pasos: en la sociedad doméstica liberal, entre los representantes de las sociedades liberales y, por último, entre los representantes de las sociedades jerárquicas, en lugar de haber comenzado, como en *A Theory of Justice*, con «una posición original inclusiva de todos», esto es, global, con representantes individuales de todo el mundo. Resulta desconcertante que piense que «en ambos casos se podría alcanzar el mismo derecho de los pueblos», aunque considera más correcto y convincente el procedimiento por separado. Comprende, por lo demás, que existan lectores «escépticos» ante el resultado obtenido de un derecho de los pueblos común y compartido por las democracias liberales y por las sociedades jerárquicas, pero considera que su posición es suficientemente sólida, al igual

²⁰ LP, pp. 63-65.

que el resultado obtenido, con lo que queda justificada de modo estable la extensión del «derecho liberal de los pueblos». Y ello es así porque, en definitiva, ambos tipos de sociedad tienen intereses y objetivos políticos comunes: evitar la guerra o la amenaza de guerra. Aunque finalmente expresa en nota algunas reservas, admitiendo que «existen algunas diferencias», sobre todo porque duda –¡por fin!– de que a las sociedades jerárquicas, con sus doctrinas filosóficas o religiosas comprensivas, se les pueda aplicar una metodología constructiva ²¹. Pero, pese a todo, mantiene su excesivo maximalismo.

Pero más insostenible me parece el maximalismo de Beitz y de Pogge ²² en su pretensión de validar en una posición original global los dos principios rawlsianos de justicia. Y es que su argumentación por analogía de la sociedad doméstica a la sociedad global lleva a un planteamiento erróneo. En efecto, la sociedad doméstica liberal puede construir los dos principios de justicia porque parte de unas convicciones compartidas y ancladas en la cultura pública democrático-liberal que la posición original justifica y valida; pero la sociedad global mundial carece de tales convicciones de partida, por lo que sólo podría construir un acuerdo sobre mínimos seguramente insuficientes. Otra cuestión es, como ya he advertido antes, que las sociedades democrático-liberales, tanto en sentido intra como interestatal, hayan de construir unos principios de justicia internacional que incluyan aspectos de justicia redistributiva realmente vinculantes para sí mismos, aunque no sean reconocidos por los Estados no-liberales, del mismo que los demócratas han de atenerse a las reglas democráticas incluso con los no-demócratas.

Por lo demás, no deja de sorprenderme que Rawls, en lugar de intentar justificar una implausible posición original con los representantes de las sociedades jerárquicas, pretendidamente con resultados equivalentes a la realizada por los de las sociedades democráticas, no haya aplicado aquí la metodología del «consenso entreverado» (*overlapping consensus*), diseñado precisamente para dar «estabilidad» a su teoría política de la justicia. En efecto, Rawls asume que su teoría confrontada con otras (en el «caso modelo» lo hace con la concepción religiosa cristiana, con la concepción filosófica kantiana o utilitarista, y con la que denomina «concepción pluralista») logra generar aquel tipo de consenso, caracterizado por una coincidencia parcial, pero notable, de modo que las teorías confrontadas terminan por entreverarse (y converger, en definitiva, sobre su teoría). Rawls menciona expresamente que, aparte los tres casos citados, cabe lograr tal tipo de consenso con «muchas otras posibles opiniones comprensivas», además de las «doctrinas religiosas no fundamentalistas», esto es, «las principales religiones históricas», aunque termina por admitir que quizá sea demasiado optimista ²³.

²¹ LP, pp. 66-68.

²² Trabajos citados en notas 5 y 3.

²³ PL (ed. cit. en nota 1), pp. 168-170.

Lo característico del «consenso entreverado» es que la aceptación de la concepción política de la justicia es real –y no un mero compromiso entre las diferentes opiniones– ya que «descansa sobre la totalidad de las razones especificadas dentro de la doctrina comprensiva afirmada por cada ciudadano». Aunque, obviamente, «cada opinión comprensiva se relacione de modo diferente con la concepción política». Por tanto, la teoría del consenso entreverado ha de verse, ante todo, como una metodología para generar una creciente, aunque nunca completa, «unidad social»²⁴. Es cierto que Rawls lo plantea preferentemente con las doctrinas comprensivas dentro del ámbito liberal occidentalizado, que «convienen todas en la concepción política»²⁵. Pero su alcance puede extenderse sin violentar su metodología al llamado derecho razonable de los pueblos; o, al menos, resulta mucho más plausible, ya que, en ambos casos, se trata de obtener el mismo objetivo de que su teoría política liberal de la justicia obtenga respaldo cada vez mayor, aunque sea «entreverado», por parte de las doctrinas filosóficas, morales y religiosas rivales. En efecto, nada impide que tal consenso entreverado se persiga también con las sociedades jerárquicas que, por definición, se inspiran en alguna doctrina religiosa, moral o filosófica, aunque aquí hayan de solventarse –como, por lo demás, sucede en todo caso– los delicados problemas de traducción e interpretación transcultural. Pero se trata de un problema que, aunque difícil, puede resolverse, mientras que el intento de llevar a las sociedades jerárquicas a la posición original con el fin de obtener un equivalente derecho de los pueblos resulta metodológicamente implausible, como antes dejé expuesto. Y dado que su concepto de sociedad jerárquica conlleva un cierto grado de libertad de pensamiento, tales sociedades cumplen en esencia la exigencia de «pluralismo razonable»²⁶ que requiere la metodología del consenso entreverado.

Es más, esta metodología se adapta mejor a su diseño asimilacionista ya que, al reposar sobre una vinculación moral, la concepción política liberal de la justicia no es negociable, por lo que son las doctrinas comprensivas de la justicia las que están llamadas a converger y entreverarse con ella. Lo que es posible, según el mismo Rawls, porque son doctrinas «razonables», ya que admiten implícitamente las condiciones intersubjetivas del discurso público liberal. Ciertamente, existe un límite a tal consenso entreverado con las doctrinas comprensivas: cuando son no-rationales o, más claramente, cuando son irracionales; también cuando inducen un cerrado comunitarismo que lleva a denegar sistemáticamente las libertades básicas o a ejercer un uso opresivo de la violencia legal gubernativa; o cuando implican la represión o degradación de algunas personas por causas étnicas, raciales o perfeccionistas²⁷. De lo contrario, cabe aplicársele la misma presunción que a las doctrinas com-

²⁴ PL, p. 171.

²⁵ PL, p. 127.

²⁶ PL, p. 144.

²⁷ PL, pp. 126-146, nota 13/196.

prehensivas occidentales: «apenas comiencen los ciudadanos a apreciar lo que ofrece una concepción liberal, desplegarán respecto a la misma una lealtad que no hará más que fortalecerse con el tiempo»²⁸. Ciertamente, por presunción no tienen por qué quedarse atrás.

5. LOS DERECHOS HUMANOS MÍNIMOS Y SU UNIVERSALIZACIÓN

La cuestión puede replantearse de modo más convincente a través de la justificación de los derechos humanos y su pretensión universalista. Aunque Rawls le dedica poco más de tres páginas, está claro que los derechos humanos constituyen la pieza central de su teoría del derecho de los pueblos. Para ello, sin embargo, se propone un doble objetivo: primero, insistir en su desvinculación de la tradición liberal occidental; segundo, adelgazar su contenido hasta reducirlo a unos derechos humanos «mínimos», para facilitar sí el primer objetivo. En definitiva, la justicia internacional habrá de construirse sobre los derechos humanos, pero sólo tendrá éxito (esto es, será aceptada) si tales derechos aparecen como el resultado de una elaboración común y restringida de los mismos, que los libere de toda envoltura y toda connotación occidental. Esta posición minimalista contrasta con la anterior exigencia maximalista de justificación, pero puede ser acertada si consigue justificar con rigor la distinción que sugiere entre derechos humanos básicos y derechos humanos liberales.

Rawls inicia su estrategia oblicua caracterizando los derechos humanos como independientes de toda doctrina moral o filosófica comprensiva, incluso de la misma doctrina liberal. Para ello se muestra dispuesto a pasar por alto tanto la génesis histórica occidental de los mismos, de la que forman parte esencial no sólo el esfuerzo intelectual liberal sino también largas y cruentas revoluciones internas, como el hecho básico de que constituyen la contribución esencial de Occidente a la humanidad. Esta realidad habrá de ser puesta entre paréntesis para evitar que las sociedades jerárquicas puedan rechazarlos en cuanto «liberales o democráticos, o de algún modo distintivos de la tradición política occidental», con el sobrentendido de que tal origen los convertirá en «perjudiciales para otras culturas»²⁹. Por tanto, han de plantearse como «derechos humanos básicos que expresan una normativa mínima de instituciones políticas bien-ordenadas para todos los pueblos», en cuanto que no dependen de ninguna tradición concreta, sino que pertenecen por derecho propio «a una sociedad política justa de pueblos». De este modo, piensa Rawls, se asegura mejor su vigencia tanto en las sociedades democráticas como en las sociedades jerárquicas bien-ordenadas, de tal modo que una violación sistemática de tales derechos resulta incompatible con tal estatuto de

²⁸ PL, pp. 147, 150, 158-160.

²⁹ LP p. 68.

sociedad liberal o jerárquica. Lo que, para tal efecto, obliga a presentar una versión «muy débil» (*quite weak*) de los mismos ³⁰. Con lo que Rawls deja en la ambigüedad, en el mejor de los casos, si tal versión minimalista es el resultado de una estrategia simple de aceptación o si, por el contrario, como me parece obvio, es el producto de un auténtico proceso depurador de sus particularidades histórico-liberales. Por lo demás, está claro que el minimalismo afecta únicamente a la reducción del catálogo de los derechos humanos, y nunca a la vigencia de los mismos. Es más, aquella reducción refuerza la positivación de los derechos humanos en cuanto obligaciones vinculantes tanto para los ciudadanos como para los jueces y funcionarios.

Pero, ¿cuál es la lista de los derechos humanos mínimos? Rawls ofrece la siguiente enumeración: «derecho a la vida y seguridad, a la propiedad personal, y al estado de derecho (*the Rule of Law*), así como el derecho a cierta libertad de conciencia y libertad de asociación, y el derecho a emigrar» ³¹. Llama la atención la forma fuertemente debilitada con que presenta el derecho a «cierta libertad de conciencia y libertad de asociación», por exigencia de la naturaleza de las sociedades jerárquicas, en las que los ciudadanos —a diferencia de lo que sucede en el individualismo occidental— son primordialmente «miembros» de grupos tales como «comunidades, asociaciones o corporaciones». Rawls insiste en que tal diferencia no resulta insuperable siempre que se trate de «Estados jerárquicos bien-ordenados», esto es, con su correspondiente «jerarquía de órganos de consulta», en los que se hace real la capacidad de opinar y de discrepar sin temor, pues su misma estructura garantiza un mínimo suficiente de libertad de conciencia y de asociación, aun cuando hayan de ejercerse como miembros de agrupaciones y no como ciudadanos ³².

No es preciso repetir aquí las reservas expresadas en el apartado precedente. Baste insistir en que resulta muy difícil justificar tal debilitamiento de dos derechos humanos esenciales más que en forma provisional y en cuanto que tal ejercicio reducido y mediado pueda conducir con el tiempo a un ejercicio cada vez más pleno y directo. Rawls, en cambio, pone el énfasis en garantizar el cumplimiento de tales mínimos mediante el reconocimiento de tales derechos y de sus obligaciones paralelas. Para ello bastarían dos requisitos que vienen ya implícitos en tales estados jerárquicos bien-ordenados: 1) una concepción común apropiada de la justicia, y 2) buena fe por parte de los correspondientes funcionarios para explicar y justificar tal orden legal a sus destinatarios. No se requiere, en cambio, la idea democrática liberal de los ciudadanos como personas libres e iguales, ya que sólo se trata de justificar «un régimen mínimamente decente». Además, de este modo los derechos humanos se

³⁰ LP *ib.*

³¹ LP *ib.* Más adelante, en la nota 46, precisará más sobre la lista que ofrece la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948, distinguiendo entre derechos humanos propiamente dichos y los derechos liberales. LP pp. 227 y 228.

³² LP pp. 69 y 70.

ofrecen como «políticamente neutrales» y desvinculados de la tradición occidental.

De modo complementario Rawls apunta la necesidad de distinguir claramente entre lo que constituye con propiedad el «derecho razonable de los pueblos» de lo que son ya «derechos constitucionales» o derechos de la ciudadanía democrática, así como de otros derechos individuales o asociativos propios de la tradición occidental. Ello se hace más urgente tras los dos cambios profundos producidos tras la Segunda Guerra Mundial: la guerra sólo se justifica como medio último de auto-defensa y la soberanía interna del Estado queda limitada, en especial, por el respeto a los derechos humanos (resulta llamativo que Rawls no mencione en un trabajo de 1993 los cambios básicos que se derivan del fin de la guerra fría y del desmoronamiento de modelo soviético). Pues bien, los derechos humanos se caracterizan por ser «una clase especial de derechos de *aplicación universal y apenas controvertidos en su intención general*»³³.

Ello obliga a insistir en su presentación minimalista. Y sólo ahora, y en nota a pie de página, se decide Rawls a distinguir derechos humanos de dos tipos: 1) derechos humanos «*propriadamente*» dichos, entre los que se cuentan los que vienen especificados por los artículos tres al dieciocho de la Declaración Universal de 1948 (aun cuando subsistan algunas cuestiones de interpretación), así como los que son «implicaciones obvias» de tales derechos, como son los casos extremos de genocidio y de «apartheid», y 2) derechos humanos liberales, como el especificado por el primer artículo de dicha Declaración («Todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos. Están dotados de razón y de conciencia, y deben actuar mutuamente con espíritu de fraternidad»). En ellos se trata de fijar más bien «aspiraciones liberales». Y en el caso de los artículos 22 y 23, los derechos enunciados presuponen instituciones específicas (seguridad social y derecho a igual paga por igual trabajo, respectivamente).

Se trata, pues, también de discernir claramente entre los que son propiadamente derechos humanos («derechos de aplicación universal y apenas controvertidos en su intención general») de los que son derechos vinculados a la tradición democrático-liberal y que no son propiadamente derechos humanos, ya que no son necesarios para cumplir el triple papel que le corresponde a los derechos humanos en cuanto que expresan el derecho justo de los pueblos: 1) ser condición necesaria para la legitimidad de un régimen y para la decencia de su ordenamiento legal; 2) su vigencia basta para excluir toda intervención violenta justificada por parte de otros Estados, mediante sanción económica o, menos todavía, mediante intervención armada; 3) por último, marcan un límite al pluralismo entre los pueblos³⁴.

Otra cosa es, claro está, plantear la cuestión del cumplimiento efectivo de los derechos humanos desde el enfoque «no-ideal» de la teoría,

³³ LP p. 70 (cursiva mía).

³⁴ LP p. 71.

incluso en muchas de las democracias occidentales. Rawls, ciertamente, pone mucho énfasis en que las condiciones de nuestro mundo son «altamente no-ideales», con grandes injusticias y todo tipo de males sociales. Desde este enfoque no-ideal sólo es posible plantearse una realización «paso a paso» de la teoría ideal, diseñando políticas concretas hacia aquel objetivo que sean, a la vez, posibles, efectivas y moralmente permisibles. Son las «cuestiones de transición», que obligan a partir del *statu quo* para buscar caminos apropiados para aquel objetivo irrenunciable. Pero en esta estrategia hay que distinguir dos tipos de incumplimiento de los derechos humanos: 1.º, se da incumplimiento porque el régimen político se niega a reconocer «un razonable derecho de los pueblos»; tales Estados pueden denominarse «forajidos» (*out of law*); 2.º, se da incumplimiento a causa de las condiciones desfavorables para su aplicación por circunstancias históricas, sociales y económicas, que hacen muy difícil o imposible, al menos de momento, el establecimiento de un «régimen bien-ordenado», sea éste liberal o jerárquico ³⁵.

Consecuentemente, las relaciones internacionales de los países bien-ordenados han de ser muy diferentes con los Estados del primer tipo que con los del segundo. Con los primeros, sobre todo si son expansionistas, no cabe más que un *modus vivendi*, aunque distinguiendo siempre a los gobernantes del pueblo al que tienen sometido; ahora bien, no es legítima la intervención armada contra tales regímenes más que en defensa propia y, en casos especialmente graves, en defensa de las personas inocentes subyugadas y exclusivamente para defender los derechos humanos. La autoprotección es el deber primordial, aunque también ha de procurarse una promoción del respeto a los derechos humanos, para lo que los países democráticos precisan organizarse mejor en «nuevas instituciones y prácticas». Rawls apunta la creación de un «centro federativo y un foro público» para consensuar su opinión y su política al respecto, así como para denunciar a la opinión pública «las instituciones injustas y crueles de los regímenes opresivos y expansionistas». Y añade: esta política será tanto más eficaz cuanto que no pueda ser tachada de «meramente liberal u occidental», por lo que tal «foro» habrá de reunir conjuntamente a los Estados democrático-liberales y a los jerárquicos. Asimismo, han de tomarse medidas de presión indirecta contra tales regímenes «fuera de la ley», como la denegación de ayuda militar, económica o asistencial, a la vez que se les niega el acceso a las «prácticas cooperativas» propias de los regímenes bien-ordenados ³⁶. Pero a Rawls se le olvida precisar que esta promoción indirecta de los derechos humanos sólo será posible si los Estados democráticos se ganan previamente su respetabilidad; el problema no es tanto que tal promoción sea vista como una política liberal u occidental como que, con demasiada frecuencia, occidente haya instrumentalizado tal política al servicio de otros intereses inconfesables.

³⁵ LP pp. 71 y 72.

³⁶ LP pp. 73 y 74.

La actitud ha de ser muy distinta con los países que se encuentran en circunstancias desfavorables. Rawls entiende que tales Estados, sean jerárquicos o democracias no consolidadas, carecen de las tradiciones políticas y culturales, así como del capital humano y del *know-how*, además de los recursos materiales y tecnológicos que «hacen posible el establecimiento de sociedades bien-ordenadas». En este caso la actitud hacia tales regímenes ha de ser la de máxima asistencia y colaboración, aunque no cree que pueda exigirse la aplicación al caso del principio de la diferencia, como estiman Beitz y Pogge³⁷, entre otros, ya que tal principio sólo se justifica en la «teoría ideal para las sociedades democráticas» y, sobre todo, porque se trata de un principio liberal de justicia distributiva, cuya validez no tiene por qué ser reconocida por las sociedades jerárquicas.

La razón de fondo es que la metodología constructivista no permite trasportar un principio validado para la «justicia doméstica» como si hubiera sido justificado para regular las desigualdades en una sociedad de pueblos, pues cada cuestión «ha de ser gobernada por sus principios propios y característicos». El «deber de asistir» a tales sociedades bajo condiciones desfavorables, en cambio, es una obligación no meramente liberal, sino que atañe a todos los estados bien-ordenados. Y tal deber es tanto más apremiante cuanto que «las condiciones desfavorables» pueden ser corregidas mediante la aplicación de las políticas apropiadas. La promoción del respeto a los derechos humanos en tales países mediante prácticas asistenciales le parece la vía más apropiada para moderar, aunque sea lentamente, la corrupción de las elites, a la vez que estimula la aparición de una «cultura pública política» y la enraíza en la estructura social fundamental³⁸. Discutiré esta cuestión en el próximo apartado.

6. RAWLS ENTRE EL MAXIMALISMO Y EL MINIMALISMO

Es ahora el momento de precisar mi caracterización de Rawls en el debate del derecho de los pueblos como maximalista en la justificación, al aplicar también a las sociedades jerárquicas el procedimiento de vali-

³⁷ BEITZ, C. R., *Political Theory and International Relations*. Princeton, NJ, Princeton U. P., 1979, pp. 125-176. Beitz cita como antecesores de esta idea (y crítica sobre Rawls) a B. Barry, P. Danielson y T. M. Scanlon.

POGGE, T. W., «An egalitarian Law of Peoples». *Philosophy & Public Affairs*, 23, 1994, pp. 195-224. Pogge había hecho ya una primera presentación de su teoría en el cap. 6 de su *Realizing Rawls*. Ithaca, Cornell University Press 1989. Pogge ha presentado la propuesta de institucionalizar de modo internacionalmente vinculante una «Tasa Global sobre los Recursos» (GRT: *Global Resource Tax*) o tasa sobre el consumo, destinada a constituir un fondo con el que atender a los desequilibrios distributivos. La idea me parece interesante y, de hecho, debería ser adoptada por las democracias liberales sin esperar a llegar a un acuerdo internacional, como piensa Pogge.

³⁸ LP pp. 75-77.

dación que significa la posición original, y de minimalista en la aplicación universal del respeto a los derechos humanos. Respecto a su maximalismo en la justificación mi posición es la siguiente: considero bien fundada la desautorización que hace Rawls de Beitz y Pogge, quienes pretenden aplicar su principio de la diferencia como integrante fundamental del derecho de los pueblos, sin darse cuenta de que se trata de un principio validado –y validable– mediante la metodología constructivista únicamente para las sociedades democrático-liberales; pero creo que la misma desautorización y por las mismas razones le es aplicable al mismo Rawls en su extensión de la posición original a las sociedades jerárquicas, dado que la metodología constructivista parte necesariamente de una cultura pública y de unas convicciones compartidas que, por definición, no pueden darse en las sociedades jerárquicas, por mucho que Rawls rebaje las exigencias y fuerce las equivalencias.

Y mantengo reservas hacia su minimalismo en la aplicación universal del respeto a los derechos humanos mediante el mero principio asistencial incorporado al derecho de los pueblos. En primer lugar, porque del hecho de que no puede justificarse la vigencia internacional del principio de justicia distributiva entre todos los pueblos no se sigue que tal principio no pueda serle exigido a las democracias liberales en cuanto factor político y moral fundamental (aunque no legal) de sus relaciones internacionales, no sólo entre ellas mismas, sino también con los demás pueblos, dado que el principio ha sido validado a partir de sus convicciones compartidas y su cultura pública. Y tal validación es vinculante universalmente, al menos en el plano moral y político, aunque no lo sea en el plano estrictamente legal, que exige reciprocidad. Por tanto, para las democracias liberales el principio de justicia distributiva, aunque no forme parte del Derecho internacional público, ha de regular todas sus relaciones internacionales desde el punto de vista moral y político, esto es, desde la obligación moral y democrática que es autovinculante, ya que su validez no depende del reconocimiento recíproco de los demás. Alguien argumentará que ello empeoraría la posición de las democracias liberales en beneficio de las sociedades jerárquicas y de los regímenes dictatoriales y autoritarios de todo signo, quienes no reconocen los presupuestos de la justicia distributiva. Dejando de lado la importante cuestión de su no vinculación en el Derecho internacional público, tal argumentación recuerda la que, en ocasiones, se plantea para corregir la «debilidad» de la democracia estricta; pero lo cierto es que uno ha de comportarse moral y democráticamente incluso con los inmorales y antidemócratas. Y ello puede acarrear una mayor vulnerabilidad en el corto plazo, pero nunca en el medio y largo plazo, que son los que verdaderamente importan. En todo caso, repito que tratamos de justicia, no de maximizar beneficios.

Pero es que, además, Rawls sigue manteniendo en 1993 en lo esencial la misma visión caduca de 1971 (*A theory of Justice*) de los estados-naciones en cuanto unidades autosuficientes y plenamente soberanas, que sólo secundariamente tienen que relacionarse con los demás. La realidad, en

cambio, como señala Beitz ³⁹, es que los estados-naciones cumplen actualmente el criterio rawlsiano de ser unidades cooperativas a una escala globalizada en la que los límites territoriales son cada vez más difusos, no sólo en las relaciones comerciales y culturales, sino también en las políticas, jurídicas y morales, por lo que el criterio tradicional que todavía mantiene Rawls de la ayuda mutua en situaciones excepcionales ha quedado totalmente obsoleto y, sobre todo, resulta netamente insuficiente.

Otro aspecto de su minimalismo, en cambio, me parece muy acertado y positivo. Se trata de su intento de diferenciar claramente en los derechos humanos lo que es componente intrínseco de la dignidad humana de lo que son adherencias históricas y culturales de la tradición liberal que los alumbró. La distinción es clara, aunque la tarea discriminadora sea más compleja de lo que Rawls presume, dada la enorme dificultad de separar unos valores de su envoltura lingüística, cultural y social. No se trata de que sea una tarea imposible, sino simplemente de que es mucho más compleja de lo que Rawls da a entender. La tarea discriminadora entre los derechos humanos fundamentales y los derechos más propiamente liberales le permite realizar una primera selección en la lista promulgada por la ONU en su Declaración Universal sobre los Derechos Humanos de 1948.

En un segundo plano queda ya que tal selección concreta resulte discutible, en especial su versión restringida de los derechos de libertad de pensamiento y de asociación en las sociedades jerárquicas, ya que tal restricción sólo es admisible de modo temporal y si cumple un criterio formulado por el mismo Rawls en otro contexto: si «una libertad menos amplia puede favorecer el sistema total de libertad compartido por todos; algo menos que igual libertad puede ser aceptable para aquellos con menor libertad» ⁴⁰. Pero, en todo caso, resulta patente que la tarea discriminatoria exigirá un complejo trabajo de traducción categorial y de hermenéutica crítica a fin de que la formulación de los derechos humanos fundamentales quede despojada de sus adherencias liberales, lo que sin duda favorecerá su aceptación universal, aunque sólo puede esperarse que sea una aceptación gradual y con retrocesos ocasionales.

M. Walzer ha discutido recientemente la tendencia hoy mayoritaria de «pensar el mínimo en términos procedimentales», en alusión expresa a Habermas y más indirecta a Rawls. Este minimalismo procedimentalista consiste, ante todo, en la adopción de unas reglas del juego o «reglas generativas» compartidas por todos, respecto de las cuales «el maximalismo es el resultado siempre inacabado de sus argumentaciones» ⁴¹. Wal-

³⁹ BEITZ, C. R., *op. cit.* en nota 37, pp. 127-176. Es de notar que Rawls (LP nota 52, pp. 228 y 229) afirma expresamente que coincide con los objetivos de Beitz, pero que tales objetivos se pueden obtener por el principio asistencial, «sin necesidad del principio liberal de justicia distributiva».

⁴⁰ RAWLS, J., TJ, 302.

⁴¹ WALZER, M., *Moralidad en el ámbito local e internacional*. Alianza, Madrid, 1996 (v. o. 1994), pp. 44 ss.

zer objetiva que este mínimo procedimental resulta ser más bien un maximalismo muy adelgazado, pero que refleja una forma de vida democrático-liberal; de hecho, en la intención está claro que tal minimalismo moral se orienta a un maximalismo a construir que, sin embargo, ha precedido y orientado ya de hecho la formulación minimalista. La objeción afecta incluso al minimalismo más modesto de S. Hampshire ⁴², quien limita su alcance a «las condiciones de la mera decencia», que nos enseña la experiencia común de la deliberación política. Se trataría, en definitiva, de derivar de aquella experiencia unas reglas de verdad y de justicia negativas, esto es, las reglas mínimas para proteger a las personas de la crueldad y de la opresión en base a la «decencia» según diversas fórmulas (y no sólo la democrática).

Walzer, por su parte, prefiere partir de un punto de partida neutral. Aunque en seguida concede que tal punto de partida neutral no existe justamente porque «las moralidades no tienen un principio común». Pero prefiere aproximarse al mismo a través de su conocida metodología del pluralismo diferencialista. Así el minimalismo moral sería el precipitado del final de la diferencia, tras la búsqueda de resultados similares en la enorme diversidad de los procesos históricos. En definitiva, el minimalismo moral sería la decantación o la destilación de las prácticas. Esa fuerza de apoyarnos en prácticas reales es la que posibilita y hasta hace plausible, según Walzer, mucho más y mejor que los juicios político-morales procedimentales, una intervención armada fuera de nuestras fronteras cuando sea precisa, ya que la intervención armada se organiza directamente por la «vida» y la «libertad», y no tanto por la «verdad» y la «justicia». Y es que Walzer piensa que en el primer caso se garantiza el logro de la solidaridad, mientras que no ocurre lo mismo en el segundo, dado que las concepciones sobre la verdad y la justicia son mucho más divergentes.

Pero la argumentación de Walzer muestra, a la vez, su fuerza y su flaqueza: sin duda los beneficiarios de la intervención armada pueden creer más fácilmente en la autenticidad de nuestro impulso solidario, pero la sola guía de las prácticas decantadas no ofrece un criterio suficientemente discriminador para garantizar que nuestra solidaridad tiene fundamento. No basta la buena intención; se necesitan también algunos criterios obtenidos mediante deliberación pública en busca de un reconocimiento mínimo. Tanto más cuanto que el mismo Walzer caracteriza al minimalismo como aquellas «demandas mínimas que nos hacemos unos a otros» y que, si nos son negadas, son «reiteradas con insistencia y pasión», precisamente porque son cuestiones nucleares (*close to the bone*) ⁴³. Por lo demás, ya he dejado constancia de mi opinión respecto al maximalismo procedimentalista de Rawls, que he contrastado con su

⁴² HAMPSHIRE, S., *Innocence and Experience*. Cambridge Mass., Harvard University Press, 1989, 72-78 (citado por Walzer).

⁴³ WALZER, M., *op. cit.*, p. 38.

minimalismo en la aplicación universalista, mucho más ajustado, aunque lejos de ser satisfactorio.

Pero, en definitiva, estoy persuadido de que la mejor estrategia para la promoción y defensa de los derechos humanos en el mundo no es directa, sino indirecta, ya que su aceptación progresiva está estrechamente vinculada –y hasta dependiente– a la promoción y universalización sincera del régimen democrático en el mundo, que asimismo habrá de hacerse desprendiendo el modelo de sus envolturas liberales y traducido –tanto categorial como institucionalmente– a las características socioculturales de cada país. Se trata, en definitiva, de obtener una transición democrática a la vez auténtica y adaptada, de modo que, al igual que exigíamos en la universalización progresiva del respeto a los derechos humanos, no sea preciso «occidentalizar» a los destinatarios de la misma. Y ello por exigencias estrictas de autenticidad, que en este caso –como casi siempre– coinciden con las exigencias estratégicas: ni la democracia ni los derechos humanos podrán ser aceptados en su actual ropaje occidental-liberal. Menos todavía, claro está, si en su promoción se descubren usos instrumentales con intenciones espúreas ⁴⁴.

Obviamente, la universalización auténtica de los derechos humanos es mucho más prioritaria que la universalización del régimen democrático; pero, en la práctica, ambas universalizaciones habrán de ser paralelas puesto que ambas son interdependientes: el riguroso cumplimiento de los derechos humanos es el más claro criterio de democratización precisamente porque, como señala Rawls, los derechos humanos marcan los límites de la tolerancia y del pluralismo; y, a la vez, tal objetivo sólo será posible en una democracia verdadera.

⁴⁴ Me he ocupado de esta estrategia minimalista en el capítulo «Democracia mínima. El paradigma democrático», de mi libro *Educación moral, postmodernidad y democracia*. Trotta, Madrid, 1996, pp. 198-227.

2.3 ESTUDIOS DE HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

Introducción al pensamiento de Alessandro Passerin d'Entrèves

Por ROGER CAMPIONE

Universidad de Oviedo

1. LA FORMACIÓN Y LOS PRIMEROS INTERESES HISTÓRICO-POLÍTICOS

Contextualizar la obra de un pensador es un principio metodológico de la máxima importancia. Tal como ha observado Petrone, «quien quiera conocer el estado de la Filosofía del Derecho, en un lugar determinado, en una época determinada, tiene que considerar dos cosas: el estado de la filosofía universal, en el mismo sitio y en la misma época, y el estado de la misma Filosofía del Derecho en la época inmediatamente anterior a la que se examina».

La filosofía que había dominado la segunda mitad de 1800 era el positivismo; sin embargo, entre los últimos años del siglo XIX y los primeros del XX, los principios positivistas entraron en crisis. Además, a diferencia de lo que ocurrió en otros países como Francia e Inglaterra, en Italia el positivismo no se había impuesto de forma completa e incontrovertible, ya que en la tradición filosófica italiana permanecían señas importantes que se conectaban al pensamiento viquiano y al idealismo hegeliano, sin por eso negar totalmente las exigencias concretas del positivismo.

En el ámbito de la filosofía jurídica, un fuerte movimiento de reacción contra el positivismo y de reivindicación idealista del derecho –ya anunciado dentro de la misma «escuela positiva» con el llamamiento a la exigencia

crítica hecho por Icilio Vanni— encontraba un primer y fundamental impulso en la obra de Petrone. Quien desarrollaría sistemáticamente esta nueva dirección sería Giorgio Del Vecchio, a quien se debe en Italia la verdadera fundación de la reflexión crítica sobre el Derecho en la primera década del siglo XX. *Kantianamente*, Del Vecchio distinguía entre la forma y el contenido del Derecho. Sin embargo, a través de la distinción, típicamente *neokantiana*, entre concepto e idea, llegaba a definir no lo jurídico sino lo justo; más que la exigencia lógica, quería satisfacer la deontológica; asimismo, pasaba de la indagación crítica a un claro iusnaturalismo. En la segunda década esta postura recibía la renovada aportación del pensamiento católico tradicional que, ya con las exhortaciones pontificias finiseculares, invitaba al redescubrimiento de la doctrina tomista. Desde entonces vamos a asistir a un enfrentamiento entre esta nueva corriente, la neoescolástica, y la filosofía más vigorosa de aquel periodo, la neoidealista. En este clima cultural se forma un joven Passerin que, nacido en Torino el 26 de abril de 1902 en una antigua familia del Valle d'Aosta, consigue la licenciatura en Derecho en la misma ciudad en 1922, cuando tan solo tenía veinte años. La primera experiencia fundamental durante su formación es, sin duda, el encuentro con Piero Gobetti, su coetáneo y compañero de Universidad. En la revista fundada por este último, «La Rivoluzione Liberale», el joven Alessandro da los primeros pasos como escritor. Aunque se aleje pronto de la crítica militante, la figura de Gobetti deja una marca imborrable en el autor valdostano. Sobre todo le reconoce el incomparable mérito de haber sido el primero en descubrir el verdadero significado del fascismo; de haberlo desenmascarado no como una explosión súbita sino como un mal profundo que desde hacía mucho tiempo corroía la vida del país, y que no era posible liquidar con los simples juegos parlamentarios. En el convencimiento de Gobetti, para luchar contra el fascismo existía sólo una vía: la oposición categórica y la intransigencia moral. Y es Piero Gobetti el que en 1924 publica la tesis de licenciatura sobre la Filosofía del Derecho de Hegel, tesis que Passerin d'Entrèves escribe bajo la dirección del profesor Gioele Solari. Sin embargo, la relación con Hegel habría terminado incluso antes de que comenzara, ya que aquellos años de intensas lecturas hegelianas y posthegelianas tuvieron en él el efecto de provocar un creciente rechazo, que se convertiría posteriormente en una verdadera aversión hacia esa manera de entender la filosofía. En este período, cuando nace el interés especulativo que caracterizará toda la producción científica de Passerin, pasa por el *Balliol College* de Oxford, donde el filósofo valdostano llegará en 1926 gracias a una beca obtenida por uno de sus maestros, Luigi Einaudi. El encuentro con A. J. Carlyle, su tutor en aquellos primeros años de estancia en Inglaterra, estimula en el joven estudiante la fecunda pasión por la doctrina política medieval y por la historia del pensamiento político inglés. De hecho es la lectura de los textos teóricos-políticos medievales la que despierta en el joven Passerin el interés por estos temas: la justificación de la obediencia, la legitimación de la autoridad y, en general, la indagación sobre las teorías globales del Estado. Especial atención reservaría al

pensamiento político de Santo Tomás de Aquino, filósofo sumo del que adquiere la vocación científica de interrogarse sobre el valor general de la vida política. El redescubrimiento de la filosofía aristotélica y su renovación en la sociedad medieval constituyen, según Passerin, uno de los más importantes aspectos de la doctrina del Aquinate. Ésta se manifiesta en una gran obra de reconciliación entre el pensamiento clásico y la tradición cristiana, síntesis que, junto al reconocimiento de un orden natural de valores racionales y éticos que puede justificar por sí mismo la experiencia política, representa el punto focal de toda ética tomista. Esta concepción clásica del valor del Estado, junto a la doctrina del Derecho natural entendido como expresión de la razón humana como presupuesto necesario para la plena realización del ideal cristiano, viene reconocida por d'Entrèves también en el pensamiento político de Dante Alighieri, tan intensamente influenciado por el modelo de la «buena ciudad», único lugar en el que un hombre podía ser al mismo tiempo un buen ciudadano y un buen cristiano. Es ese el sentido de las palabras que el poeta florentino hace pronunciar a Cacciaguida en el canto xv del Paraíso:

«A cosí riposato, a cosí bello viver di cittadini, a cosí fida cittadinanza, a cosí dolce ostello, Maria mi die', chiamata in alte grida; e ne l'antico vostro Batisteo insieme fui cristiano e Cacciaguida».

Todo eso, más allá de la perspectiva histórico-política, testimonia también la importancia del tema ético-religioso en la reflexión de Passerin, sobre todo si lo conectamos con su otro interés historiográfico fundamental, el pensamiento político inglés moderno y contemporáneo. De hecho, los cambios religiosos y las vicisitudes políticas de la Inglaterra del siglo xvi, marcan —en la opinión de Passerin— la instauración del Estado moderno aun antes de que aparezcan las grandes doctrinas del siglo xviii. La figura central para entender claramente las instancias teóricas de este agitado período es —según él— la de Hooker, pensador dotado «de aquel buen sentido y de aquella moderación que le ha valido el epíteto de *juicioso*», y que, intentando superar críticamente los problemas puestos en el campo del Derecho por la rigurosa concepción puritana que entiende el poder político como directa derivación divina, redescubre la tradicional visión tomista en la que razón y revelación no están contrapuestas sino armonizadas jerárquicamente. Llega a eso alimentando tal concepción con la defensa de un principio de razón y libertad humana que, reconectándose a la especulación medieval, y al mismo tiempo cimentando el racionalismo moderno, no es nada más que el Derecho natural.

2. LAS RAZONES DEL DERECHO NATURAL

A la vuelta de Inglaterra Passerin obtiene, en 1929, su primer puesto como profesor agregado de Historia de las Doctrinas Políticas. Desde 1935 enseña como catedrático en las Universidades de Messina, Pavia y

Torino hasta que, al finalizar la segunda Guerra Mundial, le llaman para cubrir la prestigiosa cátedra de «Estudios Italianos» en la Universidad de Oxford. Allí se quedará desde 1946 hasta 1957 impartiendo cursos sobre Dante, Machiavelli, Guicciardini, Manzoni, al mismo tiempo que cultiva con gran vehemencia la investigación acerca de la teoría del Derecho natural. En un volumen dedicado a este argumento, Passerin traza un cuadro de la evolución histórica del derecho natural, pero sobre todo se propone examinar las razones que aún mantienen vital tal doctrina hoy en día. En ese sentido declara su «fe metafísica», opinando que la dimensión positiva del Derecho no puede agotar la complejidad de la experiencia jurídica. Es el problema de la esencia del Derecho, y la manera para acercarse a él implica, para el iusnaturalista, el abandono de la identificación entre ley y mandato. El significado de la palabra ley debe ser ampliado, no puede reducirse solamente a la voluntad de un superior, tiene que ser un producto de la razón humana. Ya hemos visto que Passerin toma en préstamo esa postura de la visión según la cual el fundamento de las instituciones sociales y políticas hay que buscarlo en la existencia de una esfera de valores puramente naturales o, si se quiere, racionales. Sin embargo, se trata de una concepción que el autor hace remontar directamente al Derecho Romano, Derecho que, introduciendo y desarrollando una noción de la soberanía jurídica, y no filosófica, la coloca dentro de límites precisos: el príncipe «absoluto» está por encima del Derecho positivo pero por debajo del Derecho natural. También el renacimiento del Derecho natural entre el siglo XVI y el siglo XVII halla sus raíces en el vehemente rechazo de la concepción voluntarista y nominalista, mantenida por los Reformadores, convencidos como estaban de que todas las leyes morales eran emanación directa de la inescrutable omnipotencia divina. La consecuencia de estos relieves quiere ser una incitación a rehusar todas las soluciones exclusivamente empíricas, a estudiar el Derecho como parte de la ética y, por lo tanto, a constatar la incesante dialéctica que tan profundamente había captado Vico entre valores y normas, y que acompaña a la sociedad política en su origen.

Hay que añadir que toda reflexión alrededor del Derecho natural no tuvo siempre el mismo objeto: enfrentando la teoría medieval con la moderna, podemos destacar que la primera intentó buscar *un* Derecho objetivo que encarnase un orden racional y moral conjunto, mientras que la segunda elaboró una doctrina centrada en la dimensión subjetiva del Derecho natural, así que en realidad resultaría ser una teoría de *los* derechos naturales, que no presupone la tendencia hacia un ideal jurídico, sino que establece una serie de atributos individuales inalienables. Por esa vía llegamos a lo que me parece que es el asunto nuclear en la indagación de Passerin: si desde el punto de vista del objeto no resulta siempre correcto fijar una línea de continuidad en la evolución de la doctrina del Derecho natural, la que sí parece permanente es la idea de que interrogarse sobre el problema del Derecho natural significa afrontar la cuestión de los valores. La extensión del concepto de ley y el reconocimiento

en ella de la consecución de determinados valores, lleva al estudio de la íntima relación entre Derecho y moral. Sobre este argumento Passerin d'Entrèves asume un punto de vista que tiende a evidenciar más que los caracteres diferenciales elaborados por la moderna Filosofía del Derecho —criterios que, por otra parte, no comparte del todo—, los puntos de intersección entre los dos ámbitos, reivindicando una vez más que es el Derecho natural la clave para entender este ligamen en el justo sentido. Lejos de ser un elemento de confusión entre Derecho y moral, el Derecho natural representa al mismo tiempo la conexión y el trato distintivo de la relación. Es en ese mismo sentido que el Passerin maduro aprecia y comparte, en las líneas temáticas fundamentales, una tesis como la de Hart, positivista declarado, que según nuestro autor tiene el mérito de ofrecer una serie de «buenas razones» en favor de aquel *contenido mínimo* del Derecho natural que encarna el objeto mismo de la supervivencia. En realidad se trata de un consenso que supera el plano de la teoría jurídica y se fundamenta en la admisión, por Hart, de que no necesariamente ha de existir una conexión entre positivismo jurídico y relativismo moral, discrepando en ello de las comunes y más modernas teorías positivistas. Así, esta actitud hace que la obediencia a las normas jurídicas no derive exclusivamente de la fuerza coercitiva que el Derecho posee, sino del reconocimiento por parte de los destinatarios, de una correspondencia entre esas normas y aquel núcleo de valores, que hace la obediencia voluntaria. Podría parecer que el examen de la teoría de Hart sirve a Passerin para apuntarse un tanto decisivo en su favor en la disputa entre iusnaturalistas y iuspositivistas, pero no es así. Su análisis tiende también a admitir la validez de la doctrina positivista con tal que acoja la idea del positivismo como *método* de la ciencia jurídica. En un ensayo en el que se propone afrontar la cuestión relativa a la pregunta kantiana sobre «cómo sucede» el Derecho, comprobado que ni el positivismo (que sacrifica el *deber ser* al *ser*) ni el iusnaturalismo (que sacrifica el *ser* al *deber ser*) están en condiciones, tomados individualmente, de dar una respuesta convincente al problema, Passerin d'Entrèves afirma con convicción que «hay un elemento de verdad en el positivismo y en el iusnaturalismo». Pero la proposición tiene que interpretarse correctamente: con estas afirmaciones Passerin no se refiere al positivismo jurídico en general sino a un tipo específico, comúnmente llamado normativismo, que aunque se limite al problema de la definición del Derecho, al de la validez de la norma, descuidando el tema de la valoración, básico para el otro de la obligatoriedad, ha tenido el innegable mérito de haber presentado el ordenamiento jurídico como *sistema lógico cerrado*, en el que es posible deducir de ciertas normas jurídicas, con la única ayuda de la lógica, conclusiones acertadas. Pero esta versión *correcta* del positivismo explica únicamente el *quid iuris*. Se olvida del *iustum vel iniustum* del Derecho. Si a quien se tiene en cuenta es a Kelsen, el problema radicaría en que la *Grundnorm* no consigue fundamentar la aceptación última de la norma jurídica. Passerin destaca que al final de esta realización del ordenamiento en grados

existe algo diferente, anterior al Derecho, es decir, una realidad social llena de instancias conectadas inevitablemente con cláusulas de valor.

Una vez más el puente entre Derecho y moral vuelve a ser el Derecho natural, y apoya su conclusión en las palabras de Max Weber —que ciertamente no puede ser acusado de iusnaturalista—, quien define tal Derecho natural como la «forma específica y única consecuyente de la legitimidad de un derecho que queda cuando decaen la revelación religiosa y la santidad hereditaria de la tradición». Mejor que un puente me parece que para Passerin ese elemento resulta ser exactamente el punto justo en el que valores y normas coinciden.

3. LAS TAREAS DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

En el período en el que Passerin d'Entrèves llega a aclarar su interpretación respecto a los problemas de la política y del Estado, la corriente dominante en el ámbito de la cultura filosófica y académica no parece preferir una actitud «iluminista» como la seguida por el profesor valdostano. Estamos al comienzo de los años sesenta, y Passerin ha vuelto a la Universidad de Torino, por invitación de Norberto Bobbio, a enseñar Doctrina del Estado. En muchos escritos de este período, tal vez en todos, comprueba y lamenta el ocaso del interés por la filosofía política en favor de una nueva disciplina, seguida con entusiasmo creciente, que se acerca a los problemas de la relación política en una clave muy distinta de la que él había heredado de sus *auttori*. Esta nueva «ciencia política», desarrollada a lo largo de las últimas décadas, sobre todo en EE. UU., se propone la tarea de estudiar el fenómeno político en términos exclusivamente *descriptivos*, depurando el lenguaje analítico de cualquier dimensión axiológica. El cometido fundamental de esa ciencia es ser rigurosamente empírica. Por usar las palabras de uno de sus fundadores, intenta estudiar los hechos de la vida social «con la misma impassibilidad con la que estudiaríamos las costumbres y las funciones orgánicas de las aves, de las abejas y de los peces». El santo y seña de esta nueva ciencia es *neutralidad* o, para usar la expresión de Max Weber que tanto éxito tuvo, *Wertfreiheit*. No hace falta mucho esfuerzo para comprender que una actitud parecida es hija de un más amplio movimiento científico y cultural liderado por el positivismo en las ciencias naturales. La exigencia de encontrar fórmulas que puedan explicar clara y completamente el variopinto existir de la realidad contemporánea, que se manifiesta en forma cada vez más compleja, condiciona de manera resolutiva también el ámbito de las ciencias sociales. La posibilidad de aclarar las conductas humanas en su estructura organizada y colectiva, representa una lisonja demasiado prometedora para los especialistas de una materia, el Derecho, que se desarrolla a lo largo de un recorrido en el que en las teorías y en los tiempos varían las respuestas, pero constantemente parecen repetirse las mismas preguntas.

El esfuerzo de los científicos de la política está así dirigido a la individuación de criterios sistemáticos –digamos más bien de verdaderas leyes en el sentido rigurosamente científico del término– capaces de abastecer la comprensión del funcionamiento real del proceso político desde un punto de vista fáctico, empírico, asumiendo como fenómeno base la omnipresencia del poder, y cuya única tarea es el estudio de su distribución efectiva. Dejando a un lado las reflexiones sobre el Estado como «diversiones intelectuales del pasado», la ciencia política busca el *cómo* de la realidad, no el *porqué*, preocupándose de describir y no de justificar. De aquí la pretensión de neutralidad, que inevitablemente lleva a un desconocimiento ético que en sus manifestaciones más radicales considera la pregunta sobre el porqué del Estado, sobre las razones de la obediencia al derecho, simplemente absurda e inútil, en cuanto dependiente de la particular ideología que cada uno posee.

Ahora bien, me parece que la cuestión primaria no se refiere a la bondad o maldad de esta postura, sino a su propia posibilidad: ¿es verdaderamente posible llevar a cabo una investigación de este tipo? Con otras palabras, ¿es de veras practicable esa «neutralidad ética»? La más reciente ciencia política se había dado cuenta de la dificultad de acantonar los juicios de valor en las cosas políticas, y también de la necesidad de declarar honestamente desde el comienzo las propias preferencias. Passerin lo sabe y su respuesta es negativa. El motivo, tan sencillo como convincente, es que en la base de toda reflexión política hay siempre, y no podría ser de otra forma, una concepción del hombre. Dirijamos por un momento la atención a la distinción entre dos modelos de pensamiento paradigmáticos y opuestos que es posible reconocer en dos de los mayores pensadores de todos los tiempos: según Aristóteles el hombre está inclinado, por naturaleza, a organizarse en estructuras sociales; tiene, por su esencia, un *appetitus societatis* que lo hace animal político y por eso tendente a crear una *societas inter homines* ya que contiene *in interiore* el carácter genético de la sociabilidad. De diferente opinión, Hobbes sustenta que el hombre, al menos en el primordial estadio así llamado «de naturaleza», está gobernado por un instinto opuesto, el del atropello, que lleva a los sujetos a actuar impulsivamente a través del uso de la fuerza. En ese sentido, para Hobbes los hombres son *natura hostes*, y por eso el camino que lleva a la sociedad se desmadeja a lo largo de un recorrido racional; para atemperar los conflictos existentes en el estado de naturaleza es necesario agregarse en formas de convivencia social.

Diría que estos breves y elementales apuntes aclaran suficientemente el significado de la postura expresada por Passerin d'Entrèves: por más que se intente depurar el lenguaje analítico de cualquier conexión valorativa, en la base de toda reflexión en el ámbito de las ciencias sociales y morales, siempre hay una elección, así la llaman los politólogos, «ideológica», que no es posible averiguar por vía empírica, en favor de la cual se pueden alegar no pruebas sino razones, porque los valores no se demuestran sino que se argumentan. El error de los científicos de la política sería

entonces el considerar las reflexiones sobre los valores fruto de elecciones arbitrarias, emotivas e irracionales. No es esta la opinión de Passerin, que no dirige sus críticas hacia la validez científica de semejante planteamiento, sino a su pretensión de originalidad y autonomía. El científico de la política tiene todo el derecho a dedicarse al estudio de los fenómenos políticos exclusivamente desde un punto de vista empírico y estadístico, pero tendría que aceptar que existe un tipo de investigación diferente, que no sólo se preocupa de analizar el fenómeno del «poder» como hecho último e incontrovertible de la realidad social, sino que también intenta encontrar razones de por qué los hombres lo reconocen como tal, opinando que existe, que debe existir, un motivo ulterior que constituye el objeto central de la filosofía política. Interrogarse sobre la obligación política significa no sólo estudiar aquel conjunto de fenómenos sociales que constituyen el Estado, sino también, y de forma prioritaria, valorarlo críticamente y, si se da el caso, formular razones que puedan justificarlo. La búsqueda se desarrolla, en la reflexión de Passerin d'Entrèves, según dos líneas directivas: por un lado, hay que calificar los distintos tipos de obligación que pueden configurarse en las relaciones entre individuos y entre ciudadanos y Estado, buscando hallar una diferencia entre deber moral, obligación política y obligación jurídica; por el otro, se propone elaborar una doctrina del Estado –más bien, como él mismo escribe, la doctrina del Estado– en la firme convicción de que esta «forma suprema y conclusiva de la organización social» represente aún hoy en día la noción central alrededor de la cual debe converger la actividad del estudioso de las cosas políticas. No hace falta subrayar que se trata de un camino desarrollado por direcciones que continuamente convergen y que tienen constantemente enfrente el mismo objetivo: el de proveer una respuesta razonable a la pregunta de «¿por qué un hombre debe obedecer a otro hombre?».

La importancia de la investigación sobre la obligación política, está confirmada por el hecho de que a pesar del variar de las soluciones expuestas y la diferencia de tiempos y lugares, el problema de buscar un fundamento que justifique la obediencia al Derecho permanece, ya que de ello dependen aspectos básicos de la vida humana y social. Por eso mismo, el carácter esencial de tal reflexión deriva del conocimiento de que, a lo largo de toda su vida, el individuo se ve complicado en una serie de vínculos que inevitablemente condicionan en todo grado la convivencia social. La tarea del filósofo político es proporcionar una justificación razonada de esta dependencia, no sólo comprobar su existencia e ilustrar sus aspectos. Entonces, interrogarse sobre la naturaleza de la obligación política significa superar el plan descriptivo para ponerse en la cuestión de los valores, de la *legitimidad* del poder.

La tentativa de calificar un tipo de obligación distinta tanto del deber moral como del jurídico es un tema que constantemente se ha propuesto a la atención del filósofo político: desde el diálogo entre Sócrates y Trasímaco ilustrado por Platón en el *Critón* hasta las *Lectures on the Principles of Political Obligation* de T. H. Green. Passerin d'Entrèves no se aleja de

esta tradición, más bien reconoce en ella el eterno esfuerzo de comprender el sentido de la convivencia humana, la misma esencia de la política. Respecto a la imposición procedente de la norma jurídica, la obligación política se diferencia porque en ésta el elemento que lleva a la obediencia no depende de las consecuencias que derivan del cumplimiento o incumplimiento de las prescripciones, sino de la aceptación de los principios que las inspiran. Además, se diferencia del deber moral porque se trata de una obligación «global», «inclusiva», que comporta el reconocimiento de una serie de deberes que derivan del hecho de vivir en una determinada comunidad, «jurídicamente organizada y socialmente cohesiva». Por el contrario, el juicio de la consciencia moral es fruto de una reflexión libre y autónoma que no puede hacerse en términos generales sino que exige la criba de cada situación. No cabe duda, pues, que la idea de obligación política está estrechamente conectada a la noción de ciudadanía; tal conexión se expresa, en la elaboración de Passerin, a través de la atribución de un valor positivo a aquel conjunto de normas de producción y de sanciones jurídicas que se dan en el Estado, con la consecuente legitimación de la actividad de quien está llamado a ejercitar semejante poder por cuenta de la colectividad. Una actitud formal –cuyas motivaciones pueden cambiar según los miembros que constituyen la comunidad– que por eso mismo incluye el carácter de la generalidad; es decir, que no hay que relacionarla con las normas particulares que componen un ordenamiento sino con su conjunto. El uso que Passerin hace de la noción de ciudadanía refleja la preocupación por marcar en profundidad la diferencia entre obligación política y deber moral. Una vez que ha efectuado la elección moral de atribuir valor al Estado, el ciudadano hace la elección política de aceptar en general sus preceptos. La intención del filósofo valdostano hay que interpretarla como una tentativa de evitar por completo el peligro de investir de carácter moral todo el Derecho: demasiado vivo está en él, y en todos los pensadores de auténtica fe liberal de su generación, el recuerdo de las aberraciones a las que llevó la extrema moralización del concepto de Estado en el último siglo. Afirmar la necesidad de ingresar en un Estado civil como deber moral acabaría transformando el entero sistema político en la encarnación de un bien supremo y en una sublimación de nuestra naturaleza. Desde la doctrina roussoniana de la voluntad general, hasta la concepción del Dios-Estado hegeliano, los teóricos del Estado ético han entendido el Estado como un fin en sí mismo y lo han elevado a la categoría de justicia suprema. Claro que, como admite Passerin, también Aristóteles consideraba el Estado como la asociación final y perfecta a la cual tender; sin embargo, la profunda diferencia se halla en el hecho de que la teoría hegeliana no consiente la posibilidad de que exista una variedad entre lo real y lo ideal. De aquí, la glorificación de la institución política en la que el individuo se reduce a mero instrumento, destinado a servir a la causa del espíritu absoluto –el Estado nacional moderno– en el que se concreta la más alta vida moral. La afirmación de los regímenes totalitarios en el último siglo sería precisamente el producto histórico de esta «funesta filo-

sofía política», de la cual «los trágicos acontecimientos que han trastornado Europa tendrían que haber hecho justicia de una vez para siempre». Concluyendo, anotemos que si por una parte la justificación del Estado no puede basarse sencillamente en el análisis, empírico y estadístico, de las relaciones de poder que de modo necesario penetran su existencia, tal como opinan los científicos de la política; por la otra hay que cuidarse del peligro contenido en el otorgamiento de un carácter moral absoluto al Estado que, decretando su superioridad ética frente al individuo, asigna a esa institución el monopolio de todo valor. Después de todo, la indagación sobre la naturaleza de la obligación política tiende a eso: abastecer de un fundamento a la organización estatal que pueda legitimar sus pretensiones, volviéndolas, además de válidas y eficaces, obligatorias; pero teniendo constantemente en cuenta que esa legitimación hace del Estado un instrumento de justicia sólo si se reconoce, respecto a ello, la existencia de valores más altos, que para Passerin se encarnan sin duda en el perenne e inextinguible ideal de libertad.

La síntesis de la reflexión sobre la estructura teórica del Estado se concreta de manera completa con la publicación, en 1962, de «La Dottrina dello Stato»; en esta obra está contenida toda la filosofía política, con el declarado intento de mostrar que existe en el Estado moderno un principio de «legitimidad democrática» que tiñe el ejercicio del poder público, además de instrumento de pacífica y ordenada convivencia, garantía de la persecución de un bien realmente común. El análisis parte del convencimiento de que es posible examinar la noción de Estado según tres aspectos: el de la «fuerza», el del «poder» y el de la «autoridad». En el primero, el Estado se presenta como un sistema de mandos que existe por el mismo hecho que puede imponerlos materialmente. Como poder, al contrario, la fuerza imperativa del Estado está investida, más allá del carácter efectivo y supremo, por una calificación formal que la hace fuerza ejercitada de un cierto modo, según procedimientos reglados y conocidos, que le otorgan carácter «legal». Finalmente, estudiar el Estado desde el punto de vista de la autoridad significa buscar una justificación ulterior que haga sus mandos no sólo eficaces en el plan de la fuerza y válidos en el plan del derecho, sino, también, «obligatorios». Se trata, en este caso, de buscar el «valor» que se encarna en el Estado y que le confiere, más allá de la simple fuerza y del ejercicio legal del poder, carácter «legítimo». La convicción profunda del autor es que estos distintos aspectos no hay que analizarlos en términos alternativos y contrastados, sino en su íntima y necesaria correlación, ya que la clave para entender la realidad verdadera de esa investidura consiste en acercarse al problema del Estado según una visión unitaria, porque ni la noción de Estado como simple expresión de fuerza ni su consideración en sentido puramente jurídico están en condición de decir la última palabra sobre la naturaleza de la obligatoriedad del mando estatal.

A través de un lúcido y coherente análisis de los modelos teóricos que han cruzado la historia del pensamiento occidental, Passerin d'Entrèves

subraya una vez más el ligamen indisoluble que existe entre semejante reflexión y el propio encargo de la filosofía política. También esta obra está penetrada por una convencida crítica a la moderna «ciencia política», que, desempolvando otra vez viejos argumentos que ya pertenecieron a filósofos como San Agustín y Maquiavelo, se para a considerar la organización estatal como simple estructura de relaciones de fuerza. El autor reconoce, en este sentido, la capital importancia ejercitada, en tiempos antiguos, por la doctrina jurídica de la soberanía, elaborada por el Derecho Romano. Una idea que alcanza una difusión general hacia el fin del Medioevo, constituyendo así la base para la fundación del Estado moderno, concebido como ordenamiento jurídico y enclavado en los conceptos de soberanía y supremacía de la ley. De este modo la doctrina jurídica, a lo largo de su milenario desarrollo, introdujo un principio de validez que permitió individualizar las normas que deben ser reconocidas como leyes. Pero eso, nunca se cansó de repetir Passerin d'Entrèves durante toda su vida intelectual, no es suficiente. Decir que una ley es válida no significa decir que sea «obligatoria»; una cosa es asegurar el orden en el Estado mediante procedimientos formales ciertos y conocibles, otra es decir que ese orden encarna el supremo valor de la justicia y del bien común. Reconocer la fuente del poder en el mismo Derecho significa, como decía Weber, identificar, y confundir, legalidad y legitimidad. Si definir el poder como fuerza ejercitada en el nombre de la ley constituye un requisito fundamental del consorcio político, eso no quita que este principio justifica la estructura formal del poder, pero nada nos dice sobre su contenido.

Los valores que la petición de legitimación del poder asume como fines últimos de la acción del Estado son para Passerin los de democracia y libertad: democracia, porque reconocer el mando estatal como legítimo significa aceptarlo, «consentirlo», una vez que se rechaze la tesis por la cual el fundamento de la relación jurídica sería constituido por la fuerza; libertad porque «que la legitimidad del poder derive del consentimiento quiere decir mucho, asimismo muy poco (...). La legitimidad democrática puede nacer con tal que se asigne al poder libremente otorgado, como fin, la libertad». Libertad que Passerin quiere consagrar como fin último de la sociedad política tanto en su dimensión negativa como en la positiva: libertad negativa entendida en el estilo de la tradición liberal clásica, como seguro para el individuo de una esfera de independencia respecto al ejercicio del poder público; libertad positiva concebida como posibilidad de autogobernarse, de ser autónomos en el sentido de que el poder de quien manda y el poder de quien obedece coincidan. El eco de las palabras de Rousseau es particularmente fuerte en esta definición; sin embargo, Passerin d'Entrèves invita a obrar con cautela, a quedarse en el justo medio, ya que la radicalización de la alternativa y la consecuente elección de una forma de libertad a daño de la otra se expone a graves peligros y al riesgo de modelos políticos aberrantes. Una porque, defendiendo a ultranza la dimensión individual de la libertad y rechazando el uso de instrumentos necesarios para alcanzar de hecho la igualdad entre los

ciudadanos, lleva al triunfo de una determinada clase social; la otra, que en sus extremas consecuencias está definida como «democracia totalitaria», o «tiranía del número», mediante la debilitación del disenso y la nivelación de los valores, nos lleva de modo directo a aquel Estado ético en el que la ideología plebiscitaria puede justificar la renuncia al principio mismo de libertad. Por cierto, en las páginas conclusivas de *La Dottrina dello Stato*, el firme convencimiento de Passerin d'Entrèves es que sólo un tipo de democracia, la liberal, asegura la participación «en las decisiones “fundamentales” con la conciencia que esas decisiones nunca podrán conculcar los valores fundamentales de libertad». Sin embargo –y eso a pesar de la continua maduración ideal desarrollada hasta el final de su vida–, en uno de sus últimos escritos de filosofía política, Passerin llega más allá, afirmando que «libertad positiva y libertad negativa, democracia y liberalismo, pueden ser sólo una ilusión si no están acompañadas por un tercer tipo de libertad. La libertad de la necesidad es el argumento principal en favor del socialismo. ¿Cómo puede concebirse una participación activa del ciudadano en el proceso de decisión política, cómo puede tener un significado el respeto de los derechos humanos, donde las condiciones sociales impiden a los individuos dar su propia y consciente contribución a la voluntad general, o buscar si es necesario un nuevo vínculo de fidelidad en una sociedad distinta?». Es una pregunta ésta a la que sólo una «democracia social» puede dar una respuesta válida, porque «cuando pensemos que en las viejas naciones de Europa millones de hombres fueron regimentados y llevados al matadero en guerras de las que no podían entender sus razones, cuando veamos muchos de ellos aún hoy trasladados de tierra en tierra por duras necesidades de trabajo, de verdad tenemos que reconocer que hablar de obligación política para ellos suena como una siniestra ilusión. Es la fuerza, no el consentimiento, que lleva a los hombres a obedecer doquier estén excluidos del desplegar su parte, como hombres libres, en el contexto político y social».

Entre *La Dottrina dello Stato* y este último escrito no hay simplemente unos años de diferencia; hubo, a caballo de los años setenta, en Italia y en Europa, la fundamental experiencia del *sesentayochismo*, que agudizó y dramatizó los contrastes ideológicos de nuestro tiempo. El espíritu ideal siempre vivo y apasionado de Passerin d'Entrèves no puede dejarle insensible y comodamente sentado en su sillón de Decano de la Facultad de Ciencias Políticas de Torino. A la tentativa de responder a las preguntas que la ardiente protesta de los jóvenes formula, dedica un artículo en el que, a decir verdad, parece que se tenga que subrayar el esfuerzo de establecer un diálogo, más que una real comprensión de las reivindicaciones de una generación. Sin embargo, en alguna medida, diría que los gritos de esta «juventud rebelde», con su carga ideal y política, pueden haberle entornado «la puerta a una interpretación menos severa que de costumbre de algunos sistemas políticos que, en el uso corriente de la palabra, no serían probablemente llamados democráticos».

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DE ALESSANDRO PASSERIN D'ENTRÈVES

- Il fondamento della filosofia giuridica di G. G. F. Hegel*. Pref. de G. Solari, Torino, Gobetti, 1924, p. 134.
- «Il concetto del diritto naturale cristiano e la sua storia secondo E. Troeltsch», en *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, vol. LXI, 1925-1926, pp. 664-704.
- «San Tommaso d'Aquino e la costituzione inglese nell'opera di Sir John Fortescue», en *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, vol. LXII, 1926-1927, pp. 261-285.
- «Il problema dell'obbligazione politica nel pensiero inglese contemporaneo», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1928, pp. 25-43.
- La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1929, p. 53.
- Appunti di storia delle dottrine politiche*, Anno accademico 1929-1930, Torino, Giappichelli, 1930, p. 231.
- «Hooker e Locke: un contributo alla storia del contratto sociale», en *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, vol. II, Modena, 1931, pp. 228-250.
- «Stato e Chiesa secondo Zwingli», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1931, pp. 490-496.
- Riccardo Hooker. Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1932, p. 143.
- «Il pensiero sociale del Cristianesimo», en *La Riforma Sociale*, 1933, núm. 1, pp. 115-118.
- «Antonio Falchi, Storia delle dottrine politiche. Introduzione. Il pensiero greco», en *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. VI, fasc. 2, 1933, pp. 1-4.
- Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, Tip. Gayet, 1934, p. 128.
- Appunti di storia delle dottrine politiche. La filosofia politica medioevale*, Torino, Giappichelli, 1934, p. 238.
- «Giovanni Altusio e il problema metodologico nella storia della filosofia politica e giuridica», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1934, pp. 109-123.
- «Rileggendo il «Defensor pacis», en *Rivista storica italiana*, 1934, pp. 1-37.
- «Morale», voz en *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. III, 1935, pp. 1248-1257; y con el título *Osservazioni intorno al problema morale nell'esperienza giuridica*, Milano, Vallardi, 1935, p. 50.
- «Claudio di Seyssel», en *Bollettino Storico-bibliografico subalpino*, vol. XXXVII, 1935, núms. 3-8.
- «A proposito di alcuni recenti contributi alla storia delle dottrine politiche», en *Annali di Scienze politiche dell'Università di Pavia*, 1936, fasc. IV, pp. 281-288.
- «Il concetto di rapporto giuridico nella scienza e nella filosofia del diritto», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1936, pp. 547-567.
- «Morale, diritto ed economia», en *Studi nelle Scienze giuridiche e sociali pubblicati dall'Istituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia*, vol. XXII, 1937, pp. 193-217.
- «Diritto naturale e distinzione tra morale e diritto nel pensiero di S. Tommaso d'Aquino», en *Rivista di filosofia neoscolastica*, 1937, fasc. VI, pp. 473-503.

- «La dottrina di S. Tommaso intorno al problema giuridico e politico», en *Salesianum*, 1939, núm. 4, pp. 421-436.
- The Medieval Contribution to Political Thought*, Oxford University Press, 1939, p. 150.
- «Calvino e calvinismo», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1939, pp. 393-397.
- Ottone di Frisinga e la storiografia del Medio Evo, en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1940, pp. 360-367.
- «La concezione del diritto in Sant'Ambrogio», en *Sant'Ambrogio nel XVI centenario della nascita*, Milano, 1940, pp. 323-335.
- «La fortuna di Marsilio da Padova in Inghilterra», en *Giornale degli economisti e Annali di economia*, 1940, núms. 3-4, pp. 135-152.
- «Introduzione a San Tommaso d'Aquino», en *Scritti politici*, Bologna, Zanichelli, 1946, pp. V-XXXVI.
- Reflections on the History of Italy*, Oxford, Clarendon Press, 1947, p. 16; y en italiano en *Dante politico e altri saggi*, Torino, Einaudi, 1955, pp. 15-35.
- «Mallet du Pan: a Swiss Critic of Democracy», en *The Cambridge Journal*, vol. I, 1947, núm. 2, pp. 99-108.
- «L'Internazionale Liberale», en *Occidente*, III, 1947, núms. 3-4.
- «S. Thomas Aquinas, the First Whig», en *The Listener*, enero 1948.
- «Law and Morals», en *Dominican Studies*, vol. II, 1949, núm. 3, pp. 236-248.
- «Immortal Machiavelli», en *Measure. A Critical Journal*, vol. II, 1950, núm. 1, pp. 34-46; y en italiano en *Dante politico e altri saggi*, pp. 129-146.
- «Harold J. Laski (1893-1950). Necrologio», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1950, pp. 596-598.
- Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Londres, Hutchinson's University Library, 1951, p. 126. Traducción italiana por V. Frosini con el título *La dottrina del diritto naturale. Saggio d'interpretazione storico-critica*, Milano, ed. di comunitá, 1954, pp. XVIII-174; nueva edición ampliada, 1962, p. 192. Traducción castellana por M. Bautista con el título *Derecho Natural*, Madrid, Aprilia, 1972, p. 261.
- «Mallet du Pan», en *Occidente*, 1951, núm. 5, pp. 371-403.
- Dante as a Political Thinker*, Oxford, Clarendon Press, 1952, pp. VI-119; y en italiano «Dante politico», en *Dante politico e altri saggi*, pp. 37-126.
- Italy and Europe*, The University of Nottingham, 1952-1953, p. 18; y en italiano en *Dante politico e altri saggi*, pp. 235-252.
- «Guicciardini vecchio e nuovo», en *Occidente*, 1953, núm. 2, pp. 88-98.
- «Anglophobia in present-day Italy», en *The Listener*, vol. LI, 1953; y en italiano «L'anglofobia in Italia», en *Occidente*, 1953, núm. 3-4, pp. 171-177.
- «The solitary figure of Dante», en *The Listener*, vol. LII, 1954.
- «Natural Law», en *The Canadian Bar Review*, vol. XXXII, 1954, núm. 4, pp. 475-477.
- «Il patriottismo dell'Alfieri», en *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino, 1954, pp. 327-356; y en *Dante politico e altri saggi*, pp. 173-199.
- «Alessandro Manzoni», en *Proceedings of the British Academy*, vol. XXXVI, 1954, pp. 23-49; y en italiano «Il "nostro" Manzoni», en *Dante politico e altri saggi*, pp. 201-234.
- Dante politico e altri saggi*, Torino, Einaudi, 1955, p. 252.
- «The Case for Natural Law Re-Examined», en *Natural Law Forum*, 1956, núm. 1, pp. 1-52.
- Introducción a *Chabod F.: Machiavelli and the Renaissance*, Londres, Bowes & Bowes, 1958, pp. IX-XVIII.

- «Senso e limiti del laicismo», en *Protestantesimo*, vol. XIV, 1959, pp. 194-206; y en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Milano, ed. di comunità, 1970, pp. 193-212.
- «Gaetano Mosca e la libertà», en *Il Politico*, 1959, vol. 4, pp. 570-594; y en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, pp. 143-164.
- «Le Droit Naturel», en *Le Droit Naturel*, Paris, Presses Universitaires, 1959, pp. 147-157.
- «Legalità e legittimità», en *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 1305-1319; y en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, pp. 53-66.
- «Le élites politiques», en *Le élites politiques. Atti del IV Congresso mondiale di sociologia*, Milano-Stresa, 8-15 settembre 1959, Bari, 1961, pp. 111-116.
- La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, Giappichelli, 1962, pp. XII-327; 2.^a ed., 1967.
- «Due domande intorno al diritto», en *Rivista di filosofia*, 1962, núm.1, pp. 12-26.
- «“Un noyau de bon sens” (à propos de la théorie du droit naturel chez H. Hart)», en «*Revue int. de Philosophie*», 1963, pp. 312-334; y en italiano en *Iustitia*, 1965, núm. 2, pp. 167-189.
- «Libertà come fatto e come valore», en *Rivista di Filosofia*, 1965, pp. 342-349.
- «Obeying whom», en *Political Studies*, 1965, núm. 1, pp. 1-14; y en italiano «A chi obbedire», en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, pp. 31-52.
- «Intorno all'obbligo politico», *Rivista di Filosofia* 2, 1966, pp. 156-164.
- «Scopo e necessità della filosofia politica», en *Il Politico*, a. XXI, núm. 3, 1966. Piero Gobetti, Torino, Deputazione Subalpina di Storia Patria, 1967.
- «Sulla natura dell'obbligo politico: fatto e valore nella dottrina dello Stato», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1967, p. 571; y en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, pp. 67- 86.
- «Sul concetto di libertà politica», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1969 y en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, pp. 87-103.
- «Federico Chabod e l'idea di nazionalità», en el volumen *L'idée de Nation, Annales de Philosophie politique*, VIII, Paris, 1969 y en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, pp. 165-177.
- «Obbedienza e resistenza in una società democratica», en *Le Conferenze dell'ACI*, XXIII, Cuneo, 1969, y en *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, pp. 213-231.
- «Azionisti senza potere, dirigenti senza responsabilità», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1970, pp. 73-75.
- «Il “palchetto assegnato agli statisti” (riflessioni sulla varietà delle dottrine politiche e sul loro rapporto con la filosofia)», en *Atti del I Simposio di filosofia della politica: Tradizione e novità della filosofia della politica*, Bari 11-13 maggio 1970, pp. 6-21 y 53-54.
- «Legittimità e resistenza», en *Studi sassaresi*, serie III, 1970-1971, pp. 33-45.
- «Luigi Einaudi e la “Storia delle dottrine”», en *Il pensiero politico*, IV, Firenze, 1971, pp. 450-456.
- «La filosofia della politica», en *Storia delle idee politiche economiche sociali*, dirigida por L. Firpo, vol. VI, Torino, 1972, pp. 587-608.
- «Obbligo politico e libertà di coscienza», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1973, pp. 41-60.
- «Obbligo politico e società aperta», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1973, pp. 765-770.
- «Luigi Einaudi piemontese», en *Commemorazione di L. Einaudi*, Torino, 1975, pp. 41-46.

- Il palchetto assegnato agli statisti e altri scritti di varia politica*, Milano, Angeli, 1979.
- Scritti sulla Valle d'Aosta*, Bologna, Foni, 1980.
- «Ricordo di Umberto Morra di Lavriano», en *Morra di Lavriano U., vita di Piero Gobetti*, Torino, 1984, pp. 27-32.
- Les bornes du royaume. Ecrits de philosophie politique et d'histoire valdotaine*, Milano, Angeli, 1984.

OBRAS SOBRE ALESSANDRO PASSERIN D'ENTRÈVES (ORDEN CRONOLÓGICO)

- SOLARI, G.; *Prefazione a A. Passerin d'Entrèves: Il fondamento della filosofia giuridica di G.W.W. Hegel*, Torino, Gobetti, 1924.
- CASTIGLIA, T. A.; Recensione di: «A. Passerin d'Entrèves, Il fondamento della filosofia giuridica di G. W. W. Hegel», en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1925, fasc. I.
- EINAUDI, L.; «Due lettere ad Alessandro Passerin d'Entrèves», curado por A. Passerin d'Entrèves, en *Annuali della Fondazione Luigi Einaudi*, Torino, vol. II, 1968.
- ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI; Biografie e Bibliografie degli accademici lincei, *Alessandro Passerin d'Entrèves et Courmayeur*, Roma, 1976.
- BOBBIO, N.; «Alessandro Passerin d'Entrèves e Piero Gobetti», en *Italia fedele: il mondo di Gobetti*, Firenze, Passigli, 1986, pp. 205-206.
- BOBBIO, N.; «Ricordo di Alessandro Passerin d'Entrèves», en *Rivista di Filosofia*, vol. LXXXVIII, núm.1, 1987, pp. 111-120.
- LEVI, L.; «Alessandro Passerin d'Entrèves», extrait du *Bullettin de l'Académie Saint-Anselme*, II (Nouvelle Série), 1987, pp. 365-368.
- BRAVO, G. M.; *A. Passerin d'Entrèves: Saggi di storia del pensiero politico*, Milano, Angeli, 1992.

Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre ¹

Por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Universidad de León

«Die Erneuerung unseres Rechtslebens muss mit den Hochschullehrern beginnen» (Fuchs 1912a: p. 63). «Nur die schreiben gute Bücher, die eigentlich keine Zeit dazu haben» (Fuchs 1912a: p. 65)

Las últimas décadas del siglo XIX y, especialmente, las primeras del XX suponen en el debate europeo en torno a la metodología jurídica una auténtica revolución. Las doctrinas hasta entonces dominantes, la Jurisprudencia de conceptos en Alemania, y la Escuela de la exégesis, en Francia, sufrirán un radical cuestionamiento, en el marco de lo que Lombardi Vallauri ha denominado una epidemia de sinceridad (Lombardi 1967, p. 369). En efecto, un buen número de autores, de los que los más citados serían Geny, Ehrlich, Isay o Kantorowicz, amén del importante impulso inicial del segundo Jhering, concentrarán sus críticas en el carácter irreal y engañoso de la teoría de la subsunción, de la concepción del sistema jurídico positivo como completo y coherente, del ontologismo conceptualista. Se insistirá en que el derecho es un fenómeno social e histórico, en el que no cabe desconectar la normatividad jurídica y su interpretación de las realidades, necesidades y vivencias sociales, y en que las lagunas no son la excepción, sino la regla, y se afirmará el carácter ineludiblemente creativo de la labor judicial.

En ese marco, las más rotundas críticas al patrón metodológico hasta entonces dominante en la teoría y la práctica, provendrán del llamado

¹ Este trabajo se realizó en el marco del proyecto de investigación PS94-0150 de la DGICYT, que lleva por título «La metodología moderna de interpretación y aplicación del derecho».

movimiento o doctrina del Derecho libre². Y serán también los autores adscritos a ese movimiento los que recibirán los mayores reproches. Una y otra vez se les acusará de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de pretender acabar con el principio de seguridad jurídica. La gran cuestión está en determinar qué papel juega la ley en la decisión judicial. Oscilan entre el radicalismo más extremo, justificando abiertamente la decisión *contra legem* cuando la norma legal vulnera el sentimiento de justicia o los requerimientos de las necesidades sociales, y posturas más prudentes, que se limitan a reivindicar una amplia libertad decisoria dentro de los márgenes del tenor literal de la ley.

En este trabajo nos limitaremos al análisis de la obra de Ernst Fuchs, posiblemente el más radical y «temperamental» (Larenz 1994: p. 83) de estos autores, y uno de los menos conocidos en nuestros días. En Fuchs³ veremos plenamente expresadas las posturas e, incluso, las contradicciones y ambigüedades de esta doctrina, pero comprobaremos también como en él se insinúan y anticipan muchas de las tesis que en nuestros días cobran pleno vigor.

1. LAGUNAS, CASOS, LÓGICA

Fuchs, en coincidencia con todos los autores del movimiento, pone especial énfasis en demostrar que la ley no puede dar respuesta expresa a todos los casos posibles y que es quimérica toda invocación de la capacidad del sistema legal para autointegrarse. Y ataca especialmente la idea de que los conceptos jurídicos posean una especie de capacidad generativa que los haga capaces de producir por sí mismos nuevas soluciones para nuevos casos.

Como también dijo Kantorowicz, «hay tantas lagunas como palabras» (Kantorowicz 1906: p. 18). En palabras de Fuchs, «la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha», y «más de siete octavos de las decisiones del Tribunal del Reich son colmado de lagunas» (Fuchs 1909: p. 220). Esto no puede ser de otro modo, ya que la ley se expresa en palabras y las palabras nunca pueden abarcar plenamente la realidad⁴. Es cierto que «Derecho y lenguaje se dan juntos» (Fuchs 1926-1927a:

² Entre la reciente bibliografía en castellano sobre el tema merece ser citado el trabajo de Manuel Segura (Segura Ortega 1993), que ofrece una magnífica panorámica sobre este movimiento. Una muy rica antología de textos de la época en los que se puede examinar la gran polémica metodológica, así como una muy completa bibliografía, puede verse en Gängel/Mollnau 1992.

³ Sobre la biografía de Fuchs puede consultarse Foulkes 1965: pp. 225 ss. La lista completa de sus obras está recogida en Fuchs 1965: p. 261 ss.

⁴ Ya Ehrlich había dicho también que «la palabra es una muy imperfecta herramienta del pensamiento, y nadie ha conseguido dominar las cosas por medio de las palabras» (Ehrlich 1903: p. 27). Véase Fuchs 1920a: p. 497 y Fuchs 1920b: p. 150, resaltando lo que hoy llamaríamos la equivocidad del lenguaje ordinario.

p. 26), pero dada esa insuficiencia del lenguaje para aprehender la compleja realidad, el arte del Derecho no puede ser una pura cuestión de palabras. Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, entonces sí que podría verse como pura «álgebra conceptual» y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados (Fuchs 1912a: p. 24). Si la ley es siempre insuficiente y equívoca, no tendrá sentido propugnar la vinculación a la ley como fidelidad a la letra de la ley⁵.

Así pues, por la propia naturaleza del lenguaje legal, sumada a la dinámica social que hace aparecer continuamente nuevas realidades y problemas, las lagunas no son la excepción, sino la regla en el Derecho y «todo caso práctico verdaderamente polémico muestra lagunas» (Fuchs 1909: p. 220). ¿Qué es lo que hace aparecer una laguna? La respuesta de Fuchs sería ésta: la especialidad del caso. Toda regla jurídica está pensada para un caso «normal», pero «circunstancias especiales del caso pueden siempre demandar una respuesta especial», y la esencia del arte jurídico estriba precisamente en «reconocer esas circunstancias especiales» (Fuchs 1912c: p. 466). La ley no puede abarcar la inagotable riqueza de la vida, y cuando la ley o la costumbre no fueron pensadas para un caso resulta injusto forzar la introducción de ese caso en dicha norma (Fuchs 1912a: p. 52).

De todos modos, lo relevante a la hora de convertir un caso en especial, a la hora de atribuir una especial consideración a las circunstancias del caso, de modo que éste se sustraiga al criterio abstracto de la ley, es un elemento valorativo, un cierto sentimiento de justicia o equidad que lleva a ver como injusta la aplicación de la ley al caso que se tiene entre manos. Lo diferente de las circunstancias del nuevo caso se pondera a la luz de la justicia o equidad de atribuirle a ese caso la solución genérica de la ley. Para Fuchs, lo que determina cuándo existe una laguna no es la dicción literal, la palabra que la ley emplea, sino el que con arreglo a un cierto sentido común o experiencia se muestre que la ley no puede aplicarse al caso que se enjuicia. Aunque los términos de la ley estén claros, hay laguna, y no procede por tanto su aplicación sino la decisión libre, cuando el caso no se inserte con equidad y justicia bajo ella, no bajo sus términos. Habría laguna cuando el encaje de un caso bajo la ley resulta contraituitivo, inadecuado o injusto⁶. Todo esto lo sintetiza Fuchs en la idea de que para todo código y toda ley rige como primer artículo tácito lo siguiente: «esta ley, como toda ley, tiene lagunas. Cada uno de sus párrafos tiene su límite allí donde su aplicación literal resulte inadecuada o irrazonable» (Fuchs 1920b: p. 150).

Con esa pauta valorativa está dado también el criterio para la decisión en todos esos casos de laguna: «las lagunas han de colmarse meramente con arreglo a la libre consideración de la equidad y la justicia, sobre la

⁵ Véase Fuchs 1912b: p. 193.

⁶ Véase Fuchs 1909: pp. 168-169; 219 y Fuchs 1929a: p. 295.

base de una completa investigación y ponderación, no de toda clase de expresiones de los escritos, sino de los intereses reales» (Fuchs 1908: p. 86). Es el mismo procedimiento que se sigue cuando la ley remite la decisión a la consideración de la buena fe, de la interdicción del abuso, de las buenas costumbres, etc.

Volveremos más adelante sobre los criterios decisorios que con carácter general propone Fuchs. Lo que aquí resulta interesante resaltar es el modo como Fuchs diferencia constantemente entre lo que, en terminología actual, llamaríamos casos fáciles y casos difíciles. Insiste Fuchs en que la doctrina del Derecho libre es de aplicación sólo en los casos de lagunas (Fuchs 1912a: VI), con lo que pretende sustraerse a la acusación de que propugna la decisión *contra legem*, si bien, obviamente, con ello no decae la importancia del método propuesto, dado ese carácter omnipresente de las lagunas⁷. Dicho de otro modo, la libre decisión se impondría en los casos difíciles, mientras que en los fáciles, aquellos que exactamente y sin distorsión encajan en la letra de la ley, procedería la mera solución legal.

Para referirse a lo que hoy llamaríamos casos difíciles, Fuchs suele hablar de «auténticos procesos» (*echte Prozesse*) o «casos límite», si bien puntualiza que éstos son los más (Fuchs 1925-1926c: p. 251). Un «proceso auténtico» es aquel cuya solución no es inequívoca (Fuchs 1914: p. 273). Ahora bien, sabemos ya que las palabras de la ley son por definición equívocas, y el propio Fuchs resalta que de los términos aparentemente claros de una ley puede sacarse cualquier cosa, por lo que la llamada interpretación literal es puro subterfugio encubridor (Fuchs 1912a: p. 34; Fuchs 1922: p. 7). Y también sabemos que la clave del arte jurídico está precisamente en acertar a mostrar qué es lo que convierte un caso en especial. La pregunta capital, entonces, es dónde está el límite de ese poder del juez para poder convertir un caso en especial y sustraerlo a la dicción genérica de la ley, de modo que su actuación no pueda tenerse por arbitraria o prevaricadora. A esta pregunta contesta Fuchs en los siguientes términos: «imperativo de la justicia, sentimiento jurídico general, exigencias del desarrollo jurídico, necesidades jurídicas emergentes, necesidades del tráfico, *exceptio doli generalis*, todas estas fórmulas no significan sino ponderación sociológica de intereses y justicia del resultado en casos especiales, en lugar de culto a la letra y álgebra conceptual» (Fuchs 1914: p. 271). En suma, el juez valora el concreto caso que enjuicia a fin de ver si sus perfiles permiten o no aplicarle la solución legal de modo que el resultado sea justo. Cuando la conclusión sea negativa, esa exigencia de justicia llevará a subrayar lo que de especial hay en el caso y que determina la injusticia de aplicarle sin más la ley; de ese modo esas peculiaridades del caso lo sustraen del supuesto legal abstracto y se gene-

⁷ «El jurista nato, mediante su sentimiento jurídico (sensibilidad jurídica, sentido jurídico, conciencia jurídica), descubre siempre una laguna en el Derecho positivo allí donde la inclusión bajo una norma no se aviene con el sentimiento de justicia o de equidad» (Fuchs 1929b: p. 15).

ra así una laguna, laguna que el juez deberá decidir ya no propiamente *contra legem*, sino *praeter legem*, guiándose por los criterios decisorios que Fuchs propone y que luego examinaremos.

Ya vemos que la consideración del caso y de la justicia de su resultado prevalece sobre cualquier intento de hacer de la decisión jurídica un menester puramente lógico. Para Fuchs, la búsqueda del resultado justo impera sobre el sistema y la lógica⁸ (Fuchs 1928-1929: p. 153) y el verdadero derecho no tiene nada específico que ver con la lógica formal. Con la mera lógica nada puede probarse, y menos aún cabe completar el derecho mediante la deducción a partir de conceptos⁹, de igual manera que tampoco la ponderación de intereses que el legislador realiza está guiada por las reglas de la lógica (Fuchs 1912a: p. 34). Significan esas afirmaciones una apología del irracionalismo en el Derecho, un abandono de las reglas de la lógica en el razonamiento jurídico? No. Lo que Fuchs cuestiona es la existencia de una específica lógica jurídica con capacidad para producir por sí misma las soluciones, cosa que en nuestros días resultará obvia, pero que responde al confusionismo de la terminología pseudológica manejada por la Jurisprudencia de conceptos. Para Fuchs «nada hay más objetivamente ilógico que una específica lógica jurídica» (Fuchs 1909: p. 274). La lógica que está presente en el razonamiento jurídico es la lógica general, ese armazón intelectual que es atributo de todo ser humano en su sano juicio. «Para los juristas cualquier otra lógica que no sea la lógica general no sólo es innecesaria, sino nociva» (Fuchs 1909: p. 336). Contundentemente afirma que sin lógica no se puede ni construir una casa ni fabricar una máquina, y de la misma manera no cabe, sin lógica, hallar la verdad y el Derecho. La lógica está ahí presente de la misma forma que está presente la gramática en el lenguaje o la teoría de la armonía en una sinfonía, pero la lógica no hace al jurista, al igual que la gramática no hace al escritor o el conocimiento de las notas musicales al músico (Fuchs 1912a: p. 34). Lo que sucede es que la lógica en el Derecho no ocupará el lugar principal, sino un puesto subordinado. Más relevante ahí que la lógica formal será la lógica material¹⁰ (*Sachlogik*). En el Derecho la prioridad «lógica» pertenece a los hechos (1909: p. 266). Es cierto que desde un punto de vista lógico toda sentencia es una conclusión a partir de una premisa mayor extraída del Derecho y una premisa

⁸ En los procesos «auténticos», o en los casos difíciles, como diríamos hoy, no decide la lógica, sino «el resultado práctico». «En todo auténtico proceso ambas opciones pueden ser igualmente defendidas desde un punto de vista lógico» (Fuchs 1912b: p. 194). Las cuestiones jurídicas que en dichos procesos se debaten se despliegan «en la movediza frontera de los conceptos» (Fuchs 1929a: p. 293).

⁹ Puntualiza Fuchs que no se pretende atacar al pensamiento sistemático, pero lo que sí se ha de abandonar es el «realismo conceptual», «la deducción de verdades jurídicas a partir de conceptos y sin atender al resultado» (Fuchs 1920c: p. 8). «Crear que con la mera reflexión se pueden alcanzar verdades es una errónea sobrevaloración de la actividad intelectual “pura” (intelectualismo o racionalismo)» (Fuchs 1918-1919: p. 13). Obviamente, con todo esto Fuchs está atacando la raíz de la Jurisprudencia de conceptos.

¹⁰ «Cada ciencia tiene, además de las leyes generales del pensamiento, su especial y específica lógica material» (Fuchs 1920c: p. 8).

menor consistente en un hecho efectivo. Pero para llegar ahí es preciso, previamente, averiguar la verdad de los hechos e interpretar el derecho (Fuchs 1908: p. 94).

Desde una perspectiva actual, poco aportarán, quizá, estas últimas consideraciones de Fuchs. Pero importan por lo que significan de origen¹¹ de tesis que hoy son lugar común en la doctrina. Sus críticas al logicismo y conceptualismo y su insistencia en la relevancia central del caso dejan poco lugar a la originalidad de doctrinas posteriores, que hicieron de tales asertos el eje de sus planteamientos.

2. LA DECISIÓN JURÍDICA Y LA INTERPRETACIÓN

En el movimiento del Derecho libre el componente crítico supera en peso a la propuesta constructiva¹². Se ensañan sus autores, y especialmente Fuchs, con la doctrina metodológica anterior, pero al tiempo de elaborar unas pautas metodológicas alternativas sus tesis son más vagas y se mueven en cierta ambigüedad. Quizá por eso fue mayor la efectividad de su crítica que el éxito de sus propuestas. De todos modos, es posible decantar en algunos hitos centrales la propuesta de Fuchs a este respecto, y nuevamente veremos cómo aparecen, poco más que como intuiciones escasamente desarrolladas, tesis que en nuestros días forman el núcleo de las doctrinas que se tienen por más innovadoras.

Hay un cuestionamiento rotundo del modelo de juez y de decisión judicial que sostenía la doctrina anterior y se subraya el componente ineludiblemente creativo de la actividad judicial. El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería, para Fuchs, como el criado al que en invierno se le ordena que encienda «diariamente» la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado (Fuchs 1909: p. 195). Al proceder de tal manera se desconoce que el Derecho no se puede desvincular de las circunstancias y necesidades sociales y de las peculiaridades de cada caso. Se pierde de vista así que los jueces no son como cocineros que tengan que cocinar siguiendo recetas acabadas, sino que son ellos los que dan su orientación determinante a los casos difíciles (Fuchs 1912a: p. 129). Frente al modelo de juez máquina, la verdadera justicia judicial tendría «en su núcleo más íntimo algo de artístico» (Fuchs 1907: p. 133). Fuchs compara continuamente la labor jurídica, especialmente la judicial, con la práctica de la medicina o con el trabajo artístico. Veamos un nuevo ejemplo de esto último: «Una buena sentencia —dice— se diferencia de la labor de una

¹¹ No hay que perder de vista que en el origen de esas tesis están también otros autores ya mencionados, como Ehrlich o Kantorowicz. Kantorowicz decía también que sería ridículo que el nuevo movimiento rechazara la lógica por inútil, pero lo que no se puede admitir es que se haga pasar por resultado de la lógica lo que es producto de la voluntad. «Qué cosas se hacen pasar por hijas de la señora lógica!», concluía Kantorowicz (1906: p. 23).

¹² Esto ya lo resaltó Max Rumpf en 1910, refiriéndose a Fuchs (Rumpf 1910: p. 148).

máquina en dos cosas. Por un lado, no es mera obra de una técnica de disección de conceptos (Winscheid), sino que es como una obra arquitectónica que se adapta bien a las peculiares condiciones espaciales, y, al mismo tiempo, es sobre todo una obra de arte inspirada por un sentimiento jurídico. Y, simultáneamente, en todos los casos límite –que son los más– es una obra guiada por convicciones» (Fuchs 1925-1926c: p. 251).

Como ya sabemos, la clave decisoria la proporciona el caso. El adecuado proceso de decisión no es deductivo, sino inductivo (Fuchs 1909: pp. 187-188). El juez selecciona la norma a partir del propósito central de hacer justicia para el caso. Ahora bien, con esto cabe entender que la decisión jurídica es mera decisión en conciencia, guiada simplemente por la opinión o el sentimiento del juez. Más adelante veremos qué papel le toca al llamado sentimiento jurídico. Pero en este momento conviene precisar el modo en que Fuchs hace de la decisión jurídica una decisión con un fundamento social y no una mera opción personal y gratuita¹³. Lo que el juez ha de realizar es una ponderación de intereses, tratando de dar satisfacción al interés social, a un cierto interés general. El método que se propone, y que según Fuchs trata de reemplazar la ideología por la «razón natural, práctica» (Fuchs 1909: p. 16), tiene su clave en una ponderación de intereses» que trata de determinar «qué interés es el de más peso y el más social desde el punto de vista de la generalidad» (Fuchs 1909: p. 19). Puesto que «todas las cuestiones jurídicas tienen un trasfondo sociológico» (Fuchs 1909: p. 39), la perspectiva social es la determinante. El juez debe comenzar por conocer «los intereses reales que se enfrentan en el litigio que ha de decidir» y sopesarlos a la luz de la justicia, es decir, «ha de proceder como lo haría el legislador si él tuviera que decidir la cuestión» (Fuchs 1908: p.72). En suma, el juez primeramente considera las circunstancias del caso para ver si encaja de modo justo bajo la norma legal, y, si la respuesta es negativa y estamos ante una laguna, decide el caso ponderando intereses a la luz del interés general y sobre la base de un adecuado conocimiento de su sociedad, como lo haría el legislador.

Lo anterior nos hace ver que la justicia que se invoca no es un sentimiento puramente subjetivo y arbitrario. Fuchs insiste en que la equidad que preside la labor del juez no es la pura equidad del sentimiento, no es pura subjetividad, sino que está presidida por la atención a las necesidades sociales y del tráfico, por la conveniencia general¹⁴. El juez es «representante de la cultura y el saber de su tiempo», por lo que sus juicios deben coincidir, y generalmente coincidirán, con lo que en cada tiempo resulte más razonable y adecuado (Fuchs 1909: p. 82). Llegamos así a una serie de afirmaciones de Fuchs que parecen anticipar algunos de

¹³ Arthur Kaufmann, parafraseando la expresión «criptosociologismo» que Fuchs utiliza, acusa al movimiento de Derecho libre de «criptonormativismo», pues estos autores presupondrían ciertos parámetros o criterios valorativos de la decisión que «no fundamentan científicamente» (Kaufmann 1965: p. 13). En lo que sigue veremos que en Fuchs sí que se contiene un cierto desarrollo doctrinal a ese respecto.

¹⁴ Véase Fuchs 1920a: p. 499 y Fuchs 1926: pp. 27-29.

los postulados centrales de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Dice por ejemplo que «una sentencia es correcta cuando es aprobada por los ciudadanos legos del correspondiente círculo vital que sean justos, informados y razonables, y es errónea en la medida en que sea rechazada por dichos ciudadanos» (Fuchs 1909: p. 73). Y otro texto muy relevante a este respecto es el siguiente: «el juez debe buscar la sentencia que sea correcta con arreglo al sentimiento jurídico de aquellos ciudadanos que sean honestos, razonables, informados en el asunto, imparciales y justos a la hora de ponderar los intereses en pugna¹⁵» (Fuchs 1912a: p. 138). Y repárese igualmente en las resonancias de la siguiente afirmación: «una disputa sociológica¹⁶ puede terminar cuando yo convengo a mi rival de que de la opinión que defiende resulta la regulación más justa y más adecuada en la práctica» (Fuchs 1909: 39).

El empleo de ese criterio decisorio de base consensual acarrearía, además, varias ventajas que resolverían otros tantos defectos de la jurisprudencia al uso: acabaría con la *Weltfremdheit* de los juristas y de la jurisprudencia, aseguraría la *Volkstümlichkeit* de las resoluciones judiciales y aumentaría el carácter democrático del Derecho.

Weltfremdheit y *Volkstümlichkeit* son dos tópicos que se repiten continuamente en la literatura metodológica de la época. Con el primero de esos términos se alude a la ajenidad o extrañamiento, al alejamiento del mundo real a que han conducido una teoría del Derecho y una metodología más preocupados por el preciosismo conceptual y por la coherencia del sistema de conceptos que por las necesidades y la evolución real de la sociedad. Y por esa misma razón se afirma que las resoluciones judiciales no son *volkstümlich*, es decir, adecuadas al sentir y las inquietudes de los ciudadanos. Pues bien, para Fuchs la *Weltfremdheit* significa «la defectuosa familiaridad con la vida real y su acontecer social y económico. Cada vez es más profunda –añade– la cesura entre la jurisprudencia y el sano sentimiento jurídico, entre Derecho de juristas y derecho del pueblo» (Fuchs 1907: p. 6). Esa desconexión del juez frente a la realidad que le circunda obedece tanto a su escasa preparación en materias sociales y económicas como a las carencias del método conceptualista¹⁷. Acabar con ese distanciamiento de la jurisprudencia será tanto como convertir sus resoluciones en acuerdos con el sentir y las inquietudes de los ciudadanos¹⁸, será

¹⁵ Importa poner de relieve que este párrafo se sitúa en el contexto de la refutación de Fuchs a la idea de espíritu del pueblo de Savigny. Para Fuchs la decisión judicial ha de conectar con el sentimiento popular, pero niega que pueda existir la mítica unidad del pueblo de que habla Savigny. Por otro lado, un texto similar al anterior, remitiéndose al consenso mayoritario y bien informado como criterio de corrección, puede verse en Fuchs 1909: p. 236. Y puntualiza también que el juez no debe seguir una opinión pública desviada, pero en la mayoría de las ocasiones la «opinión común» del hombre se corresponde con el sentimiento jurídico general y con el «*gesunde Menschenverstand*» (Fuchs 1908: p. 71-72).

¹⁶ Cuando habla de disputa sociológica se refiere Fuchs al modo de enfocar la resolución del litigio jurídico por él propuesto, esto es, atendiendo a las circunstancias y necesidades sociales y no a la pura disquisición conceptual y pseudológica.

¹⁷ Véase Fuchs 1912a: V, p. 22.

¹⁸ Véase Fuchs 1918b: p. 382.

hacerla *volkstümlich*. Y una jurisprudencia así «popular» deberá expresarse en sentencias comprensibles, eliminando de ellas toda vacía erudición y todo carácter libresco¹⁹. Y también el estricto legalismo se opone a la *volkstümlichkeit*²⁰. Concluye Fuchs que ese acercamiento de la jurisprudencia al sentir social, en detrimento de un intemporal conceptualismo y de una lógica que se pretende pura técnica, significa un mayor carácter democrático de la actividad judicial. De esta forma, el método que el movimiento del derecho libre propugna se correspondería –dice Fuchs en 1925– con el régimen democrático que en Alemania se ha instaurado, mientras que la Jurisprudencia de conceptos cuadraría con el anterior absolutismo estatalista (Fuchs 1925-26c: p. 252).

Dentro de este apartado aún podemos señalar otra importante precisión con la que Fuchs se anticipa a la doctrina posterior. Tiene claro que toda interpretación del derecho y toda decisión jurídica tienen carácter valorativo²¹. Y por mucho que se propongan, en los términos que acabamos de ver, los criterios que han de guiar esas valoraciones, no nos movemos en un marco de segura objetividad y soluciones indiscutibles. De ahí que insista en que es fundamental para el nuevo método que se prescinda de todo intento de enmascarar las valoraciones bajo el manto de una técnica objetiva y que las valoraciones que el juez realice se hagan explícitas y se sometan a la discusión abierta. El «Derecho libre» exige que los verdaderos fundamentos de la decisión «se sometan a la abierta contraposición de opiniones²²» (Fuchs 1918c: p. 20). «Sólo cuando conocemos los verdaderos fundamentos de la decisión podemos debatir honestamente» (Fuchs 1909: p. 84).

No es extraño que, con todo lo anterior, Fuchs profese una profunda admiración al famoso artículo 1 del Código Civil suizo, admiración que era compartida por todos los autores de la época que eran críticos con el logicismo y conceptualismo. Es bien sabido que dicho artículo establece que en defecto de ley o costumbre el juez decidirá «según la regla que él mismo establecería como legislador». Con ello se estaría reconociendo abiertamente el carácter creativo de la jurisprudencia, máxime si se da a la presencia de las lagunas el alcance tan amplio que Fuchs les asigna y que antes hemos visto. Sostiene nuestro autor que un párrafo similar debería introducirse en el BGB, y para el mismo propone la siguiente redacción, en la que se sintetizan sus postulados metodológicos: «las leyes y los negocios jurídicos han de interpretarse atendiendo a su fin, del modo como lo exigen la equidad y la justicia y buscando la mejor correspondencia con las necesidades del presente. Si de la ley o el negocio jurídico no puede extraerse un precepto o si su aplicación conduce, dadas las especiales circunstancias del caso, a un resultado que, con arreglo a la

¹⁹ Véase Fuchs 1909: pp. 36-37.

²⁰ «Para la verdadera ciencia jurídica popular (...) la ley no es más que un límite elástico» (Fuchs 1909: p. 101).

²¹ Véase por ejemplo Fuchs 1912c: p. 467.

²² Véase también Fuchs 1912b: p. 195; Fuchs 1912a: p. 128; Fuchs 1909: p. 3.

opinión general y al sentimiento jurídico de los ciudadanos, sea irrazonable o injusto, el juez decidirá según el derecho consuetudinario y los usos. Donde también falten el derecho consuetudinario o los usos, especialmente allí donde se den nuevas realidades vitales, el juez decidirá conforme a la regla que según la opinión general y el sentimiento jurídico de los ciudadanos²³ se muestre como más adecuada y justa²⁴» (Fuchs 1912a: p. 6). Y nuevamente destaca aquí Fuchs que el artículo 1 del Código suizo —o el artículo que como alternativa él propone— no faculta al juez para decidir según su sentir puramente subjetivo; «al contrario, el juez debe colmar las llamadas lagunas como si fuera un legislador, debe (...) establecer una regla, una norma para todos los casos iguales, regla que se inserte armónicamente en los principios básicos del ordenamiento y que los complemente armónicamente» (Fuchs 1912a: pp. 127 y 128).

Ese núcleo de su doctrina metodológica lo ilustra Fuchs aún de una forma más. Dice que exigencias como la de la buena fe, presente en el parágrafo 242 del BGB, son de aplicación también a la labor judicial y forman «el núcleo evidente del Derecho judicial» (Fuchs 1929a: p. 292); gobiernan también la interpretación y aplicación de la ley, aunque no fuera ésa la intención del legislador; son el «punto arquimédico» que rompe con el viejo modelo jurídico y da paso al nuevo método (Fuchs 1925-1926d: p. 349). Habría pues, una serie de principios plasmados en la ley y que constituirían una especie de suprallegalidad capaz de condicionar y matizar la aplicación del resto de las normas legales). ¿No es cierto que también esto tiene resonancias muy actuales²⁵? Tal parece que el Derecho libre estuviera en nuestros días renaciendo bajo otros nombres y con menor sinceridad²⁶.

En este marco podemos contemplar también las observaciones de Fuchs sobre la interpretación jurídica. Por supuesto, critica al formalismo y mantiene que la interpretación debe estar guiada por la atención a la justicia del resultado (Fuchs 1912a: p. 25). No cree, como ya hemos dicho,

²³ Es muy importante la puntualización que Fuchs introduce a este propósito: después de explicar que si el juez siguiera su sentir en lugar del de la generalidad, se estaría poniendo por encima de la ley, añade que no se trata de que el juez haga una especie de encuesta para cada concreto caso, sino que ahí lo determinante será «el saber y la personalidad del juez» (Fuchs 1912a: p. 128). Con ello tocamos un tema que veremos más adelante. Merece destacarse que en 1929 toma Fuchs cierta distancia de las entonces frecuentes y políticamente sesgadas apelaciones a la conciencia de la comunidad como clave de la validez del derecho, y dice que el contenido de esa conciencia sólo puede establecerse «por vía constitucional» (Fuchs 1929b: p. 39).

²⁴ Consideraciones similares pueden verse en Fuchs 1908: p. 72.

²⁵ Veamos algún texto más que permite abundar en esta idea. Dice Fuchs que lo que de salvable y más importante hay en el BGB son «algunas normas generales y principios que forman el ámbito del ordenamiento jurídico superior», y se refiere en concreto a «justicia y equidad, buena fe, buenas costumbres, necesidades dinámicas de la vida y el tráfico, los fines económicos de la ley y los contratos». «Ése —añade— es el campo del llamado Derecho libre, del Derecho judicial, el cual interpreta creativamente, completa y desarrolla normas jurídicas y negocios jurídicos, ése es el campo del futuro Derecho y del arte jurídico del porvenir» (Fuchs 1926-1927b: p. 441).

²⁶ Como dice González Vicén (1990: p. 143), «el hecho de que muchos juristas *de facto* actúen como “Freirechtler”, aunque no se reconozcan como tales, es un gran triunfo póstumo de Ernst Fuchs».

que quepa una interpretación puramente literal y cuestiona, por ficticia, toda interpretación histórica y toda búsqueda del «espíritu de la ley»²⁷. Tampoco cree que quepa trazar fronteras entre interpretación extensiva y analogía, ni poner límites a la interpretación restrictiva. Y aunque expresamente afirma que quien busca en la ley un fin determinado acabará siempre por encontrarlo (Fuchs 1920a: p. 497), convierte el fin en el criterio fundamental de interpretación²⁸, si bien dicho fin no es el de la concreta norma legal, sino el fin del Derecho, entendido como búsqueda de la mayor justicia y la mejor adecuación a la situación social. De ahí que dicho parámetro de interpretación case perfectamente con la tesis de que el juez ha de proceder como si fuera el legislador y tuviera que velar por el mejor servicio de la norma a la sociedad. Al interpretar, el juez habrá de ponderar los intereses tal como el legislador lo haría, y a partir de esa ponderación dará a la norma el sentido que mejor corresponda a las necesidades sociales o, incluso, optará por entender que hay una laguna y decidirá en justicia²⁹, tal como hemos visto.

3. EL SENTIMIENTO JURÍDICO

La idea que siempre se asocia a la doctrina del Derecho libre es la exaltación del papel decisivo del sentimiento jurídico, con claras connotaciones irracionalistas. Que el posible irracionalismo ha de matizarse, ya ha quedado claro en lo expuesto. De todos modos, la noción de sentimiento jurídico³⁰ está muy presente en Fuchs. El sentimiento jurídico significa la propensión del juez a buscar en la ley solamente el derecho justo, lo cual ocurrirá siempre que esa tendencia o instinto no se halle alterado por una defectuosa formación o por erróneos prejuicios metodológicos (Fuchs 1909: p. 46). Hablar de sentimiento jurídico es tanto como decir capacidad para juzgar «con el corazón» en lugar de embarcarse en sutilezas dialécticas (Fuchs 1907: p. 118); significa dejar actuar a la razón natural (Fuchs 1909: p. 16). El «buen juez no formalista» sólo aparentemente juzga con arreglo a la ley, pues cualquier ley puede justificar cualquier cosa cuando se echa mano de artificios retóricos. Lo decisivo para el juez es «la voz interior de la justicia, su sentimiento jurídi-

²⁷ Véase Fuchs 1912a: p. 31 ss., donde se refiere críticamente al «culto a los materiales», y donde señala que el espíritu de la ley es siempre el espíritu de su intérprete.

²⁸ Toda interpretación legal ha de ocuparse «del fin de la ley, de su significado económico y de la evolución de las relaciones sociales» (Fuchs 1922: p. 7). Lo que ha de determinar la interpretación es la consideración de «cómo se puede conseguir del mejor modo la finalidad económica de la ley» (Fuchs 1912c: p. 468).

²⁹ «La interpretación según el sentido y el fin no se detiene ni siquiera ante los términos más claros» (Fuchs 1922: p. 8). Similarmente, Fuchs 1918a: p. 298.

³⁰ Su terminología fluctúa. Habla de sentimiento jurídico, pero también de instinto jurídico (Fuchs 1909: p. 20), sensibilidad jurídica (Fuchs 1909: p. 2), conciencia jurídica (Fuchs 1928-1929: p. 135), sentido jurídico (Fuchs 1925-1926a: p. 29). También llega a mantener que sentimiento jurídico equivale a «naturaleza de las cosas» (Fuchs 1918c: p. 19).

co» (Fuchs 1912c: p. 469). Hay un componente intuitivo³¹, instintivo: «el correcto conocer y juzgar no proviene en absoluto de un juego de conceptos, sino de una muy sutil propensión (instinto) que es capaz de sacar a la luz las diferencias escondidas en las cosas o de mostrar sus ocultas similitudes. En el campo de la obtención del derecho este instinto se llama sentimiento de justicia o sentimiento jurídico» (Fuchs 1912a: p. 37).

En ese instinto o sentimiento habría dos componentes: una aptitud innata y una depuración mediante la experiencia. Para ser un buen juez o jurista se requiere una especial aptitud, exactamente igual que se requiere para ser un buen artista³², y en ambos casos su carencia no puede ser suplida mediante el esfuerzo memorístico (Fuchs 1928-1929: p. 135). La capacidad para decidir correctamente no es pura aplicación de reglas lógicas o de otro tipo, al igual que no lo es la capacidad oratoria o artística. Y, al igual también que ocurre con el artista, el buen juez tiene una especial aptitud creadora y conformadora, un importante componente de imaginación o fantasía (*Einbildungskraft*³³). Determinante es también a estos efectos la personalidad del juez. Ya Ehrlich había sentado, y Fuchs lo repite, que en la decisión jurídica «no hay más garantía que la personalidad del juez» y que la jurisprudencia presupone una «talla espiritual y moral» que no está al alcance del habitual tipo medio de persona (Ehrlich 1903: p. 21). Para Fuchs, dada la central relevancia de las valoraciones del juez, su personalidad y su carácter son esenciales si hemos de poder confiar en sus decisiones³⁴. Por eso resulta de vital importancia la formación que el jurista reciba y que en ella se atienda convenientemente a la formación ética³⁵.

Pero el adecuado sentimiento jurídico ha de sumar a esa innata aptitud una adecuada experiencia vital y social: «El sentimiento jurídico o sensibilidad jurídica (...) y los juicios de valor que de él dimanar, se enraíza, además de en la personalidad moral e intelectual del juez —en su conciencia—, ante todo en su saber general (privado), en su experiencia vital, en su conocimiento y penetración en el mundo de los hechos jurídicos» (Fuchs 1920c: pp. 6-7). También aquí, por tanto, son decisivas, como veremos, la adecuada formación y los adecuados procedimientos de selección de los jueces, haciendo prevalecer la experiencia sobre cualquier virtud memorística. El buen juez es el que conoce bien la vida, el tráfico y las personas, lo cual le permite juzgar como un lego, y lo único

³¹ En estas cuestiones está Fuchs influenciado por la idea de *évolution créatrice* de Bergson, opuesta al conceptualismo abstracto. Véase Fuchs 1914: p. 273 y Fuchs 1912a: pp. 143 ss.

³² «Quien no posee de modo innato el sentido jurídico, quien no siente aquella profunda alegría al producir el Derecho justo, está tan imposibilitado para el juicio jurídico como lo está para el juicio estético aquel al que le falte el profundo disfrute de lo bello» (Fuchs 1909: pp. 147-148).

³³ Esa capacidad se manifiesta por cuanto que en todo caso el juez tiene que «reconstruir» correctamente un trozo del mundo. Pero la imaginación o fantasía que para ello se requiere tiene que ver con el arte de la percepción y con la aptitud para identificarse con el cuadro que se diseña, no es un puro «fantasear» (Fuchs 1926-1927a: pp. 39-40).

³⁴ Véase, por ejemplo, Fuchs 1923-1924: p. 109, Fuchs 1925-1926a: p. 29.

³⁵ Véase Fuchs 1925-1926a: p. 29.

que puede elevarlo por encima del lego es la formación psicológica y sociológica (Fuchs 1909: pp. 2-3). A la sensibilidad innata se une una capacidad de observación que es fruto de la experiencia, y con esos dos ingredientes se forma el adecuado sentimiento jurídico.

El sentimiento jurídico es un indicador central para valorar la corrección de las decisiones. Según Fuchs, «cuando una decisión se aleja demasiado del sentimiento jurídico general, algo falla en su fundamento» (Fuchs 1929a: p. 291). Y sabemos ya que el buen juez es el que sintoniza su sentimiento con el sentimiento general.

Significa esa exaltación del papel del sentimiento una apología de la arbitrariedad o el subjetivismo? Fuchs no respondería, ni mucho menos, afirmativamente. Una primera garantía es esa correspondencia que se pretende entre conciencia del juez y conciencia general. En segundo lugar, la mencionada experiencia y formación que del juez se requiere, es también una barrera frente al divorcio de sus decisiones respecto del interés general. A esto se suma que el sentimiento jurídico está guiado por ciertos principios y no se desarrolla en el aislamiento de la conciencia individual: «si analizamos nuestro sentimiento jurídico (...) nos encontramos con que en nuestros juicios no procedemos arbitrariamente, sino que aplicamos principios muy determinados, de la misma manera que el análisis del sentimiento estético nos descubre tales principios. Nuestro sentimiento jurídico está determinado de forma muy similar a como lo está nuestra voluntad. Tampoco nuestra voluntad libre es voluntad arbitraria» (Fuchs 1909: p. 229). El sentimiento jurídico es diverso, pues –dice Fuchs– los cerebros no funcionan como máquinas todas iguales (Fuchs 1909: p. 23). Pero el funcionamiento no arbitrario viene servido por la experiencia³⁶ vital y la inserción social y cultural del juez. Lo que se requiere es que esa presencia del sentimiento no se camufle bajo una apariencia pseudotécnica. La verdadera «justicia del sentimiento», que es un fenómeno frecuente y a desterrar, sería precisamente aquella cuyas decisiones se guían por la emotividad pero cuyos reales motivos se disfrazan de exégesis legal y deducción a partir de conceptos³⁷. Ahí el sentimiento opera como puro prejuicio.

4. SOBRE LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

Ya hemos comentado que éste es el campo de batalla principal en torno al movimiento de Derecho libre. Resulta a menudo curioso constatar que quienes atacan esta doctrina por disolvente del principio de legalidad e inductora de incerteza, acaban por propugnar una jurisprudencia que atienda prevalentemente a principios, naturalezas de la cosa, consen-

³⁶ «El sentimiento jurídico que determina la intuición se enraíza siempre en una experiencia generalizada» (Fuchs 1912a: p. 41).

³⁷ Véase Fuchs 1912a: pp. 38 ss.

sos o valores superiores cuyo grado de definición o certidumbre no es mucho mayor que la de los criterios que autores como Fuchs invocan. Y, para aumentar la perplejidad, veremos que Fuchs no echa mano de criterios muy distintos de éstos que propugnan los partidarios de una jurisprudencia de «valores».

Fuchs se esfuerza en demostrar que ha sido malinterpretado y que sus tesis sobre el Derecho libre no pretenden justificar sin más la libertad frente a la ley, la completa desvinculación del juez. Según Fuchs, lo que se propugna es la libertad para integrar la ley y su interpretación en el sistema de los fines que el Derecho positivo persigue, y la libertad frente a la esclavitud de los conceptos y frente a una exégesis legal que tal parece la del Talmud (Fuchs 1912a: p. 2), frente al escolasticismo legal, la pandectología y el sinsentido de una ley completa y omniabarcadora (Fuchs 1923-1924: p. 101). La libertad que se reclama ha de ser una libertad «dentro» de la ley, compatible con ella, una libertad que es inevitable dada la naturaleza de la ley y su lenguaje³⁸. Dice que «el método del Derecho libre es todo lo contrario de una negación del Derecho legal. Significa más bien la profunda captación del espíritu de la ley y una extensión o restricción del alcance de sus palabras según su fin (...) *Non ex regula ius, sed ex iure, quod est, regula*» (Fuchs 1918a: p. 299). Cuando la ley incluye un caso y claramente lo decide, nadie discutirá que el juez está sometido a esa ley. Pero esos no son los casos habituales, sino que la jurisprudencia se suele ocupar de casos en los que la «ley es oscura o calla, o en los que no abarca alguno de los múltiples aspectos de la vida práctica» (Fuchs 1908: p. 70). Por eso, por esa gran porosidad de la ley y por la relevancia de las circunstancias, puede Fuchs afirmar que «la ley nunca deja al buen juez en la estacada» (Fuchs 1926-1927a: p. 29).

Otra forma de expresar lo anterior es diciendo, como hace Fuchs, que la ley no agota el Derecho³⁹. Tendríamos que el juez, aun en los múltiples y muy frecuentes casos en que la ley no contempla el caso o su adecuada solución, sigue ligado al derecho. ¿De qué manera? a través de los fines que dan sentido a las normas y al ordenamiento en su conjunto. Ésta es la vía por la que Fuchs trata de salir de la aparente contradicción de afirmar simultáneamente la vinculación legal del juez y la posibilidad de decisiones justificadas contrarias al tenor literal de las normas legales. La decisión contraria al tenor literal de la ley no sería en realidad, siempre que no sea arbitraria y puramente subjetiva, decisión *contra legem*; o, más claramente, no sería decisión contraria a Derecho⁴⁰. Afirma que «incluso el totalmente claro tenor literal de una norma legal o contractual no impi-

³⁸ Véase Fuchs 1907: p. 111.

³⁹ Véase Fuchs 1922: p. 7. Alf Ross resaltó muy agudamente el carácter político de este postulado del movimiento de Derecho libre, carácter que se disfraza cuando ese otro Derecho se plantea en el seno de una teoría de las fuentes (Ross 1929: p. 189). No está de más que hoy sigamos recordando esa observación de Ross.

⁴⁰ Según Fuchs, la vinculación del juez a la ley, constitucionalmente establecida, no significa sumisión a la letra muerta, sino que la ley ha de aplicarse según su sentido, según la idea jurídica más profunda que en ella se expresa, según su fin y su espíritu (Fuchs 1929b: p. 38).

de interpretarla con arreglo a su verdadero sentido, espíritu y finalidad, apartándose de su literalidad, y desarrollarla a tenor de las necesidades del tráfico». En toda norma «vive un impulso hacia su desarrollo, un movimiento hacia la justicia⁴¹ y hacia una equidad que tome en cuenta los intereses enfrentados» (Fuchs 1929a: p. 292). Así pues, el Derecho libre «eleva el fin de las leyes por encima de su tenor literal y hace justicia, incluso en aquello que el legislador no ha pensado, a las cambiantes condiciones de la vida y del Derecho, mediante una fundamentación abierta y transparente, tal como corresponde a la verdadera voluntad de toda legislación» (Fuchs 1929a: p. 292). Tenemos, en consecuencia, que el Derecho no se agota en la ley, pero no porque exista nada similar a un Derecho natural en su sentido más propio⁴², sino porque al juez compete actualizar la ley en concordancia con la realidad social, el sentir general y las nuevas necesidades. El juez «no es servidor de la palabra, sino del espíritu de la ley» y «desarrolla creativamente el Derecho⁴³ con arreglo a las necesidades que nacen del incesante fluir del tráfico y según las peculiares circunstancias fácticas del caso» (Fuchs 1925-1926a: p. 23).

Podríamos sintetizar el pensamiento de Fuchs sobre estas cuestiones, con sus contradicciones u oscuridades, de la siguiente manera: aunque se insiste en que el Derecho libre no aprobaría la vulneración por el juez de la letra clarísima de un precepto legal, siempre que las circunstancias del caso exijan un tratamiento más justo o socialmente apropiado que el que la ley propone, se puede considerar que existe una laguna y que el juez está llamado a desarrollar el Derecho, para lo cual el Derecho libre, esto es, la libre ponderación de los intereses con arreglo a las necesidades y la opinión social, sería el método adecuado. Con ello el Derecho no se estaría violando, sino que se realizaría de modo acorde con sus verdaderos fines, los fines de toda ley, que no pueden ser otros que la justa y equitativa resolución de cada conflicto. El sistema operante no será ya un puro sistema lógico de conceptos o de puros mandatos literales, sino un sistema de fines. Pongamos en lugar de la mera mención de fines una referencia a valores superiores o valores inspiradores de la Constitución, y tendremos la imagen de un «Derecho dúctil» muy del gusto de nuestros días.

⁴¹ Para Fuchs, la ley, por definición, «no puede querer nada injusto o disparatado» (Fuchs 1912c: p. 464), las normas buscan siempre «algo bueno y razonable» (Fuchs 1912a: p. 61).

⁴² Dice Fuchs que el Derecho «libre», no escrito, no positivizado, puede entenderse como Derecho natural, pero tomando por tal el Derecho que no es escrito ni consuetudinario, no el Derecho natural abstracto e inmutable, al que considera un «espejismo» (Fuchs 1929b: p. 16). Sobre la posible relación entre Derecho libre y Derecho natural puede verse Hernández Marín 1986: pp. 232-233.

⁴³ Como ejemplo del modo como la jurisprudencia actualiza y adapta el Derecho, cita Fuchs, entre otros muchos, el de la culpa *in contrahendo*, de la que el BGB no hablaba, pero que los tribunales introdujeron. Tal jurisprudencia «sería todo lo contrario a una jurisprudencia contraria a la ley, sería colmado de laguna» (Fuchs 1912a: p. VIII). Más ejemplos de sentencias en las que el tribunal se aparta adecuadamente de la literalidad de la ley pueden verse en Fuchs 1914: pp. 270 ss. Para Fuchs, una buena muestra de cómo ha de proceder la jurisprudencia se ve en las sentencias alemanas que ponen fin a la aplicación del principio legal «marco igual a marco» (véase Fuchs 1929b: pp. 17-20).

5. HACIA LA VERDADERA CIENCIA JURÍDICA

El rechazo de Fuchs a la doctrina y el método jurídico en su tiempo imperantes, se traduce también en una muy innovadora propuesta para la constitución de una nueva ciencia jurídica. La acusación a la ciencia jurídica convencional sería la de un profundo y lamentable alejamiento de la vida, la de un conceptualismo estéril y alienante. La auténtica ciencia jurídica⁴⁴ debe alejarse del modelo de la teología⁴⁵. La que para Fuchs es verdadera ciencia jurídica es una ciencia de la experiencia (Fuchs 1909: p. 212), es una ciencia basada en la observación y de carácter real-inductivo⁴⁶ (Fuchs 1912a: p. 75), es «parte de la ciencia natural en sentido amplio» (Fuchs 1912a: p. 87), no es ciencia de normas⁴⁷, sino ciencia de los hechos y los valores (Fuchs 1912a: p. 8), como corresponde a su doble objeto: adecuada averiguación de la verdad y correcta valoración y ponderación de intereses (Fuchs 1912a: p. 53). La observación ha de anteponerse a los conceptos (Fuchs 1912a: p. X). No cuestiona Fuchs la utilidad de la formación de conceptos en la ciencia jurídica, en la que desempeñarán el mismo papel que en cualquier otra ciencia: el de «indicadores» (*Richtlinien*) que se modificarán en cada momento según el progreso del conocer (Fuchs 1923-1924: p. 101). Pero tales conceptos se establecerán *a posteriori*, a partir del conocimiento y la experiencia, no estarán preconstituidos como condicionantes pseudoobjetivos⁴⁸. La ciencia del Derecho es, al igual que por ejemplo la medicina, una ciencia orientada a la acción, no una ciencia de la escritura y la oratoria (Fuchs 1912a: p. 63), es ciencia aplicada, y lo que la distingue frente a las demás ciencias del mismo carác-

⁴⁴ Hace Fuchs algunas precisiones terminológicas. A la doctrina tradicional, que sigue el método «filológico-dialéctico» la denomina *Jurisprudenz*. Ésta tiene dos variantes: la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), también caracterizada como «jurisprudencia constructiva» o «pandectología», y la jurisprudencia puramente emotiva o del sentimiento como prejuicio camuflado (*Gefühlsjurisprudenz*), también llamada por él «criptosociología» o «derecho libre oculto». El nombre de ciencia jurídica queda reservado para la disciplina experimental y práctica sobre los hombres, la economía y el tráfico (Fuchs 1912a: p. 1).

⁴⁵ Véase Fuchs 1907: pp. 62, 64. Ya Kantorowicz (1906: pp. 30 ss.) había mostrado los «paralelismos entre jurisprudencia dogmática y teología ortodoxa»: dios *vs.* legislador como esencias inasibles para la experiencia; sus intenciones son inalcanzables para el profano o accesibles sólo a una casta privilegiada de teólogos o juristas a través de la revelación; juristas y teólogos hacen pasar su voluntad como voluntad de dios o el legislador; unos y otros califican cualquier acción como jurídica o antijurídica *vs.* querida o prohibida por dios; a uno le basta la mirada a la ley y al otro a los Diez Mandamientos, y ambos fundamentan cualquier decisión, valiéndose de técnicas hermenéuticas: tanto la ley como El Libro carecen de lagunas y contradicciones. Pero tanto una como otro están sometidos a distintas lecturas históricas, que se salvan respectivamente remitiéndose al espíritu de la ley o realizando «concordancias».

⁴⁶ Esta pretensión de un método «inductivo» es tajantemente rebatida por Hernández Marín (1986: pp. 235 y 236).

⁴⁷ Lo mismo sostenía Kantorowicz, argumentando que el *Sollen* es un *Sein* (Kantorowicz 1906: p. 30).

⁴⁸ «La inducción, la observación metódica, no excluye sino que exige la síntesis sistematizadora, la clasificación y división de las observaciones y con ello (por tanto *a posteriori*) la creación de conceptos, principios y leyes (...) La mera observación, sin un espíritu penetrante y sistematizador, no conduce a un saber orgánico» (Fuchs 1916: p. 176).

ter es el mayor peso que en ella cobra «lo ético, lo intelectual» (Fuchs 1909: p. 146). Y al igual también que en la medicina, en la ciencia jurídica teoría y praxis se dan inseparablemente unidas (Fuchs 1912a: p. V).

Lo anterior se comprende con mayor claridad cuando se comprueban cuáles son, para Fuchs, los objetivos y los componentes de esa ciencia jurídica. Sostiene que «una verdadera ciencia jurídica moderna tiene dos hemisferios. El primero es el ámbito de lo psicológico (investigación de la verdad) y el segundo es el ámbito del tráfico social (investigación del Derecho)» (Fuchs 1908: p. 120). Con esos dos campos se corresponden las dos disciplinas principales que integran la ciencia jurídica: la psicología jurídica y la sociología jurídica. Es curioso el modo como Fuchs diseña el cometido de estas dos disciplinas. Considera que en todo proceso judicial hay dos partes decisivas: el adecuado conocimiento de las partes y la acertada valoración de la prueba testifical, por un lado, y la correcta incardinación del conflicto en las circunstancias y necesidades sociales. Para lo primero serviría la psicología y para lo segundo la sociología, y juez capacitado será sólo el que posea los necesarios conocimientos de ambas.

Machaconamente recalca Fuchs que el conocimiento de la verdad de los hechos que en el proceso se dirimen pasa por la competente valoración de los testimonios. «La toma de declaración de un testigo y su correcta apreciación constituyen el más interesante de los problemas jurídicos» (Fuchs 1912c: p. 457). Aquí la búsqueda de la verdad sólo podrá correr de cuenta de un juez que posea un buen conocimiento de los seres humanos y una rica experiencia y que actúe llevado por «su sentimiento de la verdad» (Fuchs 1912c: p. 459). Todo encorsetamiento procesal debe ceder en esto en favor de la libre apreciación de la prueba, pero sólo cuando se den garantías de que el juez reúne esos requisitos⁴⁹. El conocimiento de la psicología de los testigos⁵⁰ sería para el jurista tan importante como lo es para el tratamiento técnico del hierro el conocimiento de sus propiedades físicas y químicas (Fuchs 1908: p. 105).

La segunda de esas disciplinas conformadoras de la formación científica del jurista sería la sociología jurídica. El jurista que siga el método que Fuchs propone, y al que califica también como método «sociológico», persigue ante todo el resultado justo de la decisión y para él la ley es sólo un límite o, cuando es dispositiva, un indicador (Fuchs 1912c: p. 464).

⁴⁹ «Sólo un juez bien formado, tanto teórica como prácticamente, en la psicología del testimonio y en el arte de su apreciación, puede llevar a cabo correctamente la libre valoración de la prueba. Cuando tal formación no se da, las viejas reglas probatorias (...) aseguran más eficazmente una sentencia correcta (...) No hay nada más peligroso que la libre apreciación de la prueba en manos de quienes no son psicólogos con buen conocimiento de la vida» (Fuchs 1908: p. 118). Ya los contemporáneos de Fuchs destacaron su ingenuidad al pensar que con esa formación «científica» se ponía el juez en condiciones de conocer con garantías la verdad objetiva en el maremágnum de las declaraciones y pretensiones de un proceso. (Véase, por ejemplo, David 1910: pp. 423 ss.).

⁵⁰ Aunque este es el aspecto que Fuchs más destaca, indica que también existiría «una psicología de las partes y sus acciones, de los peritos, de los jueces y de los jurados» (Fuchs 1912c: p. 458).

Esa búsqueda central del resultado justo solamente se podrá realizar desde un conocimiento de la realidad social que permita ponderar acertadamente los intereses en cada caso en juego. La necesaria sociología jurídica que para este fin ha de desarrollarse «se ocupa de conocer la realidad del tráfico y las funciones económicas de todos nuestros institutos civiles» (Fuchs 1912c: p. 469). La ponderación de intereses que el juez ejecuta tiene carácter «sociológico» y su objeto es «el hallazgo de la proposición jurídica correcta», sobre la base de saber, a partir de los mencionados datos sobre la realidad social, «qué parte y por qué tiene de su lado la equidad y la justicia». Agrega Fuchs, induciendo cierto equívoco, que «a esta sociología jurídica en sentido restringido pertenece también la interpretación de los negocios jurídicos y de la ley» (Fuchs 1912c: p. 463). Entre los conocimientos que tal disciplina ha de manejar se hallarían asimismo los de la economía política (Fuchs 1912c: p. 469).

Bajo esta terminología «sociológica» lo que Fuchs está mostrando es su postulado de que el jurista no se ha de guiar por un espíritu legalista, sino que la pauta de su decisión ha de darla la ponderación de las reales circunstancias del caso y del contexto social, lo cual no podrá acontecer sin una correcta formación y experiencia ⁵¹.

6. PROPUESTAS DE REFORMA: ENSEÑANZA DEL DERECHO Y PROCESO

Terminaremos con una breve referencia de algunas de las más sonoras propuestas de reforma que Fuchs planteó, reformas que o bien serían necesarias para que sea viable ese nuevo tipo de práctica jurídica, o bien son condición de su más plena operatividad. Tal sería el caso, respectivamente, de la reforma en la enseñanza del derecho y de las reformas relativas a la regulación de la actividad jurisdiccional.

⁵¹ Acierta Radbruch cuando mantiene que para Fuchs la sociología no era una particular disciplina teórica, sino que la mencionaba como «fórmula imperfecta» para referirse a una «intuición de la vida social valorativamente orientada» (Radbruch 1928-1929: p. 403). Una certera crítica la expresó Oertmann en 1911: lo único novedoso del método sociológico de Fuchs sería el nombre, pero en los hechos no propondría nada nuevo ni distinto a lo que se venía llamando punto de vista teleológico, nada distinto de la recomendación de interpretar la ley según su sentido más razonable y con arreglo a su fin, recomendación que ya estaba en Dernburg o Windscheid (Oertmann 1911: p. 203).

La terminología y la sistemática de Fuchs son confusas. Siguiendo a Comte define la sociología como «la ciencia total del hombre como género» (Fuchs 1912c: p. 457). Una parte de esa sociología sería la ciencia jurídica sociológica, que se compone de dos partes: la psicología jurídica, que es la ciencia que se ocupa de las cuestiones de hecho que entre las partes se discuten, y la sociología jurídica en sentido estricto, que trata de la decisión, conforme a una ponderación real de intereses, de cuestiones de derecho debatidas entre las partes (Fuchs 1912c: p. 457). El propio Fuchs aclara que cabe hablar también de una sociología jurídica propiamente dicha, que se ocuparía de investigar el modo en que los jueces deciden aquellos casos, la mayoría, que el Derecho formal no abarca (Fuchs 1912a: p. 88).

Se ocupa de la enseñanza desde el estadio preuniversitario⁵², pero sus mayores esfuerzos se orientan a una radical transformación de las facultades de Derecho. Para él, el único antídoto contra una parcialidad judicial determinada por la ideología o los condicionamientos sociales es una adecuada educación jurídica (Fuchs 1925-26b: p. 245). La enseñanza del Derecho ha de ser fundamentalmente práctica, la formación como jurista debe empezar con la práctica, no con la teoría, y lo ideal sería que el estudiante de Derecho se iniciara como «alumno» de un abogado o en una institución judicial, al menos durante un año (Fuchs 1907: pp. 55-56). Así se sentaría la base de un aprendizaje basado en la experiencia, contrariamente al planteamiento que se suele seguir y que procede al revés y empieza con las reglas abstractas y la historia. Dice Fuchs que «las leyes son algo así como la gramática del Derecho [...]. De las reglas gramaticales cabe tratar cuando se ha aprendido a hablar una lengua o, como máximo, al mismo tiempo que se aprende. Empezar por aprender las reglas de memoria es poner el mundo al revés» (Fuchs 1907: p. 32). Ese predominio del aprendizaje práctico se tiene que traducir también en que el aprendizaje memorístico ha de dejar su sitio a la educación de la capacidad de observación y de actividad autónoma (Fuchs 1907: p. 55); los profesores de Derecho deben ser auténticos prácticos, igual que los profesores de Medicina (Fuchs 1909: p. 177) y conviene que dediquen a la actividad práctica al menos la mitad de su tiempo, para que no caigan en el divorcio entre teoría y praxis (Fuchs 1909: p. 175); las clases teóricas deben enlazar continuamente con «ejercicios clínicos», como ocurre en el estudio de la Medicina (Fuchs 1907: p. 57). Piensa que toda facultad de Derecho ha de estar unida a una especie de «clínica jurídica», donde continuamente el estudiante vea y analice casos reales bajo la orientación del profesor⁵³.

En cuanto a las disciplinas jurídicas que se enseñan, dice por ejemplo de la Historia del Derecho que bastan unas breves nociones y que ha de cursarse al final de la carrera, cuando el estudiante ya ha aprendido de la práctica y puede situar adecuadamente los datos históricos (Fuchs 1920a: p. 72). Pero la auténtica fobia de Fuchs se manifiesta contra el Derecho romano⁵⁴. Su enseñanza es la de un «cadáver embalsamado». Con el cultivo de las Pandectas (interpretación, sistematización, armonización, etc.) se hace lo contrario de lo que hacían los juristas romanos de la época clásica, que eran creativos y no se dejaban aprisionar por la letra (Fuchs 1907: pp. 65-66). Carece de sentido pretender que las instituciones romanas ten-

⁵² Aboga por una enseñanza aconfesional, que forme en la búsqueda de la verdad y en la tolerancia y que no pretenda inculcar dogmas de ningún tipo (Fuchs 1907: pp. 48 ss.).

⁵³ El lema sería: laboratorios en lugar de auditorios (Fuchs 1929b: p. 47). Sobre las características y funcionamiento de tales «clínicas» véase Fuchs 1912a: pp. 74-76. Ya en 1907 Düringer replicaba a Fuchs que comparar la actividad del jurista con la del médico es confundir la realidad, pues los médicos trabajan y enseñan con objetos «visibles», los pacientes, mientras que el caso jurídico es «invisible» y ha de ser intelectualmente reconstruido (Düringer 1907: p. 1030).

⁵⁴ Téngase en cuenta la relevancia que el Derecho romano mantenía, con la pandectística, en la época de la cultura jurídica alemana que Fuchs quiere desterrar.

gan aplicación en la época actual, como si las sociedades no hubieran cambiado en nada o como si el Derecho pudiera ser un saber intemporal. Además, opina Fuchs que la presencia del Derecho romano en Alemania supone la colonización del verdadero espíritu jurídico germánico por una cultura jurídica extraña. No sólo sería un Derecho muerto, sino también un derecho ajeno⁵⁵ (Fuchs 1907: p. 70; Fuchs 1929b: pp. 10-12).

En lo que se refiere a las reformas en el proceso y la organización judicial, basten aquí unas breves indicaciones como ilustración. Fuchs se muestra favorable al jurado de escabinados. Opina que «la participación directa del pueblo en la impartición de justicia es irrenunciable tanto para el pueblo como para el derecho» (Fuchs 1912c: p. 165), pero un sistema de jurado puro supone poner bienes fundamentales de los ciudadanos a merced de puros legos que tal vez carecen de referencias suficientes o pueden caer fácilmente en el formalismo o el culto a la letra de la ley (Fuchs 1907: p. 123). Ese jurado mixto estaría presidido por un juez, salido «de la elite de la abogacía⁵⁶» y elegido popularmente dentro del correspondiente territorio, por períodos renovables, igual que se elige a un alcalde. Con tal sistema de elección de jueces se asegura que éstos estén compenetrados con los usos y costumbres de sus conciudadanos, insertos en el tráfico social y en permanente contacto con la conciencia y el sentimiento jurídico general. Se garantizaría, en suma la pretendida *Volkstümlichkeit* de las resoluciones judiciales (Fuchs 1907: p. 126). En todo caso, para juez no se estudia, igual que no tendría sentido estudiar para alcalde o ministro (Fuchs 1909: p. 193). En cuanto a los miembros no jueces del jurado, lo ideal es que sean elegidos por su experiencia en la temática sobre la que el caso verse⁵⁷. Se nombrarían por el juez, a ser posible con el acuerdo de las partes. Los peritos se insertarían en el tribunal como jurados (Fuchs 1907: pp. 124 ss.). También es preferible que los propios jueces sean especialistas y que se acabe con la uniformidad en la organización judicial (Fuchs 1909: pp. 152 ss.). En cualquier caso, los jueces deben ser pocos y muy bien pagados (Fuchs 1907: p. 125; Fuchs 1918c: p. 18).

⁵⁵ Idealiza Fuchs las virtudes del Derecho germánico y del pueblo alemán y piensa que éste acabará rebelándose contra el romanismo e imponiendo reformas acordes con su ser, con lo que sobrevivirá «el indestructiblemente sano organismo germano» (Fuchs 1909: p. 204). En un trabajo publicado en 1918 liga el movimiento jurídico por él propuesto con el necesario «renacimiento» que habrá de llevar a la victoria en la guerra mundial (Fuchs 1918c: p. 17). Frente a las resonancias que esto pudiera tener a la luz de las tesis posteriores del nazismo (y algún autor ha tratado de responsabilizar al Derecho libre de buena parte de la teoría jurídica nazi), conviene añadir que Fuchs une ese cierto espíritu nacionalista a la defensa explícita de la Constitución de Weimar (véase Fuchs 1925-26b: pp. 237-238, 239, 253-254). En lo ideológico, se proclama simpatizante del ala izquierda de la corriente liberal-democrática (Fuchs 1925-26c: p. 249).

⁵⁶ Nadie debería ser juez sin una acreditada experiencia profesional que enseñe la realidad social. No sólo de entre los abogados se puede reclutar los jueces; también se podrían buscar entre juristas con experiencia en el comercio o la industria, en la administración pública o, incluso, en el periodismo, oficio este último especialmente apto para conocer los pormenores de las relaciones sociales (Fuchs 1909: p. 193).

⁵⁷ Dice Fuchs que, por ejemplo, cuando se juzga un accidente de caza un tribunal integrado por cazadores entenderá, interrogará y resolverá mejor (Fuchs 1925-26a: p. 27).

El objetivo sería conseguir que los juristas mejor dotados, que hoy son directores de banco y similares, fueran jueces (Fuchs 1908: p. 125).

En cuanto a las reglas procesales⁵⁸, se pronuncia contra una reglamentación muy minuciosa y en favor de un mayor margen de movimientos y de apreciación para las partes y para el juez (Fuchs 1907: p. 103). De la ciencia procesalista dice «que nada muestra mejor el descarrío alienante de nuestra doctrina jurídica que nuestra erudita ciencia procesalista [...] En los estudios, la ciencia y la praxis las reglamentaciones procesales no tienen por qué jugar un papel mayor que el que en la Medicina tiene la reglamentación hospitalaria» (Fuchs 1912a: p. 77).

Fuchs pretende que verdaderamente se respeten y se realicen los principios procesales de publicidad, inmediatez, oralidad y libre apreciación de la prueba, todos los cuales estarían siendo pervertidos e ignorados por una práctica judicial más preocupada por los conceptos y las argucias retóricas encubridoras del decisionismo que por la averiguación de la verdad y la impartición de auténtica justicia⁵⁹. El proceso no debe funcionar como una «guerra entre bandidos», sino como un duelo en el que las partes proceden lealmente y en el que la búsqueda de la justicia impera sobre el simple deseo de victoria (Fuchs 1909: pp. 206 ss.). Para ello la colaboración de los abogados⁶⁰ será imprescindible: «no puede haber una verdad sin veracidad, al igual que no cabe un Derecho correcto sin justicia. Un abogado que defiende un caso de un modo indiferente, sin estar convencido de que la verdad y el Derecho están de su parte, es como un sacerdote que a cambio de un pago en dinero pronuncia una estereotipada oración nupcial o fúnebre para alguien, sin importarle que se trate de una buena o una mala persona» (Fuchs 1909: p. 243). Estemos o no de acuerdo con las tesis del Derecho libre, tendremos que reconocer cuánto sabía Fuchs de la realidad, y no sólo de la de los abogados.

REFERENCIAS⁶¹

- DADID, A. 1910, «Zu den Ausführungen von Fuchs über Freirechtleri und soziologische Rechtslehre», *Deutsche Richterzeitung*, II, pp. 423-431.
DÜRINGER, A. 1907, «Schreibjustiz und Richterkönigtum», *Das Recht*, XI, pp. 1027-1035.

⁵⁸ Una minuciosa crítica del ordenamiento procesal alemán de su tiempo en Fuchs 1909: pp. 131 ss.

⁵⁹ Sobre dichos principios y su necesaria operatividad véase Fuchs 1909: pp. 237 ss. y Fuchs 1908: pp. 88 ss.

⁶⁰ Le preocupa sobremanera a Fuchs la «proletarización» de los abogados que se produce cuando su número es excesivo y tienen que luchar por los casos para sobrevivir, dejando de lado toda consideración moral y abandonando lo que, según la idealista visión de Fuchs, son los atributos de la abogacía: servicio a la justicia, idealismo, entusiasmo, nobleza... (Fuchs 1907: pp. 57 ss.).

⁶¹ Las obras se citan en el texto por las páginas de sus ediciones originales, salvo cuando expresamente se hace constar otra cosa en estas referencias.

- EHRlich, E. 1903 *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig. Reimpreso en Aalen, Scientia, 1987, por donde se cita.
- FOULKES, A. S. 1965, «Ernst Fuchs und die Freirechtslehre. Ein Lebensbild», en *Fuchs* 1965, pp. 225-259.
- FUCHS, E. 1907, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform*, Leipzig, Teutonia, 115 pp. Incluido en Fuchs 1970, pp. 29-141.
- 1908. *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, Berlin, C. Heumanns Verlag, 243 pp. Incluido en Fuchs 1965, pp. 65-165, por donde se cita.
- 1909. *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, G. Braunschen, 311 pp. Incluido en Fuchs 1970, pp. 143-455.
- 1912a. *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, G. Braunsche, 228 pp. Incluido en Fuchs 1973, pp. 13-196.
- 1912b. «Klassische Einwendungen gegen die soziologische Rechtslehre», publicado como anexo a Fuchs 1912a. Incluido en Fuchs 1970, pp. 495-509.
- 1912c. «Freirechtleri und soziologische Rechtslehre», publicado como anexo a Fuchs 1912a, pp. 151-166. Incluido en Fuchs 1970, pp. 457-472.
- 1914. «Die moderne Rechtsfindung», *Juristische Wochenschrift*, 43, pp. 270-274. Incluido en Fuchs 1973, pp. 197-211.
- 1916. «Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft», *Recht und Wirtschaft*, pp. 137ss. Incluido en Fuchs 1965, por donde se cita.
- 1918a. «Die Sache im Sinn des BGB und anderer Gesetze», *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 12, pp. 297-302. Incluido en Fuchs 1973, pp. 273-275.
- 1918b. «Zur Umschaffung des BGB», *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 9, pp. 372-383. Incluido en Fuchs 1973, pp. 291-302.
- 1918c. «Freirechsschule und Wortstreitgeist», *Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen*, 27, pp. 17-23. Incluido en Fuchs 1973, pp. 359-368.
- 1918-19. «Jhering und die Freirechtsbewegung», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 12, pp. 10-23. Incluido en Fuchs 1965, pp. 181-192.
- 1920a. «Soziologie und Konstruktion», *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 12, pp. 497-506. Incluido en Fuchs 1973, pp. 277-281.
- 1920b. «Zur Entfesselung des Richters», *Deutsche Richterzeitung*, 12, pp. 148-151. Incluido en Fuchs 1975, pp. 133-138.
- 1920c. «Gerechtigkeitswissenschaft», *Juristische Wochenschrift*, 49, pp. 6-10. Incluido en Fuchs 1973, pp. 247-258.
- 1921. «Formalismus und Zivilprozess», *Juristische Wochenschrift*, 50, pp. 697-700 y 1216-1217. Incluido en Fuchs 1973, pp. 303-319.
- 1922. «Fortschritte und Hemmungen der freirechtlichen (soziologischen) Bewegung», *Juristische Wochenschrift*, 51, pp. 7-11. Incluido en Fuchs 1973, pp. 259-272.
- 1923-24. «Von scholastischer Jurisprudenz zu erfahrungswissenschaftlicher Rechtskunst», *Die Tat*, 15, pp. 98-114. Incluido en Fuchs 1975, pp. 139-155.
- 1925-26a. «Richterkönigtum, Reichsgericht und Juristenbildung», *Die Justiz*, 1, pp. 22-33. Incluido en Fuchs 1975, pp. 13-24.
- 1925-26b. «Der oberster Reichsrichter und die Wende der deutschen Rechtspflege», *Die Justiz*, 2, pp. 237-254. Incluido en Fuchs 1975, pp. 25-42.
- 1925-26c. «Die Deutsche Richterzeitung und die Justiz»A, *Die Justiz*, 1, pp. 248-252. Incluido en Fuchs 1975, pp. 43-47.
- 1925-26d. «Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsdenken», *Die Justiz*, 1, pp. 349-363. Incluido en Fuchs 1975, pp. 204-218.

- 1926-27a. «Juristendenken und Juristensprache», *Die Justiz*, 2, pp. 23-42. Incluido en Fuchs 1973, pp. 369-388.
 - 1926-27b. «Der neue Rechtsgeist und die kommende Rechtskunst», *Die Justiz*, 2, pp. 441-461. Incluido en Fuchs 1973, pp. 389-409.
 - «Gesunder Menschenverstand, Neu-Wiener Begriffsnetz und französische neue Schule»A, *Die Justiz*, 4, pp. 129-163. Incluido en Fuchs 1975, pp. 70-104.
 - 1929a. «Rechtsfortbildung trotz klaren Wortlaut», *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 23, pp. 289-306. Incluido en Fuchs 1975, pp. 168-176.
 - 1929b. *Was will die Freirechtsschule?*, Rudolfstadt, Greifenverlag, 1929, 55 pp. Recogido en Fuchs 1965, pp. 21-63.
 - 1965. *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, editado por A. S. Foulkes y A. Kaufmann, Karlsruhe, C. F. Müller, 270 pp.
 - 1970. *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. 1, editado por A. S. Foulkes, Aalen, Scientia, 516 pp.
 - 1973. *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. 2, editado por A. S. Foulkes, Aalen, Scientia, 409 pp.
 - 1975. *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. 3, editado por A. S. Foulkes, Aalen, Scientia, 448 pp.
- GÄNGEL, A./MOLLNAU, K. A., eds. 1992. *Gesetzesbindung und Richterfreiheit: Texte zur Methodendebatte 1900-1914*, Berlin, Haufe, 447 pp.
- GONZÁLEZ VICEN, F. 1990 «Die Freirechtsbewegung», en E. Garzón Valdés (ed.), *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 137-143.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. 1986. *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 357 pp.
- KANTOROWICZ, H. (Con el seudónimo Gnaeus Flavius) 1906. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 52 pp.
- KAUFMANN, A. 1965. «Einleitung», en Fuchs 1965, pp. 1-19.
- LARENZ, K. 1994. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Tecnos, Madrid, trad. de M. Rodríguez Molinero, 536 pp.
- LOMBARDI VALLAURI, L. 1967. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè (reimpr.).
- OERTMANN, P. 1911. «Soziologische Rechtsfindung», recogido en Gängel/Mollnau 1992, pp. 200-227.
- RADBRUCH, G. 1928-29. «Ernst Fuchs», *Die Justiz*, 4, pp. 403-404. Incluido en Fuchs 1975, pp. 281-282.
- ROSS, A. 1929. *Theorie der Rechtsquellen*. Reimpresión en Aalen, Scientia, 1989, 458 pp.
- RUMPF, M. 1910. «In Sachen Düringer wider Gmelin», recogido en Gängel/Mollnau 1992, pp. 146-174.
- SEGURA ORTEGA, M., 1993. «El movimiento del Derecho libre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, pp. 423-455.

El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch

Por FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ

Universidad Complutense de Madrid

1. La filosofía de Bloch constituye una combinación de diferentes elementos en síntesis peculiar. De ahí que lo que caracteriza en último extremo su obra sea la sutil complejidad que se deriva de la unión en un todo integrado de factores tan diferentes como el marxismo (en esa especial forma de entender el marxismo que se conoce como el marxismo occidental y que toma como punto de partida las obras de Lukács y Korsch), la herencia del idealismo alemán y los movimientos culturales de la época (*Lebensphilosophie*, *Jugendbewegung*, expresionismo, mesianismo...). Frente a otras interpretaciones que prestan especial atención a los elementos mesiánicos, en este trabajo se considera que lo característico de su filosofía es la integración en un todo coherente de todos esos elementos.

2. De todos esos elementos, el lugar central lo ocupa el marxismo, de tal modo que a Bloch se le puede considerar como uno de los representantes más sugestivos del llamado «marxismo occidental», ya que lo que pretende, ante todo, es entender el «marxismo como filosofía», que también era la pretensión básica de Lukács y Korsch. También su obra, como la de los demás autores del «marxismo occidental», es un «producto de la derrota» y ha sido escrita en condiciones difíciles. Las características del «marxismo occidental» son propias también de la obra de Bloch: el predominio de la influencia de los escritos juveniles de Marx, el lenguaje esotérico (barroco), el desplazamiento hacia el análisis de la cultura

burguesa contemporánea, con una marcada influencia del idealismo alemán e incluso la relación crítica con Freud. Lo único que diferenciaría la obra de Bloch de la de los demás autores que pertenecen al marxismo occidental es su «optimismo militante», que opone al radical pesimismo de los otros autores que han compartido esa forma de analizar el marxismo.

3. Respecto del marxismo, Bloch ha realizado una notable ampliación de su ámbito de actuación, abriéndolo a espacios hasta entonces poco desarrollados, como la religión, la ética o, como veremos con más detalle, el Derecho natural. Su propia forma de estudiar el marxismo Bloch la ha calificado como «marxismo abierto», «marxismo creador», marxismo que pretende ser «fiel al espíritu de Marx» y al mismo tiempo llegar más allá de Marx.

4. En consonancia con esta ampliación de perspectivas dentro del marxismo, Bloch ha sido calificado como «revisionista» desde los planteamientos del «marxismo ortodoxo», pero el auténtico «revisionismo» de Bloch no consiste más que en el constante ejercicio de la autocritica y en el intento por acomodar el núcleo de la filosofía marxista a una época en continua transformación. Del mismo modo que para Bloch «lo bueno de la religión es que produce herejes», podríamos decir que lo bueno del marxismo es que produce heterodoxias. Cada revisión del marxismo, para Bloch, no sería más que un «perfeccionamiento de la doctrina marxista». Pero la revisión creadora de Bloch contrasta con los planteamientos supuestamente cientifistas que han entendido la obra de Marx como «sólo ciencia». Frente a ellos, Bloch piensa que el marxismo es ciencia, pero también filosofía, ética, utopía, es más, es la forma de otorgarle un núcleo concreto a la utopía.

5. La filosofía de Bloch, además, se caracteriza por una muy singular utilización del lenguaje, muy influido por la estética expresionista, hasta tal punto que ha llegado a ser calificado como el «filósofo del expresionismo». Sobre todo en sus primeras obras hay una gran similitud entre los problemas tratados por los expresionistas y la obra de Bloch, aunque nunca se produzca una total coincidencia con los planteamientos de este movimiento cultural. En concreto, en los años treinta, Bloch polemizará con Lukács, que consideraba el expresionismo como una muestra de la decadencia de la sociedad burguesa, defendiendo que existía una posible herencia del expresionismo, «que aún no había sido superada, porque aún no había sido recibida».

6. Bloch está enormemente influido por el idealismo alemán y de hecho toda su obra puede entenderse como un largo diálogo con Hegel, un Hegel visto a través de Marx, pero con perfiles propios. A Hegel ha dedicado Bloch su única monografía sobre un filósofo anterior y este trabajo es de especial importancia, porque Bloch extrae de Hegel (en diálogo con él) «su propia filosofía». El Hegel de Bloch es un Hegel más «plebeyo», más «irracionalista» que el de Lukács, pero también más revelador de la auténtica significación de su pensamiento. De las obras de

Hegel, Bloch concede especial relevancia a la *Fenomenología del Espíritu*, en la que Bloch descubre elementos que incorpora a su propia filosofía. Bloch no distingue entre método y sistema en Hegel, sino que considera que en ambos hay algo valioso a heredar. Para Bloch, no hay más filosofía que la sistemática y Bloch aspira a construir un sistema de nuevo cuño, «sistema abierto», «sistema de interrupciones».

7. Bloch también está en contacto con la *Lebensphilosophie* y sus primeras obras pudieron ser entendidas como una respuesta a la «crisis» que sacudía a la civilización occidental, proponiendo una renovación espiritual que suponga un «derrocamiento del nihilismo». En esa dirección, Bloch está de acuerdo con los autores principales del *Jugendbewegung*, que expresaban la protesta de toda una generación frente al curso seguido por la civilización y el vaciamiento de la *Kultur* alemana. A pesar de todo, no se le puede encuadrar plenamente en ese movimiento, dada la singularidad de su filosofía. Sin embargo, a diferencia de Lukács, siempre se ha mostrado abierto a recuperar elementos presentes en el «pensamiento negativo» y a valorar en forma positiva ideas provenientes de la «línea malsana del pensamiento alemán», formada por Schopenhauer, Wagner y Nietzsche.

8. Bloch también comparte muchos de los problemas que a raíz de sus trabajos van a poner al descubierto Jaspers y Heidegger. En la obra de juventud de Bloch hay un estudio detallado de la «atmósfera espiritual de la época», paralelo al que llevara a cabo Jaspers, aunque las consecuencias que se extraigan sean distintas y donde Jaspers se aproxima al nihilismo, Bloch se abre a las expectativas del surgimiento de una nueva religiosidad. También con Heidegger hay similitudes y diferencias curiosas, sobre todo en la consideración de la situación actual del hombre como «apatridia», aunque donde Bloch se vuelve hacia el futuro, hacia la construcción de la «patria de la identidad», Heidegger se vuelve hacia el pasado, en la valoración nostálgica del mundo precapitalista.

9. En la obra de Bloch late una «pasión mesiánica», que siendo especialmente sentida en sus obras de juventud, luego alcanzará determinación y medida en las obras de madurez. Bloch es uno de los pensadores marxistas que más se ha abierto a la comprensión del mundo religioso, incorporando a su filosofía elementos de la mística alemana, de la Cábala judía e incluso la moderna teología. Pero eso no significa que renuncie a las ideas originales de Marx, ya que para Bloch «sin ateísmo no hay verdadero mesianismo». Su particular combinación de elementos de filosofía marxista y la perspectiva mesiánico-escatológica ha hecho que se califique a su obra como, a la de Benjamin, de «marxismo talmúdico».

10. La relación de la filosofía de Bloch con la de Benjamin es especialmente fructífera, aunque a pesar de partir de muchos elementos comunes llegaron a diferenciarse profundamente. Lo que los une es sobre todo el «mesianismo apocalíptico», aunque el mesianismo de Benjamin es profundamente pesimista, se encuentra siempre a la espera de la catástrofe definitiva, mientras que el mesianismo de Bloch se dirige hacia el futu-

ro. De ahí que donde Benjamin veía sólo la lucidez de aquellos que «no tienen esperanza», Bloch veía la necesidad de una «razón con esperanza» y una «esperanza con razón». Pero el mesianismo deja siempre abierto el problema de la realización y por eso, en ese tipo de pensamiento «la esperanza de la felicidad se convierte en la felicidad de la esperanza».

11. En la filosofía de Bloch, el concepto de utopía ocupa un lugar central, hasta tal punto que ha podido ser calificado como el «filósofo de la utopía», dada la amplitud de su utilización por Bloch, hasta tal punto que algunos consideran a *El principio esperanza*, su obra fundamental, como una auténtica «enciclopedia de las utopías». Sin embargo, la forma de utilización del concepto por parte de Bloch no la identifica únicamente con aquellas obras que tienen su origen en la paradigmática obra de Moro y de ahí que sea necesario precisar el lugar que ocupa en el conjunto del pensamiento utópico contemporáneo.

12. El concepto de utopía puede utilizarse con arreglo a diferentes variantes. En primer lugar, hay un concepto «ficcional» de utopía que toma como paradigma la clásica obra de Moro y que consiste en la narración del funcionamiento de una sociedad ideal. En este sentido, la utopía tiene dos caras: como crítica de lo que es y como expresión de lo que debe ser. Ese género ha tenido su origen en el Renacimiento y se ha desarrollado durante la Ilustración, habiendo caído en desuso en la actualidad, en la que son más frecuentes las antiutopías (o distopías) que resaltan los peligros de una posible «realización» de las utopías. Se parte por estos autores de la idea de que las utopías sólo son realizables de modo imperfecto y en el fondo no son más que una expresión del totalitarismo, ya que se caracterizarían por la falta de libertad y la legitimación y consolidación de formas de opresión social.

13. El concepto de utopía se encuentra en conexión con la Modernidad, ya que articula dos ideas: el mito griego de la ciudad ideal y la fe judeocristiana en un paraíso creado con el mundo y destinado a sobrevivirle. En este sentido, las utopías se diferencian de los movimientos milenaristas, que florecen a final de la Edad Media y en los que se encuentra el germen de los movimientos revolucionarios posteriores. Tanto las utopías como los milenarismos son productos de «lo imaginario social», pero en tanto que las primeras son «ciudades radiantes descubiertas sin esfuerzo alguno» (sin cumplimiento de ninguna promesa divina), los segundos constituyen la promesa de una felicidad infinita y en ellos lo religioso constituye la metáfora de lo social. Además, las utopías se consideran el resultado de una «construcción racional consciente», en el espíritu de esa modernidad que privilegia el «hacer» racional.

14. Las utopías, que son resultado de la modernidad, sin embargo se van a ver profundamente transformadas a través de la Historia. Las utopías aparecen en situaciones de crisis y reflejan las carencias e insuficiencias de las diferentes sociedades. Pero a partir de la Revolución se produce un cambio fundamental en el concepto de utopía y ésta deja de ser entendida como proyecto literario de un mundo diferente, situado en

un espacio distinto, para convertirse sobre todo en la expectativa de un futuro mejor. Son los socialistas utópicos los que llevan a cabo esta transformación del concepto que convierte a la utopía en actividad programática, en pronóstico de un futuro que se va a realizar, que se está realizando ya. En esta nueva configuración del concepto la utopía se convierte en una forma de conocimiento social que sirve para prefigurar el desarrollo científico de la investigación de la sociedad.

15. Pero en el presente, la utopía es entendida sobre todo como «intencionalidad ético-filosófica dirigida a transformar la organización de la convivencia social». Los primeros en llevar a cabo esta ampliación del concepto fueron Landauer, Mannheim y el propio Bloch. Mannheim es el más influyente, en un primer momento, en la adopción de este nuevo concepto de utopía, distinguiendo entre utopías aquellas orientaciones que trascienden la realidad y que al informar la conducta humana tienden a destruir, parcial o totalmente, el orden de cosas predominante; e ideologías, que son ideas que van más allá de la situación existente, pero que nunca consiguen realizar los contenidos que proyectaban. El criterio diferenciador, para Mannheim, lo constituye la posibilidad de realización, con lo que se liga el concepto de utopía a las aspiraciones de las clases ascendentes.

16. En la actualidad, el pensamiento utópico ha sido criticado tanto desde el pensamiento liberal como desde el pensamiento conservador. La crítica liberal considera a la utopía como una forma de totalitarismo, en la que no cabe ningún lugar para la libertad individual. La crítica conservadora también denuncia este carácter de las utopías y a ellas les contraponen la imagen de un pasado idealizado. Sin embargo, tanto el pensamiento liberal como el pensamiento conservador no se resisten a crear sus propios modelos «utópicos» de sociedad ideal, con lo que se desvela el sentido real de su crítica de la utopía: es la crítica de la utopía «marxista», considerada como la encarnación actual de la «peligrosa» idea de la utopía social.

17. En realidad, el marxismo tiene una relación ambivalente con la utopía, ya que al tiempo que es una de las principales direcciones de crítica de la utopía (sobre todo, considerada como expresión del socialismo «utópico») a la que opone la «cientificidad» de sus planteamientos, es además el heredero de las expectativas de transformación social y han sido autores próximos al marxismo (como Bloch o los autores de la Escuela de Frankfurt) los que más han subrayado la importancia del concepto en el momento presente. De ahí que se haya venido identificando el concepto de utopía con la perspectiva de liberación y emancipación humana que se desprende de la concepción marxista de la historia. Lo que se plantearía entonces como problema es si un supuesto «agotamiento» del marxismo llevaría consigo un paralelo «agotamiento» de las expectativas utópicas. Para algunos autores, lo que se habría producido sería sólo el agotamiento de la «utopía» de la sociedad del trabajo y la aparición de nuevas formas de utopía.

18. Bloch no sólo no considera que el marxismo esté agotado, sino que para él es la «filosofía de nuestro tiempo» y no hay más filosofía, propiamente hablando, que «la filosofía marxista». El marxismo además, para Bloch, ha reformulado completamente el concepto de utopía y debe ser entendido como «utopía concreta», en la medida en que establece los medios necesarios para alcanzar esa sociedad futura. Bloch no identifica la utopía con la «utopía ficcional» que tendría su origen en la obra de Moro, que para Bloch sería más bien una plasmación del «utopismo», que carece de elementos de concreción y realización humana y permanece como abstracta exigencia desiderativa. La utopía verdadera, la utopía concreta, se plasma en el ejercicio de la «función utópica», que es «la actividad *inteligida* del proceso de la esperanza».

19. La función utópica es una función esencial al ser humano, es una «función trascendente sin trascendencia», que encuentra su correlato en el proceso en curso de realización. En la función utópica existe un sujeto, que sólo ha sido correctamente aprehendido por el socialismo como conciencia de clase proletaria. De ahí que el marxismo no deba olvidar su impulso utópico, su «voluntad de utopía», que le ha permitido poner al descubierto las insuficiencias del presente y del pasado muerto. El factor subjetivo en la función utópica es el que provoca la movilización de las contradicciones que se dan en lo que no debiera ser, a fin de socavarlo y derribarlo.

20. A esta reacción anticipadora de la utopía, «socavadora del presente y dinamizadora del futuro», Bloch opone la ideología, la «reacción meramente paliadora», que, con intención apologética, «pretende reconciliar al sujeto con lo dado». Pero Bloch tiene una concepción de la ideología diferente de Mannheim y del marxismo ortodoxo, ya que para él puede ser entendida en dos formas sustancialmente distintas: en cuanto que «falsa conciencia interesada», como «la suma de representaciones con las cuales una sociedad se ha aureolado y se ha justificado», pero también en cuanto que «cultura», que trasciende la mera apología de una sociedad de clases. En esa «cultura» hay un excedente que puede permitir, en una sociedad radicalmente transformada, una «herencia» que es preciso recoger. Lo que podemos preguntarnos es si Bloch, al intentar recuperar a toda costa los elementos esenciales de la herencia cultural, no llega a desdibujar el concepto de ideología.

21. La función utópica legítima, para Bloch, toda forma de anticipación y por eso hace suyo el excedente que puede encontrarse incluso en el interés, en los arquetipos, en los ideales, en los símbolos-alegorías. Además, debe enfrentarse al problema de la realización y las aporías que de ella se derivan. Incluso si la realización se acomoda a lo soñado hay un «resto utópico», lo que conduce a la «melancolía del cumplimiento», cuando se piensa que ya se ha alcanzado el objetivo emprendido. Pero esa realización plena sólo sería posible si se diera algo así como un «ser como utopía». En la realidad, el proceso histórico está abierto y tan posible es el cumplimiento de las expectativas utópicas como la pérdida, la nada absoluta cada vez más intensamente percibida.

22. Una forma especial de plasmación de la «voluntad de utopía» tiene lugar en las utopías sociales, que asumen la pretensión de llevar una vida digna, de edificar una sociedad sin miseria, en la que se haya eliminado la explotación del hombre por el hombre. Las utopías sociales no son la única plasmación de la idea de utopía, sino sólo una más de las diferentes formas en que puede expresarse la esencia utópica. Pero también son muestra de una intención invariable hacia lo utópico, que se echa de ver a lo largo de toda la historia, aunque también cada una de ellas tenga un itinerario distinto. Hay algo que todas ellas tienen en común: «la supresión de la propiedad privada», mas en la forma de alcanzar ese objetivo presentan contenidos históricamente variables. Lo que hay en las utopías sociales es un proyecto de futuro que sólo alcanzará concreción en la obra de Marx, que es la encarnación de la «utopía concreta», de la tendencia que espera su realización.

23. Para Bloch, el Derecho natural es una «utopía jurídica», que se encuentra en estrecha situación de interrelación con la utopía social. A pesar de las diferencias existentes entre utopías sociales y utopías jurídicas, ambas formas de plasmación de la utopía comparten un «suelo» común: el salto sobre lo dado, la fe en que lo existente puede ser dejado de lado a fin de hacer sitio a un *status* mejor. Lo que sucede es que hasta ahora Derecho natural y utopía social han actuado por separado y lo que sería de desear es que unieran sus fuerzas, pues «no hay dignidad humana sin eliminación de la miseria, pero tampoco ninguna dicha verdaderamente humana sin la eliminación de toda servidumbre». Tanto el Derecho natural como la utopía social pertenecen al noble poder de la anticipación de algo mejor, hunden sus raíces en el reino de la esperanza.

24. El Derecho natural ocupa un lugar importante dentro de la filosofía de Bloch, dentro de su «sistema», que es entendido como un «sistema abierto». Ya desde los inicios de su dedicación a la filosofía, Bloch había previsto elaborar un «sistema de filosofía» en el que tendría cabida la «filosofía moral y jurídica» o la «filosofía del Estado» y que dará lugar a la obra que primero pensó llamar «Derecho natural y Filosofía del Derecho», después «Derecho natural y socialismo» y que finalmente tituló *Derecho natural y dignidad humana*. Esta obra está en especial relación con los escritos políticos y, sobre todo, con *Herencia de esta época*, en la que se explora el concepto de herencia. Bloch piensa que en la historia del Derecho natural hay una «herencia», herencia singular («a la que lo mejor de ella le falta aún y ha de serle añadido») y que es complementaria a la herencia de las utopías sociales.

25. La obra dedicada por Bloch al Derecho natural comienza, tras algunas consideraciones relativas al «sentimiento jurídico», con una larga historia en la que Bloch reescribe, con caracteres propios, el largo proceso de surgimiento y consolidación del Derecho natural. Es una historia presidida por el recuerdo del «mito» de la edad de oro y en la que se expresan los anhelos de protesta contra las injusticias del presente y, al mismo tiempo, una «historia social», en la que se estudia el papel que

han desempeñado las diferentes concepciones en relación con las clases sociales y con su lugar en el proceso productivo. Bloch incide más en las «inconsistencias prácticas» de las ideas que en las «inconsistencias teóricas», pues su crítica de las diferentes concepciones iusnaturalistas es más una «crítica moral» que una crítica científica.

26. Para el iusnaturalismo, la consideración de la historia siempre ha sido problemática, ya que existe un dualismo básico entre el reino de la naturaleza y el reino de la historia. El «historicismo» habría conducido en último extremo a la crisis del Derecho natural moderno, pero lo que sucede es que la forma en que Bloch enfoca el problema del Derecho natural es difícilmente equiparable a las demás concepciones iusnaturalistas. En realidad, Bloch, del mismo modo que otros autores próximos al «círculo de Heidelberg» (que se reunía en torno a la figura de Max Weber) o de la Escuela de Frankfurt, se vuelve hacia el Derecho natural como una forma de defender determinados valores que se encontraban en peligro ante el ascenso del totalitarismo en la época de entreguerras.

27. En esa historia, después del surgir de la primera protesta contra las normas establecidas por parte de los sofistas, la gran plasmación del iusnaturalismo antiguo se encuentra en el estoicismo que se articula en torno a la idea de que «hay que vivir de acuerdo con la naturaleza». Ahí se ofrece no sólo un Derecho natural del individuo, dice Bloch, sino un Derecho natural de la comunidad, que va a tener un influjo «asombroso» sobre el Derecho romano. Pero ese Derecho natural del estoicismo, que «bebía en la imagen de una edad de oro», no llegó a convertirse en realidad y los Padres de la Iglesia, que recogieron su herencia, también se acomodaron al Estado existente, una vez que éste hizo del cristianismo su confesión.

28. En el iusnaturalismo cristiano, siguiendo a Troeltsch, Bloch diferencia entre un Derecho natural absoluto, igualitario, que se remonta al estado de inocencia y que recoge el legado del estoicismo y lo intensifica y se plasma sobre todo en el Derecho natural de las sectas, y un Derecho natural relativo, resultado de la caída y del pecado y que es defendido por la Iglesia como organización conservadora. Bloch presta especial atención a la figura de T. Münzer, que es considerado como un precedente de las revoluciones futuras. Frente a éste, Lutero es visto como el «ideólogo de los príncipes», que con un «Derecho natural residual» ha justificado la opresión. De forma algo diferente es considerado Calvino, que aunque defiende un Derecho natural «puramente capitalista», habría abierto las puertas al derecho de resistencia (que encontrará su formulación más perfecta en jesuitas como Mariana). En definitiva, Bloch, como Troeltsch, piensa que en la socialdemocracia y en el comunismo contemporáneo permanece viva la herencia del «Derecho natural de las sectas».

29. El iusnaturalismo racionalista, el «Derecho natural clásico», para Bloch, supuso una auténtica revolución cultural y en él aparecen muchos de los elementos fundamentales del mundo moderno: el «individualismo», la fe en la capacidad intelectual del hombre, la fe en la «idea

niveladora de la naturaleza mecánica» y la «fe sentimental en la pureza natural fuera del hombre», pasando a primer plano la idea del contrato. Pero ese Derecho natural también tiene componentes de ambigüedad, ya que igual que puede ser utilizado para defender posiciones antiabsolutistas puede servir para justificar el absolutismo y así Bloch considera a Hobbes como el más acerbo y tortuoso adversario de su contenido democrático.

30. En Rousseau vive el anhelo de la edad de oro y se muestra ya con claridad la inalienabilidad de la persona humana, fundamentando un verdadero «Derecho natural de la soberanía popular», en el que el contrato social sólo tiene lugar para la protección de la libertad, de la que se siguen todos los derechos del hombre. Rousseau es la «culminación del Derecho natural clásico», con el que, señala Bloch, la razón marxista tiene una gran deuda, no sólo por su teoría de la revolución, sino por la declaración de los derechos del hombre. Bloch, frente a Jellinek, considera que en la *Declaración de derechos* de la Revolución hay influencias recíprocas entre el derecho de libertad de conciencia religiosa y el Derecho natural plenamente desarrollado.

31. En Kant y en Fichte el Derecho natural se convierte en «Derecho racional» y la libertad queda reducida a idea que no puede ser elaborada empíricamente, con lo que aminoran, por lo menos al principio, algunas de las conquistas del Derecho natural anterior. La idea del contrato social se convierte en ficción regulativa y prácticamente en Kant llega a eliminarse el «mismo concepto de Derecho natural», pues «la naturaleza desaparece del Derecho natural burgués». Fichte continuará esta tendencia, aunque en algunos escritos llegue a profetizar el «ocaso del Estado». Para Bloch, Fichte se nos aparece como un «Catón del Derecho natural», aun cuando no reconociera la naturaleza ni interna ni externamente.

32. Uno de los aspectos más singulares de la obra de Bloch es la importancia que concede a Bachofen y a la «herencia del Derecho matriarcal en el Derecho natural». Para Bloch, Bachofen ha situado en primer plano la corriente subterránea mitológico-jurídica que late en el Derecho racional. El Derecho matriarcal se encuentra en conexión con el rousseaunismo, pues la gran vuelta atrás de Rousseau «roza en su sentimiento imágenes maternas de la naturaleza», que perviven también en muchas configuraciones del Derecho natural filosófico. El gran mérito de Bachofen, para Bloch, sería haber puesto de manifiesto esta vinculación.

33. La filosofía jurídica de Hegel respecto al Derecho natural es a la vez «disolución y cumplimiento», pues a la vez que representa la negación de todos los sistemas del Derecho natural es el último y más perfecto sistema de Derecho natural. El joven Hegel, a la vez que elimina los supuestos fundamentales del Derecho natural, descubre el espíritu del Derecho natural en el «Derecho de la mitología», en el «Derecho del corazón» que se plasma en *Antígona*. Pero el Hegel maduro se va a entregar cada vez más y más a la firme realidad del presente, que para él es el

Estado prusiano, aunque en su *Filosofía del Derecho* haya una profunda ambigüedad, que se refleja en la proposición con que abre su obra: «lo que es racional es real, lo que es real es racional», en la que la primera parte de la sentencia es tan revolucionaria como reaccionaria la segunda. De todas formas, para Bloch, «en Hegel hay algo que lleva más allá de Hegel» y «el marxismo se presentará como la verdad del hegelianismo».

34. Durante el siglo XIX casi desaparece la idea de un Derecho natural crítico y los intentos de recuperación del Derecho natural en el mundo tardoburgués de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX no son más que una forma de «falsificación» del Derecho natural, al servicio de una ideología de clase. El resultado final de la evolución del pensamiento jurídico, para Bloch, lo representan autores como Kelsen, con su vacío formalismo, o Schmitt, con su «anti-Derecho-natural fascista». Bloch es particularmente injusto con estos pensadores, que, si bien pueden ser entendidos como representantes de puntos de vista ligados a determinados planteamientos ideológicos, han contribuido de forma decisiva a esclarecer el papel que el Derecho desempeña en la sociedad contemporánea.

35. El punto de partida para la plasmación del «impulso revolucionario» del Derecho natural lo encuentra Bloch en la Revolución francesa, en la herencia de la tricolor, que para él representa el inicio de ese camino de emancipación del que el socialismo sería el heredero. Para él la revolución burguesa es en suficiente grado una «revolución», porque procede de una clase «oprimida» y va dirigida contra una «sociedad petrificada», cuyo orden se ha convertido cada vez más en un obstáculo para grupos sociales en progreso y para sus posibilidades materiales de producción. El lema de la Revolución (libertad, igualdad, fraternidad) apunta a un horizonte que va más allá de la sociedad de clases, aunque esos conceptos deban ser correctamente entendidos (y despojados de su contenido específicamente burgués), como libertad «real», como igualdad en el sentido de aspiración a la identidad humana, como fraternidad solidaria. Esas tres palabras representan aspiraciones aún no satisfechas y que se encuentran pendientes de realización.

36. Bloch recoge la crítica de Marx a los derechos del hombre, pero piensa que junto a ese Marx «crítico» hay un Marx «utópico» que recoge lo que de valioso hay en esos derechos. Marx, para Bloch, mostró el contenido de clase que se da en ellos, pero también su futuro contenido, un contenido que aún no tiene cumplimiento en parte alguna. La bandera de los derechos del hombre que, para Bloch, habría abandonado la burguesía debe ser recogida por el socialismo. De ahí que la tendencia al «salto al reino de la libertad» hunda sus raíces en la Revolución francesa, que fue llevada, por necesidad lógica, a las cercanías de un contenido socialista-humanista que iba mucho más allá de las expectativas de una revolución burguesa.

37. Bloch asume la crítica de Marx al Derecho burgués pero al mismo tiempo opone al «museo de las antigüedades jurídicas», los postu-

lados jurídicos que encarnan la idea del Derecho natural, ante el que ha habido habitualmente desde el marxismo una actitud demasiado rígida. Frente al Derecho natural Bloch tiene una actitud a la vez de crítica y de recepción. Bloch critica a los planteamientos iusnaturalistas anteriores por la falta de acuerdo en torno a lo que podamos entender por naturaleza y por la «ahistoricidad» del concepto, pero piensa que en el Derecho natural hay una herencia que el socialismo debe recoger. Sólo el Derecho natural ha abierto la categoría de los derechos del hombre y ha situado como postulado fundamental la idea de la dignidad humana. Ese Derecho natural, entendido como «utopía jurídica» sería muy diferente de su frecuente utilización como ideología al servicio de una clase. En esta actitud ante el Derecho natural Bloch se separa de la mayoría de los autores próximos al marxismo, que siempre han mostrado su recelo frente a esta idea.

38. Bloch lleva a cabo además una revisión de las categorías de la teoría del Derecho tradicional, enfocándolas desde la perspectiva de una futura sociedad sin clases. Es una «exposición sistemática» de algunos problemas de la teoría del Derecho, enfocados desde la perspectiva del Derecho natural, pero entendido de forma muy diferente a los planteamientos habituales. En esa reconstrucción de las categorías jurídicas, Bloch entra en diálogo con la teoría «burguesa» del Derecho, pero también con las teorías que se desarrollaron en la Unión Soviética (de forma muy especial con Paschukanis, que aparece reiteradamente mencionado y al que podemos ver como el referente fundamental de sus trabajos). Con todo, en la obra de Bloch es más importante la crítica de las categorías jurídicas de la teoría tradicional que sus intentos de atisbar en el sentido de las categorías jurídicas en una hipotética sociedad sin clases. Al fin y al cabo, la teoría marxista del Derecho ha tenido sentido sobre todo como «teoría crítica» del Derecho.

39. Respecto de la contraposición entre derecho subjetivo y Derecho objetivo, Bloch examina las teorías sobre el derecho subjetivo y los intentos por reducir esa categoría a la de Derecho objetivo. Frente a esa concepción, Bloch considera que en el Derecho subjetivo hay una ambigüedad que le permite estar al servicio de la lucha revolucionaria en contra de la sociedad existente. Ese Derecho subjetivo en una sociedad sin clases sería así: «la facultad de producir según sus capacidades y consumir según sus necesidades», facultad garantizada por la última norma del Derecho objetivo: la solidaridad. En esa sociedad sin clases, para Bloch, no serían necesarios los poderes estatales ni las esferas reservadas al individuo. Bloch critica, sin embargo, la forma en que se intentó llevar a cabo la construcción del socialismo en la Unión Soviética (y, en concreto, la concepción normativista de Wychinskij).

40. En cuanto a la distinción entre Derecho y moral, Bloch relativiza su alcance, pues «la disyunción entre legalidad y moralidad es un rasgo fundamental del espíritu burgués». Los intentos por tender puentes entre Derecho y moral existentes hasta el momento han fracasado, y, en último extremo, lo que pretendían era evitar el Derecho natural crítico, con el

postulado de la dignidad humana real. Pero una moral no ideológica, es decir, dice Bloch, entendida al fin «como sin clases», no elude el Derecho natural y sólo en esa sociedad no antagónica tendría sentido la proposición, tantas veces reiterada por Bloch, de que el socialismo (y más aún el comunismo) es lo que durante tanto tiempo se ha buscado bajo el nombre de moral. Por razón de su contenido utópico, «la moral sobrepasa incluso al Derecho natural»: «El Derecho positivo dado es... corregido y sentenciado por el Derecho natural; la moral auténtica dice a ello sí y se reserva el amén».

41. Bloch analiza también el problema de la pena en conexión con la idea de la culpa originaria y su eco en la tragedia griega. En relación con las teorías de la pena, Bloch critica la teoría retributiva y analiza las limitaciones de la teoría penal liberal, que sin embargo es una garantía frente al último desarrollo en el Estado fascista, que convirtió al Derecho penal en un arma de aniquilación total. Para Bloch, la única teoría penal radical es «un marxismo en sentido propio», porque «mata la matriz social de la injusticia». Sin embargo, la forma concreta de instrumentación del proceso de puesta en práctica de esa teoría penal radical Bloch no la desarrolla.

42. En torno a las relaciones entre Derecho y Estado, Bloch critica la teoría de que el origen del Estado esté en la fuerza y asume la teoría de Engels del nacimiento del Estado por razones económicas. Bloch critica además la idea del Estado de Derecho burgués que no es visto más que como una máscara, un espejismo, y considera que el último desarrollo del Estado burgués es el Estado fascista. Frente al Estado capitalista (en sus diferentes formas), Bloch asume la expectativa de una sociedad en la que se ha producido el «perecimiento del Estado» y considera los problemas de una transición al socialismo, en la que el Estado sólo actuaría como servidor de su propio acabamiento. Además, Bloch sitúa en el futuro la posibilidad de una «comunidad» bien diferente de la Iglesia actual (entendida como el «Dios estatalizado») y en la que se abrirían expectativas de «fraternidad» real.

43. La obra de Bloch ha tenido cierta influencia en la teoría jurídica. Así, Maihofer recogerá su idea del Derecho natural como «horizonte de crítica del Derecho positivo» y defenderá un Derecho natural «utópico-concreto», aunque en su formulación se pierde en gran medida el acento radical que aparecía en los planteamientos de Bloch. También Häberle ha utilizado la idea de Bloch del «pensamiento fabulador», del «pensamiento de la posibilidad», para fundamentar su teoría de la interpretación de la Constitución como «proceso abierto», «proceso público». Pero Häberle también acude a Popper y a su forma de entender la «sociedad abierta» para la defensa de sus propuestas, por lo que podemos preguntarnos si es posible esa conciliación entre afirmaciones provenientes de autores tan dispares como Popper y Bloch. Además, Häberle busca una «teoría de la Constitución sin Derecho natural», mientras que Bloch es un firme defensor de la «herencia» del Derecho natural.

44. En resumen, Bloch propone un Derecho natural muy diferente del que defienden las concepciones tradicionales. Ese Derecho natural, «que apenas es un Derecho», es más bien la expresión de un sentimiento, de un anhelo de justicia «desde abajo» para los humillados y ofendidos. El núcleo de ese Derecho natural se encontraría en los derechos del hombre, en la «vindicación de los derechos públicos subjetivos en su totalidad». Pero Bloch, que asume la idea engelsiana del «perecimiento del Estado», no establece la forma en que ese proceso puede llevarse a cabo, con lo que de su punto de vista se desprende una implícita revalorización del Derecho, entendido ahora como Derecho natural crítico y del que el socialismo sería el heredero. La filosofía jurídica de Bloch, con todo, tiene gran valor, porque ensancha los planteamientos iniciales del marxismo y por su gran originalidad, con su crítica de lo existente y su grandiosa prefiguración de una sociedad futura, con su miseria y su grandeza.

45. El pensamiento político de Bloch ha ido evolucionando a través del tiempo, aun dentro de unos ejes fundamentales que han persistido permanentes a lo largo de todo el proceso. Un elemento fundamental en esta evolución lo ha supuesto su «camino hacia Marx», su encuentro con la obra de Marx y las expectativas que se derivaron de la posibilidad de construcción del socialismo a raíz de la Revolución de Octubre. Bloch ha sido un testigo excepcional de alguno de los acontecimientos más importantes del siglo y siempre ha pretendido «pensar» su época, reexaminando continuamente las consecuencias que se derivaban de los hechos que se iban produciendo. De ahí que su pensamiento político no se pueda desligar de la relación con la «práctica», de las vicisitudes de la tortuosa historia del siglo XX.

46. Los primeros escritos políticos de Bloch se sitúan en la época de la Primera Guerra Mundial, en la que toma partido, a diferencia de otros intelectuales alemanes como Weber o Thomas Mann, en contra de la participación alemana y a favor de la paz y de la democracia, llegando a tener que emprender el camino del exilio. Critica, además, ácidamente los intentos, como el de Max Scheler, por buscar una «fundamentación filosófica» de la guerra. Para Bloch, la paz debería traer consigo la «democratización de Alemania», que sería el primer paso para la posterior formación de una «democracia ética», verdaderamente socialista. Es partidario del «pacifismo militante», en lucha contra la guerra, lo que debía llevar aparejado necesariamente la derrota del ejército alemán, del «*pathos* prusiano de la guerra y la fuerza».

47. A raíz de la guerra, Bloch, como Lukács, se aproxima al marxismo, que se convierte en el componente esencial de su filosofía, en combinación con otros elementos que, sobre todo en un primer momento, le sitúan en la tradición del «anticapitalismo romántico», de la «crítica cultural del capitalismo». En este sentido, podemos ver similitudes entre sus posiciones y las de Toennies, Simmel y el joven Lukács, marcadas por la consideración de la «tragedia de la cultura moderna» y la «crisis de la cultura», que era especialmente sentida por los intelectuales alemanes

de la época. Así, en *Espíritu de la utopía* se presentan los aspectos deshumanizadores de la civilización industrial, «que ha utilizado la máquina simplemente para aumentar la producción, el consumo y el beneficio, sin servir para aligerar el trabajo humano».

48. También encontramos en Bloch, como ha subrayado Löwy, elementos de romanticismo revolucionario. Löwy ha descubierto esos componentes de «romanticismo» en la obra del propio Marx, pero sobre todo en autores posteriores, en los que habría muestras de un «romanticismo utópico», para el que la nostalgia del pasado precapitalista está ligada a la esperanza de un futuro poscapitalista. Esa forma de romanticismo rechaza la ilusión de un retorno puro y simple a las comunidades orgánicas del pasado y al mismo tiempo la aceptación resignada del presente burgués, aspirando a la abolición del capitalismo y a la instauración de una utopía futura, donde se volverían a encontrar algunos de los valores de las sociedades precapitalistas. Dentro de ese «romanticismo revolucionario», Bloch pertenecería al «romanticismo marxista», defendido por aquellos autores que, aun considerándose marxistas, se encuentran fuertemente influidos por la nostalgia de la «comunidad» precapitalista, que actúa a la vez como motivo último de crítica del capitalismo y como elemento central de la utopía socialista del futuro.

49. Bloch, además, en esos primeros escritos, muestra la influencia del «socialismo comunitario» de Landauer y Martin Buber, pero sobre todo del mesianismo revolucionario. La articulación de elementos mesiánicos, románticos, anarquistas y marxistas es especialmente apreciable, junto con Bloch, en la compleja figura de Walter Benjamin. Éste se vio muy influido por *Espíritu de la utopía*, en el que resaltaba «la riqueza del libro, la gran cantidad de desenvolvimientos y la búsqueda por dar expresión filosófica a esas reflexiones» que se correspondían con sus convicciones personales. A través de su desarrollo intelectual, Benjamin se va a ir alejando de Bloch, que no compartía el pesimismo exacerbado de aquél, que veía el Apocalipsis como catástrofe, mientras que para Bloch representaba el principio de una filosofía de la utopía en la que predominaba el aspecto positivo.

50. En sus obras de juventud, en definitiva, Bloch persigue la instauración de un «socialismo radical», que trascienda el capitalismo mediante la instauración de una «ética del amor y de la comunidad»; un «socialismo verdadero», que con el fin de toda coacción permita el nacimiento de la «verdadera virtud humana», la «nueva universalidad espiritual de la comunidad humana que surge del fuego fantástico de un nuevo mito, de una nueva metafísica ético-religiosa». Mística y política se combinan en el joven Bloch, que defiende un socialismo comunitario místico-religioso. *Espíritu de la utopía* se sitúa en el contexto histórico del Apocalipsis de 1914 y puede parecernos la obra de Bloch más alejada de nuestra perspectiva actual, aunque el surgimiento de nuevas expectativas de destrucción vuelven a poner en primer plano ese libro, el más oscuro, profundo y difícil que nunca escribiera Bloch.

51. El proceso de aproximación de Bloch al pensamiento de Marx probablemente fuera muy similar al que emprendió Lukács y del que dejó muestra en *Historia y conciencia de clase*. Bloch, en diálogo con Lukács, en su recensión de esa obra, recapitula algunas de sus ideas fundamentales en esa época. La obra de Lukács es considerada como muestra de la «dimensión creadora» del marxismo, aunque, a diferencia de aquél, Bloch considera a la utopía como un elemento esencial al marxismo. Pero entre los elementos positivos que Bloch descubre en el libro de Lukács se encuentra la posibilidad de superar el economicismo y la forma adecuada para una «concretización de la especulación utópica». También Bloch prestará especial atención al libro de Korsch, *Marxismo y filosofía*, situándose en esa especie de vía intermedia, en la que se intenta en la medida de lo posible la defensa de los intentos de realización práctica del pensamiento de Marx, pero sin renunciar en ningún momento al libre ejercicio del pensamiento, en la línea de la «crítica de la crítica».

52. El pensamiento de Bloch alcanza su plenitud en la Alemania de entreguerras, en la que Bloch realiza uno de los análisis más sugestivos de la «cultura de Weimar». El problema central de *Herencia de esta época*, su obra más representativa de este momento histórico, es el de la «herencia cultural», superando el estrecho horizonte del marxismo vulgar e intentando recuperar de manos de la reacción lo que hay de válido en la «oposición romántica al capitalismo». Bloch subraya la existencia de rupturas y discontinuidades en el desarrollo histórico, estableciendo su teoría de la no-contemporaneidad (*Ungleichzeitigkeit*): en un determinado momento, hay clases sociales que se encuentran en contradicción con el presente y, a causa de esa no-contemporaneidad, vuelven su rostro hacia el pasado. El gran error del marxismo vulgar consiste en no haber tomado en consideración lo que de rescatable hay en esa protesta, que en gran parte refleja la miseria real y debe ser asumida. Por el contrario, el nacionalsocialismo ha sabido recoger esa herencia y utilizarla para sus propios fines.

53. El nazismo ha sabido utilizar un lenguaje «seudorevolucionario» para el cumplimiento de sus fines, apropiándose del lenguaje del socialismo. La meta última a que se dirigía el nazismo era la destrucción de la libertad humana y para ello la utilización de la propaganda era esencial, mediante la movilización de residuos arcaicos, míticos, que recogían el conjunto de «sentimientos apocalípticos» que afloraban en la Alemania de Weimar. La única salida posible del nazismo era la guerra «total», que constituía la apoteosis del culto a la guerra y ponía al descubierto el dilema con el que se enfrentaba el capitalismo: proseguir en su desarrollo con el fascismo, a través de la destrucción y la guerra, o «arrojar lejos de sí la máscara trágica del nazismo, para buscar nuevas formas de dominación». Para defender el socialismo, único medio posible, afirma Bloch, de que se produzca el tránsito de la «democracia formal» a la «democracia real», es necesaria la formación de un *Volksfront*.

54. También en *El principio esperanza* los problemas políticos alcanzan una determinación. La filosofía utópica de Bloch ahora consiste

en un marxismo considerado como «teoría crítica de la historia en general», en la que la categoría de «éxodo» desempeña un papel fundamental: éxodo hacia el reino de la libertad. Es, además, una obra del «exilio», que concluye con el anuncio de la posible construcción de la «patria de la identidad», que es término e inicio aún no-encontrado, concepto-límite. La «patria» de Bloch se dirige hacia el futuro, pues no es tanto la nostalgia de una época perdida, como un intento de construcción futura, la búsqueda de la conversión del mundo en algo familiar, conocido. Sin embargo, para Schelsky, por ejemplo, en la «patria» de Bloch reaparece el antiguo anhelo del retorno a la *Gemeinschaft*, que es propio del *Jugendbewegung*.

55. Frente al capitalismo que en su fase superior, el imperialismo, lleva a su culminación, la guerra, Bloch propone la paz «socialista», para la consecución de la cual aún confiaba en la fuerza y el impulso de la Unión Soviética, en cuanto que heredera de la Revolución de Octubre y auténtica iniciadora de la consolidación del socialismo frente al nuevo «fascismo» que se estaba desarrollando en América. Para Bloch aún sigue siendo válida la fórmula *ex Oriente lux*. Éste es uno de los problemas más importantes que plantea la evolución del pensamiento político de Bloch: determinar si seguía siendo fiel a los principios del stalinismo, que le llevaron en un momento anterior a justificar los procesos de Moscú. Paradójicamente, aunque en sus escritos de la época siguen apareciendo referencias a Stalin, éste es visto como auténtico «defensor de las libertades democrático-burguesas».

56. El desarrollo de la producción, para Bloch, exige cada vez más una «economía dirigida» y se enfrentan dos posibilidades radicalmente diferentes de llevar a cabo esa organización: el capitalismo de Estado (la mera modificación de la función de la propiedad privada de los medios de producción) y el socialismo de Estado (la trasposición de esa propiedad privada al colectivo productor). Entre ambas formas de organización hay una diferencia fundamental: «el socialismo presupone aquella revolución cuya ausencia es justamente la que hace posible el capitalismo». El «capitalismo de Estado» puede mostrarse con carácter «liberal», después de haberse presentado como «fascismo», pero sin que se haya modificado su auténtico carácter de instrumento de explotación. El socialismo de Estado, por el contrario, siempre que se da, continúa Bloch, está en fase de transición y está llamado a desaparecer. En este problema la filosofía de Bloch aún parece demasiado próxima al esquematismo stalinista y para este momento de su desarrollo serviría la caracterización que de él hizo Marcuse: es la «forma de expresión de un utopista en el reino de Stalin».

57. Tras su retorno a la DDR, Bloch se va a convertir en una de sus figuras más representativas. De ahí que algunos piensen que la incorporación de elementos propios de la «herencia cultural burguesa», que se enraizan en la Ilustración, en su filosofía habría posibilitado su utilización por parte de las autoridades como elemento de propaganda política.

Sin embargo, en la realidad, la filosofía de Bloch y de sus discípulos supuso una importante forma de disidencia, a medida que Bloch va tomando conciencia de las consecuencias del stalinismo y se va liberando de su adhesión al proceso que estaba teniendo lugar en la Unión Soviética. Pero sólo cuando Bloch llegó al convencimiento de que se había producido una «fossilización» en el desarrollo de ese proceso y que se había llegado a la anulación del «factor subjetivo» (que era necesario para su activación) se decidió a exteriorizar sus críticas al «socialismo real», que en cuanto que «pervertida realización del socialismo» se convertía en auténtica corrupción de las mejores esperanzas de la humanidad: *corruptio optimi pesima*.

58. En consonancia con ese clima de incipiente disidencia, el debate que se desarrolló en la DDR en torno a la filosofía de Hegel en los años cincuenta se convirtió en realidad en un debate en torno al stalinismo y en la exigencia de un retorno a lo que se consideraba como pensamiento original de Marx y Engels y que parecía muy distante de la práctica política del «socialismo real». El retorno a Hegel significaba volver a considerar la herencia filosófica del marxismo y poner en primer término la idea de que la verdad es «el resultado de un proceso». Bloch quería recuperar a Hegel como elemento imprescindible para un desarrollo del marxismo, que no es visto como un sistema cerrado, petrificado, sino como un «sistema abierto». Las críticas vulgarmente descalificadoras por parte de los sectores oficiales no hicieron más que ahondar las diferencias de Bloch con el régimen de la DDR, hasta el punto de que decide, finalmente, instalarse en la República Federal.

59. En su nuevo «exilio» en la BRD, Bloch dedica su primera toma de posición pública a la posibilidad de «frustración de la esperanza», en clara alusión a la «falsificación del socialismo en el sistema imperante en la DDR», aunque también se reafirma en sus mismas ideas, sin dejar de considerarse en ningún momento un «pensador marxista». La esperanza, afirma Bloch, puede frustrarse, pues igual que en la vida humana hay sueños que jamás se realizan, en la historia humana se despiertan expectativas que jamás alcanzan cumplimiento. Con todo, Bloch permanece fiel al «optimismo militante», pues «sin esperanza no hay acción posible».

60. En esa época, Bloch va a servir de inspirador de la teología de la esperanza y va a defender el movimiento estudiantil que se desarrolla en aquellos años y en el que ve signos de un nuevo *Vormärz*, el inicio de un período revolucionario en el que se puede descubrir el surgimiento de algo nuevo, aunque, como Marcuse, sea consciente de que esos impulsos de transformación pueden verse frustrados una vez más, pues «el capitalismo se reorganiza para enfrentarse a la amenaza de una revolución que sería la más radical de todas las revoluciones históricas, la primera verdaderamente mundial e histórica».

61. Incluso tras su muerte, «la más fuerte antiutopía», el pensamiento de Bloch ha cobrado nueva actualidad por el hecho de que ele-

mentos que en su momento parecieron poco adecuados y conformes con la época han cobrado singular relevancia: así, la singularidad de sus referencias a la mediación del hombre con la naturaleza misma o la posibilidad de una total aniquilación de la especie, frente a la que Bloch siempre ha procurado proporcionar las armas de *El principio esperanza*. Su primera gran obra terminaba con el capítulo dedicado a «Karl Marx, la muerte y el apocalipsis», y podría releerse hoy desde una perspectiva actual. Su gran obra, *El principio esperanza*, concluye con el capítulo titulado «Karl Marx, materia de la esperanza», lema que es una buena síntesis de lo que ha sido a lo largo de casi un siglo el devenir intelectual de Bloch.

2.4 ESTUDIOS DE FILOSOFÍA POLÍTICA

En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural?

Por PILAR ALLEGUE

Universidad de Vigo

«Se llama Derecho de gentes lo que la razón natural estableció entre todas las gentes. Mas en todas las naciones se tiene como inhumano el tratar y recibir mal a los huéspedes y peregrinos sin motivo alguno especial, y, por el contrario, es humanidad y cortesía el portarse bien con ellos, a no ser que los extranjeros reporten daño a la nación...; pues nunca fue la intención de las gentes evitar la mutua comunicación de los hombres... Todas las cosas que no están prohibidas o que no van en perjuicio e injuria de los otros son lícitas. Pero, como suponemos, la tal peregrinación de los españoles no injuria ni daña a los Bárbaros; luego es lícita...»

(F. VITORIA: *Relectio Prior de Indis Recenter Inventis*. 1539)

«El Derecho de gentes, tal como fue diseñado en estas primeras grandes teorizaciones, fue efectivamente derecho de conquista y guerra justa... y, al mismo tiempo, constituyó una elaboración de las nuevas estructuras institucionales del mundo civil...»

(L. FERRAJOLI: *La conquista de América y la Doctrina de la Soberanía exterior de los Estados*. 1996)

1. INTRODUCCIÓN

¿Es posible conjugar la unidad de una sociedad con la diversidad de culturas¹. Una pregunta como la que se hace A. Touraine es el punto de

¹ TOURAINE, A.: «¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas», en *Claves*, núm. 56 (1996), p. 14.

partida de nuestro análisis. Un interrogante como éste presupone una serie de conceptos –textos– y contextos²; nos traslada a cuestiones muy críticas.

Hoy, en el contexto europeo, finalizada la división del mundo en dos bloques, los procesos de transformación social y política de sociedades complejas como la occidental, parecen situarse en dos extremos ¿exigidos dialécticamente? Por un lado, existe la tendencia a la homogeneización, a la globalización; la cual, para el Estado-nación, según J. Habermas, es transgresión, porque traslada las fronteras; y este Estado guarda sus límites neuróticamente³. Por el otro, despiertan y se agudizan los problemas de particularismo, las reivindicaciones de respeto a las diversas entidades, provocadas muchas veces por esa universalización homogeneizante y globalizadora. El dilema es hallar puntos de encuentro jurídico-políticos entre la pertenencia y defensa de una sociedad particular, celosa de su identidad, y la construcción y pertenencia a sociedades supranacionales, en las que sus relaciones están presididas por la solidaridad. Existe la necesidad de respeto a las identidades culturales, particulares, y, al mismo tiempo, la obligación de integrarse política, social y jurídicamente en otras más universales, para evitar la ghetarización, los nacionalismos excluyentes y violentos, la fragmentación social⁴. Este estado de cosas se perfila como un reto imperioso en nuestro tiempo.

Nuestro contexto ha cambiado. En otro tiempo, se mostraba como una realidad completa, cerrada, en la que no tenían cabida la incertidumbre de nuevas posiciones políticas o sociales, aunque interna y externamente estuviese fragmentada. Hoy, esta situación se ha trastocado radicalmente, hasta tal punto que se convierte en exigencia la búsqueda de nuevas fórmulas político-jurídicas ante la crisis profunda que algunas instituciones propias del republicanismo occidental sufren. Esta crisis nos obliga a pensar nuevas alternativas, propuestas que deben tener carácter abierto desde la democrática convicción de que las soluciones pueden ser siempre varias.

Nuestro interés, hoy, es la revisión de algunos conceptos –*testi*, dice G. Zagrebelsky– que se revelan caducos y cuya inadecuación genera graves problemas sociales, políticos y jurídicos.

Desde la perspectiva de la Teoría del Derecho nos proponemos examinar la posible relación antinómica entre dos «textos en un contexto»:

² ZAGREBELSKY, G.: «Prefazione», en BOBBIO, N.: *Eguaglianza e Libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. V.

Alega ZAGREBELSKY la obligación de los intelectuales, en estos tiempos, de formar un *Lessico civile*. La exigencia como deber público de revisar nuestros términos lingüísticos, muchas veces caducos, porque es preciso entender los *testi in un contesto* y los contextos han variado.

³ HABERMAS, J.: «The European Nation State. Its achievements and its limits. On the past and future of sovereignty and citizenship», en *Papers*, V. VII, 17 th. Bologna, IVR World Congress, 16-21 June 1995, p. 35.

⁴ TAYLOR, Ch.: *La Ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994, p. 138.

En esta obra denuncia el autor la fragmentación, es decir, la incapacidad de un pueblo para proponer objetivos comunes y luchar por ellos. La fragmentación es producto del fracaso de la democracia y alimenta el despotismo.

soberanía y diversidad cultural. Soberanía es un término nuclear en nuestra cultura. En su entorno relacional se encuentran las cuestiones, a mi juicio, más candentes de este fin de siglo. Ella está, intrínsecamente, implicada en nuestro concepto de «ciudadanía-política», problemático y excluyente por su identificación con la identidad nacional, tal como señala J. Habermas⁵, para quien existen tres movimientos históricos que van a cambiar las relaciones entre ciudadanía política e identidad nacional: el primero, es la unificación alemana, la liberación de los Estados del este europeo y los explosivos conflictos nacionalistas en toda la Europa Oriental, que cuestionan el futuro del estado nacional. El segundo, según este autor, es el desarrollo de la comunidad europea, que puede ilustrar las relaciones entre estado nacional y democracia; los procesos democráticos desarrollados en el ámbito de los Estados-nación parecen menos importantes que la integración económica realizada en el plano supranacional. Y el tercero, los grandes flujos migratorios que obligan a la Europa Occidental a revisar el problema del asilo político desde nuevas y más amplias dimensiones. Se acusa la contradicción, dice Habermas, entre los principios universalistas del estado democrático por un lado, y el particularismo de proteger nuestra forma de vida «consolidada», por el otro⁶.

Como pilar sustentador de esta política conflictiva está el concepto de soberanía que puede conducirnos a un nuevo eurocentrismo, como advierte Javier de Lucas, quien, con motivo de la conmemoración del V Centenario, denuncia el peligro del nuevo eurocentrismo, que acentuaría las connotaciones negativas de este modelo, tales como: pérdida del universalismo solidario con el tercer mundo, aumento del proteccionismo económico y financiero para los europeos, auge del racismo y la xenofobia...⁷.

Al señalar la problematicidad de la soberanía, queremos contribuir a redefinir conceptualmente una gramática política que se muestra inadecuada⁸, y lo queremos hacer teniendo como guía los estudios del profesor Luigi Ferrajoli, que han delineado, de manera concluyente, las aporías del concepto⁹.

⁵ HABERMAS, J.: *Morale, Diritto, Política*. Traducción de L. Ceppa, Einaudi, Torino, 1992, pp. 105 ss. Citaremos por esta edición italiana.

⁶ *Ibidem*.

⁷ LUCAS, J. de: «España en el 92. ¿De refugio a fortaleza?», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII (1991), pp. 161-162.

⁸ ZOLO, D. et al.: *La Cittadinanza. Appartenza, identità, diritto*. A cura di D. Zolo, Laterza, Bari, 1994, p. X.

⁹ FERRAJOLI, L.: *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crise dello stato nazionale*, Anabasi, Milano, 1995.

Vide del mismo autor «Quattro proposte per la pace», en *Democrazia e Diritto*, núm. 1 (1992), pp. 243-257.

También de este autor «La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi», en *Atti XIX Congresso Nazionale della Società Italiana de Filosofia Giurídica e Política*. Trento (settembre 1994), pp. 19-73.

Asimismo, «Oltre la sovranità e la cittadinanza. Un costituzionalismo mondiale», Bologna, *17th IVR Congress*, 18 Giugno, 1995.

Ferrajoli nos propone algunas soluciones. Afirma que se podrían adoptar medidas normativas, tales como transformar en derechos de las personas los derechos que hoy se reservan a los ciudadanos: «el derecho de residencia y el derecho de circulación»¹⁰.

Estas mismas soluciones nos enfrentan en nuestro trabajo a un concepto caduco, el de soberanía, y sus relaciones con diversas culturas en un mismo contexto.

Pretendemos plantearnos, como hemos señalado, la relación antinómica entre diversidad cultural (multiculturalismo) y la soberanía nacional. Su posible o imposible coexistencia; porque a los científicos y filósofos sociales se les presenta la tarea de reconstruir una «teoría democrática», en el sentido de una «democracia deliberativa», tal como sostiene Giacomo Marramao¹¹ en la misma línea de pensamiento que Habermas cuando define la necesidad de realizar una política «fundada en deliberaciones»¹².

2. NACIÓN-ESTADO Y SOBERANÍA

En este final de siglo, el modelo político de Estado-nación, surgido de la Revolución Francesa, entró en crisis.

Los logros positivos en el ámbito de las categorías del Derecho público se muestran insuficientes, hoy, para resolver algunos conflictos.

La fusión del Estado y de la nación eliminó el principio dinástico que presidía ciertas relaciones político-familiares internas y externas de *l'ancien régime*. La unificación de estas dos entidades los convierte, inicialmente, en grupos cerrados, centralizados y belicosos, según L. Levi, que controlan los valores lingüísticos, morales y culturales, animadores del sentimiento nacional¹³.

La soberanía, como atributo del poder supremo, es un elemento esencial del poder político¹⁴. El Estado-nación simboliza su independencia interna y externa declarándose «soberano». La soberanía significa supremacía¹⁵. Por un lado, el poder de mando es lo que diferencia al Estado, como sociedad política, de otras sociedades humanas: es un poder supremo, exclusivo y no derivado¹⁶. Por el otro, la unidad institucional –tanto interna como externa– es una característica determinante de la soberanía y, consecuentemente, del

¹⁰ FERRAJOLI, L.: «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en *La cittadinanza...*, *op. cit.*, p. 298.

¹¹ MARRAMAIO, G.: «Stato, soggetti e diritti fondamentali», en *Atti XIX Congresso...*, *op. cit.*, pp. 235 ss.

¹² HABERMAS, J.: *Morale...*, *op. cit.*, p. 124.

¹³ LEVI, L.: *Diccionario de política*. Bajo la dirección de N. Bobbio y N. Matteucci, Siglo XXI, Madrid, 1983, p. 681.

¹⁴ TARANTINO, A.: *La sovranità. Valori e limiti*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 12.

¹⁵ RAPHAEL, D. D.: *Problemas de Filosofía Política*, 1.ª reimpr., Alianza, Madrid, 1989, pp. 65 ss.

¹⁶ MATTEUCCI, N.: *Diccionario de política*. Bajo la dirección de N. Bobbio y N. Matteucci, Siglo XXI, Madrid, 1983, p. 1534.

Estado-nación. El principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno, tanto interna como externamente, se encuentra implícito en la idea de soberanía, afirma Zagrebelsky¹⁷. Jurídicamente, el estado moderno, representado por la soberanía, permitía a los juristas, falsamente, referirse a un sujeto unitario. De tal manera que el concepto básico de Derecho del Estado como Derecho público interno, o Derecho público externo o internacional, era la soberanía de la «persona» estatal¹⁸. La historia de la soberanía como supremacía interna es la historia de su progresiva disolución, al formarse los Estados constitucionales y democráticos de Derecho (Ferrajoli)¹⁹. De esta forma, las características constituyentes del Estado de Derecho: imperio de la ley, división de poderes, sometimiento a la ley de la administración y defensa de los derechos humanos, son el resultado de la evolución que va desde el iusnaturalismo racionalista al imperio de la ley positiva, propio del Estado de Derecho, según afirma Elías Díaz²⁰, de forma que podemos decir que el constitucionalismo es hijo de la modernidad y resultado de la lucha de los siglos XVIII y XIX. Para el Estado moderno, la democracia como formación de la voluntad estatal, pasa por la Constitución como soberanía popular y, gracias a su poder garantista, se puede hablar de «Soberanía de la Constitución»²¹.

La noción de soberanía se va transformando con Kelsen en teoría normativa de la soberanía, a través de la teoría de la Norma Fundamental, atendiendo a la función de la soberanía más que a la soberanía propiamente²². Pero, como señala Zagrebelsky, existen fuerzas corrosivas tanto internas como externas que se oponen a la soberanía; ellas son: el pluralismo político y social interno, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado que operan en los campos político, económico, cultural y religioso; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales; incluso, la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a que pertenecen, de tal manera que, hoy, en los Estados pluralistas sería más adecuado hablar de «Constitución sin soberano»²³.

¹⁷ ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 4-5. Hay traducción española a cargo de Marina Gascón: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 10.

¹⁸ ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite...*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ FERRAJOLI, L.: *Oltre la Sovranità...*, *op. cit.*, p. 1.

²⁰ DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.^a ed., 7.^a reimpr., Taurus, Madrid, 1991, pp. 28-30.

²¹ ZAGREBELSKY, G.: «Il Metodo di Mortati», en *C. Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 83. Citado en FROSINI, V.: «Kelsen e le interpretazioni della sovranità», en *Kelsen e il problema della sovranità*, a cura de A. Carrino, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 36.

Concepto utilizado por Zagrebelsky referido a la defensa de la función garantista atribuida a la Corte Constitucional por Constantino Morati, padre constituyente de la Constitución italiana.

²² CATANIA, A.: «Sovranità e Obbedienza», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, núm. 2, Milano (1990), p. 225.

²³ ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite...*, *op. cit.*, p. 13.

Defiende el autor que ante el pluralismo una Constitución democrática no es algo rígido ni cerrado, sino un «Compromiso de posibilidades».

En resumen, históricamente, la fórmula clásica presenta a la soberanía como una racionalización jurídica del poder, en el sentido de transformar la fuerza en poder legítimo. El poder de hecho en poder de derecho²⁴, identificando efectividad y legitimidad con el Estado de Derecho. Hoy, sin embargo, existen problemas, resultado de la evolución del concepto y el contexto.

Ferrajoli²⁵ señala, de forma lúcida y concluyente, tres aporías en la idea de soberanía. La primera tiene carácter filosófico porque, como categoría filosófico-jurídica, su raíz es iusnaturalista, pero ha servido de base a la concepción iuspositivista del Estado y del Derecho Internacional moderno. La segunda aporía considera la historia, teórica y práctica, de la soberanía como *potestas* absoluta. Desde el punto de vista interno, es la historia de su progresiva limitación y disolución; desde el externo, es la de su progresiva absolutización. Como tercera y última aporía, señala Ferrajoli la coherencia y legitimidad conceptual del término desde el punto de vista de la teoría del Derecho, y sostiene este ius-filósofo que existe una antinomia irreductible entre Derecho y soberanía²⁶. Por mi parte, asumo las tesis del profesor L. Ferrajoli y en este trabajo pretendo señalar la incoherencia entre soberanía y diversidad cultural.

Retomemos uno de los puntos de vista clásicos: el del creador de la Teoría Pura del Derecho. Para este autor, el Estado democrático es el resultado de la síntesis de poder y derecho al erigirse en poder constituyente el pueblo «soberano»²⁷. Para Kelsen, el problema de la soberanía se resuelve en la teoría del Estado como ordenamiento jurídico. El pueblo como tal carece de sentido porque únicamente existe desde el punto de vista jurídico. Existe un sistema de normas atributivas de deberes y derechos a sujetos jurídicos constituidos como personas jurídicas²⁸. Por ello, este autor intenta fundar una doctrina del Derecho Internacional con primacía sobre los ordenamientos jurídicos parciales de cada Estado. Kelsen²⁹, en la obra *El problema de la soberanía*, intenta demostrar que el Derecho es uno y unitario y por ello es poco científico sostener que existe un Derecho estatal y otro internacional. Cuando este autor habla de unidad, no se refiere a la unidad sustancial de las relaciones de la vida sino a la imagen jurídica del mundo³⁰. Sin embargo, como advierte Renato Treves, no debemos quedarnos por ello con la imagen de un Kelsen formalista y apartado de las cuestiones de este mundo, sino que podemos enmarcar su pensamiento jurídico en su pen-

²⁴ MATTEUCCI, N.: *Diccionario...*, *op. cit.*, pp. 1534-1535.

²⁵ FERRAJOLI, L.: *La sovranità...*, *op. cit.*, pp. 78-79.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ KELSEN, H.: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 210.

²⁸ CARRINO, A.: «Kelsen e il tramonto della sovranità», en *Democrazia e Diritto*, núms. 4-5 (1989), p. 351.

Este autor es el traductor al italiano de *El problema de la Soberanía y la teoría del Derecho Internacional*. A cura di A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989.

²⁹ KELSEN, H.: *Il problema della sovranità. Contributo per una dottrina pura del diritto*. A cura de A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989, p. 14. Citamos por la edición italiana.

³⁰ CARRINO, A.: «Kelsen...», *op. cit.*, p. 358.

samiento filosófico-político que revela una ideología democrática, y un Kelsen sensible y abierto a los problemas de la filosofía de la cultura. Demócrata e ideólogo de la paz, que defiende con el espíritu y la mente de un kantiano³¹.

Para Kelsen, «el concepto de soberanía debe ser radicalmente superado. Ésta es la revolución de la conciencia cultural que necesitamos como primer paso»³². Estas palabras de Kelsen son la conclusión de su ensayo sobre el problema de la soberanía, porque desde su tesis, únicamente superada la soberanía puede constituirse la *civitas maxima*, centro del Derecho Internacional y presupuesto de la paz.

Sin embargo, esta conclusión parece contradictoria con sus afirmaciones sobre la nación, pues, el mismo autor afirma que para «tolerarse» recíprocamente, mayoría y minoría se deben dar unos presupuestos que contribuyan a la comprensión mutua de los participantes en la formación de una voluntad social desde una comunidad cultural y lingüística, tal como es la nación³³. El Estado-nación aparece de esta manera calificado como unidad de costumbres y de lengua, es decir, de cultura. La nación es la identificación de cultura y tradición. La ideología nacional pretende ser el único criterio de formación de un Estado legítimo independiente e, históricamente, se afirma que un mundo pacífico sólo puede darse con la organización internacional de naciones soberanas.

Planteamos, nuevamente, la pregunta que nos hacíamos con A. Touraine: ¿es posible conjugar la unidad de una sociedad con la diversidad de culturas?³⁴.

3. CULTURA-DIVERSIDAD CULTURAL

Por un lado, el comunitarismo extremo pone en cuestión que una cultura –en nuestro caso la Europa Occidental– pueda ser tomada como modelo. Defiende que todas las culturas son igualmente importantes, verdaderas. Por ejemplo, Charles Taylor³⁵. Para Alfonso Ruiz Miguel, dos son los rasgos básicos del comunitarismo: el primero, atiende al principio aristotélico de la prioridad del todo sobre la parte; el segundo, relativo a las creencias, presupone que las sociedades humanas son diversas y que sus pautas culturales específicas obligan sólo dentro de su seno³⁶.

³¹ TREVES, R.: «Discurso Inaugurale», en *Kelsen e il problema della sovranità*. A cura de A. Carrino, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 20.

³² KELSEN, H.: *Il problema...*, op. cit., p. 469.

³³ KELSEN, H.: *Escritos sobre la democracia...*, op. cit., p. 102.

Textualmente dice: «Una sociedad relativamente homogénea culturalmente, y, en particular, una misma lengua. Si la *nación* es ante todo comunidad de cultura y lengua, entonces el principio de mayoría sólo tiene sentido pleno dentro de un cuerpo nacional unitario...».

³⁴ TOURAINE, A.: «¿Qué es...?», op. cit., p. 14.

³⁵ TAYLOR, Ch.: *Multiculturalism and «the politics of recognition»*. Princeton, New Jersey, 1992. En italiano: *Multiculturalismo. La política del reconocimiento*. Con contributi di A. Gutman, S. Wolf, S. Rockefeller, M. Walzer, Anabasi, Milano, 1994.

³⁶ RUIZ MIGUEL, A.: «Derechos Humanos y Comunitarismo. Aproximación a un debate», en *Doxa*, núm. 12 (1992), p. 97.

Por su parte, los liberales igualitarios tienen como «sujeto de imputación última... al individuo y su esfera de Derechos básicos...»³⁷. La tradición liberal se caracteriza por separar contenidos y reglas y, unida a la globalización de carácter tecnológico y de economía de mercado, parecen favorecer formas de vida homogeneizantes, que resultan inadecuadas para llegar a la convivencia respetuosa de pueblos y culturas diversos.

El debate entre identidad nacional y pluralismo cultural es uno de los grandes interrogantes que la cultura democrática tiene planteados. En él está presente, por un lado, la afirmación del sujeto individual, de su libertad, y, por otro, su identidad cultural, que es básica para su resistencia al estado totalitario y, en condiciones menos dramáticas, a la sociedad del consumismo de las masas, según señala A. Touraine³⁸.

Buscar el fundamento de la democracia desde el concepto de ser humano nos obliga a cuestionarnos el papel de la cultura y su concepto y a preguntarnos qué entendemos por este término. La necesidad, hoy, de priorizar la sociedad civil sobre la política nos enfrenta al reconocimiento del mayor protagonismo del individuo, pues, cuando hablamos de globalización, no lo hacemos en todos los ámbitos, sino principalmente en el económico, de tal manera que asistimos «a un conflicto entre universo objetivado, económico-financiero y universo subjetivado, político-cultural» (Touraine)³⁹.

Desde la necesidad de reconstrucción de la identidad del sujeto, nos interesa exponer el concepto de cultura que enmarca nuestra reflexión.

Para delimitar el término de «identidad cultural» he optado por el concepto proclamado por la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales⁴⁰, y que se refiere a cultura en los siguientes términos: «En un sentido amplio, cultura puede entenderse como un conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan una sociedad o un grupo social. Ello engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los Derechos Fundamentales del ser humano, los sistemas de valores»⁴¹.

La cultura se entiende como una unidad de relaciones entre su entorno natural, social y psicológico⁴². Estas delimitaciones señalan el reconocimiento de la prioridad de nuestro ser social, frente a la posición que ha mantenido la tradición liberal ilustrada de Occidente, para quien el protagonista es la función racional del individuo. Un autor como E. Garzón Valdés⁴³ señala el peligro de la prevalencia de los llamados «dere-

³⁷ RUIZ MIGUEL, A.: «Derechos Humanos...», *op. cit.*, p. 112.

³⁸ TOURAINE, A.: «La apertura dello spazio publico», en *Parolechiave*, núm. 5 (1994), p. 121.

³⁹ TOURAINE, A.: «Ricominciamo dall'individuo», en *Micromega*, núm. 2 (1996), p. 127.

⁴⁰ Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales, celebrada en México y París en 1982. Reflexión promovida por la UNESCO y recogida en el texto de Jesús PRIETO: *Cultura, Culturas y Constitución*, 2.ª impr., Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, p. 95.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² TOURAINE, A.: «¿Qué es...?», *op. cit.*, pp. 14-15.

⁴³ GARZÓN VALDÉS, E.: «Algunas confusiones conceptuales con respecto al problema de la diversidad cultural», conferencia pronunciada en Orense y Pontevedra en abril de 1996, en el Curso *Derecho, Moral y Política: ¿nuevas relaciones ante el siglo XXI?*

chos alternativos» o «sociales» sobre los derechos individuales ya que tendrían valor, únicamente, mientras los individuos viven en la comunidad y pueden convertirse en excluyentes en cualquier otro caso.

Los antropólogos mantienen diferentes posiciones. Para mí, el punto de partida es la posición consensuada de los Pactos Internacionales, en los que se entiende que la vida social es resultante de las normas sociales, valores culturales, los cuales dan lugar a formas de organización identificables con culturas-nacionales.

Las diferentes declaraciones internacionales van en el sentido de identificar unidad cultural y unidad institucional, y será en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, donde se recoja el derecho a ser pueblo, a tener un «estatuto jurídico del grupo», artículo 27, que dice así: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». En el marco europeo, el nuevo espíritu sensible al reconocimiento del «otro diverso» está plasmado en el Tratado de la Unión Europea, aprobado en Maastricht el 11 de diciembre de 1991, que, en el artículo 128/1, dice: «La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común».

En este contexto, los movimientos de liberación, ¿nacional?, en su lucha identitaria, no defienden una sociedad multicultural, sino una sociedad nacional-cultural, es decir, unitaria, y esta posición puede generar graves problemas si se convierte en excluyente y niega la alteridad, la existencia del otro, salvo que se enmarque en una norma jurídica superior que recoja, en pie de igualdad, la diversidad cultural.

Podríamos preguntarnos con A. Touraine: ¿cultura y sociedad están estrechamente vinculados, o bien, es posible una sociedad y diversas culturas? ⁴⁴.

Ante este interrogante, mi respuesta es que se convierte en una exigencia la coexistencia en una sociedad de diversas culturas intercomunicadas, aunque sus categorías de expresión sean diferentes. Es necesario buscar garantías jurídicas ⁴⁵.

¿Cómo combinar un punto de vista descriptivo como el cultural, con un punto de vista prescriptivo o normativo, que obliga? Según Jesús Prie-

⁴⁴ TOURAINE, A.: «¿Qué es...?», *op. cit.*, pp. 15-16.

⁴⁵ FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 851 ss.

En estas páginas el profesor Ferrajoli explica con precisión y extraordinario rigor qué significa una «teoría del garantismo» en los tres ámbitos: el normativo del Derecho, el de la Teoría del Derecho y el de la Filosofía Jurídica y Política. En su sentido tridimensional usamos el término.

to, el reconocimiento del pluralismo cultural se sustenta en dos presupuestos⁴⁶:

1. Que la diversidad cultural es un hecho natural, es un valor en el sentido antropológico, pues «la especie no se desarrolla bajo el régimen de una monotonía uniforme, sino a través de modos extraordinariamente diversificados»⁴⁷.

2. La personalidad individual se desenvuelve en su ambiente y contexto cultural.

Al lado de esta constatación de la diversidad cultural está la consideración de igual dignidad de las culturas que el artículo primero de la Declaración de Principios de Cooperación Cultural Internacional, adoptada por la UNESCO el 4 de noviembre de 1966, reconoce en estos términos: «Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos»⁴⁸.

En la Constitución Española se reconocen las diferentes culturas. Igualmente, para Jesús Prieto, se aceptan como contenidos de la noción étnica de cultura, en relación con los pueblos de España, los cuatro siguientes: patrimonio cultural, lenguas, tradiciones e instituciones; recogiendo la doble realidad, sancionada por el artículo 2.º de la Constitución Española, de regiones y nacionalidades, diferenciándose entre ellas porque sólo las últimas tendrían voluntad renovada de instituciones propias⁴⁹.

¿Cómo vertebrar esta pluralidad expresada como necesidad?

Examinemos desde la perspectiva de la Teoría del Derecho su posible incompatibilidad surgida de las antiguas estructuras.

4. ANTINOMIA

Lo racional como razonable es el sugerente título de la excelente obra de Aulis Aarnio⁵⁰, en la que se considera esencial que las opiniones sean justificadas. Y, por otra parte, desde el punto de vista jurídico, sólo son motivos racionales los que pueden justificarse en una discusión jurídica racional, según Robert Alexy⁵¹. La racionalidad del derecho no es exclusivamente formal, sino que puede comprender un concepto más amplio, en el que el lenguaje adquiere una singular importancia y que el segundo Wittgenstein se ha preocupado de estudiar, al entenderlo como

⁴⁶ PRIETO, J.: *Cultura...*, op. cit., pp. 250-251.

⁴⁷ PRIETO, J.: *Cultura...*, op. cit., p. 81.

⁴⁸ PRIETO, J.: *Cultura...*, op. cit., p. 251.

⁴⁹ PRIETO, J.: *Cultura...*, op. cit., pp. 128-129.

⁵⁰ AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Versión castellana E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING, CEC, Madrid, 1991, p. 254.

⁵¹ ALEXY, R.: *Una teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989, pp. 234 ss.

práctica, como lo que este autor llama «juegos del lenguaje» para subrayar su funcionalidad⁵². Le interesa más cómo funciona el lenguaje que aquello que significa propiamente⁵³. En nuestro caso, tomando como ejemplo la Constitución Española, vemos que esta concepción de «constitución cultural»⁵⁴ está construida sobre una interrelación de conceptos que se estructuran dando sentido a los términos. Si aceptamos que se reconoce el «pluralismo cultural» en la CE, se asume que reposa sobre principios y reglas⁵⁵. El reconocimiento de la diversidad cultural está sancionado en los artículos siguientes de la CE: párrafo cuarto del Preámbulo; el artículo 143.1 caracteriza, al amparo de los artículos 2 y 137 de la Constitución Española, a las colectividades provinciales limítrofes; el artículo 46 sobre patrimonio cultural; sobre lenguas en el párrafo cuatro del Preámbulo y en los artículos 3, 118.1.17 y en la disposición final, así como en el artículo 20.3; por último, en el artículo 149.2. A esta normativa hay que añadir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sido muy explícita, por ejemplo, en la Sentencia de 31 de marzo de 1982, sobre la regulación del Estatuto de Radiotelevisión; de igual modo esclarecedora es la de 5 de abril de 1984, sobre la pluralidad cultural⁵⁶.

Sin embargo, a pesar del gran esfuerzo de razonamiento jurídico que Jesús Prieto ha desarrollado para conjugar términos antinómicos en su significado como «Soberanía nacional» y «diversidad cultural» acudiendo a su funcionalidad práctica, a mi juicio, no clausura las demandas de coherencia del ordenamiento constitucional.

Existen «buenas razones», las razones puente a que se refieren el profesor Garzón-Valdés⁵⁷ y R. Alexy⁵⁸, para asumir esta posible contradicción. Pero continuemos reflexionando sobre esta inconsistencia, porque desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, es preciso la ausencia de contradicciones internas en el sistema normativo, de otra manera su justificación resulta muy difícil y puede provocar problemas en el campo de la práctica.

Hemos dicho que aceptamos principios y reglas sobre las que sustentamos el reconocimiento de la diversidad cultural. Existe una conexión entre normas y poder, incluso ellas mismas pueden establecer una estructura de poder⁵⁹. Nos interesan las relaciones de poder existentes en la sociedad.

⁵² WITTGENSTEIN, L.: *Investigaciones lógicas*. Barcelona, 1988. Citado por AARNIO, A.: *Lo racional...*, *op. cit.*, p. 243

⁵³ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, p. 101. La misma referencia a Wittgenstein

⁵⁴ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, p. 10. La expresión «Constitución cultural» está acuñada en el Prólogo por Tomás Ramón Fernández para referirse a la investigación realizada por J. Prieto. Es un trabajo sugerente y riguroso y, a mi modo de ver, exhaustivo, sobre la «Constitución cultural» y sus «juegos de lenguaje».

⁵⁵ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, pp. 102-104.

⁵⁷ GARZÓN VALDÉS, E.: *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 401-413. Artículo publicado bajo el título «No pongas tus sucias manos sobre Mozart», en *Claves*, núm. 19.

⁵⁸ ALEXY, R.: *Una teoría...*, *op. cit.*, p. 140.

⁵⁹ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 16.

El Derecho comprende normas y principios. Las normas son aplicables como disyunciones, según R. Dworkin, pues su aplicabilidad es o no es. Los principios tienen una operatividad diferente, porque no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente. «Los principios –dice Dworkin– poseen una dimensión de la que carecen las normas: la dimensión de peso o importancia»⁶⁰.

A nuestro juicio, la antinomia existente entre el concepto de Soberanía nacional y pluralismo cultural es de valores contrapuestos, de principios. Es una antinomia impropia, insoluble, que produce incertidumbre porque da lugar a normas incompatibles⁶¹. Es una antinomia de principios implícitos⁶². Los criterios de resolución de las antinomias en este caso, en el que la competencia de ambas normas es contemporánea, en el mismo nivel y de tipo general, son insuficientes porque dan prevalencia, por la forma, a una u otra norma a partir del principio de «*lex permissiva* es favorabilis, e *lex imperativa* es odiosa», que quiere decir que el canon a aplicar choca frontalmente con la bilateralidad de la norma jurídica; de tal manera que el derecho que otorga a un sujeto es deber para otro y, desde este principio, esa relación jurídica interpretada de forma favorable para un individuo puede ser odiosa para otro, y desde este razonamiento ¿a quién debe favorecer?

La solución de una antinomia que tiene carácter de principio sólo puede darse desde el intérprete⁶³. En el caso, por ejemplo, de la CE, el intérprete será, como titular de la «soberanía nacional», el pueblo español: según promulga el artículo 1.2 «reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Jesús Prieto, en su concluyente trabajo⁶⁴, argumenta que el poder soberano –el pueblo– tiene una doble función y le corresponde el ejercicio supremo del poder constituyente, tal como lo expresa el párrafo final del Preámbulo que dice así: «En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente...»⁶⁵. En este mismo Preámbulo, es donde se manifiesta una posible contradicción al proclamar «la nación española... en uso de su soberanía...»⁶⁶.

¿Cómo eliminar las antinomias de principio? Los conceptos tienen contextos que han variado a través de los tiempos y sus circunstancias políticas y sociales, de tal manera que existen usos heterodoxos⁶⁷ y tienen gran funcionalidad, aunque desde la teoría del Derecho puedan ser señalados como antinomias. Hemos visto, pues, que el sujeto solucionador podría ser «el pueblo español» a través de sus instituciones y repre-

⁶⁰ DWORKIN, R.: *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 75-77.

⁶¹ BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho*. Traducción de E. Rozo, Debate, Madrid, 1991, pp. 200-204.

⁶² ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas...*, *op. cit.*, pp. 16-25.

⁶³ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas...*, *op. cit.*, pp. 207-209.

⁶⁴ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁶⁵ La Constitución Española de 1978. Prólogo de G. PECES-BARBA, Centro de Estudios Adams, Madrid, 1991, p. 24.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, pp. 134-135.

sentaciones legales y legítimas (hoy carece de sentido una soberanía popular directa del tipo rusioniano). Desde los tipos de inconsistencias (antinomias) diseñadas por A. Ross⁶⁸ ésta sería total-total, o de incompatibilidad absoluta. Su solución podría tener tres posibilidades: eliminar una norma, eliminar las dos, o conservar las dos⁶⁹. Desde el punto de vista teórico genera muchas incompatibilidades porque es una antinomia total-total; desde el práctico, su funcionalidad es real porque juega como antinomia total-parcial, de tal manera que, acuñado el término «nacionalitarias» para las naciones que no tienen ansias de tener un Estado propio aunque sí una personalidad cultural diferenciada⁷⁰, la incompatibilidad es en parte porque existe un protagonismo autonómico de las partes que confluyen en un todo común que es el «pueblo español». Fórmula autonómica que, en opinión de Rubio Llorente, «es una solución paradójicamente feliz y defectuosa»⁷¹. G. Peces-Barba habla de un federalismo funcional aunque la teoría se corresponda con la de un Estado de las Autonomías porque existe una división de atribuciones legislativas y ejecutivas⁷². El Título VIII de la Constitución Española es resultado de un abierto espíritu de consenso y en el que es una exigencia la interpretación. Se establece en la CE un nuevo criterio de resolución de conflictos, como nos recuerda Javier de Lucas: el de Competencias, artículo 149.3⁷³.

A modo de conclusión, con respecto a nuestra ejemplificación a través del texto constitucional español, decimos, con Jesús Prieto, que artículos como el 2.º de la CE que sancionan la «indisolubilidad de la unidad» (coherente con la soberanía nacional e incoherente con la consideración igualitaria de «pueblos» y su soberanía popular), no pueden ser un «prius absoluto» sino que tienen que ser un «prius relativo» porque si no fuese así carecería de sentido la referencia al Título X y al artículo 168 de la CE sobre la posibilidad de reforma del texto constitucional⁷⁴.

Por otro lado, Norberto Bobbio señala cómo una ley contradictoria es válida aunque pierda eficacia e incluso pueda llegar a producir injusticia⁷⁵.

⁶⁸ ROSS, A.: *Sobre derecho y la justicia*. Traducción de Genaro Carrió, 4.ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1977.

⁶⁹ BOBBIO, N.: *Teoría general...*, op. cit., pp. 209-211.

⁷⁰ PRIETO, J.: *Cultura...*, op. cit., pp. 114 ss.

⁷¹ RUBIO LLORENTE, F.: «La Constitución Española trece años después», en PECES-BARBA, G. (ed.): *Estudios sobre la Constitución Española*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994, p. 126.

⁷² PECES-BARBA, G.: «La vocazione all'autonomia della Spagna contemporanea», en *Il federalismo e la democrazia europea*. A cura de G. Zagrebelsky, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1994, pp. 191-193.

⁷³ LUCAS, J. de, et al., recogido en *Introducción a la Teoría del Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 166-170.

Reproducimos el texto del artículo 149.3: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos. Las competencias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas».

⁷⁴ PRIETO, J.: *Cultura...*, op. cit., pp. 171-176.

⁷⁵ BOBBIO, N.: *Teoría general...*, op. cit., pp. 217-218.

En caso de antinomias del mismo nivel, contemporáneas y ambas válidas, la solución puede venir por una abrogación legislativa, de otra manera se crea incertidumbre e injusticia por la desigualdad de trato de los individuos. Una solución alternativa puede ser argumentar con nuevos criterios de interpretación que permitan justificar y eliminar la incompatibilidad (no la/las norma/as incompatibles). De tal manera que, mediante alguna modificación legislativa se realice una interpretación correctiva⁷⁶.

La soberanía se revela como un término caduco e inadecuado para los contextos plurinacionales y, por tanto, pluriculturales. Implica una concepción de la ciudadanía excluyente y una unidad cultural, problemática aunque existan fórmulas atípicas y heterodoxas que permitan una funcionalidad política y cultural.

Las antinomias ideológicas –impropias–, tal como señala N. Bobbio, pueden dar lugar a normas incompatibles, porque si una fuente de Normas o Norma Constitucional es incompatible en sus principios (aunque estén implícitos) mina de antinomias de principio el ordenamiento⁷⁷.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Retomemos el mandato de G. Zagrebelsky, enfrentémonos a la reconstrucción de un léxico civil desde la sociedad civil, activa y democrática, que dote de un nuevo sentido a nuestro lenguaje⁷⁸.

Para autores como A. Aarnio, el contexto de las normas jurídicas es siempre sistémico y político, es decir, extralegal, porque toda ley surge de la actividad política y se dirige a una sociedad. De tal manera que, interpretar la ley significa tener en cuenta el sistema de valores sociales y culturales⁷⁹. Entiendo, por otra parte, que la cultura es un concepto descriptivo pero que si es objeto de positivación puede, en el ámbito en que se reglamenta, positivizarse y convertirse en norma prescriptiva.

El derecho como relación jurídica normativiza las relaciones intersubjetivas en una sociedad. El otro tiene su derecho, de tal manera que al derecho de uno le corresponde un deber en el otro, y este carácter bilateral implica una exigencia de igualdad formal (cuando menos) de uno y otro sujeto social, legitimando, de esta forma, un tratamiento análogo, recíproco, entre los individuos miembros de una sociedad.

El sujeto de derechos es siempre el individuo. Pero la alteridad jurídica puede asumir diferentes posiciones. Por un lado, puede desde la igualdad defender la asimilación. La justificación de esta homologación ven-

⁷⁶ BOBBIO, N.: *Teoría general...*, op. cit., pp. 210-211.

⁷⁷ BOBBIO, N.: *Teoría general...*, op. cit., pp. 202-203.

⁷⁸ ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mite...*, op. cit., pp. III-IV.

Vide, también de este autor, estas mismas palabras en su obra *Il «crucifige» e la Democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, pp. III-IV.

⁷⁹ AARNIO, A.: *Lo racional...*, op. cit., p. 158.

dría dada por la obligación de tratar igual a todos/as los/as ciudadanos/as. Por otro, la relación podría ser asimétrica, adoptaría diferentes formas jerárquicas desiguales, en donde las diferencias podrían manifestarse conflictivamente.

Los individuos se realizan en una sociedad interconexiónada. En el contexto actual las relaciones económico-financieras parecen ser las protagonistas del desarrollo. Para A. Touraine la globalización mundial no es un tipo de sociedad, sino «un sistema impersonal de desarrollo y de poder apartado de las sociedades nacionales y por lo tanto afecto (aficionado) a disgregarlas y a oponerse a las realidades nacionales, culturales, étnicas, religiosas... Un conflicto entre universo objetivado, económico-financiero y un universo subjetivado, político-cultural»⁸⁰.

Asistimos, cotidianamente, a una fragmentación de la sociedad civil al no existir una política de bien común, «de interés común», dice V. Camps⁸¹, situación que degenera en el conformismo de las masas y disyunción de la sociedad política.

En este contexto el individuo y su libertad debe ser repensado, no como individuo sino como sujeto de identidad –no como consumidor proletario o ciudadano–, porque al reafirmarse como individuo, está reconociendo al otro, también, como individuo⁸². Ello implica reconocerlo con sus características culturales y sus ansias de entronque participativo universal. Porque, tal como hemos dicho anteriormente, el sujeto se interrelaciona con otro, se comunica y la comunicación es esencialmente, según Touraine, intercultural⁸³. De manera que, reconocer al sujeto y su comunicación significa reconocer que esta comunicación es intercultural. La democracia surge en este contexto como un conjunto de garantías y procedimientos provocados en su tutela por el nuevo protagonismo del sujeto humano (no ya del ciudadano).

El reto es huir de la política del individualismo aislacionista, por un lado, y en el extremo contrario no caer en una política del pluralismo ghetarizado, balcanizada.

Nuestro contexto político-jurídico está en crisis. Los conceptos de Estado-nación, de Estado republicano y, en consecuencia, el de soberanía son caducos. La identificación del hombre con el ciudadano es peligrosa y excluyente, porque nos conduce a rechazar al que no pertenece al grupo –no ciudadano–, a la homogeneización, a la cultura de masas. Es necesario, afirma A. Touraine, abrir el espacio público. La cultura democrática consiste, en primer lugar, en el reconocimiento del otro⁸⁴.

Es obligatorio buscar puntos de encuentro y equilibrio entre la defensa del individuo y la «fuerza centrífuga de la cultura», no se puede ser defen-

⁸⁰ TOURAINE, A.: «Ricominciamo...», *op. cit.*, p. 127.

⁸¹ CAMPS, V., y GINER, S.: *El interés común*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 (Cuadernos y debates).

⁸² TOURAINE, A.: «Ricominciamo...», *op. cit.*, p. 131.

⁸³ TOURAINE, A.: «Ricominciamo...», *op. cit.*, p. 132.

⁸⁴ TOURAINE, A.: «L'apertura...», *op. cit.*, p. 123.

sores absolutos ni del individualismo ni del multiculturalismo, sino que es necesario defender, como dice Walzer⁸⁵, una estructura que soporte políticamente tanto la fuerza de los grupos como la de los individuos. Realmente, continúa el mismo autor, necesitamos una democracia social. Ferrara habla del multiculturalismo bien entendido. Esta democracia como ideología, Touraine la entiende como «una función del *quantum* de la diversidad»⁸⁶. La idea democrática impone reconocer el pluralismo cultural más que el pluralismo social, al lado del mantenimiento de lo que Bobbio llama «contenido mínimo» de la democracia: la tutela de las libertades fundamentales y el sistema de garantías institucionales y procedimentales del Estado de Derecho. Este contenido mínimo comprende el problema de la ciudadanía.

Ferrajoli analiza y señala la crisis de legitimación que ataca al Estado-soberano, una crisis que, desde lo alto, lo agrede con los procesos de privatización, de internacionalización, des-regulación de las economías, transferencias...; y, desde abajo, lo asaltan los procesos centrífugos y de disgregación. Por estas razones, ha perdido gran parte de su función histórica: unificación nacional y pacificación interna⁸⁷. Estoy absolutamente de acuerdo con el profesor Ferrajoli en que, desde el punto de vista normativo, la soberanía del Estado, por lo menos en sus principios, pierde su carácter de supremacía absoluta para subordinarse externamente a los imperativos de la paz y a los derechos fundamentales. Desde estos objetivos comunes se inicia «un cierto orden jurídico mundial» que tiene como pioneros a la Carta de la ONU de 1944 y a la Declaración Universal de Derechos de 1948⁸⁸. El problema es de garantías jurídicas.

¿Qué ha ocurrido con términos como nación, soberanía, identidad nacional...? Hoy, parece que ciertos conceptos heredados de la Ilustración, que han construido e impregnado nuestra cultura, han llegado al límite de su funcionalidad. Pueden provocar antinomias entre principios y si una Norma Fundamental posee incoherencias, puede llenar de contradicciones –antinomias– el resto del sistema normativo. Considero que esto ocurre con el término soberanía –nacional-estatal– y diversidad cultural.

La soberanía está ligada íntimamente a la unidad nacional, a la unidad cultural. La convivencia en un único estado de diversas y legítimas formas de vida debe superarse en la construcción de «una cultura común política»⁸⁹. Es la función que tiene que realizar la «cultura española», según Jesús Prieto, como una cultura colectiva de segundo nivel común, y que debe dar lugar al llamado «Estado de Cultura» como síntesis⁹⁰. En

⁸⁵ WALZER, M.: «Multiculturalismo e individualismo», en *Micromega*, núm. 3, Roma (1994), pp. 40-41.

⁸⁶ TOURAINE, A.: *¿Qué es la democracia?*, Temas de hoy, Madrid, 1994, p. 274.

⁸⁷ FERRAJOLI, L.: «La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados», en *Soberanía: un principio que se derrumba*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 171.

⁸⁸ FERRAJOLI, L.: «La conquista...», *op. cit.*, pp. 168-169.

⁸⁹ HABERMAS, J.: *Morale...*, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁰ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, pp. 170 y 213 ss.

el caso español, la CE consolida el rol hegemónico de la/s cultura/as como un derecho fundamental autónomo, en estricta técnica jurídica, como un derecho de prestación⁹¹.

Si nos situamos en el contexto europeo, observamos cómo hemos pasado de la Comunidad Económica Europea a la Comunidad Europea y, como última muestra de voluntad política, a la Unión Europea, unión que urge consolidar política, cultural y jurídicamente. Para Habermas las diversas culturas nacionales podrían desarrollar, en el futuro, una cultura política común, democrática, de corte liberal, abierta⁹² que reclama como vínculo «el patriotismo constitucional⁹³» en el que se recoja la integración de diversas formas de vida. Por tanto, una futura federación europea con idénticos principios jurídicos debe ser entendida desde el protagonismo de las diversas culturas y no de las diversas historias nacionales⁹⁴. El futuro de Europa, nos advierte J. de Lucas, es el de una comunidad que acepta la sociedad multiétnica, pluricultural, sobre la base de una igualdad sustantiva de los derechos donde se participe de la vida pública y se experimente la solidaridad, con una abierta voluntad política de hacer partícipe de nuestra riqueza al Sur⁹⁵.

Unido a estos problemas, y como consecuencia del concepto histórico excluyente de soberanía estatal-nación constitucional, es necesario revisar el canon de la ciudadanía. Veamos qué alternativas propone el profesor Ferrajoli. Una de sus propuestas parte de que el Derecho no es «natural», sino que lo hacen los hombres y mujeres en un tiempo y circunstancias. La confusión histórica de la identificación «universal» de los derechos del hombre con los derechos del ciudadano genera una grave antinomia cuando la pretendida universalidad se identifica con los límites cerrados del individuo-ciudadano/a a través de una nación concreta. La ciudadanía así entendida actúa como principio igualitario en el interior y como excluyente para el exterior⁹⁶. La doctrina kelsiana, defensora de un único ordenamiento interno (estatal) y externo (internacional), en estos momentos se evidencia como una alternativa correcta⁹⁷. Es necesario revisar el concepto de soberanía. Para Ferrajoli, el principio de soberanía condiciona, tanto en el plano fáctico como en el jurídico normativo, la actuación de las Naciones Unidas hasta tal punto que el artículo 2 de la Carta dice: «la organización se funda sobre el principio de la soberana igualdad de todos sus miembros», y sobre este concepto abunda el artícu-

⁹¹ PRIETO, J.: *Cultura...*, *op. cit.*, p. 280.

⁹² HABERMAS, J.: *Morale...*, *op. cit.*, p. 126.

⁹³ HABERMAS, J.: *Morale...*, *op. cit.*, p. 116.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ LUCAS, J. de: *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 96-97.

Al igual que Ferrajoli, de Lucas defiende una racionalidad sustantiva —plasmada en los derechos fundamentales— en el derecho internacional positivizado, frente a una racionalidad formal. *Vide* FERRAJOLI, L.: «La conquista...», *op. cit.*, p. 171.

⁹⁶ FERRAJOLI, L.: *La sovranità...*, *op. cit.*, p. 165.

⁹⁷ KELSEN, H.: *Il problema...*, *op. cit.*

lo 7. Además de la imposibilidad de injerencia en los Estados, la comunidad internacional se entiende como Comunidad de Estados y no de pueblos⁹⁸.

Es una apremiante tarea el cuestionar y trascender los Estados nacionales, su soberanía, partiendo de la autonomía de los pueblos y no de los conceptos históricos que hoy causan problemas sociales gravísimos. Nuestro paradigma es el Estado de Derecho en un marco democrático constitucional. Pensemos en la oportunidad de los debates jurídico-políticos en un momento en el que Europa, la Unión Europea, es aconstitucional y la ONU exigiría profundas reformas. El universalismo de los valores humanos –entre ellos, a nuestro juicio, están los culturales– no puede ser antinómico y para ello sólo la consideración del individuo como soporte y sujeto de estos derechos –independientemente de su condición de ciudadano– puede romper la asimetría de derechos tan fundamentales como el de igualdad. Para Ferrajoli la racionalidad de los derechos fundamentales debe superar la dicotomía entre «racionalidad formal» y «racionalidad sustancial» y sólo el paradigma constitucional lo resuelve, a nuestro juicio positivamente, al asumir los derechos fundamentales como racionalidad sustancial.

Partiendo de la reivindicación del individuo como persona y sus derechos, es necesario considerar la alternativa de A. Touraine respecto del reconocimiento de la diversidad cultural como un elemento central de la democracia abierta y crítica, un «multiculturalismo bien moderado»⁹⁹ que se constituya como un camino intermedio entre el liberalismo minimalista y el integrismo del Estado comunitarista¹⁰⁰. El reconocimiento de los derechos civiles, políticos y culturales no debe ser por ser «ciudadano» sino por ser hombres/mujeres, son derechos de los individuos. Y si la sociedad occidental –cuando menos–, en el próximo siglo, es una Unión de Comunidades levantadas sobre un pacto constitucional democrático, tiene que recoger la diversidad cultural para poder construir una identidad más amplia y común, cultural y políticamente, en la que las exclusiones carezcan de sentido; en la que los individuos posean derechos y deberes por ser hombres y mujeres no ciudadanos de un determinado Estado; y en el que se respete la igualdad en la diversidad, y no una identidad sustentada en lo que Habermas ha llamado el «chovinismo del bienestar»¹⁰¹.

⁹⁸ FERRAJOLI, L.: *La sovranità...*, *op. cit.*, p. 169.

⁹⁹ FERRARA, A.: «Multiculturalismo...», *op. cit.*, p. 201.

¹⁰⁰ FERRARA, A.: «Multiculturalismo ben temperato e democrazia», en *Multiculturalismo e Democrazia*, Donzelli, Roma, 1996, p. 200.

A. Touraine lo denomina «moderado»: primero, porque la protección constitucional y la consideración de cultura debe ser considerada por actores no implicados; y, segundo, porque considera la cultura como sedimento de las relaciones intersubjetivas de recíproco reconocimiento.

¹⁰¹ HABERMAS, J.: *Morale...*, *op. cit.*, p. 127.

Citado, asimismo, por Ferrajoli en FERRAJOLI, L.: «Oltre la Sovranità...», *op. cit.*, p. 7.

Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista

Por XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO

Oviedo

*Libri quosdam ad scientiam,
quosdam ad insaniam deduxere.*

Lord Acton –John Americh Edward Dalberg-Acton, no descuidemos el abolengo, pues, si hemos de creer la difícilmente verificable genealogía defendida por la familia, era descendiente de Jesucristo por parte de madre– es el iniciador de una de las corrientes críticas del nacionalismo que más éxito han tenido en la Historia de las Ideas. En su breve ensayo *Nacionalidad*, publicado por primera vez en 1862, Lord Acton inauguró no sólo un género –la literatura antinacionalista– sino un estilo que, de manera metonímica, se fue adueñando inexorablemente de la categoría de la que en un principio sólo era predicado. Este tipo de metamorfosis no es infrecuente en los anales de las Letras. Séanos ilustración el propagandismo de San Marcos, que con su libro apocalíptico de la vida de Cristo en forma de relato objetivo que sustituye a las máximas originarias y a la narración de la experiencia directa, cerró el paso a otras fuentes que no se avinieran a ese molde estilístico. «Evangelio» dejó de designar un contenido y pasó a significar una forma. Del mismo modo, con el paso del tiempo se observa cómo lo que en Acton era simple característica del discurso se torna dato sustantivo. El antinacionalismo, desde entonces, parece precisar de una determinada métrica, y aun prosodia, que nos habla del surgimiento de todo un subgénero literario. Hoy la práctica totalidad de la Academia y, lo que es peor, la canalla publicista –ambas

de consuno— hablan por boca de Acton. Tal vez consolase al Lord inglés saber que, si bien su linaje se aparta de la familia del Rey de los judíos, al menos sí atesora cierta santidad, pues al igual que San Luis, más de cien mil hijos ha engendrado.

Resultaría tan tedioso como improductivo pasar revista a la longísima lista de autores que perpetúan la visión antinacionalista del Lord ya que, en cierta medida, constituye redundancia hablar de semejante perspectiva¹. Para evitar la reiteración que supone tratar sobre una regla que carece de excepciones, parece más prudente acometer el estudio del antinacionalismo actoniano escogiendo uno de los que, siguiendo a Goethe, pudiéramos llamar «protofenómenos» del género en cuestión. Goethe se percató de la existencia de ciertos acontecimientos —protofenómenos— que, a pesar de su aparente inanidad, revelan el íntimo secreto de las leyes de la naturaleza. Serían como el armazón de un modelo que contribuiría a explicar fenómenos de más enjundia y alcance. Pues bien, el libro de E. Kedourie, *Nacionalismo*, se comporta como un auténtico protofenómeno del antinacionalismo. En él aparecen de manera nuclear las claves del discurso de Acton que desde aquel primitivo ensayo sobre la nacionalidad han venido caracterizando a los escritos antinacionalistas. Lo que en otros autores es mixtificación y edulcoramiento es en Kedourie afirmación diáfana y cruda. A diferencia de otros hijos del Lord, no se arroja con el cálido manto del cosmopolitismo universalista y se deja ver en cueros. Por esta razón atesora el carácter vertebrador y estructural propio de esos protofenómenos llamados a explicar verdades más complejas.

De otro lado, el trabajo de Kedourie es comúnmente reconocido como la muestra más quintaesenciada de la oposición liberalista al nacionalismo. Citadísimo en multitud de foros como ejemplar y lúcido detractor de la idea nacional, las remisiones a su obra tienen siempre la alevosa seguridad del que se refiere a un compendio dotado de indiscutible autoridad. Es esta aureola de catón la que propicia que en no pocas ocasiones los comentarios vertidos sobre el libro de Kedourie muestren, por numerosos motivos —entre los que destaca la constante cita de página inexistente y desmesurada, ignorando que el volumen más se asemeja a opúsculo que a mamotreto—, que en realidad no se ha manejado directamente su obra (permítasenos aquí la omisión de unos ejemplos que no contribuirían tanto a la ilustración como a la maledicencia). Por eso, porque casi nadie lo lee y todo el mundo lo da por conocido y lo venera —no otra cosa es un «clásico»—, el *Nacionalismo* de Kedourie presenta unos rasgos de notable interés. Si lo pretendido en estas líneas es realizar una prospección del pensamiento antinacionalista nada resultará de más provecho que partir de la línea establecida entre el fundador ideológico y su «protofenoménico» epígono.

¹ A. COBBAN (1945), J. DUNN (1981), R. EMERSON (1960), E. H. CARR (1945), K. MINOGUE (1975) y, en España, F. SAVATER (1985, 1990), J. R. RECALDE (1990, 1995), A. DE BLAS (1984, 1989a), J. M. COLOMER (1984), entre otros muchos.

El mundo, diría Lord Acton, es un vasto territorio compuesto por naciones y por Estados. Esta dicotomía es la base anatómica de toda política comunitaria. Naciones y Estados son diversas maneras de entender las relaciones de comunidad: en la nación existe una «unidad ideal fundada en la raza» (1959, p. 308), un núcleo étnico que aúna fidelidades y que postula su conversión en entidad política organizada; por contra, en el Estado la organización política es previa y los vínculos que aglutinan a los individuos son de índole cívica y moral. Encontramos aquí el primer hito teórico fundacional del antinacionalismo. Si bien Acton fue el primero en amojonar el predio es probable que se deba a Hegel la previa labor de zapa.

Para Hegel toda cultura reside en un grupo humano que es su sujeto y portador. Sin embargo, cada cultura, referida a un determinado pueblo, realiza sólo unas determinadas posibilidades del espíritu objetivo. De la misma manera que el espíritu subjetivo se muestra fragmentado en los individuos, el espíritu objetivo aparece fragmentado en las diversas culturas que representan otros tantos *Volksgeister* diferenciados según su contenido² (Prieto 1983, p. 129). Así, advierte López Calera, «La tricotomía hegeliana derecho-moralidad-eticidad muestra cómo el espíritu objetivo debe ponerse hacia fuera, hacia dentro y realizarse como objeto según lo subjetivo de los pueblos» (1967, p. 23). Los pueblos en los que la humanidad se divide desarrollan una característica forma de ser, un espíritu que los identifica y que fusiona todo aquello que en ellos se da sin pertenecer a la categoría de lo estrictamente natural, integrando de esta manera «los objetos culturales que la sociedad se da a sí misma y en medio de las cuales vive³» (Merleau-Ponty 1966, p. 232). Si ese espíritu del pueblo puede sugerir algo natural, señala Alonso Olea, «lo hace simplemente en el sentido de aclarar que es algo más allá de las convenciones de conducta explicitadas» (1981, p. 14). Pues bien, ese conglomerado de peculiaridades que constituyen el espíritu del pueblo alcanza su plenitud cuando ese pueblo concreto cobra tal densidad cultural autoconsciente que se sabe nación diferenciada. Las naciones como tales serán, siguiendo la tradición herderiana, divisiones naturales de la humanidad, fiel reflejo de la excelencia de la diversidad, que es característica fundamental del universo y, manifiestamente, designio divino. No obstante,

² «A su vez, los espíritus de los pueblos se distinguen según la representación que de sí mismos se hacen; según la superficialidad o la profundidad con que han aprehendido el Espíritu. El orden ético de los pueblos y su derecho constituyen la conciencia que el espíritu tiene de sí mismo, son el concepto que de sí tiene el Espíritu. Lo que se realiza en la historia es, pues, la representación del Espíritu. La conciencia de los pueblos depende del saber que de sí mismo tiene el Espíritu [...]. Esta conciencia contiene y orienta todos los fines e intereses del pueblo; constituye sus costumbres, su derecho, su religión; forma la sustancia del Espíritu de un pueblo y, aun cuando los individuos no sean conscientes de ella, es su supuesto previo» (HEGEL 1973, pp. 82-83).

³ «Opera esta conciencia (de los pueblos) como una necesidad: el individuo se forma en esta atmósfera e ignora todo lo demás. Sin embargo, no se trata de un simple efecto de la educación. La conciencia de un pueblo no es transmitida como una lección terminada, sino que se forma a partir de él: es la sustancia en que el individuo existe» (HEGEL 1972, p. 83).

mientras esa nación primaria –a estos efectos identificada con el concepto de pueblo– constituida por la agrupación de individuos unidos por los lazos objetivos que les confiere la común cultura no consiga elevarse al nivel de entidad política soberana –es decir, convertirse en Estado– su *Volksgeist* está coartado, mediatizado, inseguro. La nación tiende espontáneamente a constituirse en Estado, pues sólo en él se hace efectiva la voluntad de la nación (Prieto 1983, p. 132). La necesaria dinámica que empuja indefectiblemente a la nación a convertirse en Estado marcará no sólo el aseguramiento del genuino carácter del pueblo plasmado en su *Volksgeist*, por cuanto el Estado es el ente que dará forma al espíritu nacional, sino que se convertirá en el fin idóneo de todo pueblo al alcanzar mediante la conquista de la forma estatal la organización y el poder necesarios para actuar en el plano de la historia del mundo. Así, Hegel niega que podamos hablar de vida histórica fuera o aparte del Estado: «las naciones pueden haber vivido una larga vida antes de llegar a este destino, y durante ese período pueden haber alcanzado una cultura notable en algunas direcciones [...]. Pero el marco de estos acontecimientos, tan vasto en apariencia, queda fuera de los límites de la historia [...]. Pero es el Estado el primero en ofrecer una materia que no sólo es apropiada a la prosa de la historia, sino que incluye la producción de dicha historia en el progreso mismo de su propio ser» (Hegel 1970, p. 10). Como acierta a decir Cassirer, «si la realidad hay que definirla en términos de historia, más bien que en términos de naturaleza, y si el Estado es el requisito previo de la historia, de ello se infiere que debemos considerar al Estado como la realidad suprema y más perfecta⁴» (1974, p. 311).

En la filosofía de la historia de Hegel existe pues una crucial distinción entre pueblo y nación; o más concretamente, entre pueblo nacional y nación: «un pueblo sin formación política (una nación como tal) no tiene propiamente historia; sin historia existían los pueblos antes de la formación del Estado y otros también existen ahora como naciones salvajes» (Hegel 1982, p. 549). La mediación entre el pueblo y la nación, que no siempre se da, aun cuando la racionalidad histórica impele a ello, viene determinada por la consecución de la conciencia encarnada del espíritu nacional a través del Estado. Para Hegel la esencia de todo espíritu está en la libertad y la voluntad. De igual modo, los pueblos que alcanzan la etapa política –que logran constituirse en Estados– son pueblos que logran la libertad y el poder necesarios para hacer historia: «En la historia universal únicamente puede hablarse de pueblos que hayan constituido un Estado» (Hegel 1972, p. 115).

Esta cosmo-distinción entre naciones y Estados –pueblos y naciones en la terminología hegeliana– que, decíamos, constituye la premisa fun-

⁴ Este episodio de la teoría hegeliana inaugura un auténtico antiagustinismo político que «ninguna otra teoría antes de Hegel había propuesto», al representar el Estado la encarnación misma del espíritu del mundo. Mientras que San Agustín consideraba la *civitas* terrena una desfiguración contaminada de la *civitas* divina, Hegel veía en la primera la «Idea Divina tal como existe en la tierra» (CASSIRER 1970, p. 311).

damental de la argumentación antinacionalista, resulta ideológica, errónea e incoherente.

Es ideológica porque la distribución se establece con base en una insólita relación ideal-real en la que, por definición, se asignan a la nación características de índole metafísica mientras que al Estado se le atribuyen los rasgos propios de una racionalidad formal que lo convierten en conquista indiscutible. La superioridad óptica con la que *ab initio* se dota al Estado y la introducción de criterios valorativos en la definición de la idea nacional y la realidad estatal cierran el paso a la crítica.

Es errónea porque naciones y Estados no son entidades que puedan delimitar el campo de las relaciones comunitarias, no forman una dicotomía que agote el universo de la distribución socio-territorial. La supuesta alternativa excluyente –nación o Estado– no se da en la realidad. Todo Estado precisa de una nación que le sirva de fundamento emotivo: no existen Estados que renuncien al expediente de la legitimación nacional⁵. De la misma manera que cabe hablar de naciones sin Estado –para Acton esto constituiría innecesaria reiteración– es posible hacerlo de naciones y de nacionalismo con base en el Estado. También el Estado, y no sólo esa nación que se considera exenta, puede generar nacionalismo.

Es incoherente porque la artificiosidad ideal que se atribuye a la división nacional se da igualmente en la estatalización mundial del territorio. Al no tener la categoría estatal un carácter material, la estructura formal con que se define al Estado –mayormente la administración centralizada bajo la égida del poder soberano– se universaliza sin ningún problema absorbiendo la totalidad del espacio político territorial. No se puede censurar una concepción del mundo que globaliza el territorio en un conjunto natural de naciones y sostener, por contra, una percepción que parte de idéntica distribución ideal, aunque utilizando diferente criterio de sistematización.

Esto no quiere decir que neguemos la distinción entre la realidad estatal y la nacional. Al lado de comunidades humanas que reivindicán con éxito el monopolio del uso legítimo de la fuerza física dentro de un territorio dado –seguimos aquí la definición de Weber–, se encuentran otros grupos humanos que son conscientes de formar una comunidad, tanto por poseer una cultura común y estar ligados a un territorio delimitado como por tener un pasado y un proyecto para el futuro comunes. Ahora bien, el reconocimiento de esta distinción categorial no significa que convengamos en el carácter dicotómico que se asigna al supuesto universo de naciones y Estados. El atributo nacional también puede ser predicado del Estado. De la misma forma que existen naciones que carecen de órganos institucionales que den cobertura legítima a sus aspiraciones políticas es posible apreciar la existencia de Estados que utilizan el *plus* de legitimación que representa la titulación nacional.

⁵ Con esto no queremos decir que todas las naciones sean iguales. La identidad funcional y la estructural son cosas bien distintas. La diferencia entre las modalidades nacionales radica en el tipo de discurso de legitimación que se utilice.

El antinacionalismo actoniano se niega a ver que los actuales Estados-nación incorporan componentes que los aproximan más al quehacer nacional que a la pura formalidad estatal. La mera denominación *Estado-nacional* parece sugerirlo, sin embargo, los hijos del Lord sólo ven en la segunda parte de la construcción un modo «moderno» de aderezar la esencia estatal. En un recentísimo libro —en algunas partes imprescindible— M. Guibernau ha sabido detectar la verdadera naturaleza del Estado nacional. Ahora, el Estado, lejos de ser esa simple y nuda organización coercitiva se convierte en una formación que, además de poseer el monopolio del uso legítimo de la fuerza sobre un territorio delimitado, busca conseguir la unidad de la población sujeta a su gobierno mediante una homogeneización cultural y simbólica que no duda en inventar tradiciones y mitos originarios. Curiosamente, las características con las que tradicionalmente —a partir de Acton— se han definido las naciones sin Estado son las que con más vigor muestran las bases de la nueva disposición estatal: «mientras que los miembros de una nación son conscientes de formar una comunidad, el estado-nación se esfuerza por crear una nación y desarrollar un sentido de comunidad a partir de ella; mientras que la nación disfruta de una cultura, unos valores y unos símbolos comunes, el estado-nación se marca como objetivo la creación de los mismos» (M. Guibernau 1996, p. 58).

La impronta nacional se intenta esconder, pues de lo contrario la impecable superioridad lógica del Estado se vería cuestionada y, por ende, la distinción que sirve de base para la discriminación entre naciones y Estados absolutamente invalidada. Desprovista de sombra, la plenitud de lo ético en que consiste el Estado se torna inane. A causa de ello el antinacionalismo se esfuerza en una doble tarea. Por una parte, como vimos, procura la consolidación del concepto de nación como algo contradistinto al Estado. Por otra, obligado correlato de lo anterior, precisa la reducción del concepto de nación hasta un punto que permita universalizar de manera excluyente su oposición al concepto de Estado.

La reducción indicada se produce por dos vías que actúan bien conjunta, bien separadamente. La primera y más socorrida es la indeterminación conceptual. Con los escritos antinacionalistas suele acontecer algo muy similar al desarrollo de la falacia naturalista que denunciara Hume: se comienza hablando de algo que es y, sin saber cómo y siempre de rondón, se termina apostillando sobre lo que debe ser. De igual modo, aquí nos encontramos con teorías (?) que parten de la «ambigüedad», «multivocidad», «anfibología» y «equivocidad» del término *nación* para desembocar luego en un unívoco y desmesurado uso del término sin que haya atisbo de definición. La complejidad inicial pronto encuentra acomodo en la sencillez que supone la silenciosa intromisión de una conceptualización dada por supuesta. Como nada se define, ni siquiera se precisa el auxilio de Procusto para amoldar las irregularidades que surgen de la forzada oposición entre la nación y el Estado como entidades excluyentes. Dado que la literatura antinacionalista suele ir dirigida a un público del

que se presume la connivencia militante, la reticencia teórica es dato del que se parte.

La segunda vía es la de la hipóstasis conceptual consistente en reducir el contenido del concepto de nación a una característica elegida de manera arbitraria, aunque siempre orientada a favorecer la idoneidad de la oposición antes indicada. Si en el primer caso nos encontrábamos ante una nación expósita, en éste estamos ante una nación *pro domo sua*. En el terreno de la hipostatización, no obstante, la elección de la característica que se hace extensiva a la inteligencia de la nación toda es variable dependiendo de los autores, si bien el fin siempre será el mismo: aislar la categoría estatal de residuos nacionales.

Las dos opciones –ya decíamos que pueden actuar cumulativamente– son acogidas por Acton y por Kedourie. No existe en ningún momento definición de la nación (aunque sí del nacionalismo) y, a la vez, del uso que dan al término cabe colegir la reducción conceptual indicada. Para el primero, la nación se asimila al primado del carácter etnológico sobre cualquier otra componente que pretenda articular la convivencia política. Una nación, desde este punto de vista, no es más que la concreción política de unas fuerzas naturales fundadas en la idea de raza que pretenden determinar el carácter, la forma y la política del Estado (1959, p. 295). Para Kedourie, de igual modo, la nación se distingue por ciertas características que pueden ser determinadas –mayormente la lengua– y que pretenden suministrar un criterio para determinar la unidad de población adecuada para disponer de un gobierno propio.

A partir de esta reducción queda allanado el camino que permite hablar de nacionalidad y nacionalismo, en sentido propio, como términos que se identifican exclusivamente con la nación y el nacionalismo de los territorios que carecen de organización política institucionalizada. Y comoquiera que, por definición, toda aquella distribución política que no se asiente en el demiurgo estatal carece de las virtudes suficientes para ser considerada racional, resulta entonces que las naciones –según el parecer actoniano que luego se hará universal– se convierten en las irracionales demandas de congruencia político-territorial de las comunidades sin Estado. Por ello, todos los trabajos que adoptan esta perspectiva metodológica transforman automáticamente el estudio sobre la nación en un libelo contra la nación –mejor dicho, contra un modelo de nación prefabricado a medida.

No sorprende tras lo expuesto que en uno de los párrafos finales de su ensayo sobre la nacionalidad, tan citado a modo de sagaz profecía, diga Lord Acton: «La nacionalidad no pretende ni la libertad ni la prosperidad, ya que las dos se sacrifican a la imperativa necesidad de que sea la nación el molde y la medida del Estado. Su desarrollo se señalará tanto por la ruina moral como por la material, para que prevalezca una nueva invención sobre las cosas de Dios y los intereses de la humanidad» (1959, p. 329); o que Kedourie hable del nacionalismo como un estilo de política que desemboca en un horrible recuento de crueldad y violencia

(1985, p. 110). Si se ve en la nación el ariete político de la raza o la intransigente exigencia de la unidad entre la cultura y los límites políticos, la crítica a un concepto tal parece de consecuencia obligada. Ésta es la razón de la calculadísima simplificación conceptual. La estrategia del reduccionismo y de la hipóstasis tendenciosa que acorrala al concepto de nación en el recoveco de la irracionalidad facilita la crítica que deje a salvo la *areté* estatal. Diseccionando selectivamente se obtiene en la autopsia todo lo que interesa resaltar de la muerte del paciente. Sólo existe, se dirá, un tipo de nación y de nacionalismo: el que propicia, al margen del Estado, resultados políticamente inadmisibles –racismo, xenofobia, fundamentalismo, barbarie...–. La aversión a la puntualización y a los taxones es el corolario de todo esto⁶: «A veces se argumenta que hay dos o más variedades de nacionalismo, siendo el lingüístico uno de tantos... pero de hecho no hay ninguna distinción claramente definida entre el nacionalismo lingüístico y el racial [...]. Resulta un esfuerzo inoportuno intentar clasificar los nacionalismos⁷...» (Kedourie 1985, pp. 54-55). Aquí las propias palabras de Kedourie parecen traicionarlo. No dice «baldío», ni «improductivo», ni término que diga relación de ineficacia teórica. Dice «esfuerzo *inoportuno*». Con la reducción del concepto de nación a una variante objetivista del mismo –propriamente la concepción germana que se inicia con Fichte y Herder– cimentada en la pretensión de determinar las fronteras políticas a base de consideraciones lingüísticas, se aísla perfectamente a un enemigo que rebosa en miserias y, por tanto, ennoblece a su oponente. De lo que se trata es de trazar una secuencia empírica (por supuesto, la más desfavorable) para luego utilizarla como un proceso ideal típico del que se supone emblemático ejemplo.

De los resultados del desarrollo filosófico alemán de la nación se pasa, injustificadamente, como ha subrayado A. D. Smith (1988, p. 73), a la explicación de la aparición de la nación en todas partes. Pero el procedimiento es deductivo y las únicas pruebas que aporta Kedourie consisten en declaraciones monádicas que muestran tan sólo una afinidad imitativa con determinados planteamientos. La endeblez idealista que subyace en la metodología que emplea Kedourie es la venganza que se toma el principio de causalidad por su utilización espuria en el mundo de la Historia.

Ahora bien, la demonización nacional no busca tanto la condena de la herejía como la consagración de la hiperdulía estatal. Es éste un punto de máximo interés pues conforma el segundo eslabón que engarza el antina-

⁶ Es de destacar que cuando no se reconoce la impertinencia de la tipología nacional siempre se establece una clasificación dicotómica en la que uno de los pares se hace equipolente al Estado. Así, las oposiciones nación política-nación cultural; nación contrato-nación genio; nación cívica-nación étnica; nación de tipo francés-nación de tipo germano, entre otras, adscriben al primer concepto de la dualidad los caracteres propios de la organización estatal, contraponiéndolos a aquellos otros emergentes de las comunidades sin Estado.

⁷ Parece lógico, entonces, que quien sólo tiene por escrúpulo anatematizar todo aquello que tenga resonancias nacionalistas vea una esencial continuidad entre los ilustrados, con Rousseau a la cabeza, Kant, Herder, Fichte, Lenin, Bauer y el mismo Hitler. El interés por establecer un concepto único y sin aristas de nación lleva a Kedourie a disparatar armónicas evoluciones.

cionalismo de los hijos del Lord: su carácter eminentemente conservador. El aislamiento y reducción conceptual de la nación persigue la glorificación de lo estatal por cuanto representa la manera más eficaz de consolidar el orden establecido. El panegírico estatalista es en realidad justificación teórica de la situación política existente⁸. Cuando hoy se defiende la bondad del concepto de nación política (que es el reverso emotivo del Estado), ya que representa una indubitada manifestación de la voluntad de los ciudadanos que deciden una vida en común bajo el techo del Estado⁹, se olvida que lo que en un momento pudo reproducir un ideal más o menos democrático de sociedad no tiene por qué portar ese valor *ad eternum*. El Estado moderno surge como reacción a las desigualdades de base que existían en el Antiguo Régimen e históricamente la nación política supuso la forma de legitimación igualitaria que sirvió para galvanizar la reciente institución estatal. El Estado no era tanto una nueva estructura de poder como una nueva articulación del ejercicio del poder. Defensa del Estado significaba entonces defensa de la democracia, y, consiguientemente, la defensa de la nación política que la sustentaba llevaba aparejada el mismo atributo. En la actualidad el Estado ha dejado de implicar un explícito contenido igualitario y su pervivencia no se explica por la dignidad moral que pudiera atesorar, sino por su eficacia organizativa. Por tanto, la exaltación de las supuestas virtudes éticas del Estado contemporáneo encarnadas en la nación política, so pretexto de rescatar el saludable espíritu liberal que las ampara, constituye una notable labor de sospechosa mampostería histórica. En realidad, la actual defensa de la nación política, heredera del discurso de Lord Acton, encubre un fenómeno de nuda justificación del estatus de las naciones-Estado ya sancionadas, con prescindencia de los méritos o deméritos democráticos que éstas pudieran tener. Se renueva así el fundamento que dio origen a la aparición del concepto de nación: otra vez la nación política sirve de legitimación al poder estatuido, pero ahora no tanto en nombre de la democracia como en el del Orden. Así, cuando F. Savater –nuestro Kedourie castizo– se refiere a las reivindicaciones nacionales de los Pueblos sin Estado comenta: «La historia está llena de caídos, pero el hecho de que hayan caído no es motivo suficiente para desear que ahora se levanten» (1990, p. 33). La justicia o iniquidad de la caída es algo que no parece tener excesiva importancia si lo comparamos con el sólido y confortable regazo que nos proporciona la seguridad estatal¹⁰. Por eso se entiende que «el mejor argumento a favor de los naciona-

⁸ A juicio de Acton, el mayor mal que ocasionó el nacionalismo fue el de crear una teoría subversiva que niega la legitimidad del orden existente (1959, p. 280) para, de este modo, privar «a cuanto ya estaba establecido de la dignidad de la permanencia. La tradición y la prescripción cesaron de ser los guardianes de la autoridad» (1959, p. 278).

⁹ En contra de esta tendencia, autores como T. Nairn (1979), o, en menor medida, J. A. Armstrong (1982), han defendido la validez de los movimientos etnicistas e intentado compatibilizarlos –T. Nairn con ejemplar corrección– con una interpretación genuinamente democrática.

¹⁰ No sorprende que F. Savater, haciendo suyo aquel deseo de J. Benda, proclame la necesidad de erigir un monumento que consagre la excelencia social del Orden y de la Santa Seguridad (1992, p. 26).

lismos ya consolidados estatalmente sea que su triunfo les dispensa de estar constantemente ejerciendo o subrayando su entidad...» (1990, p. 34); es decir, importunando la permanencia de lo establecido, introduciendo «un elemento de inseguridad que atenta precisamente a la base del orden estable» (J. R. Recalde 1990, p. 45).

Desde Hobbes, sabemos de la exclusividad en la producción normativa que caracteriza al surgimiento del Estado. También sabemos, esta vez desde M. Weber, de la legitimidad que en los tiempos modernos acarrea la legalidad. Por eso resulta de secuencia lógica que el mantenimiento del *status quo* dependa de la defensa del mecanismo que lo asegura. Aunque con mucha frecuencia los escritos antinacionalistas se solazan en un supuesto espíritu democrático que emanaría de su vinculación emotiva a una realidad racional, igualitaria y moderna como el Estado¹¹ y, por contra, imputan al nacionalismo una especie de perversión tradicionalista y retrógrada; lo cierto es que el núcleo teórico del ataque al nacionalismo —a lo que los hijos del Lord llaman nacionalismo— implica una clara vocación antidemocrática. Como es probable que este aserto despierte cierta indignación tanto en las vírgenes vestales de la democracia como en los lectores de *Claves de la razón práctica* —revista editada por aquéllas y que presenta por el tema un interés casi monográfico— habrá que explicarse. La impugnación, y aún más la inversión, del correlato tradicional entre el nacionalismo de las comunidades sin Estado y la ausencia de democracia precisa de demostración, pues la opinión dominante exige siempre la carga de la prueba al disidente.

E. Kedourie, que, como decimos, es al respecto «esencia pura», idea que se refracta platónicamente en el resto de los teóricos, nos muestra con claridad la relación que indicamos. El nacionalismo tiene a juicio de Kedourie —también para Acton— un origen revolucionario. Nada que objetar. La mayoría de los tratadistas, al menos los que no profesan creencias primordialistas, convienen en este asunto. Sin embargo, lo relevante de la caracterización de Kedourie es que la consideración revolucionaria no es una mera atribución histórica, sino que implica un juicio valorativo que luego se extenderá al nacionalismo todo. La revolución, en consonancia con el pensamiento conservador inglés¹², es el sedicioso y sanguinario movimiento que pretende alterar el orden establecido. La conmoción política que resulta de semejante proceso —la motivación revolucionaria es indiferente— constituye el verdadero objeto de crítica. De otro lado, los

¹¹ De nuevo Acton abre camino: «Es en el caldero del Estado donde la fusión tiene lugar, y en el que el vigor, la sabiduría y la capacidad de una parte de la humanidad puede comunicarse a la otra [...]. La nacionalidad formada por el Estado es la única a la que debemos deberes políticos y es, por consiguiente, la única que tiene derechos políticos» (1959, pp. 313-320).

¹² Posiblemente sea Burke el primero en utilizar el término *revolución* con el sentido político peyorativo que aún hoy destila. La revolución, que en sentido primigenio decía relación de estabilidad, permanencia e inmutabilidad, pues no era sino la trayectoria de un cuerpo celeste alrededor de su centro —y así era utilizado por los propios revolucionarios, que lejos de intentar ruptura alguna pensaban restaurar el orden natural y racional roto por el absolutismo—, se convierte en sinónimo de cambio brusco, destructivo y violento.

revolucionarios son tachados de «agitadores» y «perturbadores» que persiguen la «transvaloración social mediante su tendencia a la intranquilidad política». La auténtica injusticia, parafraseando a Goethe, es el desorden. Pues bien, el nacionalismo se le aparece a Kedourie como el coadyudante histórico de la deletérea idea revolucionaria. El ciego activismo perturbador del orden precisa todavía del apoyo teórico del nacionalismo, esa «otra revolución que en el ámbito de las ideas trabajaba poderosamente para secundar la acción de los revolucionarios» (1985, p. 9).

Así las cosas, el nacionalismo surge como la envoltura irracional de oscuros intereses que sólo pretenden la alteración del estado de cosas existentes¹³. La condena que le merece el nacionalismo es la de todo aquello que puede causar –proponga lo que proponga, que sobre eso no se hace cuestión– una remoción de lo ya dado. No es de extrañar, por ello, que Kedourie haga radicar el sustrato del nacionalismo en la teoría kantiana de la moralidad. La cuestión merece algún detenimiento tanto por el acierto que supone relacionar la autonomía moral del individuo con el derecho de autodeterminación –en contra del nauseabundo estereotipo de la teoría liberal en su polémica con el comunitarismo– como por la atroz interpretación con que a veces Kedourie castiga al *Magister* de Königsberg. Al igual que en la admonición matrimonial, en lo bueno y en lo malo habrá que sacar provecho.

A partir de la tajante división kantiana entre moralidad y conocimiento y la obediencia de la primera a una ley universal autónoma, Kedourie enlaza esta doctrina con uno de los puntos nodales del nacionalismo revolucionario¹⁴ (entiéndase díscolo y pillastre): la creencia en la actividad autodeterminadora del individuo. La libertad del hombre es, en este sentido, omnímoda y se sobrepone a cualquier supuesta determinación. No existen trabas para la expresión del concreto sentido de justicia que el hombre profesa¹⁵. Si esto es así, si los criterios políticos por los que deba

¹³ En una cita del Rector de la Universidad de Kazán, en 1917 –retengamos el lugar y la fecha para apreciar lo que sigue en todo su esplendor reaccionario–, valorada por Kedourie como «justa apreciación» de la causa del nacionalismo podemos leer: «La lengua humana es quien transmite este poder diabólico: la imprenta es su arma. Los profesores de la Universidad destilan en las mentes de la desgraciada juventud *el veneno atroz de la incredulidad y el odio a las autoridades legítimas*» (1985, p. 80).

¹⁴ «Como revolucionario –dice Kedourie, coincidiendo en esto con Heine y, salvando las distancias, con Ortega– Kant dejaba en la sombra a Robespierre» (1985, p. 15).

¹⁵ Claro está, esto no puede ser confundido, como hace Kedourie, con una defensa del libre albedrío y menos aun con la legitimación de cualquier acto humano por el mero hecho de obedecer a su propia conciencia. No tiene sentido que Kedourie ejemplifique las «horribles consecuencias» de esta libérrima opción con el asesinato de Kotzebue por C. Sand por considerarlo éste una convicción íntima que no necesitaba de apoyatura ni de explicación exterior. Un error similar, y que dará lugar a una nueva tergiversación, lo comete Kedourie en la precaria inteligencia de la significación de las categorías kantianas. La tesis del profesor inglés es la siguiente: como, según Kant, es imposible un conocimiento cierto de la realidad, pues ésta se constituye en noúmeno inaccesible –«nunca podemos conocer las cosas como realmente son, las cosas en sí no pueden ser conocidas [...]». La realidad se encuentra siempre oculta tras una nube y ningún hombre puede verla» (1985, pp. 22-23)–, se hace necesaria la intervención fideísta de la pura actividad humana. Toda acción, entonces, tiene como única guía moral la propia catalogación del sujeto. Prescindiendo de la más que vulgar interpretación del noúmeno kantiano como esen-

regirse el hombre y, por extensión, la sociedad no reposan en ninguna condición externa determinante, entonces la vía hacia la libre expresión de la voluntad queda abierta: «La moralidad procede de la autolegislación. Los únicos límites legítimos son límites autoimpuestos. Los otros no significan nada para el hombre autónomo» (1989, p. 19) De esta manera, el hombre libre se afirma a sí mismo contra el mundo con la «euforia vital» característica de toda autodeterminación moral (1989, p. 20). Éste es el peligro que advierte Kedourie, y con él, todos los que ven riesgo en esta colectivización del pensamiento kantiano. La alarma ante las amenazas de una actuación política que remueva los cimientos de la tradición —ésta es en síntesis la función que Kedourie otorga al nacionalismo— no puede ser más explícita: «Con la idea de que los acuerdos pueden ser revocados y los pactos no cumplidos Kant se limitaba a reforzar las enseñanzas que la Revolución francesa extendía con tanto éxito» (1985, p. 18). El «republicanismo» de Kant que, si no nos equivocamos, es sinónimo de democracia tal y como es delineado en *La paz perpetua*, representa para Kedourie —en lo que no deja de ser una definición retrógrada del plebiscito— un «escrutinio perpetuo de súbditos sediciosos» (p. 18). En la crítica a las nefastas consecuencias de la revolución y del nacionalismo más parece que ofenda la posibilidad misma de democracia radical —esto es, que afecta a la raíz de las cosas— que las implicaciones subversivas que pudiera comportar.

Teniendo esto en cuenta, no sorprende que Kedourie arremeta contra el nacionalismo al vincularlo con la lucha, la beligerancia y la violencia que todo cambio de orden ocasiona. Más difícil de digerir resulta la relación de esta propensión a la barbarie con la obra de Kant y sus continuadores. En efecto, la doctrina kantiana se tiene por la iniciadora de esta «ideología siniestra» (1985, p. 24). En *La disputa de las facultades* decía Kant, y es texto que reproduce Kedourie en su apoyo, que «el ser dotado con libertad no se contenta con disfrutar de una vida agradable, que podía tocarle en suerte a través de la acción de otro [...]. Lo que importa es el principio por medio del cual se consigue». De este pasaje, que en puridad nada añade al archiconocido principio formal de la moral kantiana, deduce Kedourie que «Kant está dispuesto a aceptar la brutalidad (!); a ella subordina todos los demás beneficios de la vida social [...]. La lucha debe acompañar todos los intentos de realizar la virtud. La lucha es garantía de

cia sólo accesible a la intuición visionaria y creyente —giro hermenéutico que fue de gran utilidad al ajuste teológico al que se vio sometido el de Königsberg— la consideración de las categorías como elementos puramente subjetivos del conocimiento está del todo injustificada. Las categorías en Kant pertenecen efectivamente al sujeto cognoscente, pero proporcionan un conocimiento objetivo; son condiciones lógicas del conocimiento. En este punto Kant es concluyente: «Las condiciones que hacen posible la experiencia son, al mismo tiempo, las condiciones que hacen posibles los objetos de la experiencia». El supuesto «escepticismo epistemológico» (1985, p. 23) al que conduciría la teoría kantiana —aquí Kedourie ignora que precisamente fue la actitud escéptica del empirismo humeano el modelo teórico que Kant intentó combatir en su *Crítica de la razón pura*— es, si bien resulta útil para acentuar el carácter incontrolado del sujeto político kantiano, interpretación intelectualmente grotesca.

objetivos superiores y el compromiso de vencer a los bajos instintos. El hombre autónomo es un activista duro, un alma perpetuamente atormentada. Una política hecha según esta imagen es una política en la que la lucha *per se* es un rasgo necesario» (1985, p. 19). La violencia, tal es el la lectura kantiana de Kedourie, es tránsito obligado en el paso de la barbarie a la civilización, de la ignorancia al conocimiento, y este cambio tiene lugar sólo a través de la lucha, extorsión y rebeliones (p. 38). Para Kant, «sólo a través de la guerra alcanzará el Hombre la vida de la razón».

Una lectura de *La paz perpetua* y de la *Metafísica de las costumbres* basta para ver la inconsistencia de la imputación de Kedourie que, con el fin de hilvanar la libertad incondicionada de volición –podemos entender aquí autodeterminación– y la sedición sanguinaria, establece una injustificada línea directa entre Kant y Spengler –recordemos que para éste la cultura era siempre salvada por un pelotón de soldados–. Para Kant, así comienza *La paz perpetua*, la paz no existe naturalmente entre los hombres, «el estado de paz no es un estado de naturaleza, que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe constante amenaza. El estado de paz debe por tanto ser instaurado» (1989, p. 14). Salir del estado de naturaleza para constituir una sociedad civil es un imperativo de la razón: «la razón práctico moral formula entre nosotros su veto irrevocable: no debe haber guerra».

En definitiva, no existe en Kant una exaltación de la idea de lucha¹⁶. Si bien Kant (1989, p. 40) dice que la diferencia de lenguas y religiones llevan consigo «la propensión al odio mutuo y a pretextos para la guerra» –y con ello constata, no defiende–, aclara más adelante que «con el incremento de la cultura y la paulatina aproximación de los hombres a un más amplio acuerdo en los principios, estas diferencias conducen a coincidir en la paz» (p. 41).

Si nos hemos detenido en la peculiar tergiversación kantiana que perpetra Kedourie no ha sido por capricho ni regodeo en la exhibición ajena de la más crasa ignorancia de fundamentos filosóficos –si así fuera dedicaríamos unas páginas a la delirante comparación que establece entre el *Materialismo y empirocriticismo* de Lenin y el *Mein Kampf* de Hitler (1985, p. 36)–, sino para mostrar el tenor ideológico de la línea de razonamiento de Kedourie, que es, en realidad, extensiva a todos los hijos del Lord. La certera vinculación que establece entre Kant y el surgimiento de la teoría nacionalista¹⁷ no podía consumarse sin infiltrar en el kantismo los gérmenes de la violencia perversa y de la inicua irracionalidad que serán definitorios de la política nacionalista.

¹⁶ «Del mismo modo que miramos con profundo desprecio el apego de los salvajes a la libertad sin ley, que prefieren la lucha continua a la sumisión a una fuerza legal determinable por ellos mismos...» (1989, p. 21).

¹⁷ «Tan importante como la sustancia de la doctrina (kantiana) son los hábitos y actitudes que estimuló y fortaleció. Contribuyeron al dinamismo de la doctrina de la autodeterminación. El nacionalismo, que es en sí mismo, como veremos, en buena parte una doctrina de la autodeterminación encontró en ella la gran fuente de su vitalidad» (KEDOURIE 1985, p. 20).

Kant, aunque iniciador teórico del movimiento nacionalista, no lo desarrolla hasta sus últimas consecuencias¹⁸. Será el postkantismo filosófico el encargado de perfeccionar esa base y llevar de hecho a la práctica lo que en Kant no era más que especulación pura. El nacionalismo, como doctrina de la autodeterminación, tendría entonces su origen más preciso en las tesis kantianas ajustadas por la reelaboración de Fichte. Éste habría salvado el escepticismo radical de Kant disolviendo los rasgos objetivos –pocos, muy pocos según el entendimiento de Kedourie– implicados en la concepción nouménica que su predecesor postulaba de las cosas en sí: «más bien ocurría que tanto las categorías como las sensaciones, ciertamente el mundo como lo conocemos, son producto de la conciencia, manufacturadas, por así decir, por ella (1985, p. 23)». De esta manera, si el mundo es obra de la conciencia, Fichte sólo podía explicar la determinación de la experiencia externa como producto de una conciencia universal de la que las conciencias particulares derivan. El mundo adquiriría realidad y coherencia porque era el resultado de una única conciencia y sus partes podían existir y participar en la realidad sólo porque ocupaban su lugar dentro de este mundo. El universo, para Fichte, era un todo orgánico, ninguna parte del cual puede existir sin el resto. El conocimiento de sus partes es pues ilusorio; ninguna parte puede conocerse por sí misma al no poder existir por sí, fuera de un todo coherente. La aplicación de esta epistemología a la teoría política (de igual manera que procedió Hobbes con su *Leviatán*) condujo a la creación de un ente que tuviese esa función ordenadora característica de la totalidad: la nación. Así, la libertad del individuo se hace consistir en su identificación con el todo, pertenencia que le confiere realidad¹⁹.

Si Kedourie afirmase simplemente que, como cuestión de procedimiento, el cambio de rumbo filosófico –en este caso el kantismo y su posterior giro fichteano– es un buen punto de partida para el análisis del nacionalismo, no habría objeción alguna que oponer. Sin embargo, la pretensión de que estos cambios constituyan la base de una teoría única y global, no circunscrita al nacionalismo romántico alemán, es absolutamente inaceptable. Como también lo es, y aquí nos topamos con otro

¹⁸ De hecho, Kedourie lo exculpa parcialmente del juicio condenatorio. Tras resaltar el natural emparentamiento del nacionalismo y el crimen –en otro lugar, más explícitamente, dirá: «existe una obsesión con la muerte que da cuenta de la violencia y horror frecuentes en los métodos nacionalistas (...) Es un rasgo bien conocido que los nacionalistas matan a los miembros de su propia nacionalidad sospechosos de una falta de inclinación al compromiso» (1985, pp. 68-82)– el filósofo de Königsberg ve atenuada su pena al ser relegado a mero inductor inconsciente, y por ello inimputable: «Esto no quiere decir que Kant hubiese aprobado la utilización que se hizo de su doctrina (...) Cuando un filósofo lanza sobre el mundo un sistema, no puede ser tenido por responsable de las implicaciones que otros correctamente extraen de él» (1985, p. 17).

¹⁹ Esta teoría, considerada por Kedourie piedra angular del pensamiento nacionalista y, como tal, aberrante, es hoy presupuesto fundamental para la moderna teoría del Estado, no ciertamente por su momento hegeliano –caracterizado por la superioridad estatal– sino en su consideración temporal del surgimiento del Estado como previo al individuo. De otra parte, la perspectiva holista que Kedourie estima consustancial al movimiento nacionalista es la nota más característica del pensamiento político hegeliano, curiosamente exculpado en repetidas ocasiones (1985, pp. 14-122) de cualquier tentación nacionalista.

jalón distintivo de los hijos del Lord, el que se intente derivar de la pura creación filosófica el surgimiento del nacionalismo. Para Kedourie, impenitente secuaz de la más prístina tradición idealista, el nacionalismo es «residuo de sistemas metafísicos», fruto de teorías forjadas en «oscuros talleres metafísicos centroeuropeos». Es la Idea de nación sustentada por «filósofos eruditos o abstrusos y complicados economistas» (1985, p. 35) la que crea al movimiento nacionalista. Y lo que es peor, el idealismo no sólo alcanza al origen del movimiento nacionalista, que surgiría de las elucubraciones de un puñado de intelectuales alemanes, sino que llega a explicar la específica *ratio* de la formulación teórica de éstos: «Los escritores que inventaron y elaboraron la teoría postkantiana del Estado pertenecían a una casta que era relativamente baja en la escala social... La mayoría de ellos eran hijos de pastores, artesanos o pequeños campesinos. Consiguieron de un modo u otro acceder a los estudios universitarios y los hicieron frente con pequeñas becas, lecciones particulares y arreglos similares. Cuando se graduaban se encontraron con que sus conocimientos no les abrían puerta alguna, que todavía estaban en la misma base social. Estos estudiantes sentían en ellos el poder de hacer grandes cosas; tenían cultura, conocimientos, habilidad, suspiraban por una vida de acción y sin embargo estaban condenados a pasar años angustiosos» (1985, p. 30). El nacionalismo surge entonces como catarsis de jóvenes ambiciosos de procedencia humilde. El resentimiento personal²⁰, al parecer, produjo una teoría que conmovería al mundo.

Pero el nacionalismo, que es «doctrina entusiasta y embriagadora (...) especie de bovarismo político de consecuencias violentas, anárquicas (...) en el que el horror y el placer, el amor y el odio, la crueldad y la ternura no se pueden distinguir» (1985, pp. 65-67, 76), no se quedó simplemente en el terreno de la reacción intelectual que se enfrenta al mundo para paliar oscuras frustraciones. Las masas, continúa Kedourie —en lo que constituye un dato increíble para los que damos clases en el ramo— quedarían prendadas por el encanto de la filosofía: «La filosofía daba entrada a un mundo más noble, más verdadero, un mundo más real y emocionante; y paulatinamente la frontera entre el mundo de la imaginación y el mundo de la realidad se volvía borrosa y a veces desaparecía enteramente (...) La lectura de libros²¹ se convirtió en una actividad política y revolucionaria. Así, muchos jóvenes pasaron de la composición de

²⁰ En el mejor de los casos, porque, en el paroxismo del desafuero, Kedourie llega a considerar el hastío provinciano y la sed de aventura como factores desencadenantes del nacionalismo: «Humildes ciudades provinciales donde nunca ocurre nada, polvorientas bibliotecas, prosaicas salas de lectura, se convirtieron en el escenario de un juego secreto, absorbente (el nacionalismo) en el que nada era como parecía y todo adoptaba los encantos de la conspiración. De vez en cuando, desde luego, la monotonía se quebraría y habría policías, arrestos, prisión, exilio. El mundo cerrado y secreto del complot y la conspiración empezaría a ejercer por sí mismos una emoción obsesiva» (1985, pp. 79-80).

²¹ Es una constante en el *Nacionalismo* de Kedourie la relación entre la filosofía y la impostura política: «Por medio de palabras de alta filosofía los gobernantes pueden controlar mejor a los gobernados, que son cogidos en la trampa de su capacidad de leer y escribir, obteniendo así su apoyo activo o su aquiescencia pasiva» (1985, p. 36).

poemas a la manufactura de máquinas infernales...» (1985, p. 79). La fraseología engañosa «engendada por publicistas y profesores» arraiga en los sectores más propensos a la conspiración y a la agitación: en los estudiantes (1985, p. 77) y, asómbrese el lector, en las vidas mortecinas ávidas de emociones fuertes —las madres de familia²².

El determinismo intelectual implícito en esta descripción y la extrema simplificación de la situación de la época, rasgos que advierte perfectamente A. D. Smith (1976, p. 73), descalifican por completo el análisis de Kedourie y nos ponen en guardia frente a la pretensión idealista de inferir del «espíritu del tiempo» consecuencias políticas de alcance. No obstante, lo verdaderamente relevante de este asunto no es tanto la desafortunada y pintoresca reducción metodológica como la derivación de índole filosófica que Kedourie extrae de todo ello. Si el siglo XIX hubiera seguido los derroteros intelectuales del pensamiento europeo, piensa Kedourie, el nacionalismo no hubiera trascendido la categoría de gracioso juguete de salón u ocioso pasatiempo en manos de sesudos estudiosos. La benemérita tradición académica del occidente europeo supo separar «la vida de acción de la vida contemplativa y considerar la política, que cae dentro de la vida de acción, como una ocupación enteramente práctica» (1985, p. 28). La «incompatibilidad esencial entre la especulación filosófica y el orden civil rara vez se puso de manifiesto cuando los filósofos eran hombres discretos que enseñaban oralmente a un pequeño círculo de discípulos» (1985, p. 80). Los intelectuales no se inmiscuían en asuntos que no les eran propios y sobre los que carecían de competencia alguna: «El filósofo, comenta con nostalgia Kedourie, que pasaba sus días intentando contemplar la eternidad, el místico cuyo único deseo era perderse en Dios, se encontraban necesariamente apartados de la política» (1985, p. 28). La concepción romántica de la historia introdujo un radical trastrueque de esta dimensión. Ahora, lejos de ser la vida de acción y la contemplativa polos tan opuestos como la práctica y la teoría, se predica que el fin de la política es la mixtión de ambas: «Esta mezcla de lo espiritual y lo temporal se ha introducido en la retórica política al uso (...). La política, según esta perspectiva, se encuentra ligada con el último destino del hombre; conocimiento y acción no son opuestos. La acción es comprensión y la comprensión es acción» (1985, p. 34). Éste es el origen de la protervia nacionalista. La filosofía debe permanecer en su nimbo académico a riesgo de convertirse en un arma peligrosa e irresponsable y los filósofos en partícipes de sus letales consecuencias. Cuando las elucubraciones de los filósofos suplantaban los dictados de la política práctica y realista²³ —«la política era, para ellos, más bien una llave de

²² «¿Cómo y a qué punto, nos preguntamos, llegaron a abandonar los colegiales sus distracciones propias y el ama de casa a descuidar sus tareas domésticas quedando dispuesta para cometer el crimen y el derramamiento de sangre?» (Kedourie 1985, p. 80).

²³ En este punto la presencia tutelar del padre se deja sentir con toda su fuerza. Al inicio de su *Ensayo sobre la nacionalidad* aseguraba Acton: «Los hombres de inteligencia especulativa o imaginativa han visto en el sueño de una sociedad ideal el remedio, o al menos el consuelo, para los males que eran incapaces de arreglar en la práctica (...) Pero cuando los filósofos intentaron

oro que franqueaba reinos de fábula», dirá en otro lugar (1985, p. 54)—, cuando las decisiones de Estado son tomadas teniendo como presupuesto teorías de «especuladores literarios y académicos» la organización política deviene en caos. «¿Cómo es posible la plausibilidad de un programa político inventado por hombres que nunca habían ejercido el poder y eran poco sensibles a las necesidades y obligaciones que acompañan a las obligaciones internacionales?» (1985, pp. 53-54). La investigación académica, y con ello zanja la cuestión de un modo que irritaría a Platón, «no añade una coma o un ápice a la capacidad de gobernar» (p. 99).

La denuncia de la irrupción de la filosofía en el ámbito de la política no es algo novedoso. Ya J. Benda, célebre ensayista y comentarista político, publicó en 1928 su conocido libro —que Kedourie sin duda utiliza aunque silencia la fuente— *La Trahison des clercs*. En él se afirma que hasta finales del siglo XIX había habido dos clases de personas, los «clérigos» y los «laicos». Estos últimos se dedicaban a la administración práctica de la sociedad, mientras que los primeros no perseguían objetivos prácticos sino que se apartaban de la sociedad y argumentaban en favor de valores desinteresados e inmateriales. Desde que hay intelectuales ha sido su oficio en la historia universal enseñar los valores humanos abstractos y generales. La traición de los clérigos consistió en su renuncia a los bienes cuya vigilancia se les había encomendado durante siglos mediante su integración en la vida política y en la aceptación de que la actividad intelectual podía ser orientada hacia fines igualmente políticos. La súbita aparición de novelistas politizantes, poetas politizantes, historiadores y hasta recensionistas politizantes inauguró lo que para Benda era una insólita y perjudicial pasión por la política²⁴.

Aunque la similitud de las construcciones de J. Benda y E. Kedourie es más que evidente, hay algo que las diferencia. Mientras que en Benda existe una nostalgia del claustro y añoranza del convento en cuyo retiro se refugian «los espirituales» —«Europa tendrá que parecerse a aquella erudita joven del siglo XIII, que enseñaba matemáticas en la Universidad de Bolonia y que se presentaba ante sus alumnos con un velo para no confundirlos con su belleza»— en Kedourie se aprecia una legitimación del quietismo histórico. La irresponsabilidad de los filósofos-revolucionarios-nacionalistas consiste en perturbar los principios que han consolidado el ámbito territorial ya establecido. La negación del orden existente, «el desprecio de las cosas como son, del mundo como es» (1985, p. 67) se constituyen en los peligros que el nacionalismo acarrea y que, en la medida de lo posible, hay que evitar. Lo real es racional, decía Hegel, y

aconsejar o reformar la humanidad creando un estado imaginario, sus motivos más definidos e inmediatos y la propia organización política son una sátira a la vez que un modelo (...) Porque se necesita algo más que el descontento y la ingenuidad especulativa para dar a una política cierto poder sobre las masas humanas. El esquema de un filósofo puede sólo exigir la conformidad real de los fanáticos, no de las naciones» (1959, pp. 275-276).

²⁴ La predicción final de Benda, yo no sé hasta qué punto presciente, era la de una necesaria separación de las funciones de los clérigos y de los laicos para la supervivencia de la civilización europea.

con ello quería significar que la verdadera realidad, que no siempre coincide con lo que de hecho existe –a esto Hegel lo llamaba fenómeno, siguiendo la tradición kantiana– debía adecuarse a principios de Razón. Por el contrario, Kedourie adopta el *dictum* a través de la interpretación de los discípulos de la derecha hegeliana: lo que realmente existe tiene razones para perpetuarse al haber pasado el examen de la Historia.

Apologetas del orden en tanto que orden, cultores de la estabilidad por lo que tiene de respeto a la tradición, incontaminados intelectuales que supuestamente renuncian a la miseria de la política cuando en realidad su intervención no es más que una política miserable, veladores de la Historia siempre dispuestos a pasar factura por la interesada vigilancia –*facio ut des*–; ellos, los hijos del Lord, son la verdadera clerigalla traidora.

BIBLIOGRAFÍA

- ACTON, J. E. E. (1959): *Ensayos sobre la Libertad y el Poder*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- ALONSO OLEA, A. (1981): «Una nota sobre el “espíritu del pueblo”», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24.
- ARMSTRONG, J. A. (1982): *Nations before Nationalism*. The University of North Carolina Press.
- BLAS GUERRERO, A. DE (1984): *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*. Madrid, Espasa Calpe.
- (1989a): «Sobre el nacionalismo español». Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. *Cuadernos y debates*, núm. 15.
- (1989b): «Lord Acton y el pensamiento político liberal», en *Sistema*, noviembre de 1989.
- CARR, E. H. (1945): *Nationalism and After*. Londres, MacMillan.
- CASSIRER, E. (1970): *El mito del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica.
- COBBAN, A. (1945): *National Self-Determination*. Londres, Oxford University Press.
- COLOMER, J. M. (1984): *Contra los nacionalismos*. Barcelona, Anagrama.
- DUNN, J.: *La teoría política de occidente ante el futuro*. México, Fondo de Cultura Económica.
- EMERSON, R. (1960): *From Empire to Nation*. Cambridge, Harvard University Press.
- GELLNER, E. (1995): *Encuentros con el nacionalismo*. Madrid, Alianza Universidad.
- GUIBERNAU, M. (1996): *El nacionalismo*. Barcelona, Ariel.
- HEGEL, G. W. F. (1970): *Fenomenología del Espíritu*. Buenos Aires, Claridad.
- (1972): *La constitución de Alemania*. Madrid, Aguilar.
- (1982): *Lecciones sobre Filosofía de la Historia*. Madrid, Alianza Editorial.
- KEDOURIE, E. (1985): *Nacionalismo*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- LÓPEZ CALERA, N. (1967): *Derecho abstracto o natural en Hegel*. Universidad de Granada.
- MERLEAU-PONTY: *Sense et nonsense*. París, Gallimard.
- MINOGUE, K. (1975): *Nacionalismo*. Buenos Aires, Paidós.
- NAIRN, T. (1979): *Los nuevos nacionalismos en Europa*. Barcelona, Península.

- PRIETO, F. (1983): *El pensamiento político de Hegel*. Madrid, UPCM.
- RECALDE, J. R. (1990): «El punto cero de la autodeterminación», en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 7, noviembre.
- (1995): *Crisis y descomposición de la política*. Madrid, Alianza Universidad.
- SAVATER, F. (1985): *Contra las patrias*. Barcelona, Tusquets.
- (1990): «Falacias de la legitimación histórica», en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 7, noviembre.
- (1992): «Hacia la universalización de la libertad política», en *Sistema*, núm. 108.
- SMITH, A. D. (1976): *Las teorías del nacionalismo*. Barcelona, Ediciones Península.

El riesgo neoaristotélico

Por MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS

Universidad de Oviedo

La vieja idea, «nada más moderno que lo viejo», soluciones antiguas para los nuevos problemas, parece ser uno de los presupuestos fundamentales de los actuales «neo-aristotelismos comunitaristas». Sin embargo, nosotros, con una cierta facilidad y, quizá, un tanto intuitivamente, no podemos dejar de cuestionarnos la validez de tales formulaciones.

Ciertamente, hablar de «comunitarismo» conlleva ambigüedad¹, la derivada de las múltiples formas, caracteres y matices que éste puede adoptar. Por eso intentaremos especificar cuál es nuestro objeto de estudio. Así, primero, nos referiremos al «comunitarismo» como la corriente de pensamiento —que en los ochenta se inicia dentro del ámbito anglosajón y norteamericano— que adopta como núcleo teórico y objeto central de su análisis la realidad ético-política y jurídica que se circunscribe al ámbito de la comunidad y a la tradición en la que tal comunidad se incorpora, para reivindicar una nueva forma de comprensión de la relación de la misma con los particulares que la libre de las intromisiones y desviaciones perjudiciales y disgregadoras, ajenas y externas que han venido siendo proclamadas y potenciadas por «el» liberalismo como abanderado de las pretensiones de «neutralidad y universalidad de las formulaciones de la justicia»² en su proclama del «individualismo metodológico y atomizador». Segundo, dentro de ese «comunitarismo», nos ocuparemos de aquella forma de «comunitarismo orgánico» que reivindica la prioridad

¹ Como señala CARLOS THIEBAUT «el término “comunidad” es políticamente vacío y puede aludir, a la vez, a referencias semánticas opuestas según sea su empleo, ...» (THIEBAUT/1988, p. 52). De la misma vacuidad del término «comunidad», proviene la ambigüedad ético-política y las consecuencias jurídicas de la articulación comunitarista.

² Frente a lo que el «comunitarismo» esgrime «el recurso a la eticidad de una comunidad particular y a su propagación de la prioridad de lo “bueno para nosotros” sobre lo “justo para todos”» (APEL/1994, p. 16).

ontológica y moral de la comunidad –como ente orgánico– sobre el individuo y que, a partir de la evaluación de los desastrosos resultados de los presupuestos liberales contemporáneos, levanta el acta de defunción pertinente, para abrir la sucesión *ab intestato* del recién fenecido a favor de las formas tradicionales de raigambre aristotélica. Y, tercero, respecto de éste, intentaremos una revisión del neo-aristotelismo en su versión más puramente comunitarista, centrándonos en uno de sus autores más representativos, Alasdair MacIntyre. Así, interpretaremos la argumentación aristotélica para ver cuánto de «aristotélica» y cuánto de «neo» tiene la formulación de MacIntyre, por atisbar las derivaciones y las posibilidades de ese «neo-aristotelismo».

Es muy cierto que, últimamente, MacIntyre se decanta por un tipo de neo-aristotelismo tomista. Nosotros no excluimos interesadamente tal cuestión. Sin embargo, consideramos que la concreción de esta opción, manifestada tanto en *Three Rival Versions of the Ethics* cuanto en *Whose Justice? Which Rationality?*, tiene fundamentalmente dos repercusiones que consideramos desantendibles, por lo que al interés de este estudio respecta, sin que por ello estemos tergiversando el núcleo de la formulación de MacIntyre. Por decirlo brevemente, para nosotros, el recurso de MacIntyre a la tradición tomista se presenta con la finalidad de superar ciertos aspectos problemáticos que acompañan al esfuerzo de recuperación de la teoría de Aristóteles.

En este sentido, la reivindicación tomista de MacIntyre se nos presenta articulada con una finalidad «estratégica» que desarrolla su plena efectividad respecto de dos estadios, el uno formal y el otro material. Así, desde la perspectiva formal, lo que el tomismo de MacIntyre parece venir a resolver es la misma objeción teórica referida a la diversa interpretación aristotélica, de tal forma que el neo-tomismo de MacIntyre, de una parte, auto-protegerá la propia interpretación que MacIntyre pretende, renunciando a otras posibles, para lo que se sirve de la lectura de Tomás de Aquino, a la par que, de otra parte, permite a MacIntyre objetar al mismo Aristóteles, parapetándose así frente a sus críticos, al reconocer la «crisis epistemológica» en la que habría caído la argumentación aristotélica y presentar la solución tomista frente a la crisis que, por lo tanto, se nos presenta como la solución de la «crisis epistemológica» de la tradición vindicada.

Desde la perspectiva material, MacIntyre recurre al Aquinate para solventar ciertas deficiencias sustantivas que aquejarían a la argumentación de Aristóteles. Sin embargo, a nosotros, lo que nos interesa no es el tomismo en cuanto tal, sino la interpretación que de éste presenta el «comunitarismo de MacIntyre», y este neo-tomismo es uno que, en lo fundamental, se conforma a la formulación aristotélica, cuyas fundamentales innovaciones se centrarían, de una parte, en la asunción de la concepción agustiniana de la naturaleza humana caída y, de otra parte, en la concreción de la imposibilidad de la manifestación de la justicia como virtud natural si no es a partir de la virtud sobrenatural de la gracia del

Dios cristiano transmitida por el Espíritu Santo y, hoy, encarnada en su aspecto político y gubernamental en la figura del Papa católico y en su orden institucional. Y, en tanto que las repercusiones de la consideración de la naturaleza humana como caída no altera, desde nuestro punto de vista, las concepciones aristotélicas de la racionalidad, de la virtud, de la voluntad, del juicio y de la acción y la responsabilidad, y como la formulación teológica de conversión de los gobiernos políticos en gobiernos católicos —en las comunidades que se presenten como cristianas— no viene sino a incrementar las mismas posibilidades de problematización de la teoría aristotélica, como apuntábamos, de lo que trataremos será de mostrar la reivindicación más política de MacIntyre, que es aquella cuyo núcleo reside en la teoría aristotélica.

Nuestra pretensión y nuestro posicionamiento previo presupone, por lo tanto, la asunción de que los argumentos aristotélicos retomados por MacIntyre no se ven desfigurados por su opción tomista de reformulación aristotélica y agustiniana, simplemente, se nos presentarán como más digeribles y menos susceptibles a la crítica en tanto que más próximos, quizá más estéticamente trazados y dotados de unas ciertas notas de ascetismo frente a las que parece florecer el rubor, a la hora de la crítica, con mayor facilidad que cuando nuestro objeto de atención abandona al Dios establecido en favor del «intolerable» politeísmo.

Por lo tanto, elegimos a Aristóteles como el fondo, el prelude, como el «*background*», sobre el que se asentará el desarrollo de una tradición a la que, en momentos o estadios concretos de su desarrollo, se irán incorporando los diversos teóricos representativos del comunitarismo orgánico —como Sandel, Barber, Sullivan, Bellah o MacIntyre...—.

El iluminismo nietzscheano de MacIntyre.—Para MacIntyre, Nietzsche será quien saque a la luz el problema, las contradicciones y el engaño del proyecto liberal, consistentes, fundamentalmente, en la proclamación por las distintas concepciones éticas liberales del «emotivismo» en virtud del cual diversas y contrapuestas formulaciones se justifican en una irreductible pluralidad de valores³. Tal «visión», para el «comunitarismo», en particular el de MacIntyre, es racionalmente incorrecta, siendo la causa de un irremediable relativismo insolvente ante los problemas éticos, políticos y jurídicos del hombre contemporáneo.

Uno de los méritos nietzscheanos, para MacIntyre, sería el del desenmascaramiento de la falsa candidatura al desempeño del papel de la moderna moralidad de la ética kantiana —como soporte de una ley universal garante de las actitudes morales del sujeto individualista— pues, en la misma línea en la que Hegel establecía su crítica, para Nietzsche, como

³ Este «emotivismo», del que MACINTYRE proclama como «defensor más agudo y a la vez más sistemático» a ISAIAH BERLIN (MACINTYRE/1987, p. 141), es, para nuestro autor, el logro de una modernidad inmersa en un proceso radical racionalizador que vendría a legitimar la política del disenso. Como señala J. C. ELVIRA el «emotivismo», para MACINTYRE, «no conduce sino a una situación de amoralismo eufemísticamente encubierta bajo la denominación de pluralismo moral» (J. C. ELVIRA/1994, p. 170).

señala MacIntyre, Kant sólo diseñó una fórmula que, engañando y confundiendo, demostrará al sujeto que éste tenía razón.

Pero, a pesar de tan «meritoria» crítica, con lo que Nietzsche no habría sido capaz de «lidiar» templadamente habría sido con la tarea de trascender las limitaciones de la formulación kantiana criticada. Será en este punto en el que «cambie el tercio», tomando la alternativa un MacIntyre para quien, como señala Okin, «debemos volver a lo que él llama “la tradición clásica” de las éticas, regresando al concepto de las virtudes, si vamos a ser rescatados de lo que él considera como la incoherencia del lenguaje moral y la práctica modernos» (Okin/1989, p. 43). Para MacIntyre tal regreso pasa por vindicar una visión premoderna y ésta, según MacIntyre, «habrá de hacerse en términos cercanos al aristotelismo o no se hará»⁴ (MacIntyre/1987, p. 152). Si Nietzsche criticaba a la Ilustración por dejar de lado la cuestión acerca de qué clase de persona voy a ser, las formulaciones típicamente modernas sólo nos ofrecerán una respuesta que es indirecta pues, ahora, la cuestión primordial se refiere a las reglas: «¿qué reglas debemos seguir? y ¿por qué debemos obedecerlas?» (MacIntyre/1987, p. 152); con lo que, la justificación de las virtudes depende de la justificación previa de las reglas y principios, recordando todo su vigor, frente a sus herederos, la crítica formulada frente a Kant.

Lo que MacIntyre propone es invertir el orden valorativo, «en primer lugar debemos prestar atención a las virtudes para entender la función y autoridad de las reglas» (MacIntyre/1987, p. 153).

La «acción de regreso»: Aristóteles.—De lo que se trata, por tanto, es de establecer un nuevo punto de partida que posibilite el retornar a Aristóteles⁵ recobrando, así, el *corpus* de una determinada tradición —la *tradición clásica*—, que se inicia a partir de las sociedades heroicas.

El argumento de MacIntyre es bien sencillo, a saber, que si Aristóteles no se pregunta «qué es lo que digo yo acerca de un tema determinado» —y en qué se parece o diferencia de lo que dices tú—, sino que se pregunta «qué *debemos* decir *nosotros*», es porque él mismo es el

⁴ THIEBAUT, en su *Cabe Aristóteles*, delimita la posibilidad de una vuelta a ARISTÓTELES. Ahora bien, su inmediata preocupación es la de definir los términos en los que es posible y aceptable la relectura aristotélica, que no serán otros que los de la definición de la identidad personal a partir de un contexto valorativo moderno que sí permite la capacidad de juicio moral en tanto que, a diferencia de la eticidad inmediata del mundo clásico de contenidos normativos no susceptibles de crítica, se ha vuelto reflexivo.

⁵ La vuelta a ARISTÓTELES que MACINTYRE pretende inicialmente —en *After virtue*— seguirá, principalmente, la senda de la *Ética Nicómaco*: «la tradición dentro de la que coloco a Aristóteles es la que hizo de la *Ética a Nicómaco* el texto canónico de la interpretación aristotélica de las virtudes» (MACINTYRE/1987, p. 187). Será *Whose justice? Which rationality?* la obra que incorpore, ya en una forma más sistemática, las tres *Éticas* aristotélicas —destacando de forma clara entre ellas, como él mismo reconoce, la *Ética a Nicómaco*— en conjunción con su *Política*, realizando, muy puntualmente menciones a otras de las grandes obras aristotélicas como *De anima*, *De motu animalium* o la *Metafísica*. Nosotros nos serviremos, básicamente, de la trilogía ética aristotélica, *Ética a Nicómaco*, la *Ética a Eudemo* y la *Gran Ética*, así como de su *Política*, en tanto que ésta nos ofrecerá el reflejo «político» o, como podrían decir ARISTÓTELES o MACINTYRE, «sociológico», de su formulación ético-moral.

«portavoz» de una conciencia conjunta –*nosotros*– que está implícita, que subyace al pensamiento y al curso de acción cotidiano de ese *nosotros*. Desde esta perspectiva, podrá congratularse MacIntyre de haber tomado para su propia formulación aquella otra que habría logrado eludir la «falacia naturalista» frente a la que nos advertía E. Moore. Y, esto es así en tanto que los juicios sobre las virtudes que realiza Aristóteles son «un tipo de sentencia factual» (MacIntyre/1987, p. 187).

Lo que Aristóteles nos estaría presentando serían los patrones de acción debida, como buena y justa, de acuerdo con los parámetros de racionalidad práctica y de voluntariedad.

Nosotros, al revisar el neo-aristotelismo de MacIntyre trataremos de acceder al bien aristotélico –en su relación con la virtud y, en particular, con la justicia–, cuestionándonos el margen de racionalidad y libertad dejado al individuo.

El *bien* del hombre, para MacIntyre, uno de los más atrayentes elementos de la filosofía de Aristóteles, que se vincula a la consecución del *telos* específicamente humano, se formula como su «felicidad» conforme a la «virtud».

Pues bien, ya desde este momento, podemos dejar sentado que ese mejor bien del hombre, su felicidad, coincide con el bien de la comunidad, aunque no de cualquiera, sino de la *polis*, la comunidad civil –como aquella que comprende a todas las demás–, de forma que a partir de la sumisión del individuo a lo que tal comunidad define como virtuoso, obtiene el hombre su bien particular. Y, porque la «comunidad civil», la *polis* aristotélica, es previa a nosotros es posible hablar de un fin propio de tal tipo de comunidad que fundamenta y da sentido a los hombres y a aquellas que hayan de considerarse como las virtudes específicamente humanas⁶.

Ahora bien, conforme a los textos aristotélicos, y de acuerdo con MacIntyre, el bien que proporciona la felicidad del hombre inserto en la comunidad, no es el bien proclamado por cualquier comunidad civil –como cualquier territorio dotado de una estructura política, y al que denominemos comunidad– sino aquel que se define en el marco político y moral de comunidad que desarrolla la *polis* griega⁷.

Tal tipo de proclamación aristotélica de la *polis* griega, parece reflejar la asunción aristotélica de una clave universalista que, en cualquier caso, en opinión de MacIntyre, no nos debe hacer pensar que estamos frente a

⁶ La virtud no tiene su lugar en la vida individual, sino en la vida de la ciudad; «el individuo sólo es... inteligible como *politikon zoon*» (ARISTÓTELES/1959, p. 190), «(s)eparado de la *polis* lo que podía haber sido un ser humano se convierte en un animal salvaje» (MACINTYRE/1994, p. 108).

Pues, si cada individuo particular no se basta a sí mismo, la mera reunión de un conjunto de individuos que no se bastan a sí mismos, no parece ser nada con entidad suficiente como para aportar la plenitud a cada uno de los particulares.

⁷ Las demás «agrupaciones de convivencia» estarían sosteniendo un criterio moral equivocado, un régimen político inadecuado, insuficiente o corrupto, o serían la pura manifestación de la barbarie.

una teoría de tipo normativo. Y, esta cuestión no es baladí en tanto que con ella ya estamos incidiendo en una de las cuestiones teóricas oscuras del comunitarismo actual, a saber, la de cómo es posible «proponer» una determinada forma de convivencia política y moral partiendo, precisamente, del respeto a la particularidad y especificidad de cada comunidad, es decir, en qué momento se abandona la pretensión de universalidad de la propia teoría comunitaria para dotarse de la nota de especificidad y relatividad propias de la organización particular de cada comunidad.

En cualquier caso, para MacIntyre, la proclamación aristotélica de la *polis* griega no es una elucubración propia del más rancio iusnaturalismo racionalista, pues de los textos de Aristóteles se extrae su pretensión de no tomar como fundamento la idea, ni el elucubrar en el vacío, sino de partir de premisas fácticas dadas⁸. Así, tal tipo de argumentación presupondría un *presupuesto sociológico* en la formulación aristotélica, para nosotros, controvertido.

Será, a partir de tal supuesto como se alcancen unos criterios universales omnicomprendivos y verdaderos.

El «punto de partida sociológico» que eliminaría el carácter falaz de la argumentación aristotélica, del que nos habla MacIntyre (MacIntyre/1987, p. 187), vendría a ser la manifestación de la tradición cultural, moral y política de los ciudadanos que bebieron de la «enseñanza» por la *polis* de la virtud y que ellos habrían consolidado a partir de la repetición de las conductas –del hábito de la virtud–.

Sin embargo, es el argumento de MacIntyre el que, realmente, nos puede parecer falaz pues, para destruir la acusación de que la teoría aristotélica incurre en la «falacia naturalista», se asume, *a priori*, que porque el ciudadano –uno muy concreto, el hombre libre, culto, inteligente y educado en la cultura griega– mantenga las pautas morales y políticas en las que ha sido instruido, tal ciudadano ya no sólo posee un *telos* específico, sino que, además y sobre todo, ése es el que le corresponde y el que define su naturaleza virtuosa específica como hombre, en realidad, su «biología metafísica».

Por eso, tal tipo de argumentación destruirá la acusación acerca de la falacia naturalista desde una perspectiva exclusivamente terminológica; es decir, lo que está dado fácticamente se da porque es bueno y justo –«naturalmente»–, y porque es bueno y justo seguimos haciéndolo. Así, se está introduciendo un elemento valorativo de las conductas que no cabe en el plano de las premisas o del ser, a saber, que lo fácticamente dado es tanto como bueno y justo en el mejor sentido que se quiera dar a estas expresiones. Así, si el criterio que adopta Aristóteles se traduce en que «a fin de descubrir cómo una cosa es realmente, deberíamos examinar un buen ejemplar de tal cosa y no el que es imperfecto o se encuentra

⁸ Para SAMARANCH, «(l)a ética aristotélica es,... la de un hombre terreno, instruido y culto... cuya conducta nos dice, por la experiencia repetida de la valoración de caracteres humanos, que aquello es realmente algo superior...» (SAMARANCH/1981, pp. 12-13 y 14).

en alguna manera dañado» (Rowe/1979, p. 173), la objeción se presenta en tanto que mientras que estemos otorgando una valoración positiva hacia aquello que calificamos de «buen ejemplar», habrá de especificarse por qué es ése el buen ejemplar y no cualquier otro al que, por ejemplo, se califique de imperfecto. Cuestión ésta que adquiere especial importancia cuando nos estamos refiriendo a postulados éticos, pautas de conducta o normas jurídicas.

Por tanto, como la felicidad aristotélica es aquella hacia la que si el hombre tiende califica su conducta como de propiamente racional y plenamente coherente con su naturaleza humana en tanto que virtuosa, la cuestión del contenido dado por Aristóteles al término «bien» —como expresión de la felicidad— se traslada al campo propio de las «virtudes». Y como, para Aristóteles, la felicidad individual coincide con la de la comunidad, la ciudad que verdaderamente lo es debe preocuparse de la virtud, pues de otro modo *la comunidad se convertiría en una alianza y la ley en un convenio* y «en una garantía de los derechos de unos y otros, pero deja de ser capaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos» (Aristóteles/1970, p. 84).

En esta misma línea, uno de los argumentos del actual comunitarismo se presenta, de una parte, como la crítica de los derechos como garantías, que no vendrían sino a aislar y a promover la despreocupación del individuo hacia sus semejantes⁹ y, de otra parte, como la reacción frente a la comprensión de la justicia como mera forma de articular la protección de dichos derechos y de resolución de los conflictos intersubjetivos que surgen del ejercicio los mismos por los individuos. Es decir, de acuerdo con el argumento aristotélico, critica el comunitarismo tanto la asignación de los derechos conforme a un criterio neutro y libre de toda valoración acerca del merecimiento de esos derechos, cuanto la concepción de la justicia aséptica de todo contenido valorativo sobre el bien, esto es, alejada de la identificación entre lo justo y lo bueno.

Las virtudes aristotélicas —cuya posesión posibilita el logro del bien del hombre— pueden caracterizarse, de acuerdo con MacIntyre, por cinco notas. Primera, por su relación con el sujeto concreto, al presentarse como *un término medio relativo a nosotros*, aunque determinado por la razón del hombre prudente. Segunda, por ser la instrumentalización de ciertas pautas cara a la consecución del bien. Tercera, y de acuerdo con lo anterior, por remitirse a la idea de la «conducta habitual virtuosa», lo cual, a su vez, nos pone en conexión con «la educación en la virtud para la acción». Cuarta, por ser el resultado de la voluntad y de la libre elección. Y, finalmente, quinta característica, porque, a partir de las anteriores, el desarrollo de una vida virtuosa parece quedar reservado, en el más alto sentido de la expresión, esto es, como «forma» de alcanzar el mayor bien, a un concreto y, por otra parte, reducido sector de la población de la comunidad.

⁹ Tal y como apunta NINO, para los comunitaristas y para MACINTYRE, «sólo una concepción empobrecida y ficticia de la persona moral... permite al liberalismo kantiano mantener sus tesis distintivas de la independencia de lo justo o correcto y los derechos individuales de una concepción de lo que es bueno en la vida» (NINO/1989, p. 139).

Ahora bien, si la virtud es medio para la consecución del bien, lo es, sólo, en cuanto acción voluntaria. La relevancia de tal argumentación, en la que reiteradamente insisten tanto Aristóteles cuanto MacIntyre, se constata al estar apuntando, al menos, a una cuestión fundamental, la de la posibilidad de que la «libre voluntad» aristotélica acabe por convertirse, por lo que al «neo-aristotelismo» toca, en el «libre» o «voluntario» determinismo ejercido sobre los miembros de la comunidad, o en la «forzosa» discriminación de los no miembros de esa comunidad y de quienes, aun siendo miembros de la misma, se comportan como si no lo fuesen, esto es, desatienden sus pautas.

A partir de la íntima vinculación aristotélica virtud-voluntariedad, se puede distinguir en la virtud un «elemento subjetivo», que refiere la virtud a la acción del agente, teniendo presente que sólo el ejercicio de la voluntad promueve la acción virtuosa. La afirmación de MacIntyre de que la formulación aristotélica preserva el elemento volitivo individual cara a la realización de las acciones de acuerdo con las pautas establecidas por las virtudes, es perfectamente congruente con su negación del carácter normativo de las tesis aristotélicas.

Ahora bien, como, de acuerdo con MacIntyre, «el resultado inmediato del ejercicio de la virtud aristotélica, es una elección cuya consecuencia (–resultado–) es la acción buena» (MacIntyre/1987, p. 188), a pesar de que tal «elección va acompañada de razón y reflexión»¹⁰ (Aristóteles/1959, p. 36), con la elección¹¹ se está aludiendo, más que una opción entre distintas posibilidades, un momento intermedio entre un conocimiento cierto de lo que se debe hacer y una situación no menos cierta que es la prescrita como acción buena¹².

La valoración de la vinculación voluntariedad de la elección-razón y reflexión del agente, dependerá de cuál es el objeto de la deliberación, cuestión ésta que desarrollará sus imbricaciones en el terreno de la equidad y de la justicia.

Pues bien, si para Aristóteles, es susceptible de deliberación «aquello sobre lo cual deliberaría un hombre dotado de inteligencia» (Aristóteles/1959, p. 36), y éste tan sólo deliberará sobre las cosas que puedan ocurrir por su intervención, que estén a su alcance y sean realizables¹³, la clave que buscamos se encontrará, seguramente, en el grado de rigidez o

¹⁰ El entrecomillado es mío.

¹¹ Acerca de la elección, como manifestación de la racionalidad práctica del agente que actúa inserto en la comunidad ética de las virtudes, nos parece interesante el estudio que ALEJANDRO CASSINI realiza sobre «La justificación del principio de no contradicción en ARISTÓTELES» (publicado en *Crítica*, 1990, vol. XXII, núm. 65).

¹² Así, cuando ARISTÓTELES señala que la virtud ética es una disposición concerniente a la intencionalidad, tan sólo estará asentando los presupuestos de responsabilidad y mérito por las acciones que son de nuestra autoría.

¹³ No cabe, pues, para ARISTÓTELES, deliberación sobre lo inconmensurable, cuestión ésta de la que debería tomar buena nota MACINTYRE al delimitar su argumentación comunitarista en función de unos presupuestos racionales particularistas que fundamentarían el presupuesto de inconmensurabilidad sobre el que se asienta buena parte de su argumentación teórica de raigambre aristotélica.

de flexibilidad con el que entendamos aquello que el hombre puede hacer, pues ello determinará sobre qué puede o sobre qué debe el hombre reflexionar. Y, si el hombre delibera sobre los medios, no sobre los fines, de lo que se trata es de identificar cuáles son los medios y cuáles los fines, pues cabría pensar que, si tal y como hemos visto, el fin del hombre es su bien, y éste no es otro que su felicidad, podrán ser consideradas como medios todas aquellas acciones que hacen feliz al hombre. Sin embargo, la teoría aristotélica apunta a que establecidos aquellos que han de ser considerados como actos buenos, se da una determinación de la acción virtuosa y de la elección que la misma representa; así, la razón humana exclusivamente deliberará sobre el modo mejor de realizar las acciones encaminadas a obtener unos fines previamente dados.

En este sentido, apunta Guariglia que el estudio de la «filosofía de la acción» aristotélica, a partir del mismo concepto de «acción», supone el reconocimiento final de la presencia en la filosofía de Aristóteles de una «concepción “formal” de la virtud» (Guariglia/1990, p. 94), en virtud de la cual «en cada caso, el carácter de “virtuosa” o “viciosa” de una acción depende de los criterios sociales y culturales, históricamente vigentes...» (Guariglia/1990, p. 94), por lo que la justificación moral provendrá de la consideración social y cultural de la acción como virtuosa.

Teniendo en cuenta que Aristóteles mantiene el criterio, constante a lo largo de sus obras, del «desprecio» hacia el grueso de la población en función del tipo de actividad que desarrollan¹⁴, para nosotros, la naturaleza meramente descriptiva de la realidad ética-política de la filosofía de Aristóteles, es controvertida pues, al existir un criterio establecido de aquello en lo que el bien consiste –articulado en función de las condiciones y de los roles–, podría existir una clara conculcación de lo que hoy podemos entender como libertad.

Si aceptamos esto y, además, tomamos como cierto el hecho de que, tal y como se deriva de los textos aristotélicos, la concreción de las virtudes abarca un espectro tal que no se retrae frente a ninguno de los ámbitos que, más propiamente, y aún en un sentido restringido, podamos tomar hoy como propios de la exclusiva actividad y control privado¹⁵, no parecerá exagerada la afirmación de que la teoría aristotélica –bien es cierto que contemplada desde una perspectiva extemporánea, aunque a no otra cosa nos obliga un intento de revitalización de la misma al modo

¹⁴ Para PHILLIPS, «en tanto que la visión de ARISTÓTELES es absolutamente teleológica... la mayoría de los seres humanos están proyectados por naturaleza para ser los instrumentos que aseguren que unos pocos realizan su más alto bien» (PHILLIPS/1993, p. 126). Así, entenderá OKIN que, «de hecho, aunque la tradición aristotélica, tal y como es presentada por MACINTYRE está supuestamente orientada al bien humano, aquellos servicios necesarios, productivos, reproductivos y cotidianos, son completamente atendidos, solamente, por los otros, y quienes, así, están absolutamente libres para dedicarse a los más altos bienes –actividad política y vida intelectual– son considerados como plenamente humanos» (OKIN/1989, p. 55).

¹⁵ Pues, no olvidemos que la elucubración aristotélica no tiene ningún tipo de pudor a la hora de introducirse en las casas particulares, regular la educación de los hijos, el trato a la mujer, el momento oportuno para la generación..., para continuar normando todos los extremos de la vida del individuo, administración, amistad...

del propuesto por MacIntyre—, no preserva ni el más mínimo reducto para la libertad individual. Para C. Thiebaut el esfuerzo que supone la estricta vinculación de lo privado a lo público, al más puro estilo aristotélico, revela una vinculación de los conceptos de lo bueno y de lo justo que no apunta sino a un «riesgo obvio» (Thiebaut/1992, p. 58), a saber, «que *los límites de la comunidad que se convierte en criterio de tal definición pueden ser tan estrechos o tan cerrados que ninguna diferencia, por no decir ya ninguna disidencia, pueda ser tolerada, y ello es más acuciante cuando hablamos de comunidades ya multirraciales, multiétnicas o multiculturales*»¹⁶ (Thiebaut/1992, p. 58).

La articulación de la «doctrina de la imputación» de Aristóteles, vuelve a justificar su relevancia en tanto que sus efectos sólo aparentemente «no son de naturaleza jurídica, en el sentido actual del término, sino de índole ética» (Máñez/1972, p. 2) pues, como el mismo Aristóteles apunta, tal doctrina también será útil a los legisladores, ya que, como la vida virtuosa «no es agradable al vulgo, y menos a los jóvenes» (Aristóteles/1959, p. 171), la educación y las costumbres han de estar reguladas por leyes. Es, así, el mismo Aristóteles el que, finalmente, corrobora nuestra caracterización de su propuesta como normativa, porque al tender a ser *desatendida y/o incumplida*, habrá de ser *reforzada* mediante leyes. Por lo tanto, las propuestas éticas aristotélicas, se presentan como las *propuestas de ley* de quien se auto-arroga la «potestad» para legislar.

Desde esta perspectiva el ámbito de la ley será tan amplio como el de la virtud. Y, si antes apuntábamos que la virtud diseñada por Aristóteles no se retraía ante ninguno de los aspectos hoy «tradicionalmente» considerados como pertenecientes a la vida privada, ahora, y de acuerdo con la función asignada a la ley por Aristóteles como garante de las virtudes, nos encontramos con que, en realidad, la «propuesta» es la de que es la ley —sea ésta escrita o no— la que no ha de sentir ningún tipo de timidez a la hora de interferir en la normación de aquello que hoy podamos considerar como más propio del ámbito privado¹⁷, como consecuencia de la conversión de lo bueno en lo jurídicamente justo y, viceversa, lo justo —jurídicamente— en lo éticamente bueno.

La «legalización omniabarcante y omnipresente de la virtud», para Aristóteles, se justifica en tanto que existen muchas concepciones de la felicidad y, por ende, muchos entendimientos distintos y, aún, contradictorios sobre la virtud. De lo que se trata, por tanto, es de delimitar a esta virtud; y tal delimitación vendrá a asentarse sobre un elemento subjetivo, el de su proclamación por la elite comunitaria más poderosa.

Qué es, entonces, lo que MacIntyre está pasando por alto. Básicamente que, cuando se trata de expresar la teoría aristotélica, sólo puede utilizarse su terminología cuando se muestra claramente que se está

¹⁶ La cursiva es mía.

¹⁷ «ARISTÓTELES propugna una absorbente regulación de la esfera que hoy llamaríamos privada» (TRUYOL/1961, p. 159).

haciendo. Pero, si han de utilizarse vocablos, como propios, habrá de apuntarse el sentido con el que se están utilizando pues, de otro modo, y ya «desde fuera» de la obra aristotélica, se corre el riesgo de que el lector les otorgue su propio significado correspondiente. Así, cuando MacIntyre habla de un «ateniense educado» (MacIntyre/1987, p. 187), habrá de matizarse que, en realidad, estamos hablando de un «hombre», «libre» y suficientemente privilegiado por su actividad que es instruido en el mismo modo en el que lo han sido —o hubieran debido ser— los otros ciudadanos tan privilegiados como él. Cuando MacIntyre se refiere a la «voz racional» (MacIntyre/1987, p. 187), está aludiendo a aquello que se expresa a través de la conducta que se ha querido calificar como virtuosa de esos ciudadanos privilegiados pues, en realidad, sólo en ellos puede entenderse que late la plena razón. Cuando se habla de «los mejores ciudadanos» (MacIntyre/1987, p. 187) no se está haciendo referencia a un criterio de mejor distinto al de la comparación —o separación— con aquellos que no han sido educados en la virtud, ya porque su actividad sea calificada «*a priori*» como vil o porque «por naturaleza» hayan nacido esclavos o simplemente mujer y, así, subordinada al hombre. En fin, cuando MacIntyre habla de la «mejor ciudad-estado» (MacIntyre/1987, p. 187) está aludiendo a aquella comunidad que según Aristóteles mejor se encuadra en el marco del fin que delimitan las virtudes por las que Aristóteles opta.

A partir de lo visto, puede entenderse que la *virtud de la Justicia* adopte una especial concepción, naturaleza y contenido material de acuerdo con la construcción de las virtudes que ha sido apuntada.

La justicia de Aristóteles se presenta con una doble perspectiva, tanto como virtud del individuo, cuanto como una ordenación de la vida social (MacIntyre/1994, p. 130).

Una de las cuestiones que, a este respecto creemos, promueve mayor interés es la de la delimitación aristotélica entre «justicia natural», «justicia política» y «justicia legal», cuestión ésta profundamente controvertible tanto por la ambigüedad de la formulación aristotélica cuanto por las contradictorias —en parte debido a esa misma ambigüedad— argumentaciones esgrimidas por Aristóteles a este respecto¹⁸. En este sentido, cualquier hipotética pretensión de que MacIntyre aclare nuestras dudas al respecto se desvanecerá casi inmediatamente. Más aún, ni un resquicio de cuestionamiento se desprende del estudio de MacIntyre¹⁹.

¹⁸ En este sentido, téngase en cuenta que nosotros atribuimos a la autoría de ARISTÓTELES la *Gran Ética*.

¹⁹ Básicamente, por dos razones; la primera, el «encorsetamiento» del análisis de la justicia política en un capítulo concreto de la *Ética a Nicómaco*; la segunda, y consecuencia de la anterior, la renuncia a extraer conclusiones que pudieran llevar más allá de ese mismo texto.

Aunque, para MACINTYRE, «ARISTÓTELES dice demasiado poco acerca de la distinción entre la justicia natural y la convencional para que nosotros nos descuidemos al sacar inferencias de lo que sí afirma» (MACINTYRE/1994, p. 129) y «lo que dice sobre el tema es tan breve como críptico» (MACINTYRE/1987, p. 190). Sin embargo, aunque diga suficientemente poco como para que nos surjan dudas básicas y contradicciones, ARISTÓTELES no dice tan poco como MACINTYRE pretende.

Como no es nuestra cuestión de ahora discutir acerca de la naturaleza de la justicia aristotélica tan sólo apuntaremos, por su incidencia sobre la narración de MacIntyre cómo, desde la perspectiva de la *Gran Ética* la justicia natural ha de ser aquella que establece unas prescripciones absolutas que tienen un carácter invariable pues «(aunque) nuestros usos o por nuestra práctica, cambian estas reglas no por ellos dejarán de ser naturalmente justas» (Aristóteles/1981, p. 112). Pero, esto, que parece formulado con una aceptable claridad, tiende a oscurecerse al ser relacionado con la idea de que «lo que perdura durante un tiempo largo, es por naturaleza justo» (Aristóteles/1981, p. 112) pues, si no estamos entendiendo mal, lo que se está diciendo es que existe una justicia natural, inmodificable; pero, también que surgirán otras justicias naturales (¿consiguientemente imperecederas e inmodificables?). De ser esto aceptado, nos situaremos frente a un panorama en el que las distintas formas de «justicia» que puedan darse en las diversas comunidades, en tanto que supongan el acatamiento de firmes reglas durante un período de tiempo más o menos largo, no sólo serán justas, sino que además estarían participando de la justicia natural. Esta argumentación, quizá un poco arriesgada, desde la perspectiva de la formulación aristotélica, nos parece ser perfectamente congruente con la idea de tradición de MacIntyre, según la cual, lo que la tradición en realidad supone es que el pasado ocupa un lugar central al punto de volver inteligible el presente y el presente es el comentario y respuesta al pasado que, de esta forma, es trascendido²⁰.

Afirmar el «iusnaturalismo de Aristóteles», así, supondrá tener en cuenta, al menos, dos afirmaciones. La primera, que parece que estamos ante un «iusnaturalismo» «*sui generis*» –al modo del formulado por el segundo Radbruch– que se escapa de la definición general y tradicional de caracteres del «iusnaturalismo» en cuanto carece de la nota de «inmutabilidad». La segunda que, aun cuando estamos afirmando la identificación entre derecho y justicia, o entre el derecho y lo bueno, a partir de la formulación aristotélica, no ha de perderse de vista la base sociológica o realista²¹ que tanto sus viejos como sus nuevos intérpretes pretenden.

Ahora bien, lo que el carácter cerrado del «racionalismo aristotélico» puede hacer perder de vista es, primero, lo contingente de su bien respecto de otras formas de bien encarnadas en otras comunidades y, segundo, que se está desatendiendo, respecto de la comunidad a la que Aristóteles toma como ejemplo paradigmático –que no es otra que la suya–, el derrotero de la «falacia» en la que acaba desembocando su argumentación de

²⁰ Si podemos hablar de los posibles surgimientos de distintas justicias naturales, es precisamente porque tal justicia natural queda referida a una noción absoluta de justicia compartida de forma homogénea por un grupo de personas que, no podría ser de otra forma, no representa más que al sector privilegiado de la comunidad.

²¹ En este sentido, pensamos que han de ser tomadas con cautela las afirmaciones de ELÍAS DÍAZ según las cuales ARISTÓTELES habría supuesto un precedente de la moderna Sociología del Derecho al haber diferenciado *nomos* («ley y costumbres humanas») y *physis* («ley natural»), lo cual implicaría «entre otras cosas, un acercamiento del Derecho a la realidad social» (DÍAZ/1989, p. 130) y haber optado por un «método de síntesis empírico realista» (DÍAZ/1989, p. 130).

pretensiones sociológicas que, al final, viene a encubrir la metafísica transformación de las condiciones por las que Aristóteles opta, en criterios acerca de lo bueno y de lo justo.

Aún alguien, y posiblemente no con poca razón, nos podría acusar de estar, simplemente, haciendo uso de algunas de las más básicas y genéricas críticas hacia el iusnaturalismo, para reflejar éstas sobre la misma formulación de Aristóteles. Ello, en cualquier caso, se nos hace asumible en tanto no nos impida alcanzar el objetivo pretendido de derivar los riesgos de un «neo-aristotelismo» al modo comunitarista. Riesgos que, podemos concretar, básicamente, en la aplicación del imperialismo de la comunidad sobre sus miembros y del resto de las comunidades, justificado sobre criterios de justicia susceptibles de amparar todo tipo de iniquidades, aun satisfaciendo la nota formal de igualdad de la justicia al adoptar una articulación tal que convertiría el contenido sustantivo de tal igualdad en absolutamente inicuo²².

La justicia: dialéctica, deliberación y razonamiento práctico.—MacIntyre desecha todas las exposiciones sobre Aristóteles que no vinculan justicia-razonamiento práctico; así, su «tesis principal es que el pensamiento de Aristóteles acerca de cada uno de estos temas es inteligible sólo a la luz de lo que dice acerca del otro» (MacIntyre/1994, p. 115).

Para nosotros, de lo que se trata es de mostrar la petición de principio latente en la relación razonamiento práctico (y deliberación)-justicia.

La narración aristotélica, y su reformulación «neo-aristotélica», en este sentido, seguirá la línea trazada en relación con la virtud en general. Así, la noción clave, para MacIntyre, es la de *phrónesis* —o actividad prudencial— como «inteligencia práctica», haciendo referencia a unos *standards* sobre lo bueno, en sentido general, y sobre lo justo, en particular. La *phrónesis*, ya en sí, supone comprender por qué al actuar en una situación particular ejerciendo alguna virtud moral particular o aplicando alguna regla de justicia estamos haciendo lo correcto; por su parte, la deliberación queda referida a la forma en que hemos de conducirnos y actuar guiados por esa capacidad fronética que nos habla acerca de lo bueno referido a la situación particular en la que nos encontremos. Por lo tanto, la deliberación aristotélica sobre lo justo, reclamada por MacIntyre, conduce a una elección de los medios adecuados para alcanzar los fines —bienes— de justicia comunitariamente establecidos.

En tanto que, para MacIntyre, de acuerdo con Aristóteles, «nos hacemos justos, en primer lugar, realizando actos justos; actos que... todavía no son expresiones del rasgo de carácter llamado justicia y que todavía

²² Si, aún, intentamos diferenciar la justicia natural de la justicia legal —por delimitar aquella—, apuntaremos, a riesgo de parecer estar forzando la argumentación aristotélica, que la justicia natural vendría a identificarse a partir de un ejercicio de análisis y comparación de las prescripciones que rigen en toda comunidad, al que sigue un proceso selectivo conforme a las pautas que dicta el criterio «compartido» —en la comunidad elegida por ARISTÓTELES—, acerca de aquello que ha de ser tomado por justicia natural. Tal criterio de justicia natural viene a avalar el carácter universalmente normativo de la propuesta aristotélica.

no podemos por nuestra cuenta justificar racionalmente» (MacIntyre/1994, p. 123), de lo que se trata es de saber ¿qué hacer y por qué hacerlo? Y, ya que Aristóteles dice que, para realizar acciones justas, «hemos de actuar según la recta razón» (Aristóteles/1959, p. 20), entonces «esta recta razón» no operará en la función de concreción del objeto propio de lo justo, pues éste, en tanto que virtud, ya tiene su objeto propio determinado por la comunidad.

El círculo aristotélico es claro; la comunidad acepta como *telos* que le es propio el del bien y éste define los criterios de justicia que se manifestarán a partir de la realización de acciones justas y las acciones son justas si se adecuan a lo establecido por la norma comunitaria. Por lo tanto, tal círculo acaba por trasladar la concreción de lo que sea la acción justa a la determinación de los sujetos que dictan qué es lo justo.

Intentar, a partir de este momento, adentrarse en la formulación sustantiva del contenido de la justicia explicitada por Aristóteles, supone definirla en función de las notas de igualdad y de alteridad, concretadas a partir del presupuesto comunitario aristotélico y «neo-aristotélico».

Lo que en este punto se nos plantea, consecuentemente con lo apuntado acerca de la petición de principio, es un problema tan poco original como el de las fórmulas vacías de la justicia —caracterizadas por establecer un determinado concepto susceptible de ser integrada por cualquier tipo de contenido sostenido al socaire de toda suerte de coyuntura ideológica y de poder—²³.

Para nosotros, la igualdad aristotélica será una igualdad de resultados de naturaleza contributiva —conformada al «mérito»²⁴—, mediatizada por el previo y particular criterio comunitario de asignación de condiciones, situaciones, roles y cargas. Ello supone la traslación de la cuestión del contenido sustantivo de la justicia pues, de lo que ahora se trata es de establecer lo que se ha de considerar como «lo meritorio» y con qué criterio se evalúan y jerarquizan los distintos méritos.

La solución aristotélica es bien sencilla: el mérito se observará conforme a los criterios que la comunidad particular determine y de acuerdo con su régimen político. Así, el fundamento material es el de los principios primeros que determinan unas coordenadas conductuales que se

²³ Para KELSEN, los valores contenidos en cualesquiera de las fórmulas de justicia «están en realidad determinados, en última instancia, por elementos emocionales. Los valores absolutos determinados de este modo, y sobre todo la definición de la idea de justicia no son más que fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social» (KELSEN/1991, p. 46).

²⁴ Esta idea del mérito se presenta como una de las notas del comunitarismo en general y del «orgánico» y neo-aristotélico, en particular, que sirven de asiento a la crítica frente a la filosofía moral analítica reciente, en general, y a RAWLS, en particular, por su desatención hacia el criterio de merecimiento como soporte sobre el que asentar la respuesta dada por la ley y por el juez a las situaciones y conflictos particulares. Así nos dirá MACINTYRE que «ni la interpretación de RAWLS ni la de NOZICK conceden lugar central al mérito... (pues RAWLS) arguye, en primer lugar, que antes de haber formulado las reglas de justicia no podemos saber lo que alguien merece..., y, en segundo lugar, que cuando hemos formulado las reglas de justicia resulta que ya no hay mérito alguno» (MACINTYRE/1987, p. 306). A este respecto puede verse ARTAL, MARAGUAT y PÉREZ ADÁN/1995, pp. 81 ss.

caracterizarán por su carácter excluyente de aquellas otras que pudieran ser imaginadas.

Desde esta perspectiva, lo que se estará afirmando es que el razonamiento teórico, aquel en el que encuentra su lugar propio la dialéctica y que tiende a la «elucidación» del *arché*, que se manifiesta en la exposición de la teoría ético-política y jurídica de Aristóteles, toma como principio primero aquel que enuncia el postulado básico del comunitarismo, a saber, que la comunidad ha de ser entendida y asumida como el todo orgánico que aglutina y se superpone al individuo. Y, a partir de tal «premisa» se irá formando y se irá razonando la ordenación de lo enunciado por el *arché*.

El problema con el que se encuentra Aristóteles y que, consecuentemente, arrastra la doctrina comunitarista es la misma crítica a este principio primero. Pues, aun asumiendo las reglas internas del silogismo práctico, «razonando», desde una perspectiva teórica –al modo de Aristóteles– sobre la prevalencia del todo –la comunidad– sobre las partes podríamos llegar a criticar, e incluso a negar tal formulación o bien a otorgarle un peso y un alcance radicalmente distintos de los dados por Aristóteles. A partir de la conclusión teórica que alcancemos resulta indudable que serán ostensiblemente modificadas las reglas y las consecuencias del silogismo práctico.

¿Cómo puede, pues, entenderse que MacIntyre aún pretenda proteger la doctrina aristotélica que proclama la primacía absoluta de la comunidad frente al individuo? Fundamentalmente, a partir de la «reactualización» controlada de esa teoría aristotélica. Lo que se pretende es aprender de Aristóteles, pero también de la tradición de la que éste participa, procurando una «modernización» de las tesis ético-políticas comunitarias aristotélicas.

Por eso, para nosotros de lo que se trata es de determinar cuáles *son los puntos de acuerdo y de desacuerdo entre la formulación aristotélica y las tesis neo-aristotélicas de MacIntyre*, respecto de aquello que nos parece más significativo.

Presentaremos los dos puntos de acuerdo que consideramos más representativos. El primero, será el referido a conceptos y distinciones fundamentales tales como «la voluntariedad, la distinción entre virtudes intelectuales y virtudes de carácter, la relación entre los talentos naturales y las pasiones y la estructura del razonamiento práctico» (MacIntyre/1987, p. 244) y «mérito». Y, el segundo punto de acuerdo se relacionará con la valoración de las conductas con relación a la virtud proclamada por la comunidad.

Por lo que toca a los puntos de desacuerdo, también haremos mención a dos aspectos. El primero, quizá el más llamativo, es el relativo a la cuestión de la biología metafísica a partir de la cual tomarían cuerpo los fundamentos de la teoría ética-política aristotélica. En este sentido, si hemos sido buenos intérpretes y, así, hemos comprendido bien a MacIntyre, entonces, éste explica y justifica el carácter universalista no

normativo (naturalmente falaz) de la ética aristotélica a partir del viso «sociológico»²⁵ o, como según MacIntyre podría decir Aristóteles, «político» de la «biología metafísica» que presupone. Con ello se habrá trasladado al campo de lo «científico» (en cuanto tiene de «sociológica») tal tipo de «biología», desapareciendo, por tanto, el desacuerdo entre MacIntyre y Aristóteles respecto de la «biología metafísica» proclamada por este último.

Entonces, de lo que se trata es de que MacIntyre, a diferencia del liberalismo —que simplemente habría desatendido la tradición de la época clásica—, reformula la «biología metafísica» de Aristóteles renovándola para «convertirla» en un dato sociológico —conversión a la que nosotros apuntamos como meramente «nominalista»—. Con ello, ya no se hablará de «biología metafísica», pues el nuevo hombre —propriadamente comunitario al modo aristotélico— buscaría su bien, no porque naturalmente tienda hacia ese *telos*, sino porque lo habría hecho el hombre aristotélico —sólo así se sostendría la argumentación neo-aristotélica comunitaria— asentado sobre los parámetros sociológicos ofrecidos por MacIntyre.

Pero, esto es tanto como afirmar que tal tradición es buena.

En cualquier caso, para nosotros, MacIntyre simplemente elude una cuestión comprometida por dejar incólume el resultado de su esfuerzo renovador de la teoría aristotélica.

De aceptar esto último sólo, a alguno, restaría plantearse si ello acarrea o no consecuencias negativas.

El segundo punto de desacuerdo de MacIntyre con Aristóteles será el referido a la condición social y a la asignación comunitaria de roles.

Parece claro que nos estamos planteando ahora la posibilidad de que la teoría aristotélica promueva ciertos efectos discriminatorios, de una parte, respecto de las personas que no forman parte de la comunidad, y, de otra parte, respecto de los mismos miembros de la comunidad en atención a las condiciones y roles que ostentan que MacIntyre, en principio, no estaría dispuesto a aceptar.

Sin embargo, su crítica se mantiene en un plano sustantivo —por lo demás coyuntural y valorativo— a partir del momento en el que, explícitamente, manifiesta su acuerdo con la narración aristotélica de la «voluntariedad» y el «razonamiento práctico»²⁶.

Por eso, si la crítica de MacIntyre frente al *error de Aristóteles* (MacIntyre/1994, p. 116), en relación con la descripción de éste de la condición social y la asignación comunitaria de roles, nos parece de lo más oportuno y sugerente, al argumentar que «cierto tipo de dominio es, de hecho, la causa de esas características de los dominados —que se invocan luego para justificar el dominio injustificado—» (MacIntyre/1994,

²⁵ Respecto de la Sociología del Derecho y su definición puede verse la *Sociología del Derecho* de GEORGES GURVITCH, en donde se ofrece una visión histórico-crítica de distintas formulaciones filosóficas históricas entre las que se incluye la visión político-jurídica de ARISTÓTELES, especialmente en su oposición a la «sociología jurídica de MONTESQUIEU».

²⁶ Ver al respecto MACINTYRE/1987, p. 244.

pp. 116-117), sin embargo, nuestras expectativas, nuevamente se ven frustradas, toda vez que MacIntyre no lleva su crítica hasta sus últimas consecuencias, con lo que, para él, «la clase de razonamiento falaz típica de ideologías de dominio irracional» (MacIntyre/1994, p. 116) no niega las tesis centrales aristotélicas acerca del mejor tipo de comunidad.

Y, esto es así, primero, porque no existe, por parte de MacIntyre, una crítica que vaya especialmente dirigida a la posible discriminación del «extranjero» por su mera condición de extranjero, ni tampoco, segundo, se objeta la medida de la consideración y del trato social en función de los roles que han sido asignados por la comunidad. Por eso, a lo que la reformulación de MacIntyre estará apuntando es a una modificación exclusivamente del criterio material, y a lo que no alcanza es a la «revisión» del mismo criterio de existencia de una comunidad –jerarquizada– como un todo superior a los sujetos que la conforman y orientada hacia un bien que guíe y determine la capacidad de razonamiento individual²⁷. Tal conclusión es perfectamente acorde con la expuesta por Okin²⁸. Para ella queda claro que lo que prima de la formulación aristotélica es el criterio formal a partir del cual la proclama comunitaria de la virtud determinará la jerarquización de los individuos y, así, la constante presencia de grupos prevalentes sobre los grupos marginados, independientemente de quienes compongan esos grupos; lo que, para Okin, prima en Aristóteles, permanece en MacIntyre, lo cual no viene sino a promover la falta de «pluralismo»²⁹, entendido éste como la «igualdad» en –y por– la diversidad.

En este sentido, para Thiebaut, «el riesgo obvio al que se enfrenta cualquier definición contextual de las definiciones de bien y de justicia, como son estas definiciones, comunitarista en base a una tradición moral, es que los... valores de la tolerancia, de respeto a la diferencia, de imparcialidad entre mundos o modos de vida distintos (...) pueden verse en peligro si una comunidad,..., convierte sus criterios morales sustantivos en los únicos criterios de valoración...» (Thibaut/1992, p. 58).

Ya sólo, pues, queda evaluar el alcance del desacuerdo del neoaristotelismo macInteryano respecto de la formulación aristotélica.

A este respecto señalaremos que, de acuerdo con el mismo MacIntyre, su neo-aristotelismo expresa una fórmula global de acuerdo con la

²⁷ Tal y como señala KYMLICKA respecto de los comunitaristas en general y, en particular, respecto de MACINTYRE «(n)uestros papeles sociales y nuestras relaciones, o al menos parte de ellas, deben interpretarse como dados con vistas a la reflexión individual» (KYMLICKA/1995, p. 229).

²⁸ En *Women in western political thought*, en donde OKIN seguirá el criterio de que la tesis acerca de la relación entre la posición ocupada por el individuo en la «comunidad» y los criterios de excelencia y de virtud, tiene autonomía, carta de naturaleza propia, frente al criterio mismo de las clases de personas a las que se han de considerar excelentes. Idea ésta que reitera, junto con otras críticas al comunitarismo de MACINTYRE, en general, y, en particular, a su aristotelismo en *Justice, gender and the family*.

²⁹ Respecto del fracaso de las pretensiones de «pluralidad» asentadas sobre la argumentación aristotélica resulta ilustrativo el análisis de CHARLES LARMORE *Pluralism and reasonable disagreement*.

teoría aristotélica que vendría a ser reforzado a partir de los puntos de desacuerdo entre las mismas.

El acuerdo de MacIntyre con los conceptos fundamentales de la teoría de Aristóteles, tales como la estructura del razonamiento práctico, la voluntariedad, la misma libertad³⁰, el mérito, la justicia y, como vimos, con la concepción formal de la estructuración y jerarquización comunitaria³¹, avalan, significativamente, la relevancia del consenso entre ambas teorías; no viéndose éste desvirtuado, ni siquiera, por el rechazo de MacIntyre de la «biología metafísica» aristotélica pues, para MacIntyre su descripción socialmente teleológica viene a reforzar la misma teoría aristotélica (MacIntyre/1987, p. 244) al suponer las modificaciones que incorpora la superación de los puntos más débiles de la teoría aristotélica³².

Apuntado, ya, el alcance del acuerdo MacIntyre-Aristóteles, sólo resta revisar y valorar el argumento de MacIntyre de ruptura y regreso, desde la tradición liberal hasta la tradición aristotélica.

Lo que MacIntyre pretende justificar es que la «tradición liberal» es plenamente desatendible desde el momento en el que se aparta del concepto unitario y actualizado de virtud por él definido. Sólo desde esta perspectiva podrá entenderse el retorno a la tradición aristotélica en la que sí encajaría el concepto de virtud de MacIntyre.

En este sentido, para nosotros, el problema reside, de una parte, en las posibilidades de desviación que suministra la definición del concepto de «virtud» –a través de los pasos sucesivos de la «práctica», «unidad narrativa de una vida humana» y «tradición»– que MacIntyre nos propone y, de otra parte, el problema surge a partir de la misma definición de «crisis epistemológica» como la descripción de que la narración racional de una comunidad particular encuentra, conforme a sus propios criterios, un punto de indefinición frente al que sólo cabe la superación gracias al reconocimiento de la superioridad argumental de la racionalidad de otra tradición distinta o bien la derrota definitiva dada una demostrada incapacidad para superar las lagunas de su propia incompreensión.

Primero, por lo que se refiere a la definición de «virtud», el principal problema con el que nos encontramos es el referido a la definición de «práctica» y la posibilidad de que ésta legitime la articulación de «prácticas malas».

Tal problema se presenta en tanto que se pretenda trasladar la valoración del «virtuosismo de la acción y del sujeto» a un momento ulterior de

³⁰ El neoaristotelismo de MACINTYRE nos refiere a un cierto tipo de voluntariedad –sólo «particularmente» deliberativa y racional– fruto de la internalización de las pautas comunitariamente establecidas como virtuosas.

³¹ Pues, la divergencia entre aspectos materiales propios de diversas teorías que a su vez diverjan entre sí cuando las mismas participan de la misma construcción, vendrían a ser fundamental y exclusivamente propios de los estadios de su explicación o justificación.

³² Para MACINTYRE existen algunos puntos de la teoría aristotélica seriamente cuestionables, y algunos «concernen a partes de la teoría de ARISTÓTELES que no sólo hay que rechazar (aunque, para MACINTYRE) su rechazo no acarrea necesariamente mayores implicaciones para nuestras actitudes sobre su teoría en conjunto...» (MACINTYRE/1987, p. 204).

valoración de las circunstancias a partir de la oportuna «instrumentalización» de la explicación. En este sentido, ciertas prácticas que podemos considerar como «universalmente perniciosas»³³ adquirirán su legítima validación.

Así, por ejemplo, la tortura³⁴, se presenta, para nosotros, como perfectamente acorde con la definición de práctica de MacIntyre al presentarse como una forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa que es útil cara a la consecución de los bienes inherentes a la misma, así como para alcanzar los modelos de excelencia propias a esa actividad y que, por supuesto la definen, siquiera parcialmente, obteniéndose a través de ella que la capacidad humana de lograr la excelencia³⁵, así como los fines y bienes que conlleva, se extiendan sistemáticamente.

Pero, entonces, ¿cómo puede una disposición normativa establecida como práctica ser considerada como virtuosa cuando puede ser caracterizada por su maldad?

Y tal cuestión no nos parece baladí, ni la simple formulación de una «pregunta retórica» pues, a partir de ella, se presenta, con todo su vigor, el problema de la verificación práctica de los riesgos que conlleva la asunción de las teorías organicistas y de la «comunidad ética» orgánica.

La respuesta de MacIntyre, se asentará en el carácter parcial de la definición de la «virtud» en función de la práctica. Sin embargo, la dilación tras la que MacIntyre se ampara, y que determinará la necesidad de completar el desarrollo del concepto de virtud pretendido nos ofrece resultados demasiado poco satisfactorios. Así, la «unidad narrativa de una vida humana» y la «tradición» únicamente, parecen apuntar a la necesidad de la presunción *-iuris et de iure-* de la internalización de aquellas prácticas³⁶. Tal tipo de solución, así, acaba por acrecentar nuestro problema pues, de lo que ahora se trata es, primero, de convertir las

³³ Aceptamos, la observación de que toda proclamación de unos derechos universales implica una cierta forma de «iusnaturalismo», siempre que se permita la matización.

³⁴ Siguiendo a SAVATER, quizá ya no cabe calificar a la tortura como lo absolutamente malo, porque quizá ya no existen absolutos, ni buenos ni malos, pero ello no debe hacernos pensar mejor de la misma (SAVATER/1996, pp. 19 ss.).

³⁵ Y no podremos objetar nada al modelo de excelencia que representa la tortura, porque tal excelencia se presenta como la capacidad para la perfecta consecución de lo establecido por los mismos fines y bienes que le son inherentes.

³⁶ El problema, en este punto, surge al preguntarnos cuáles son los límites de MACINTYRE: cuáles son las circunstancias determinantes de la racionalidad asumible como tal, esto es, estamos refiriéndonos a las circunstancias que rodean y afectan al sujeto en un modo que, finalmente, vendrá determinado por su propia «racionalidad» o, por contra, está MACINTYRE haciendo referencia a la necesaria evaluación del contexto que representa la comunidad en concreto a la que el sujeto pertenece. Es decir, podremos justificar a la mujer islámica que conforme a las lecturas prohibidas en su comunidad de las que, secretamente, se «ha informado su racionalidad», se aparta de los dictados existenciales del padre o esposo, o la juzgaremos y castigaremos de acuerdo con el contexto y la unidad narrativa propia de su comunidad.

A la respuesta, seguramente, apunta la proclama de MACINTYRE del hombre-agente como parte de una obra conjunta y totalista; el hombre sólo desarrolla la plenitud de persona conforme a las pautas dadas en el guión que ha de seguir, «siempre estamos sometidos a ciertas limitaciones. Entramos en un escenario que no hemos diseñado y tomamos parte en una acción que no es de nuestra autoría» (MACINTYRE/1987, p. 263).

prácticas –que se toman por– habituales en «naturales» y, segundo, de justificar que, en tanto que satisfacen el concepto lógico de virtud como desarrollo de los tres pasos apuntados, tales prácticas son buenas³⁷.

Segundo, respecto del problema derivado de la definición misma de «crisis epistemológica» propuesta por MacIntyre, apuntaremos que no se entiende desde qué perspectiva se adopta una determinada «modalidad» de tradición –la aristotélica– con desdén y en detrimento de otras entre las que ocupa el lugar principal «un» liberalismo que ha demostrado su vigencia «triseccular» desde la perspectiva del respeto al carácter social y político del hombre, así como hacia su esquema, si bien individualizado, de racionalidad y de libertad.

En este sentido, nos limitaremos a apuntar que la definición de la «crisis epistemológica» como justificación de la ruptura con la moderna tradición liberal –o con cualquier otra– en favor de la tradición aristotélica, deja indemne el problema de la contingencia de la tradición reivindicada al estar los propios criterios de «crisis epistemológica» insertos en los mismos postulados de la tradición por la que se ha optado. En esta misma dirección se manifestará Bernstein para quien la superioridad racional de la tradición vindicada por MacIntyre se desarrollará a partir de «sus propios “patrones de racionalidad”»³⁸ (Bernstein/1991, pp. 11-12). Así, con lo que Bernstein no puede estar de acuerdo es con el «imperialismo cultural implícito en su punto de vista, puesto que es una consecuencia necesaria de sus afirmaciones que una tradición dada *puede*, contingentemente, volverse racionalmente superior a todas sus rivales» (Bernstein/1991, p. 12).

A modo de *conclusión*, reiterándonos en lo señalado, tan sólo apuntaremos:

Primero, y ya más allá de lo adecuado de la crítica de MacIntyre, para nosotros, queda claro que la reformulación de las teorías organicistas neoaristotélicas, por mucho que éstas pretendan ampararse en formulaciones tomistas –o en refundiciones agustinianas–, incorpora un grave riesgo para quienes creen en la racionalidad, en la capacidad crítica y en la libertad del individuo como tal, así como en la garantía que para él representan los derechos subjetivos frente a las intromisiones e injerencias, siempre interesadas, de quienes habrían accedido, por el favoritismo universal, a la suprema sabiduría sobre lo que el bien debe ser para el hombre.

Y, no se trata de un mero elucubrar en el vacío, ni de dar «la voz de alarma» precipitadamente pues, lo que no hemos de olvidar es que tal

³⁷ MULHALL & SWIFT, entre otros, critican el «conservadurismo» implícito en la definición de MACINTYRE de práctica: ésta tiende a mantener el *statu quo* dentro de la misma dado que está regulada completamente fuera del acuerdo general (MULHALL & SWIFT/1995, pp. 83-84). Crítica ésta que se ve fortalecida una vez que se completa el desarrollo del concepto de «virtud». En este sentido, puede pensarse que será el «conservadurismo» el que finalmente acabe por legitimar la institucionalización de las malas prácticas (definida de forma completa la virtud, mejor diríamos, de «malas virtudes»).

³⁸ Es ésta la interpretación de MACINTYRE por la que JULIA ANNAS se decanta. Para ANNAS, la opción de MACINTYRE por una determinada tradición es rechazable por el tipo de reflexión que describe; ésta no será más que «un logro de la reflexión individual» (ANNAS/1989, p. 404).

tipo de riesgo ya ha adquirido carta de naturaleza propia a partir de sus efectivas manifestaciones.

Así, el aristotelismo sirvió de inspiración de las tesis hegelianas³⁹ y los neo-hegelianismos tomaron cuerpo en la intencionada «revitalización» por la filosofía ética y jurídico-política «nacionalsocialista» alemana y «fascista» italiana⁴⁰ de la teoría hegeliana.

Desde esta perspectiva podremos decir que, si el neo-hegelianismo fue «respetuoso formalmente» con la misma teoría de Hegel, en el mismo sentido, el neo-aristotelismo puede ser respetuoso con Aristóteles, para llegar, finalmente, al igual que en el caso anterior a un desarrollo y una articulación material que se escape de las mismas pretensiones de Aristóteles, ya no sólo por el anacronismo entre las formulaciones sino, más bien, por la característica posibilidad y facilidad de tal tipo de construcción para ser integrada de cualquier tipo de contenido material –a pesar, incluso, de lo poco sospechosas que pudieran ser las pretensiones de su reformulador–.

Segundo, que MacIntyre yerra el blanco del liberalismo al establecer una clasificación *sui generis* de éste que, más allá de lo bien (o mal) intencionado de su formulación comunitaria, tan sólo revela su falta de penetración en la argumentación liberal. No es que pretendamos perder nos en alabanzas del liberalismo, sea éste del tipo que sea, sino que más bien, se nos presenta como interesada la manipulación de la caracterización del liberalismo por MacIntyre.

Aun aceptándonos como los herederos de Kant, su herencia no es traducible por la ciega fidelidad hacia la formulación kantiana. Y, si de lo que se trata es de considerar a Rawls como el paradigmático representante del moderno liberalismo, no hemos de perder nos en lecturas lo suficientemente particulares como para que no encuentren asiento en el conjunto de su obra de la que la *Teoría de la Justicia* representa sólo un paso en el camino rawlsiano de especificación, autocensura y desarrollo de su propio posicionamiento. El «formalismo procedimental» de Rawls, frente al que enviste MacIntyre, se muestra susceptible de una lectura sustantiva y ésta, a su vez, puede ser completada desde la perspectiva reflexiva, promovida por Thiebaut, a partir de las éticas discursivas gracias al complemento del consenso dialógico ético-político de tipo habermassiano, lo cual nos presentaría una sugerente fundamentación ética, política y jurídica de la estructura liberal individualista⁴¹.

No nos parecen demasiado aceptables las críticas frente a un enemigo que es tomado sólo parcialmente. Sin embargo, no insistiremos en la des-

³⁹ En este sentido, apunta THIEBAUT cómo «la reivindicación aristotelizante de la virtud en el terreno de la ética se apareja a la postulación neohegeliana de la eticidad social y con esas tesis políticas de la disolución de lo ético en lo político...» (THIEBAUT/1988, p. 52).

⁴⁰ Son ilustrativas las formulaciones, de PANUNZIO y A. RAVÁ en el marco italiano y, en el alemán, de BINDER.

⁴¹ A este respecto, si el *Diálogo entre gigantes* de F. VALLESPÍN procura la relación RAWLS-HABERMAS como apuesta por una ética filosófica y política, *La universalidad y sus enemigos*, de SAVATER, por ejemplo, representa la reacción frente a las interesadas teorías uniformadoras y restrictivas de la individualidad y la universalidad liberal.

virtuación del todo que supone el tomar aisladamente sus partes, pues de eso sabe mucho MacIntyre.

Por lo tanto, bienvenido sea Aristóteles, otra vez, y con él el neo-aristotelismo comunitarista, en tanto que de depuradora crítica del presente nos sirva⁴². Pero, mantengámonos respetuosos de la estructura, el procedimentalismo y el emotivismo que nos alientan hacia esa crítica, sin que por ello haya de volver a manifestarse el temor frente a convulsivos dictámenes categóricos acerca de la racionalidad y de aquello en lo que haya de consistir la justicia⁴³.

BIBLIOGRAFÍA

- ANNAS, J. (1989): «MacIntyre on traditions». *Philosophy & Public Affairs*, vol. 18, núm. 4, 1989.
- APEL, KARL-OTTO (1994): «Las aspiraciones del comunitarismo anglo-americano desde el punto de vista de la ética discursiva» *Discurso y realidad. En debate con K.-O. Apel*. Edit. Trotta.
- ARISTÓTELES (1959): *Ética a Nicómaco*. Traducción de María Araújo y Julián Marías. Edit. Instituto de Estudios Políticos.
- (1967): *Ética eudimía en Obras*. Traducción de Francisco de P. Samaranch. Edit. Aguilar.
- (1970): *Política*. Traducción de Julián Marías y María Araújo. Edit. Instituto de Estudios Políticos.
- (1981): *Gran Ética*. Traducción de Francisco de P. Samaranch. Edit. Aguilar.
- ARTAL LA CASTA, M.; MARAGUAT, E.; PÉREZ ADÁN, J. (1995): «Individualismo y análisis comunitarista. Una presentación del comunitarismo a través de la obra de Amitai Etzioni y Alasdair MacIntyre», en *Sistema*, 1995, 124.
- BERNSTEIN, R. J., (1991): «Una revisión de las conexiones entre inconmensurabilidad y otredad», *Isegoría*, 1990, núm. 3. Traducción de Ángel Rivero.
- CASSINI, A. (1990): «La justificación práctica del principio de no contradicción en Aristóteles», en *Crítica*, vol. XXII, núm. 65.
- COLBY, M. (1995): «Moral traditions, MacIntyre and historicist practical reason», en *Philosophy & Social Criticism*, 1995, vol. 21, núm. 3.
- DÍAZ, E. (1984): *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Edit. Taurus.
- (1989): *Sociología y Filosofía del Derecho*. Edit. Taurus.

⁴² También para C. S. NINO es una cuestión estratégica reconocer que la versión ortodoxa del liberalismo presenta flancos débiles que se han convertido en certero objetivo de su bando opuesto y, así, «intentar hacer lugar para alguna de las pretensiones comunitarias sin abandonar el núcleo central de la posición liberal» (NINO/1989, p. 142). Tal sería la línea seguida por autores tan representativos para el comunitarismo como J. RAWLS o R. DWORKIN. Ahora bien, y también de acuerdo con NINO, cabe apuntar que algunas de las concesiones realizadas por autores como DWORKIN, tal y como en otro lugar ya se ha intentado mostrar, «comprometen aspectos centrales de la concepción liberal de la sociedad» (NINO/1989, p. 142). (A este respecto, «Un comunitarismo para R. Dworkin», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII, 1995.)

⁴³ Tal y como señala D. L. PHILLIPS, si el comunitarismo y MACINTYRE nos sirven para abrimos los ojos frente a muchos de los puntos débiles de las tesis individualistas y de la perspectiva liberal, lo cierto también presentan un grave riesgo, el de cegarnos frente al conjunto de defectos y fracasos de los que la teoría liberal nos ha ayudado a escapar (PHILLIPS/1993, p. 194).

- ELVIRA, J. C. (1994): «Diálogo intercultural, tradición y ética discursiva», en *Discurso y realidad. En debate con K.-O Apel*. Edit. Trotta.
- GUARIGLIA, O. (1990): «El múltiple Aristóteles. Una visión de la filosofía práctica aristotélica desde la problemática contemporánea», en *Isegoría*, 1990, núm. 1.
- GURVITCH, G. (1945): *Sociología del Derecho*. Traducción y prólogo de Ángela Romera Vera. Edit. Rosario (versión original *Sociology of Law*).
- KELSEN, H. (1991): *¿Qué es Justicia?* Traducción de Albert Casamiglia. Edit. Ariel (versión original *What is Justice?*).
- KYMLICKA, W. (1995): *Filosofía Política Contemporánea*. Edit. Ariel Ciencia Política.
- LARMORE, CH. (1994): «Pluralism and reasonable disagreement», en *Cultural pluralism and moral knowledge*. Edit. Frankel, Miller and Paul.
- MACINTYRE, A. (1970): *Historia de la Ética*. Traducción de Roberto Juan Walton. Edit. Paidós. Buenos Aires (versión original *A Short history of Ethics*, 1967).
- (1987): *Tras la virtud*. Traducción de Amelia Valcárcel. Edit. Crítica (versión original *After virtue*, 1984).
- (1990): *Three rival versions of moral inquiry: Enciclopedia, genealogy and tradition*. Edit. Notre Dame University Press.
- (1994): *Justicia y racionalidad*. Traducción de Alejo José G. Sison. Edit. Ediciones Internacionales Universitarias (versión original *Whose justice? Which rationality?*, 1988).
- MÁYNEZ, E. GARCÍA (1979): «Doctrina aristotélica de la imputación», en *Dianoia*. Anuario de Filosofía de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico.
- MULHALL, STEPHEN & SWIFT, ADAM (1995): *Liberals & Communitarians*. Edit. Blackwell.
- NINO, C. S. (1989): *El constructivismo ético*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales.
- OKIN, SUSAN MOLLER (1979): *Women in western political thought*. Edit. Princeton University Press.
- (1989): *Justice, gender and the family*. Edit. Basic Books.
- PHILLIPS, DEREK L. (1993): *Looking backward. A critical appraisal of communitarian thought*. Edit. Princeton University.
- RADBRUCH, GUSTAV (1974): *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Edit. Fondo de Cultura Económica. México.
- RAWLS, JOHN (1979): *Teoría de la Justicia*. Traducción de María Dolores Gonzales. Edit. Fondo de Cultura Económica. México (versión original *A Theory of Justice*, 1971. Harvard).
- ROWE, CHRISTOPHER (1979): *Introducción a la ética griega*. Traducción de Francisco González Aramburu. Edit. Fondo de Cultura Económica (versión original *An introduction to greek ethics*, 1976).
- SAMARANCH, F. DE P. (1981): *Prólogo a la Gran Ética*. Aristóteles, 1981. *Gran Ética*. Edit. Aguilar.
- SAVATER, F. (1995): «La universalidad y sus enemigos», *Claves*, núm. 49.
- (1996): *El mito nacionalista*. Edit. Alianza.
- THIEBAUT, C. (1988): *Cabe Aristóteles*. Edit. Visor. Madrid.
- (1992): *Los límites de la comunidad*. Edit. Centros de Estudios Constitucionales.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1961): *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Edit. Revista de Occidente.
- VALLESPÍN, F. (1995): «Diálogo entre gigantes. Rawls y Habermas», *Claves*, núm. 55.

III
DEBATES

Réplica a *Los presupuestos ontológicos del Derecho*, de Daniel González Lagier

Por RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN

Universidad de Murcia

Agradezco a Daniel González Lagier la atención que ha dedicado a mi artículo «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho». Con ello cumple sobradamente la promesa a la que se refiere al inicio de su artículo, y muestra su seriedad en el ámbito no académico (en el ámbito académico, su tesis doctoral «Acción y norma en G. H. v. Wright» ya refleja sus cualidades).

Le agradezco también la cortesía que ha mostrado al enviarme una copia de su artículo antes de su publicación.

Pero hasta aquí llega su amabilidad.

Daniel González Lagier discrepa de todas mis tesis. Está en su derecho. Sin embargo, su crítica no ha sido considerada. Pues Daniel González Lagier: *a)* deforma tantas ideas mías, y algunas de ellas las deforma tanto, que tengo que sospechar que le ha faltado buena intención o diligencia para entenderlas; *b)* mezcla temas y argumentos independientes, y los lanza todos revueltos contra mis tesis, como quien trata de golpear a ciegas a un adversario; y *c)* me abruma con informaciones elementales, que debería saber que ya tengo (pues algunas de ellas las tiene cualquier estudiante de Licenciatura), y que no he pasado por alto.

Nada más leer el artículo de Daniel González Lagier, le escribí contestando a sus observaciones. Pero dudé si escribir o no un artículo de réplica, para contestarle también públicamente.

Finalmente, han sido las incomprensiones citadas, incomprensiones que lecturas posteriores del artículo de Daniel González Lagier me han ido revelando, lo que me ha movido a escribir esta respuesta; pues deseo evitar que otros lectores del escrito de Daniel González Lagier se hagan una opinión equivocada acerca de mi pensamiento.

He procurado que mi respuesta a Daniel González Lagier sea respetuosa con él y con sus ideas: con él, porque le aprecio, y creo que él también a mí, a pesar del tono de su crítica; con sus ideas, porque, para rechazarlas, no es preciso ser irrespetuoso con ellas, deformándolas u ofreciendo una caricatura suya.

Sin embargo, aunque respetuosa, mi respuesta no va a ser indulgente con los errores cometidos por Daniel González Lagier.

El primero de ellos es haber titulado su artículo «Los presupuestos ontológicos del Derecho». Pues nuestra polémica no versa sobre cuáles son las entidades presupuestas por las reglas jurídicas, o acerca de cuál es la doctrina ontológica presupuesta por el Derecho. Como se verá enseguida, nuestra polémica versa sobre la naturaleza del Derecho, o sobre qué concepción ontológica (acerca) del Derecho es la correcta.

1) He de empezar haciendo ciertas aclaraciones terminológicas.

Siempre he usado la expresión «hecho» en el sentido de «entidad factual». Por ejemplo, la p. 256 de mi libro *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea* (que en adelante citaré como *Historia...*) comienza de la siguiente manera: «Olivecrona expresa así su factualismo jurídico, o sea, que el Derecho es un hecho, que todas o algunas entidades jurídicas son entidades factuales».

Y, para mí, una entidad factual, un hecho, siempre ha sido un objeto físico o un evento (véanse las pp. 28-29 de *Historia...*); pues parece que todo lo que existe en el mundo de los hechos, en el mundo espacio-temporal, es un objeto físico o un evento.

También en el artículo criticado por Daniel González Lagier uso la expresión «hecho» en el mismo sentido. Pero Daniel González Lagier, armado con el atomismo lógico de B. Russell, me objeta que «los objetos físicos no son hechos». Mas esto no es más que una terminología diferente: para B. Russell un hecho es, más o menos, un evento; por lo cual, dicha tesis viene a decir que los objetos físicos no son eventos.

Ésta es una tesis aceptable, pero discutible. Mas no la voy a discutir, dado que ni en el artículo criticado por Daniel González Lagier he sostenido la tesis contraria (la tesis de que los objetos físicos son eventos), ni es una tesis relevante para las cuestiones sobre las que versa el citado artículo.

En el presente escrito mantendré la misma terminología: no porque me parezca preferible a la de B. Russell, sino porque usar ahora una terminología diferente de la usada en el artículo objeto de discusión (y en mis otros trabajos) enredaría las cosas.

2) Daniel González Lagier me atribuye la tesis de que «sólo existen los objetos físicos». Nunca he sostenido esta tesis; al contrario.

Por ejemplo, en *Historia...*, p. 32, hablo de «las entidades lingüísticas orales, las cuales no son objetos físicos, sino eventos». Y, en el artículo criticado por Daniel González Lagier, creo que el único pasaje que puede

dar pie a atribuirme la tesis citada es uno en el que digo que el «texto legal es un hecho, un objeto físico» (p. 348). Pero este pasaje no significa «el texto legal es un hecho, o sea, un objeto físico»; significa «el texto legal es un hecho, concretamente, un objeto físico».

En la ontología que acepto tienen cabida tanto los objetos físicos como los eventos, al igual que en la ontología del atomismo lógico, aceptada por Daniel González Lagier (es más, puestos a decidir qué hechos son más básicos, si los objetos físicos o los eventos, me inclinaría, en principio, a favor de los eventos, por razones que expuse en el libro *El Derecho como dogma*, pp. 119-120; pero, como antes he dicho, voy a dejar a un lado estas cuestiones).

Es, pues, un error afirmar, como hace Daniel González Lagier, que «el problema básico de la concepción de Hernández Marín es haber adoptado un concepto homogéneo de “existencia”, que toma como paradigma de existencia el modo de existencia de los objetos físicos».

3) Cualquier concepción que sostenga que las entidades, normas o reglas integrantes del Derecho son entidades factuales, hechos (bien objetos físicos, bien eventos), es una concepción factualista del Derecho (conforme a la definición de «factualismo jurídico» de *Historia...*, p. 58).

La concepción realista del Derecho es una concepción factualista del Derecho, por sostener que las reglas jurídicas son objetos físicos. Pero también la doctrina de Th. Geiger es una concepción factualista del Derecho; pues, según este autor, el Derecho está formado por regularidades de comportamiento social, por tanto, por eventos, no por objetos físicos (pp. 349-350 de mi artículo, y también *Historia...*, p. 293).

No entiendo, pues, por qué Daniel González Lagier me atribuye la tesis de que toda concepción factualista del Derecho concibe el Derecho como un objeto físico.

4) El idealismo jurídico es la doctrina que sostiene que el Derecho está formado por entidades ideales, por entidades que no son hechos (así defino el idealismo jurídico en *Historia...*, p. 57).

Por ello, al decir que la concepción estándar del Derecho es una doctrina jurídica idealista, lo que quiero decir es que dicha concepción sostiene que el Derecho está formado por entidades ideales. La concepción estándar del Derecho es idealista porque admite la existencia de entidades jurídicas ideales, o sea, de entidades jurídicas que no son hechos (ni objetos físicos, ni eventos).

También creía que ésta era una tesis clara de mi artículo; pero, al parecer, no lo es. Daniel González Lagier interpreta la tesis de que la concepción estándar del Derecho es una doctrina idealista de cuatro maneras distintas, ninguna de las cuales refleja mi pensamiento.

Según la primera de sus interpretaciones, «la concepción estándar (del Derecho) es idealista porque admite la existencia de entidades que no son objetos físicos». No es esto lo que sostengo, pero se aproxima a lo que pienso: como acabo de decir, la concepción estándar del Derecho es

idealista porque admite la existencia de entidades (jurídicas) que no son hechos (ni objetos físicos, ni eventos).

Sin embargo, las otras tres interpretaciones o formulaciones que Daniel González Lagier hace de mi tesis «La concepción estándar del Derecho es idealista» no se aproximan, ni remotamente, a mi pensamiento.

5) Para que una concepción idealista del Derecho, como la concepción estándar, fuera verdadera, sería necesario que fueran verdaderas las dos tesis siguientes: 1.^a Existe un mundo de entidades ideales, distinto al mundo de los hechos, y 2.^a las entidades (normas, reglas, principios, etc.) jurídicas pertenecen (todas o algunas de ellas) a este mundo ideal.

Conviene aclarar, antes de seguir adelante, que las cuestiones que estas tesis plantean no tienen nada que ver con el problema de los términos teóricos; ni este problema, a su vez, tiene nada que ver con la existencia de posibles teorías científicas irrefutables (como la teoría del homúnculo, a la que Daniel González Lagier alude en la nota 38 de su artículo, sin distinguir debidamente todas estas cuestiones).

6) Por lo que respecta a la existencia de un mundo distinto al mundo de los hechos, creo que todos tenemos la misma información al respecto, o sea, ninguna; todos sabemos lo mismo acerca de ese mundo ideal, pues ninguno sabemos nada.

Estando así las cosas, ¿qué es más racional?; ¿es más racional creer en la existencia de dicho mundo ideal o no creer en él?; ¿es más racional elaborar una teoría que presuponga o implique la existencia de ese mundo o elaborar una teoría que no tenga tal implicación?

Si la racionalidad es la racionalidad científica, creo que la respuesta es obvia: lo racional es no elaborar una teoría que presuponga la existencia de un mundo distinto al mundo de los hechos; lo racional es pensar que no existe un mundo de ideas (al menos, mientras no dispongamos de información adicional, que nos permita sospechar lo contrario).

Es cierto que la ontología actual admite la existencia de ciertas entidades ideales, como las entidades lógicas, las entidades matemáticas y las entidades semánticas (los sentidos de las expresiones). Pero éste es un tema polémico en la actualidad.

Por lo que respecta a las entidades semánticas, la tesis de que dichas entidades no existen «no es todavía un lugar común» (según palabras de S. Schiffer, en 1987), pero tiene cada vez más partidarios.

En cuanto a las entidades lógicas y matemáticas, muchos autores (como H. Putnam y W. V. O. Quine) admiten dichas entidades (las clases, especialmente) a regañadientes (porque no ven otra manera de dar cuenta del quehacer matemático); pero otros (como H. Field) rechazan esa ontología idealista y buscan explicaciones alternativas.

Lo que es indiscutible, en cualquier caso, es que, incluso aceptando la existencia de un mundo de ideas, en dicho mundo, tal como lo concibe la ontología actual (esto es, como un mundo integrado a lo sumo por entidades lógicas, matemáticas y semánticas), no tienen cabida la mayoría de las entidades jurídicas ideales admitidas por la concepción estándar del

Derecho: valores, principios, obligaciones, derechos subjetivos (derechos reales, derechos de crédito, derechos humanos, etc.), normas jurídicas consuetudinarias, etc. Ni siquiera las normas jurídicas legales de las que habla la concepción estándar del Derecho tienen cabida en el mundo de ideas de la ontología actual, dado que dichas normas legales son concebidas por la concepción estándar como cuasiproposiciones. ¿O acaso tenemos que pensar que a los filósofos, a la hora de hacer inventario de lo que existe en ese mundo de ideas, se les ha pasado por alto que las entidades jurídicas también están allí, quizás escondidas en algún rincón?

Éste es el sentido de mi afirmación (p. 351 de mi artículo) de que ni siquiera las doctrinas ontológicas actuales más tolerantes aceptarían la ontología de la concepción estándar del Derecho. Dicha afirmación no tiene, pues, el sentido que Daniel González Lagier le atribuye, a saber: que la ontología actual rechaza la concepción estándar del Derecho porque aquélla (la ontología actual) sólo admite la existencia de objetos físicos (y, de nuevo, no entiendo cómo se le puede haber ocurrido a Daniel González Lagier esa interpretación de mi pensamiento; y si mi artículo le planteaba dudas respecto a qué es lo que sostengo en relación a la ontología actual, creo que las primeras páginas de la *Historia...* son meridianamente claras).

7) Siendo la actitud más racional creer que no existe un mundo distinto al mundo de los hechos y que, caso de que exista ese mundo, las entidades jurídicas no tienen allí cabida, es evidente cuál es la posición correcta respecto al problema de la naturaleza ontológica del Derecho: el Derecho es un hecho, como sostienen las concepciones factualistas o empiristas del Derecho.

Pero a Daniel González Lagier, como a la mayoría de los juristas, esta conclusión le parece «contraintuitiva», «chocante», «extraña», etc. Según él, el que una concepción del Derecho sea una concepción empírica del Derecho no es algo digno de elogio. Al parecer, es mucho más intuitivo, racional, plausible, elogiabile, etc., sostener lo contrario, o sea, las dos tesis antes citadas: que existe un mundo de ideas y que allí moran las entidades jurídicas.

Mal está que se rechace la tesis de que el Derecho es un hecho. Pero que a estas alturas de la evolución de la cultura humana, asentada en la ciencia y en la tecnología, se califique dicha tesis como chocante, extraña, etc., resulta increíble (una buena muestra de los residuos anticientíficos que todavía quedan en el pensamiento jurídico, por mucho que se admire de boquilla a Galileo). Es más: incluso en el caso de que la citada tesis fuera falsa, lo normal, lo racional, a la luz de nuestro conocimiento actual, es pensar que es verdadera.

8) A pesar de que el artículo de Daniel González Lagier comienza criticando la tesis de que el Derecho es un hecho, o sea, la concepción factualista del Derecho, posteriormente no pretende justificar la tesis contraria, o sea, la tesis de que el Derecho es idea.

Curiosamente, lo único que pretende a este respecto es mostrar que algunas de las entidades jurídicas ideales admitidas por la concepción estándar del Derecho, como los principios y el Derecho consuetudinario (las normas jurídicas consuetudinarias), son reducibles a hechos. Pues dice que «seguramente, las reglas consuetudinarias y los principios se pueden explicar a partir de hechos (no sólo objetos físicos) observables»; y en sus conclusiones añade: «He tratado de mostrar que la noción de existencia no es homogénea y que, además de objetos físicos, admitimos la existencia de hechos, propiedades, etc. Esto abre la posibilidad de explicar los principios y las normas consuetudinarias como hechos».

No sé en que parte de su artículo trata Daniel González Lagier de mostrar que existen propiedades o que admitimos su existencia. Pues las propiedades no son hechos, sino entidades ideales o abstractas; y en ningún momento trata Daniel González Lagier de probar que existen entidades ideales o abstractas. (Me parece que todo lo que ocurre es que Daniel González Lagier ha creído, erróneamente, que las propiedades son hechos, entidades factuales, no entidades abstractas.)

Al margen de ello, si las normas jurídicas consuetudinarias y los principios jurídicos son (reducibles a) hechos, como sostiene Daniel González Lagier, ¿no implica ello que el Derecho es un hecho?; ¿cómo puede, entonces, parecerle extraña o contraintuitiva la tesis de que el Derecho es un hecho, o sea, la concepción factualista del Derecho? ¿O acaso lo que Daniel González Lagier quiere decir es que lo no reducible a hechos es precisamente la ley, pero sí lo son los otros elementos que, según la concepción estándar, forman parte del Derecho, o sea, los principios y el Derecho consuetudinario?

La verdad es justamente lo contrario: la ley es reducible a hechos; o más precisamente, la ley es un hecho. En cambio, los principios y las normas consuetudinarias ni son hechos, ni son reducibles a hechos; de la misma manera que el ángel de la guarda o la fuente de la eterna juventud no son hechos, ni reducibles a hechos.

9) No obstante, Daniel González Lagier mantiene la tesis contraria, o sea, la tesis de que las normas jurídicas consuetudinarias y los principios son reducibles a hechos:

A) Por lo que respecta a las primeras, la «reducción» sugerida por Daniel González Lagier de las normas jurídicas consuetudinarias o de las reglas sociales de H. L. A. Hart a hechos es justamente lo contrario de una reducción; es la duplicación (gratuita e innecesaria) de las entidades.

Pues si aceptáramos la «reducción» sugerida por Daniel González Lagier, junto a los hechos descritos en el *definiens* de la definición «reductora», tendríamos además una regla social o consuetudinaria (cuya naturaleza ontológica seguiría siendo dudosa), que ordena o prohíbe algo, y a la que alude el *definiendum*.

Dicho con un ejemplo, la citada «reducción» es como «reducir» la cólera de Júpiter a los truenos, mediante la siguiente definición «reductora»: «Júpiter está encolerizado si y sólo si truena».

B) Por lo que respecta a los principios, ninguna de las cuestiones abordadas por Daniel González Lagier (cuál es el origen de los principios, cuáles son sus relaciones, inductivas o deductivas, con las normas, si los principios tienen carácter explícito o implícito, cuál es su contenido, etc.) responde debidamente, o sea, de forma clara y directa, a la cuestión de su naturaleza ontológica.

Sobre este punto, la única tesis directa, pero no clara, de Daniel González Lagier es que los principios son como la «ideología del ordenamiento jurídico». Con ello sólo retrasamos el problema: ¿qué es la ideología del ordenamiento jurídico?; ¿cuál es la naturaleza ontológica de las entidades que la integran?; ¿son hechos (objetos físicos o eventos) o son ideas (como los números y las figuras geométricas)? Como ya he observado, Daniel González Lagier da por sentado que es posible explicar los principios como hechos o reducirlos a hechos. ¿Significa esto que la ideología del ordenamiento jurídico está formada por objetos físicos o eventos?

10) Una vez alcanzada la conclusión de que el Derecho, la ley, es un hecho, se plantea el problema de determinar cuáles son esos hechos con los que el Derecho se identifica. Para ello, es preciso tener en cuenta los usos lingüísticos, según los cuales, al Derecho pertenecen códigos, leyes, decretos, etc.

Según estos usos, propios de los juristas y de los no juristas, relativos a la palabra «Derecho», del Derecho español actual forma parte «algo», cuyo «contenido» es (literalmente) el siguiente: «El nacimiento determina la personalidad». Esto es lo que quería decir, al afirmar en mi artículo (pp. 348-349) que los usos lingüísticos relativos a la palabra «Derecho» establecen qué es lo que dicen literalmente los artículos de un código.

Según Daniel González Lagier, dicha afirmación es un «error». No veo por qué. Además, y en contra de lo que sostiene Daniel González Lagier, lo que dicen literalmente los artículos de un código no depende «de los usos lingüísticos relativos a las palabras incluidas en tales textos».

Sin embargo, admito que en mi artículo no expresé la tesis expuesta con la debida claridad (aunque no sé si es esto lo que ha provocado, o lo único que ha provocado, la citada crítica de Daniel González Lagier).

11) Pero creo que tampoco Daniel González Lagier se ha esforzado en entender mi alusión al respeto de los usos lingüísticos.

Daniel González Lagier (véase la primera de sus conclusiones) parece sostener dos cosas: *a)* que si, para determinar cuál de las dos concepciones, la estándar o la realista, es la correcta decidimos atender a los usos lingüísticos relativos a la palabra «Derecho», los usos lingüísticos relevantes han de ser los de los juristas, no los de los no juristas; y *b)* que, de acuerdo con los usos lingüísticos de los juristas, la concepción correcta del Derecho es la concepción estándar, no la realista.

En cuanto al punto *a)*, a los argumentos aducidos por Daniel González Lagier cabe oponer otros, al menos, del mismo peso: por ejemplo, que las reglas jurídicas son mensajes dirigidos directamente a los ciudadanos

y que, por ello, éstos han de poder reconocer, al menos en gran medida, el Derecho, sin necesidad de recurrir a los juristas; y también que la cuestión polémica no puede ser decidida atendiendo, sin restricciones, a los usos lingüísticos de los juristas, porque estos usos ya incorporan normalmente una determinada concepción del Derecho (en la mayoría de los casos, la concepción estándar del Derecho); por lo cual, recurrir a dichos usos es decidir de antemano la cuestión.

Por ello, y por lo que respecta al punto *b)* anterior, Daniel González Lagier tiene razón. Pero su tesis sólo significa lo que todos sabemos: que la concepción estándar es mayoritaria. Lo que muestra que no es ése el camino para decidir la cuestión polémica (si ése fuera el camino, la concepción estándar del Derecho sería la preferible, no sólo frente a la concepción realista que defiende, sino frente a cualquier otra concepción del Derecho, sea o no realista, incluso frente a cualquier otra concepción idealista, diferente de la concepción estándar).

Para mí (voy a intentar exponer de nuevo mis ideas), el respeto a los usos lingüísticos es un factor a tener en cuenta a la hora de formular o enjuiciar una tesis (si no fuera así, con oportunas definiciones, nos veríamos obligados a aceptar que el Derecho moja y la lluvia quema). Pero no es ni el único, ni el principal factor a tener en cuenta; pues existen otros factores (por ejemplo, razones epistemológicas o de claridad expositiva) que pueden aconsejar y, por tanto, justificar una desviación de los usos lingüísticos dominantes. Pero una desviación grande e injustificada respecto a los usos lingüísticos puede ser suficiente para rechazar una tesis. Esto es lo que ocurre con la concepción de Th. Geiger, o incluso con una concepción realista como la de J. Frank, que identifica el Derecho con las decisiones judiciales.

La concepción realista que sostengo no se desvía de los usos lingüísticos de los no juristas relativos a la palabra «Derecho»; y esto es un mérito de dicha concepción, frente a otras concepciones factualistas, como la de Th. Geiger y J. Frank.

Pero tampoco se desvía de dichos usos la concepción estándar del Derecho. Por ello, este test de respeto a los usos lingüísticos de los no juristas, aunque sirve para descartar algunas doctrinas, como las concepciones factualistas citadas, no sirve para decidir entre la concepción realista que defiende y la concepción estándar.

La concepción realista que defiende se desvía, evidentemente, y también justificadamente, de los usos lingüísticos mayoritarios de los juristas, dado que éstos son partidarios de la concepción estándar; pues, si no lo hiciera, no habría ninguna diferencia entre ambas concepciones.

En cualquier caso, aun aceptando que la concepción realista se desvía de ciertos usos lingüísticos (sean los usos de los juristas, sean los usos de los no juristas), dicha desviación estaría justificada: los usos lingüísticos son respetables, pero más respetable es la verdad.

12) Una vez que hemos llegado al punto de que ese «algo» que forma parte del Derecho español actual, y cuyo «contenido» es (literal-

mente) «El nacimiento determina la personalidad», es un hecho, el «algo» en cuestión no puede ser otra cosa que una entidad lingüística escrita u oral.

Como sabemos, se trata de lo primero: las entidades lingüísticas que forman parte del Derecho actual son entidades escritas; son textos. Por ello, son objetos físicos (no eventos, como las entidades lingüísticas orales).

13) Es cierto, como observa Daniel González Lagier, que en mi artículo no preciso cuál es ese texto. Ello se debe a las dos razones siguientes:

A) Por un lado, a que lo más importante es llegar a la conclusión de que el Derecho no puede ser otra cosa que un texto (al igual que los estatutos de una asociación o de una comunidad de propietarios, o el reglamento de la FIFA); pues esta conclusión es suficiente para abandonar la concepción estándar, en beneficio de la concepción realista.

La cuestión posterior de cuál es ese texto es, relativamente, una cuestión secundaria. Y es posible alcanzar aquella conclusión (la conclusión de que el Derecho es un texto), sin necesidad de abordar o resolver esta segunda cuestión (cuál es ese texto), como la presente exposición intenta poner en evidencia.

B) Por otro lado, porque abordar y responder esta segunda cuestión exige otro artículo, distinto al que estaba escribiendo. En un libro titulado *Teoría de la norma jurídica*, que espero que será publicado en el año 1998, abordo ese tema.

Mas en ningún caso (ni en el artículo, ni en el citado libro) mis referencias al texto de la ley «hacen pensar» que ese texto es una «abstracción», como dice Daniel González Lagier.

14) En mi artículo afirmo que la concepción realista del Derecho, al no admitir más entidades jurídicas (entidades pertenecientes al Derecho) que los textos legales, es más sólida que la concepción estándar del Derecho: ésta, junto a la existencia de los textos legales, admite la existencia de muchas más cosas; y, como es evidente, cuantas más cosas presuponga una teoría, tanto más débil resulta, dado que el riesgo de equivocarse es mayor.

Daniel González Lagier critica la solidez de la concepción realista. Objeta que la solidez no es el único factor a tener en cuenta a la hora de juzgar una teoría. Es más, viene a decir, más importante que la solidez de una teoría es su potencia explicativa. Por ello, según Daniel González Lagier, no hay que aumentar la solidez de una teoría a costa de una disminución de su potencia explicativa.

Ésta es la objeción contenida en el pasaje de N. Rescher con la que encabeza su artículo, así como en el relato de Galileo contenido en el texto.

A este respecto, no sólo estoy de acuerdo con Daniel González Lagier, sino que incluso en mi artículo (p. 351) se halla la misma objeción: «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».

Por esta razón, la crítica de Daniel González Lagier a la solidez de la concepción realista era innecesaria. La única crítica relevante al respecto contra la concepción realista consiste en hacerle el citado reproche: el reproche de que existen fenómenos que la concepción realista es incapaz de explicar y que, sin embargo, son explicables a partir de la concepción estándar del Derecho.

15) Ese reproche, al que me acabo de referir, también aparece en el artículo de Daniel González Lagier. Es más, según las últimas palabras de su artículo, la tesis central de su crítica es precisamente ésa: que existen fenómenos que la concepción realista es incapaz de explicar y que, sin embargo, son explicables a partir de la concepción estándar del Derecho.

Dos son, si no me equivoco, los argumentos utilizados por Daniel González Lagier para defender su posición: por un lado, que la historia del pensamiento jurídico, desde la escuela de la exégesis hasta hoy, muestra la insuficiencia de la concepción realista (véase la última nota de su artículo); por otro lado, que un ejemplo de un fenómeno que la concepción estándar del Derecho es capaz de explicar, pero que es inexplicable para la concepción realista, es la actividad de los jueces (véase su sexta conclusión).

A) En el último capítulo de *Historia...*, resumo lo que ha ocurrido en la historia de la filosofía jurídica durante los dos últimos siglos: una proliferación desmedida de (cuasi)entidades jurídicas, fruto de una incontenible verborrea. Pretender que ello ha estado motivado por necesidades teóricas y que, con semejante aparato conceptual, la teoría jurídica ha ganado en potencia explicativa, inalcanzable desde los supuestos del realismo jurídico, es ridículo.

B) En cuanto a la actividad de los jueces, no es cierto que la concepción estándar explique dicha actividad y la concepción realista sea incapaz de explicarla. La verdad es justamente lo contrario:

Cuando la concepción estándar del Derecho explica dicha actividad aludiendo a principios jurídicos, valores, etc., proporciona una pseudo-explicación, dado que dichos principios, valores, etc., no existen. Y a quien afirme, como Daniel González Lagier, que tales principios, valores, etc., sí existen, le corresponde la carga de la prueba; una prueba, que, naturalmente, ha de ser independiente del fenómeno que se intenta explicar.

Por contra, para la concepción realista, la actividad judicial es un fenómeno perfectamente explicable (precisamente, fue la actividad de los jueces lo que inspiró a algunos autores realistas su concepción del Derecho); pues, incluso cuando la actividad judicial alude a entidades

inexistentes, el fenómeno encuentra su explicación en la conciencia, creencias, etc., de los jueces.

C) Y, dado que la tesis central del artículo de Daniel González Lagier es precisamente la tesis que ahora estoy criticando, o sea, la tesis de que existen fenómenos que la concepción realista es incapaz de explicar y que, sin embargo, son explicables a partir de la concepción estándar del Derecho, finalizo esta crítica con un reto: le desafío a que indique un solo ejemplo de tales fenómenos (el de la actividad judicial, propuesto en su artículo, no sirve); y le doy un amplio plazo para ello: todo el tiempo que desee.

16) Una vez alcanzada la conclusión teórica de que no hay más Derecho que el de los textos legales (nos guste o no, no hay más cera que la que arde), es necesario abordar los problemas teóricos y prácticos que dicha conclusión plantea.

17) En el plano teórico, se plantean problemas como los señalados por Daniel González Lagier al comienzo de su artículo, en el pasaje que comienza de la siguiente manera: «¿Para qué queremos estudiar la derogación (que tantos quebraderos de cabeza puede proporcionar) si basta con quemar una norma para que ésta deje de existir?...».

Para responder a todos los problemas señalados (acertadamente) por Daniel González Lagier en este pasaje, sería necesario otro artículo, o varios artículos. A algunas de esas cuestiones (como la de la derogación) ya he respondido parcialmente¹; a otras estoy respondiendo en el libro que publicaré próximamente, y al que antes me he referido.

18) Por lo que respecta a los problemas de orden práctico que hay que afrontar desde la concepción realista que defiende, dichos problemas tienen su origen, básicamente, en el hecho de que los textos legales (única realidad jurídica admitida por esa concepción realista) son frecuentemente imperfectos (como toda obra humana): son injustos, inadecuados, insuficientes, etc.

Daniel González Lagier se sorprende, como muchos juristas, de que se pueda calificar como justa o injusta una acción, una persona, una norma, etc., sin sostener, por ello, que existe algo así como el valor o la idea de justicia.

Ello revela el desconocimiento de una tesis fundamental: la tesis, en palabras de W. V. O. Quine², de que el uso de un término general («blanco», por ejemplo) no nos obliga a aceptar en nuestra ontología la correspondiente entidad abstracta (la blancura, en este caso).

¹ En *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, 490 pp., pp. 165-166, y en «Presente y futuro de la concepción jerárquica del Derecho», en Carlos Martín Vide (ed.): *Lenguajes naturales y lenguajes formales*, VII, Barcelona, PPU, 1992, pp. 19-30 y 24-25.

² QUINE, W. V. O., «Identity, Ostension, and Hypostasis», en *From a logical point of view*, Cambridge, Massachusetts and London, England, Harvard University Press, 1980, pp. 65-79 y 76 («Identidad, ostensión e hipóstasis», en *Desde un punto de vista lógico*, traducción de Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 105-123 y 119).

Si no fuera así, cada vez que alguien dijera, por ejemplo,

(1) Este sombrero es blanco,

estaría afirmando que existe la propiedad de la blancura (la entidad abstracta blancura, cual idea o forma platónica), y que (1) realiza una comparación entre dicha propiedad y el sombrero al que (1) se refiere.

Brevemente, sostener lo contrario a la tesis citada es hacernos a todos platónicos, en cuanto a la aceptación de universales.

Y si (1) no presupone, ni implica, que exista la idea de blancura, tampoco el enunciado «Esta norma positiva es (in)justa» implica o presupone que exista la idea de justicia.

O dicho de otro modo: sostener que existen cosas blancas y cosas no blancas no implica sostener la existencia de la idea de blancura; sostener que existen hombres sabios y hombres no sabios no implica sostener la existencia de la idea de sabiduría, etc. Del mismo modo, sostener que existen cosas justas y cosas injustas no implica sostener que existe la idea de justicia.

No hay ninguna diferencia, a este respecto, entre un término de valor y cualquier otro término general. Un término de valor (como «justo») sólo es un término general vago³ (más vago que, por ejemplo, el término general «blanco»).

19) La concepción estándar del Derecho aborda el citado problema de la imperfección de los textos legales, recurriendo a lo que denomino «reglas correctoras de la legalidad» (RCL) tradicionales, que aluden, entre otras cosas, a los principios generales del Derecho.

En el artículo criticado por Daniel González Lagier analizo dichas reglas, una vez dejada a un lado la cuestión, ya discutida en las páginas anteriores, de si las entidades, como los principios generales del Derecho, a las que dichas reglas aluden, existen o no: «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» (p. 356 de mi artículo).

A continuación expongo los problemas de seguridad jurídica que plantean las RCL tradicionales, suponiendo, por mor de la argumentación, que existen las entidades (Derecho natural, valores, principios generales del Derecho, etc.) que dichas reglas presuponen.

³ Véase, en el mismo sentido, PRZELECKI, M.: «Truth-Value of Ethical Statements: Some Philosophical Implications of the Model-Theoretic Definition of Truth», en Peter Geach (ed.): *Logic and ethics*, Dordrecht/Boston/Lancaster, Kluwer Academic Publishers, 1991, pp. 241-253 y pp. 247 ss.

Pero, al parecer, esta suposición, sólo implícita en mi artículo, no la ha visto (o no la ha querido ver) Daniel González Lagier y me hace, por ello, las dos objeciones siguientes:

A) Si los principios generales del Derecho no existen (como yo sostengo), el conjunto de los principios generales del Derecho no puede ser calificado como borroso, sino como vacío. Así es, efectivamente. Pero si admitimos que existen, como yo admitía implícitamente en mi argumentación, el citado conjunto es borroso.

B) La vaguedad de un término (la vaguedad del término «principios generales del Derecho») no implica que el término carezca de referencia (no implica que los principios generales del Derecho no existan). Me parece que es esto lo que Daniel González Lagier viene a decir en el pasaje que comienza con el ejemplo de los unicornios.

Pero ni yo, ni nadie (por cuanto sé) sostiene lo contrario, por la siguiente razón:

El enunciado «Todo término vago tiene referencia» (o «Si un término no tiene referencia entonces no es vago») es analítico (es una consecuencia de la definición de vaguedad). Por consiguiente, el enunciado «Todo término vago carece de referencia» es el enunciado contrario a un enunciado analítico. Por ello, el último enunciado citado (en conjunción al enunciado que afirma que existen términos vagos) implica una contradicción.

Tiene razón, pues, Daniel González Lagier al oponerse al enunciado «Todo término vago carece de referencia» (al oponerse a una contradicción); pero el enemigo se lo ha inventado y era fácil de vencer.

Mis alusiones a la vaguedad de las RCL tradicionales, que aluden a los principios generales del Derecho, no iban dirigidas a negar la existencia de éstos. Al contrario, dichas alusiones suponen que dichos principios existen y tratan de poner de relieve los problemas de seguridad jurídica que aquellas reglas provocan. Éste era el enemigo a batir.

20) «Una concepción realista –escribe Daniel González Lagier– también debería ofrecer soluciones a los casos que prevén las RCL (tradicionales)».

Mi artículo contiene algunas sugerencias al respecto, que se resumen en lo que llamo «regla realista correctora de la legalidad» (RRCL). Se trata de una regla en la línea de la regla contenida en el artículo 1, párrafo 2, del Código Civil suizo de 1907 (como es sabido, esta última establece que, en caso de laguna, el juez «decidirá según las reglas que él establecería si fuera legislador»); aunque hay muchas diferencias entre esta regla legal suiza y la RRCL.

Ciertamente, la RRCL, a semejanza de las RCL tradicionales, plantea problemas de seguridad jurídica, que mi artículo no oculta; al contrario. Pero, frente a las RCL tradicionales, la RRCL tiene claras ventajas, tanto de orden práctico como de orden teórico:

En el plano de la práctica, la RRCL no abandona la seguridad jurídica en manos de cualquier juez, ni para cualquier supuesto, como ocurre en la actualidad. Por ello, y frente a lo que afirma Daniel González Lagier, la RRCL no es superflua, desde el punto de vista práctico.

Desde el punto de vista teórico, las ventajas de la RRCL sobre las tradicionales RCL son obvias, para un realista. Pero la RRCL también ofrece ventajas teóricas a un partidario de la concepción estándar como Daniel González Lagier. Pues le evita la ilusión de creer que las decisiones judiciales supuestamente basadas en principios jurídicos, valores, etc., son más controlables que las decisiones judiciales prudentiales.

De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín)

Por DANIEL GONZÁLEZ LAGIER

Seminario de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

1. En mi artículo «Los presupuestos ontológicos del Derecho» critiqué un trabajo de Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», publicado en el número XII del *Anuario de Filosofía del Derecho*. Mi artículo ha sido objeto, a su vez, de una respuesta por parte de este mismo autor. En estas páginas me correspondería a mí iniciar una nueva contraargumentación, continuando así un cruce de artículos y notas sobre los argumentos de uno y otro. Sin embargo, no voy a insistir en la defensa de mis argumentos (que sigo manteniendo en lo fundamental) o en la crítica de los argumentos de Rafael Hernández Marín, y ello por dos razones. La primera razón es que estos ejercicios de réplicas y contrarréplicas corren el peligro (por uno u otro lado) de repetir una y otra vez los mismos argumentos, con ropajes nuevos o desde perspectivas distintas, o de atrincherarse en posturas dogmáticas, lo que seguramente ni logra convencer al interlocutor ni interesar a posibles lectores. La segunda razón es que la respuesta de Rafael Hernández Marín me desanima a continuar el debate, pues –sorprendentemente– comienza con expresiones que podrían entenderse más como una descalificación personal que como argumentos contra mis tesis, y si esto fuera así se estaría empujando la discusión hacia un terreno impropio de un debate teórico. Creo que el tono de mi artículo está lejos de ser poco respetuoso o considerado, salvo que se confunda el respeto hacia las personas con la adhesión a sus opiniones o se piense que la amabilidad nos compromete a compartir cualquier tesis de un autor. Pero me resisto a

pensar que éste sea el caso de Rafael Hernández Marín, y por ello no comprendo que sugiera al comienzo de su réplica que mi amabilidad termina cuando comienzan mis discrepancias. En todo caso, lamento que mi artículo le haya molestado y parecido «sospechoso» de malas (o, al menos, falto de buenas) intenciones.

Por todo ello, aquí me voy a limitar a dos puntos. El primero, tratar de mostrar que no hay ninguna deformación consciente por mi parte de las tesis de Rafael Hernández Marín. El segundo, mostrar algunas incomprendiones de Rafael Hernández Marín hacia mi texto. Si alguna justificación tiene de cara al lector que proceda así, ésta no es tratar de decir la última palabra (aunque creo que estos intercambios de réplicas y contrarreplicas no deben eternizarse), sino confiar en que de esta manera queden más claros los términos de esta discusión.

2. De las muchas tesis de Rafael Hernández Marín que deformato en mi crítica («deforma tantas ideas mías, y algunas de ellas las deforma tanto...», escribe) sólo encuentro mencionadas en su réplica tres (el resto de puntos me parecen simplemente divergencias de opiniones). Veámoslas:

2.1 Una de las tergiversaciones que presuntamente cometo guarda relación con los usos lingüísticos. Mis falsificaciones consisten en este caso en dos: La primera, en no haber entendido que el siguiente párrafo:

«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.»

ha de interpretarse como:

«Según estos usos, propios de los juristas y de los no juristas, relativos a la palabra “Derecho”, del Derecho español actual forma parte “algo”, cuyo “contenido” es (literalmente) el siguiente: “El nacimiento determina la personalidad”.»

Pero Rafael Hernández Marín añade en su réplica: «admito que en mi artículo no expresé la tesis expuesta con la debida claridad», lo que explicaría mi supuesta «deformación».

El segundo error mío consiste en haber sugerido que los usos lingüísticos relevantes en este caso son, fundamentalmente, los de los juristas, y no los de aquellos que no son juristas. Rafael Hernández Marín sostiene lo contrario (y aporta nuevos e importantes argumentos, pero no decisivos, al igual que no lo eran los míos), y piensa que «tampoco Daniel González Lagier se ha esforzado en entender mi alusión al respeto por los usos lingüísticos». Pero que haya sostenido en mi artículo una tesis contraria no quiere decir que haya interpretado mal la suya, pues no parece una discusión que tenga una solución obvia y evidente (sólo si fuera así

podría pensarse que no aceptar la tesis equivale a no entenderla o malinterpretarla).

2.2 Una segunda deformación tiene que ver con las referencias de Rafael Hernández Marín al «texto de la ley». En mi artículo sostuve que «el hecho de que Hernández Marín se refiera genéricamente al “texto de la ley”, sin especificar a cuál de estos textos, puede hacer pensar que esta expresión hace referencia más bien (como ocurre con su uso común) a una abstracción a partir de esos textos realmente existentes». Rafael Hernández Marín objeta que «en ningún caso (ni en el artículo, ni en el citado libro) mis referencias al texto de la ley “hacen pensar” que ese texto es una “abstracción”, como dice Daniel González Lagier (aunque mi tesis era más débil: dije “pueden hacer pensar”)». Pero no aclara por qué debemos evitar esta conclusión: la expresión «texto de la ley» se utiliza (o puede pensarse que se utiliza) como una referencia a una clase, en lugar de como una referencia a un texto concreto, si se afirma que la ley se identifica con el texto de la ley y no se especifica con cuál. Ello hace que sea conveniente (aunque, como dice Rafael Hernández Marín, quizá no necesario) para una teoría como ésta especificar cuál es este texto (y Rafael Hernández Marín anuncia la publicación de un libro donde se aclaran estas cuestiones).

Pero esta cuestión guarda relación con un «desafío» que este autor me lanza en su réplica: «le desafío –escribe– a que indique un solo ejemplo de tales fenómenos (aquellos que la concepción realista no puede explicar y sí la concepción estándar); y le doy un amplio plazo para ello: todo el tiempo que desee». Agradezco el plazo, pero no deseo más tiempo. En mi artículo sugerí que la concepción realista distorsiona el proceso de la actividad judicial, básicamente porque no logra dar cuenta de la pretensión de corrección con la que los jueces solucionan los casos difíciles, pero Rafael Hernández Marín rechaza este supuesto (por cierto, y dicho sea de paso, comienzo a sospechar que no decimos cosas tan distintas, y que para aclarar este punto deberíamos discutir acerca de qué entendemos por «conciencia» o «prudencia» de los jueces). Sin embargo, Rafael Hernández Marín me pide un solo ejemplo: pues bien, el no poder precisar cuál es el texto de la ley constituye un problema que la concepción estándar no plantea, y que –como reconoce Rafael Hernández Marín– debe solucionar su teoría realista. Quedamos, pues, a la espera del libro anunciado por Rafael Hernández Marín para saber si he superado el «desafío» que este autor me lanza.

2.3 He dejado para el final la principal deformación que, al parecer, cometo, esto es, la de atribuir a Rafael Hernández Marín la tesis de que «sólo existen los objetos físicos» (y otras afirmaciones que son variaciones sobre el mismo tema). Tiene razón Rafael Hernández Marín si en mi artículo he dado la impresión de que él sostiene que, en el mundo, sólo hay objetos físicos. Mi afirmación no debe entenderse, sin embargo, de manera descontextualizada, sino en el contexto de un debate sobre qué

tipo de entidades existen en el «mundo del Derecho». Pues bien, Rafael Hernández Marín afirma en su artículo inicial «1.º, que no hay más Derecho que el Derecho positivo; 2.º, que no hay más Derecho 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»¹. Rafael Hernández Marín aclara en su réplica que esta última frase debe entenderse como «ese texto legal es un hecho, concretamente, un objeto físico», y no como «ese texto legal es un hecho, o sea, un objeto físico». Pero se entienda como se entienda esta frase, del párrafo anteriormente citado se puede concluir (sin ninguna deformación) que, a propósito del Derecho, nuestro autor adopta como paradigma el modo de existencia de los objetos físicos. En su réplica, además, afirma que «la concepción realista del Derecho es una concepción factualista del Derecho, por sostener que las reglas jurídicas son objetos físicos». Añade a continuación que otras teorías factualistas identifican las normas con eventos. No lo dudo, pero estamos hablando de su concepción del Derecho; además, él rechaza esas otras concepciones, lo que me lleva a suponer que, para Rafael Hernández Marín, una concepción factualista del Derecho adecuada o correcta debe dejar fuera –como hace la suya– a los eventos.

Pero, obviamente, en mi artículo pretendí ir algo más allá de la mera constatación de que para la concepción factualista (es decir, para la concepción factualista de Rafael Hernández Marín², las entidades que componen el Derecho son objetos físicos, que es en lo que consiste el núcleo de nuestra discusión. Quise sugerir (pero quizá no quedó claro) que sólo se llega a esta tesis si se parte de una especie de «prejuicio» en contra de la admisión de eventos en el Derecho. Este prejuicio se manifiesta en que en el artículo «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho» no se analiza por qué la costumbre, que consiste en una regularidad de comportamientos –es decir, eventos– junto con ciertas actitudes psicológicas –que pueden ser explicadas como eventos–, no forma también parte del Derecho. Esta cuestión no se menciona en aquel artículo y se despacha en la réplica de Rafael Hernández Marín con dos argumentos: el primero –incontestable– que las normas consuetudinarias «ni son hechos, ni son reducibles a hechos; de la misma manera que el ángel de la guarda o la fuente de la eterna juventud no son hechos, ni reducibles a hechos». El segundo tiene que ver con mi propuesta de definición de las reglas consuetudinarias (tomada de Hart a través de Juan Carlos Bayón³);

¹ RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», p. 348.

² Una fuente de malentendidos entre Rafael Hernández Marín y yo mismo me parece que puede haber sido de índole terminológica, pues es cierto que en mi artículo hice algunas afirmaciones sobre la concepción factualista sin precisar en todo momento que me refería en concreto a la concepción factualista de Rafael Hernández Marín.

³ Es la siguiente: «Sintéticamente, para Hart se puede afirmar que existe en el grupo G una regla social a tenor de la cual “todo S debe hacer Ø en las circunstancias C” si y sólo si: 1) Existe de hecho una cierta regularidad de comportamiento, es decir, dentro de G la mayor parte de los S hacen Ø en la mayor parte de las ocasiones en las que concurren las circunstancias C; 2) las

dice así: «si aceptáramos la “reducción” sugerida por Daniel González Lagier, junto a los hechos descritos en el *definiens* de la definición “reductora”, tendríamos además una regla social o consuetudinaria (cuya naturaleza ontológica seguiría siendo dudosa), que ordena o prohíbe algo, y a la que alude el *definiendum*. Dicho con un ejemplo, la citada “reducción” es como “reducir” la cólera de Júpiter a los truenos, mediante la siguiente definición “reductora”: “Júpiter está encolerizado si y sólo si truena”». Reproduzco este argumento para confesar que (aunque pueda ser elemental) yo no lo entiendo: de acuerdo con el argumento, en el *definiens* no hay sólo hechos, sino también una regla consuetudinaria, pero no veo cuál de los cuatro puntos del *definiens* puede ser tal regla social, y Rafael Hernández Marín no lo aclara. Si, en cambio, lo que este argumento afirma es que estos cuatro puntos presuponen la existencia de una regla social, entonces la definición se ha entendido mal, pues lo que ésta quiere decir no es que la regla social se manifieste en estos cuatro hechos, sino que éstos hechos son las condiciones de existencia de la regla social.

En definitiva, por todo ello, sigo pensando, como afirmé en mi primer artículo, que «el problema básico de la concepción de Hernández Marín (que es una concepción sobre el Derecho, o al menos esa es la que estamos discutiendo) es haber adoptado un concepto homogéneo de “existencia”, que toma como paradigma de existencia el modo de existencia de los objetos físicos».

3. Entre otros, quisiera destacar, muy brevemente, tres puntos de mi artículo que me parece que Rafael Hernández Marín ha entendido de forma distinta a la pretendida por mí, lo que quizá haya aumentado su sensación de que fui poco fiel a sus tesis:

3.1 En mi artículo propuse cuatro formulaciones distintas de cómo podría entenderse la objeción según la cual la concepción estándar es idealista. La primera de ellas pretendía ser reflejo de la opinión de Rafael Hernández Marín. Esta formulación decía: «La concepción estándar es idealista porque admite la existencia de entidades que no son objetos físicos». Rafael Hernández Marín afirma que esta formulación sólo expresa parcialmente lo que él quería decir. Sin embargo, a mí me parece que esta formulación viene implicada por el siguiente párrafo escrito por él: «En cuanto se admita un Derecho distinto del Derecho positivo (esto es, en cuanto se admita un Derecho natural); o bien un Derecho positivo distin-

desviaciones respecto al comportamiento regular son motivo de crítica (...); 3) las conductas consistentes en manifestar esas reacciones críticas no suscitan a su vez reacciones críticas ulteriores por parte de los miembros de G (...); 4) los miembros de G –o al menos algunos de ellos– adoptan una “actitud crítica reflexiva” que se manifiesta en el uso del lenguaje normativo (esto es, de términos deónticos como “deber”) y en apelaciones a la regla en cuestión para justificar: a) por qué ellos mismos –si pertenecen a la clase de sujetos S– hacen \emptyset cuando concurren las circunstancias C; b) por qué critican a los S cuando se desvían de esa pauta de conducta, y c) por qué no consideran a su vez objeto de crítica la manifestación de esas reacciones críticas» (JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 449).

to 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 (...), se está sosteniendo, al menos parcialmente, una concepción idealista, no empírica, del Derecho»⁴: De acuerdo con este párrafo, si se afirma que existe un Derecho positivo distinto de la ley o no se identifica a ésta con el texto de la ley, se admite una concepción idealista. Ahora bien, como el texto de la ley es un objeto físico (y dado que no se ve qué otros objetos físicos pueden ser relevantes como entidades jurídicas), estas afirmaciones implican mi primera formulación: la concepción estándar (que es una concepción sobre el Derecho) es una concepción idealista porque admite la existencia (en el Derecho) de entidades que no son objetos físicos (esto es, de entidades distintas al texto de la ley, entendido como lo hace Rafael Hernández Marín).

A partir de esta formulación, pretendí: 1) señalar la conveniencia de abrir la posibilidad a la admisión de hechos o eventos en el Derecho (y recurrí a algunos párrafos de Russell para mostrar algunas diferencias entre objetos y hechos, lo que no implica aceptar toda la ontología del atomismo lógico); 2) señalar la diferencia entre «lo que realmente existe» y «lo que creemos que realmente existe» (lo que no implica asumir la existencia de dos mundos: sino del mundo y de las creencias sobre el mismo) y la conveniencia de adoptar una perspectiva científica (es decir, de guiarse por las creencias de los científicos acerca de lo que existe); y 3) mostrar la influencia del potencial explicativo y práctico de nuestras creencias acerca de lo que existe (y las de los científicos) a la hora de escoger una u otra teoría. Cada una de las argumentaciones tendentes a sostener estas tesis concluía con la conveniencia de reformular la objeción de idealismo contra la concepción estándar, para adaptarla a las nuevas perspectivas que se abrían en cada caso. Por ello, hablé en todo momento de formulaciones o, incluso, reformulaciones de la objeción de idealismo, y utilicé expresiones como «si modificamos consecuentemente el argumento contra la concepción estándar...», «tendríamos que reformular el argumento como sigue...». En ningún momento sostuve que se trataba de formas distintas de interpretar la objeción de Rafael Hernández Marín (salvo por lo que se refiere a la primera formulación). Por ello, este autor muestra haberme entendido mal cuando afirma que «las otras tres interpretaciones o formulaciones que Daniel González Lagier hace de mi tesis “la concepción estándar del Derecho es idealista” no se aproximan, ni remotamente, a mi pensamiento». Nunca lo pretendieron.

3.2 Tampoco afirmé en ningún momento, ni creo que se desprenda de mis tesis, que una concepción idealista del Derecho es preferible a una concepción factualista. Rafael Hernández Marín no señala dónde digo tal cosa, ni creo que pueda hacerlo, así que no comprendo por qué escribe que «a Daniel González Lagier, como a la mayoría de los juristas, esta conclusión le parece “contraintuitiva”, “chocante”, “extraña”, etc. Según

⁴ «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», p. 351.

él, el que una concepción del Derecho sea una concepción empírica del Derecho no es algo digno de elogio. Al parecer, es mucho más intuitivo, racional, plausible, elogiabile, etc., sostener lo contrario, o sea, las dos tesis antes citadas: que existe un mundo de ideas y que allí moran las entidades jurídicas». Ciertamente, he usado expresiones como «extraña», «chocante» y «contraintuitiva», pero no en contra de cualquier concepción empírica del Derecho, sino exclusivamente en contra de la concepción factualista del Derecho de Rafael Hernández Marín (que me parece la más «chocante», «extraña» y «contraintuitiva» de las que conozco). Quizá haya que recordar a este autor algo de lo que parece haberse olvidado (olvidado sólo a propósito de estas críticas, pero que él mismo me recuerda en otro momento): que no es el único representante de las teorías empíricas del Derecho, por lo que no puede extender mis críticas a su concepción al resto de concepciones empíricas, factualistas o incluso realistas (pues la concepción realista del Derecho de Rafael Hernández Marín no es tampoco la única concepción realista del Derecho).

Precisamente porque creo que debe rechazarse el idealismo en el ámbito del Derecho (y no sólo en él), he tratado de mostrar que es falso que la concepción estándar sea necesariamente idealista y —como el propio Rafael Hernández Marín menciona críticamente— que los principios generales del Derecho y las reglas consuetudinarias no tienen por qué entenderse necesariamente como entidades ideales (mis argumentos siguen siendo los mismos, por lo que no voy a reproducirlos). Me niego a admitir que las alternativas sean, o bien ser idealista, o bien acoger la concepción de Rafael Hernández Marín, sin considerar antes otras posturas empiristas.

3.3 Por último, la primera objeción de Rafael Hernández Marín. Considera este autor que haber titulado mi artículo «Los presupuestos ontológicos del Derecho» es un error, pues nuestra discusión no versa acerca de cuáles son los presupuestos ontológicos del Derecho, sino acerca de si éstos son correctos. Pero esta objeción presupone que «Los presupuestos ontológicos del Derecho» ha de interpretarse como «¿Cuáles son los presupuestos ontológicos del Derecho?», y no como «¿Son correctos los presupuestos ontológicos del Derecho?». Pero, ¿por qué habría de ser así? El título de mi artículo sólo dice que vamos a hablar sobre los presupuestos ontológicos del Derecho, y podremos hablar sobre cuáles son o sobre si son correctos. El título no prejuzga sobre cuál de las dos cosas vamos a hablar, salvo que se haga una injustificada interpretación restrictiva o parcial.

4. No quisiera concluir sin plantearme la siguiente cuestión:

¿Qué razones pueden explicar los malos entendidos por parte de uno u otro? (hasta tal punto que en algún momento parece que estemos hablando de artículos distintos). Rafael Hernández Marín me achaca a mí todos los malentendidos y sugiere que pueden deberse a la falta de buenas intenciones o a la falta de la debida diligencia. Pues bien, aunque yo

sé que no me ha faltado buena intención (¿por qué habría de faltarme?) y creo –no, estoy seguro– que tampoco la debida diligencia, no tengo inconveniente en asumir por los dos todo el peso de la culpa ni en cargar los malentendidos en la cuenta de mi propia torpeza tanto al interpretar a Rafael Hernández Marín como al expresarme en mi artículo (un beneficio de la duda que él no me ha concedido, sin embargo). Pero como me resisto a considerar mi torpeza como absoluta incompetencia, encuentro consuelo en pensar que la cuestión de «los presupuestos ontológicos del Derecho» (en el sentido de «¿son correctos los presupuestos ontológicos del Derecho?») es un tema sumamente difícil. Aunque tengo fuertes intuiciones –compartidas por la mayoría de los juristas– acerca de que mi postura es la correcta, y aunque actúe en mi trabajo cotidiano asumiendo sin más reflexión «los presupuestos ontológicos del Derecho» (ahora en el sentido de «¿cuáles son los presupuestos ontológicos del Derecho?») de la concepción estándar, he de reconocer que no resulta fácil abogar con sólidos argumentos filosóficos por esta postura (pero tampoco, por cierto, por la contraria). Éste es un reto que todavía hemos de vencer, y recordárnoslo es uno de los méritos de la obra de Rafael Hernández Marín.

Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo

A propósito del libro de Ricardo GARCÍA MANRIQUE,
La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo,
Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996 (591 pp.)

Por BENJAMÍN RIVAYA

Universidad de Oviedo

La publicación de la tesis doctoral de Ricardo García Manrique, pone de manifiesto el interés de algunos sectores de la filosofía del Derecho española por historiar la evolución de ese pensamiento, incluso hasta nuestros días. La pretensión –me parece– no deja de ser problemática: cuanto más nos acercamos al presente, mejor se observa la pugna de intereses y el compromiso emocional que toda historiografía conlleva. Pero además, si bien decía que algunos autores patrocinaban el esfuerzo historiador, creo que la atención por esa labor, en general, es escasa, que son pocos los que parecen valorar el trabajo; probablemente más los que de una u otra forma sufrieron los acontecimientos que sirven de trasfondo a una parte de la obra de García Manrique. Sin embargo, las generaciones que llegaron a las tarimas de las aulas universitarias cuando el franquismo ya declinaba, entonces penenes que desde su puesto lucharon contra la dictadura y que hoy ya ocupan las cátedras, y otros más jóvenes, parece que no conceden mayor importancia al asunto en particular y, más en general, a la filosofía hecha en España. Al fin y al cabo –supongo que pensarán muchos de ellos–, ya sabemos lo que es la historia española, un cúmulo de desgracias, también filosóficas, un «querer y no poder», un inútil arcaísmo¹. Cuando la referencia es a la iusfilosofía que se hizo bajo

¹ Respecto a la historiografía que elaboró esos tópicos y su crítica, *vid.* S. JULIA, «Anomalía, dolor y fracaso de España», en *Claves de la Razón Práctica*, 66, octubre de 1996 (pp. 10-21).

el franquismo, entonces las opiniones suben de tono, para afirmar que no merece la pena en absoluto, que fue simple estratagema ideológica. Parece así que no hay nada que estudiar, que ya todo está dicho. Es cierto, sin duda, que la filosofía no es una misión nacional, como alguno propuso, sino un esfuerzo del pensamiento que supera fronteras espaciales y límites temporales, pero también que no por eso debe uno olvidarse de lo más cercano, que es, aunque sea en un sentido contrario al que pretende, lo primero que nos constituye. Desde luego, resulta un alivio que sea un iusfilósofo de talla, y que no se dedica a esta historia, quien constate los muchos «prejuicios y lugares comunes» que se han extendido «sobre la peculiaridad de la actividad intelectual española», y la «falsedad de un juicio radicalmente negativo» que se hace recaer sobre ese pensamiento². No creo que pueda ser aplicada esa valoración a la iusfilosofía que se hizo bajo el régimen de Franco, evidentemente, pero no deja ésta de constituir un capítulo de la historia del pensamiento español y, por tanto, necesitado de estudio y reflexión. La historia de la filosofía española, una parte de la historia de la cultura, por pequeña que sea, no necesita justificarse continuamente, como –a mi juicio– no lo necesita la obra de Ricardo García Manrique.

Conocí a Ricardo García Manrique en las XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, que se celebraron en Santiago de Compostela en marzo de 1993. Por aquel entonces ambos preparábamos nuestras tesis, nos dedicábamos al estudio de la filosofía del Derecho durante el franquismo, y así tuvimos la oportunidad de intercambiar impresiones, intercambio que se mantendría hasta hoy y que –creo– fue fructífero para ambos. Por tanto, debo apuntar al comienzo de este comentario sobre su obra, una obra que considero valiosa e interesante, que no pienso ser la persona más idónea para emitir un juicio sobre el particular, ni mucho menos puedo pretender que éste sea definitivo.

I. SOBRE EL MÉTODO

El material que se estudia en *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo* es muy cuantioso, lo que hace que sea de fundamental importancia su procesamiento, esto es, el método. Como luego se verá al analizar el objeto de la investigación, más que de los derechos humanos en el período de referencia, creo que lo que el autor estudia es la filosofía del Derecho desde un cierto punto de vista, durante ese tiempo. El propio García Manrique dice que la «primera herramienta metodológica» que utiliza sirve para delimitar el contenido, seleccionar el enorme caudal de material que va a analizar³. Se trata de un concepto amplio de

² E. GARZÓN VALDÉS, «Derecho, Ética y Política en España» (1990), en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (pp. 265-300), p. 266.

³ El autor renuncia a un criterio histórico que ponga de relieve la evolución de los teóricos de los derechos humanos (p. 45). A mí, sin embargo, me parece un criterio digno de haber sido

derechos humanos: «facultades jurídicas subjetivas atribuidas a los hombres por el hecho de ser hombres y no por ninguna otra cualidad específica» (p. 25). Precisamente la amplitud del concepto trae consigo que bajo su manto se pueda incluir la casi totalidad de la filosofía del Derecho que se hizo en España, que sabemos que fue, salvo excepciones, mayoritariamente iusnaturalista⁴. ¿Qué iusnaturalista que se precie dejará de tocar el tema de, por ejemplo, la dignidad de la persona, de su derecho a la vida o a un trato humano? Si no estoy equivocado, en esta línea habría que incluir toda la especulación que se llevó a cabo en España durante las décadas de los cuarenta y los cincuenta, a salvo las excepciones de González Vicen y, durante un cierto tiempo, Legaz y Lissarrague. Al menos durante el período apuntado, que va del fin de la guerra a los años sesenta, el concepto amplio de derechos humanos que utiliza García Manrique, casi se identifica con el de filosofía del Derecho, también en sentido amplio. Si entonces la cuestión giró básicamente alrededor del Derecho natural, éste no deja de ser el fundamento de esos derechos que entonces se prefería llamar también naturales. El otro período a tener en cuenta, el que corre desde los primeros sesenta hasta el fin del franquismo, curiosamente cuando comienza a utilizarse cada vez más la terminología de «derechos humanos», ya contendría una materia que quizá no incumbiría a esta cuestión, la de la ciencia jurídica, pero el resto de la especulación, ontológica y axiológica, caería dentro del concepto que utiliza el autor, bien porque afirmara, bien porque negara, esos derechos humanos.

Así las cosas, una vez que el material a estudiar está ya delimitado, ¿cómo diseccionarlo?, ¿por dónde empezar? El autor opta a las claras por un «criterio político», el que distingue entre un pensamiento «reaccionario y conservador» y otro «democrático». Sin embargo, no me parece suficiente la matización que hace respecto a esos conceptos: «los empleamos con fines sistemáticos, sin que impliquen una calificación totalmente precisa y definitiva de los trabajos que bajo ellos incluimos» (pp. 42-44). Al contrario, el par –me parece– provoca problemas: es cierto que conforme a esos conceptos se puede organizar el objeto, pero ¿adecuadamente? Si mal no recuerdo, ya en el acto de defensa de la tesis doctoral, un miembro del tribunal, Elías Díaz, consideró excesivo el rótulo que García Manrique había utilizado para englobar a todo un sector de la iusfilosofía española, «reaccionario y conservador»: ¿acaso no hay conservadores demócratas, anti-reaccionarios?, ¿acaso entre los conservadores no hay quien defienda los derechos humanos? Además, si frente a los conservadores y reaccionarios se coloca a los demócratas, parece que el juicio de la historia ya está hecho y es inapelable; seguro que casi nadie se recono-

tenido más en cuenta, cuando muestra lo que de otra forma queda inevitablemente oculto. Aun así, se observa el esfuerzo de García Manrique por mostrar las evoluciones, al menos algunas muy importantes, las de Legaz y Ruiz Giménez.

⁴ En este sentido, creo que deberían ser matizadas algunas afirmaciones maximalistas. Por ejemplo: «La filosofía jurídica hecha en la España de la posguerra es una filosofía reaccionaria y conservadora» (p. 55); «Obviamente, la guerra civil barrió toda diversidad cultural» (p. 56, n.), etc.

ce entre los primeros. Me parece que a la hora de trazar el mapa de la filosofía de los derechos humanos, lo que el autor hace es distinguir, más o menos, entre partidarios y detractores del régimen de Franco⁵: aquellos, que solían despreciar el sentido moderno de los derechos humanos, y éstos, que los afirman tal y como hoy los conocemos.

Dentro de la parte del libro dedicada al pensamiento no democrático, se distingue entre la «descripción general» de ese pensamiento (pp. 55 ss.), su «teoría de los derechos naturales» (pp. 73 ss.) y sus «ideas políticas» (pp. 190 ss.). A mi juicio, este último epígrafe debería haberse integrado en el primero⁶, pues forma parte de la descripción de los rasgos de esa cosmovisión, mientras que el segundo, la concreta doctrina de los derechos humanos, exigiría otra sub-clasificación. Ricardo García Manrique pasa revista al pensamiento de diversos autores, y entre las ideas de unos y otros hay diferencias apreciables, por lo que hubiera sido enriquecedor clasificar sus doctrinas. Habría varios criterios: por ejemplo, el que distingue entre la academia iusfilosófica universitaria, la religiosa y la de los juristas⁷. O, mejor aún, dado que se trata de un criterio político de clasificación, podría diferenciarse entre la derecha radical, la autoritaria y la conservadora⁸, lo que a mí me parece especialmente fructífero para seguir introduciendo claridad en la organización del trabajo. Si además se observa la otra gran parte de la obra, resulta que, como veremos a continuación, los iusfilósofos demócratas sí son clasificados, y entonces uno no puede dejar de preguntarse por qué no fueron clasificados los primeros, cuando entre ellos –como dije– había importantes diferencias.

En cuanto al pensamiento democrático, García Manrique distingue entre uno «liberal», otro «católico renovador» y uno más «socialista». Amén de las denominaciones (tal vez –lo digo con todas las reservas– podría hablarse de una ideología «democristiana», mejor que de un pensamiento «católico renovador»), en este caso la clasificación me parece muy correcta, probablemente la mejor de las posibles, aunque reconozco que su uso particular puede plantear ciertos problemas. Eso sí, echo en falta aquí una «descripción general» del pensamiento democrático, al igual que antes se hizo con el otro, y que sí se apunta en las conclusiones (p. 529).

⁵ Digo más o menos porque, sin que esto implique ningún demérito, no creo que algunos de los citados (Truyol, Fernández Galiano o Sánchez de la Torre, por ejemplo) se significaran por su oposición al franquismo.

⁶ En el capítulo de las ideas políticas tampoco se entiende por qué se dedica una sección a la figura de Elías de Tejada (pp. 211-222), pues el «tradicionalismo jurídico-político» que representa es una dirección entre otras, y sin duda minoritaria. Desde luego, no es la de la mayoría de los autores que exponen una teoría de los derechos naturales en la época: tal vez sólo la de Francisco Puy.

⁷ Esta clasificación la adopté yo mismo en alguna ocasión: «La filosofía jurídica en los comienzos del nuevo Estado español», *Sistema* 131, marzo de 1996 (pp. 87-103), pp. 91-93.

⁸ Vid. S. G. PAYNE, *Historia del fascismo* (trad. por C. Boune y Víctor Alba), Barcelona, Planeta, 1995 (757 p.). O la versión anterior, mucho más abreviada: S. G. PAYNE, *El fascismo* (trad. por Fernando Santos Fontenla), Madrid, Alianza Editorial, 1994 (248 p.). También esa clasificación la he tenido en cuenta en mi artículo citado anteriormente.

II. SOBRE EL OBJETO

Aplicado el plano que García Manrique traza para moverse por la geografía de las distintas doctrinas de los derechos humanos que describe, y que conoce a la perfección, entonces resulta que en algunas ocasiones el mapa desorienta más que encamina. En la primera parte, la que se refiere al que llama «pensamiento reaccionario y conservador», categoría que –ya dije– considero desafortunada⁹, incluye bajo ese rótulo a Corts Grau, Luño Peña, Puigdollers Oliver, Diego Carro, Castán Tobeñas, Puy Muñoz y Legaz Lacambra. Corts, Luño y Puigdollers pertenecían a la ACN de P; Corts y Puigdollers provenían de Acción Española; Diego Carro era un sacerdote; Castán un jurista también práctico; Puy pertenece a una generación posterior a la de los otros; y Legaz, reducido a conservador o reaccionario, pierde el papel o, mejor, la pluralidad de papeles que jugó. Si reparamos en las expresiones que el autor utiliza en el cuerpo del trabajo, parece que lo común a todos ellos es el «iusnaturalismo conservador» que les suele asignar. Pues bien, dejando a un lado a los demás, la figura de Legaz –a mi juicio– no encaja aquí, ni queda bien retratada.

«El profesor Legaz no desarrolló una teoría de los derechos naturales equiparable a las examinadas previamente; más bien al contrario, su idea del Derecho conduce a una concepción distinta de los mismos, que puede calificarse como “crítica”, desde luego muy alejada de la que hemos visto hasta aquí» (p. 179). Pero entonces ¿por qué se le incluye en esta sección? Hoy sabemos que Legaz fue un liberal conservador que tuvo una etapa, la de la guerra y la inmediata posguerra, fascistizada; curiosamente, una etapa en la que negó los derechos naturales. En aquel tiempo Luis Legaz no fue conservador ni reaccionario, sino más bien un defensor del Estado totalitario, y seguramente con problemas de conciencia. Fascismo, conservadurismo y reacción –creo yo–, no se deben identificar. Además, la inclusión de Legaz en este epígrafe parece dar la razón a algunos sectores de la iusfilosofía española que, bien porque lo reclaman para sí, bien porque lo repudian, sólo ven en Legaz a un «derechista» de la época sin más importancia que la de su filiación política. También Del Vecchio fue fascista, y Larenz nazi, mas las filiaciones, por muy despreciables que sean, no quitan interés a sus genios. Es curioso que hoy la crítica comience a valorar una parte de la creación artística del fascismo, repudiable por fascista, pero defendible por su valor estético. Aun así, no creo que sea esto aplicable al caso de Legaz, porque no hay un único Legaz, sino varios, y están esperando, por cierto, un estudio crítico y en profundidad.

En cuanto a la segunda gran parte de la obra, la que se refiere al pensamiento democrático, también quedó dicho que el mapa trazado para

⁹ ¿No fue Gil Robles el modelo de conservador en España? Pues Gil Robles, valga como ejemplo, tomó una inequívoca «opción democrática» (p. 350, n.).

ésta por García Manrique, precisamente el que falta en la primera, es no sólo adecuado sino el mejor de los posibles. De hecho, considero el estudio de esta parte más acabado que el de la otra. Aun así, se plantean algunas dudas. Por ejemplo, ¿encajan Ossorio y Gallardo o Truyol Serra en el epígrafe de «liberales», donde también se sitúa a Recaséns, Ayala y García Pelayo? Desde luego, Ossorio era un liberal, pero tal vez lo que mejor le defina sea su contribución al (fracasado) proyecto de la democracia-cristina española. Ahora me doy cuenta, sin embargo, de que si no se incluye a Ossorio en el catolicismo renovador es porque éste se refiere a ideas y autores vinculados con la apertura que supuso el Concilio Vaticano II, cuando Ossorio murió —si no estoy equivocado— en el 45. En cuanto a Truyol Serra, quizás cayera mejor dentro de este otro rótulo que se refiere a los católicos avanzados. Además, ¿no eran conservadores Recaséns, Ossorio y Truyol? Lo digo para precisar la crítica a la primera parte del trabajo. Bajo el segundo nomen, el de pensamiento católico renovador, se incluye a Ruiz Giménez, Fernández Galiano, Sánchez de la Torre, José Llompart y José Luis Aranguren. No me cabe duda de lo acertado que resulta que bajo esa denominación se incluya a Ruiz Giménez y a Aranguren (supongo que también a José Llompart, de cuya obra no tenía noticia, y resultó ser muy sugerente), pero no sé si tanto a Fernández Galiano y a Sánchez de la Torre, creo que más tradicionales. En cuanto al pensamiento socialista, merece párrafo aparte.

Me parece que no se puede negar el peso que el socialismo ha tenido en España, tanto en el desarrollo de la filosofía como en el de las ciencias sociales en general; también en el de la jurisprudencia y la iusfilosofía. A este último respecto téngase en cuenta al insigne Jiménez de Asía, que elevó el estudio del Derecho Penal a la categoría de ciencia. En cuanto a la última Filosofía del Derecho española, a nadie se le oculta la importancia que tiene; incluso hay quien ha hablado de una «escuela de Ferraz». Ahora bien, bajo el título de «pensamiento socialista», García Manrique engloba a los siguientes autores: Fernando de los Ríos, Enrique Tierno, Luis García San Miguel, Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba. Amén de la figura de Fernando de los Ríos, a la que creo que se le dedica demasiado espacio, ya que al fin y al cabo se trata de un precedente: su doctrina sobre los derechos humanos habría quedado expuesta en *El sentido humanista del socialismo*, anterior a la guerra (p. 438); al margen del caso de Fernando de los Ríos —decía—, el problema que se plantea es el de la vinculación de los autores estudiados y los derechos humanos en sede teórica. Tierno Galván no se dedicó a los derechos humanos (en sede teórica, reitero), aunque sí a «ideas relacionadas de algún modo con la consolidación de una filosofía jurídica de orientación socialista» (p. 448). Luis García San Miguel sí se ocupó más con la teoría de los derechos humanos, pero tal vez el eje de su trabajo de aquellos años sea el de la crítica al «iusnaturalismo conservador» y el problema de la democracia. Elías Díaz tampoco «ha centrado su producción intelectual en el tratamiento teórico expreso de los derechos humanos» (p. 468). Peces Barba,

en cambio, es sabido que sí se ha dedicado a los derechos humanos y ha construido una interesante doctrina sobre ellos (p. 492). De esta forma se observa que más que dedicarse al estudio de la especulación sobre los derechos humanos, el autor investiga la Filosofía del Derecho española desde la perspectiva de los derechos humanos. Más en concreto, que ahora se dedica a la exposición de la cosmovisión liberal y democrática, donde surgen los derechos humanos (p. 22). Pero entonces podría haberse analizado toda la filosofía del Derecho española durante el franquismo: si los derechos humanos, en sentido amplio, mantienen una relación necesaria con la democracia, por ejemplo, o según la mayoría de los autores de la época, con el Derecho natural, estas cuestiones no fueron obviadas por ningún iusfilósofo. En cualquier caso, me pregunto si no han quedado figuras relevantes, y quizás de difícil acomodo, sin tratar, por ejemplo, la de Rodríguez Paniagua.

III. CONCLUSIÓN

He tratado de buscar los puntos débiles de la obra de García Manrique. No sé si lo he conseguido, pues sin duda estimo su valor. Sigo creyendo que la historia de la iusfilosofía española del siglo XX sigue necesitando un gran acopio de datos, una labor descriptiva que, sin menospreciar la crítica, saque a la luz multitud de noticias que han caído en el olvido, y en este libro se asume esa tarea. Por apuntar un sector específico que se debería recordar especialmente, el exilio de nuestros iusfilósofos, al que también se refiere el autor de la obra comentada, todavía está necesitado de investigación. Estimo la obra de Ricardo García Manrique —decía—, probablemente porque no comparto todos los puntos de vista que en ella se mantienen. Creo que él está más cerca que yo de la historia de Preston, de Tuñón y de Elías Díaz. Humildemente, me siento más inclinado por la de Payne, Tusell y Gil Cremades. Ambas, sin embargo, son necesarias, y del diálogo entre ellas han de esperarse buenos resultados.

Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo: respuesta a Benjamín Rivaya

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Universidad Carlos III de Madrid

I

1. El comentario que Benjamín Rivaya ha escrito sobre mi libro excede sin duda las características de una reseña, y creo que merece una respuesta, no tanto animada por el afán de rebatir su contenido, cuanto por el de completarlo y puntualizarlo. Creo, además, que el comentario lo ha escrito la persona que mejor podía hacerlo, aquélla que sin haberla vivido directamente, mejor conoce la filosofía del Derecho que se hizo en España durante el franquismo. Esto es así, por cierto, sólo si se considera que la amistad no es óbice para la crítica objetiva, y creo que no lo debe ser.

2. El interés de Rivaya y el mío por la filosofía jurídica de la época franquista responden a una más amplia tradición en el trabajo investigador de los profesores españoles de filosofía del Derecho, muchos de los cuales se han ocupado de aspectos y figuras diversos del pensamiento español contemporáneo. Por citar sólo algunos, lo han hecho hace ya tiempo Elías Díaz, Juan José Gil Cremades, Gregorio Peces-Barba, Antonio Enrique Pérez Luño, Benito de Castro, Francisco Laporta, Manuel Atienza, Virgilio Zapatero o Eusebio Fernández, en trabajos bien conocidos; y si nos centramos en años más recientes, lo han hecho Jesús P. Rodríguez, José Antonio López García, Mario Ruiz, Cristina Hermida, o María del Carmen Barranco, además del propio Benjamín Rivaya, por citar sólo trabajos que se ocupan de la filosofía jurídica y política española posterior a la guerra civil.

3. Tratar de justificar la investigación histórica parece ocioso; sin embargo, la relevancia concreta de este tipo de trabajos radica no sólo en ese interés genérico de todo estudio histórico, sino en que es necesario para comprender correctamente el sentido de nuestra filosofía del Derecho actual, en la medida en que da cuenta de sus antecedentes inmediatos, que de manera inevitable hay que buscar en el período franquista. Por supuesto, y afortunadamente, la filosofía del Derecho que se hace hoy en España no es «sólo» deudora de esa cultura anterior, gravemente lastrada por defectos relacionados con la existencia de un régimen político no democrático, pero hay que insistir en que «también» es deudora de dicha cultura anterior. En mi opinión, esta afirmación es válida con carácter general, pero lo es también especialmente de modo particular respecto de algunos fenómenos que pueden en todo caso corroborar la tesis general. Por ejemplo, la actitud ante el iusnaturalismo, la atención a los problemas de fundamentación de los derechos humanos, el escaso desarrollo de la teoría de la ciencia jurídica, o la suerte de la influencia en nuestra filosofía del Derecho de la Escuela Española del Derecho natural y de gentes de los siglos XVI y XVII. Estos cuatro fenómenos responden en parte, creo, a las características propias de la filosofía del Derecho que se hizo durante el franquismo: la imposición acrítica de un iusnaturalismo escasamente riguroso, la tergiversación de la idea de derechos humanos y su utilidad como herramienta de crítica política, la manipulación ideológica de los clásicos españoles del Derecho natural, o la ausencia de una teoría moderna del Derecho y de la justicia (que ha habido que construir después, retrasando el desarrollo de la teoría de la ciencia jurídica).

II

4. Los tres párrafos anteriores pueden servir como introducción a este trabajo. A partir de aquí, me centraré ya en algunos aspectos del comentario de Rivaya. En primer lugar, Rivaya consigna dos objeciones metodológicas a mi libro, que son: primera, la relativa a la determinación del objeto de estudio; segunda, la relativa a la elección del criterio utilizado para estructurar la exposición.

5. Considera Rivaya que la determinación del objeto de estudio, desde un punto de vista temático o material, es demasiado amplia: los derechos humanos entendidos en sentido lato. Escribe que, habiendo elegido tal objeto, lo que en realidad he hecho es historiar toda la filosofía jurídica del franquismo desde una cierta perspectiva, dado que todo modelo filosófico-jurídico, y en especial el iusnaturalista (que además fue el predominante en la época), implica una toma de posición ante la idea de derechos humanos, si dejamos ahora al margen aquellos modelos que se constituyen exclusiva o principalmente como teorías de la ciencia jurídica, que por otra parte apenas si tuvieron lugar en la España del franquismo. Observo en este punto una crítica implícita, si no en la mente de

Rivaya, sí en el sentido propio del argumento: si los derechos humanos constituyen un punto de vista desde el que analizar el conjunto de la filosofía jurídica de la época, más que un tema jurídico-filosófico específico, entonces el cuadro trazado por el libro queda incompleto porque iusfilósofos de relieve quedan fuera del mismo. Tal sería el caso, por ejemplo, de Galán, Delgado Pinto, Rodríguez Paniagua o Capella.

6. Mi opinión es que el argumento de Rivaya es válido sólo parcialmente. Es válido en el sentido de que todo modelo filosófico-jurídico que incluya la posibilidad de la reflexión ética sobre el Derecho conlleva una concepción determinada de los derechos humanos o, más modestamente, conlleva algunos juicios sobre los derechos humanos, no necesariamente positivos. No es válido, sin embargo, en el sentido de que los derechos humanos no se constituyen inevitablemente en objeto central de la reflexión filosófico-jurídica abordada desde uno de esos modelos, esto es, esos juicios sobre derechos humanos que contienen dichos modelos no necesariamente ocupan un lugar central, y en ocasiones ni siquiera son explícitos. Esto es lo que sucede con la filosofía jurídica española de la época. No es cierto que todo iusnaturalista desarrollase una teoría de los derechos naturales, ni siquiera es cierto que éstos ocupasen un lugar importante en su obra. Ése es el caso de Galán, Delgado Pinto o Rodríguez Paniagua, que se ocupan preferentemente de otros aspectos del Derecho natural, que los hay. Otros casos similares en este punto son los de López Calera o Capella. Ambos incluyen referencias a los derechos humanos en algunos de sus trabajos, pero no puede decirse que constituyan el objeto central de su reflexión. A todos ellos pueden añadirse los nombres que señala Rivaya, esto es, los de Legaz, Lissarrague y González Vicén, y obtendremos un grupo heterogéneo y significativo de filósofos del Derecho cuya preocupación principal no estuvo constituida por los derechos humanos. En resumen, no creo que hacer filosofía del Derecho implique necesariamente ocuparse de los derechos humanos, sobre todo en la época a la que se refiere mi trabajo, en la que el no ocuparse de ellos puede tener, en ocasiones, el sentido de tratar de evitar la necesaria opción política que dicha ocupación conlleva, en función de qué concepción de los mismos se mantenga. Por tanto, mi libro no es una historia de la filosofía del Derecho española durante el franquismo, sino sólo una parte de esa historia.

7. Cuestión distinta es que haciendo esa parte de la historia se pueda obtener al tiempo una visión más amplia, incluso cercana a la totalidad, dada la necesaria conexión entre la idea de derechos humanos y otros elementos centrales de la filosofía del Derecho. Esta visión más amplia se obtiene en unos casos más que en otros, y en la medida en que se acerque a la totalidad convertirá a los derechos humanos en perspectiva de análisis más que en tema específico, y aquí sí puede llevar razón Rivaya. Sin embargo, en qué casos se obtiene esa visión general y en qué casos no, depende de la importancia concedida a los derechos (y, por supuesto, también de mi propia arbitrariedad a la hora de elegir los textos desde los

que construir el mío; su grado de representatividad es, sin duda, discutible). Mi opinión es que incluso de aquellos que se ocuparon con mayor atención de los derechos humanos y que, por tanto, aparecen en el libro, se obtiene generalmente una visión parcial.

8. La segunda objeción metodológica apuntada por Rivaya afecta al criterio elegido para la exposición. Se trata del criterio «político», que permite distinguir entre un pensamiento reaccionario y conservador y otro pensamiento democrático. La objeción de Rivaya se refiere tanto a la elección de dicho criterio cuanto a la forma de aplicarlo. Es decir, por una parte, duda de si no hubiera sido mejor elegir un criterio cronológico y, por otra, duda de lo que podemos llamar la complementariedad y exclusión respectiva del par «pensamiento reaccionario y conservador» y «pensamiento democrático». Efectivamente, para mí constituyó un problema no sólo la distinción entre dos tendencias en principio opuestas, sino incluso la opción por un criterio político frente a un criterio histórico. De hecho, la primera redacción del trabajo se realizó de acuerdo con el criterio de la exposición histórica, que Rivaya reclama. Sin embargo, poco a poco dicho criterio se fue revelando poco útil y decidí sustituirlo por otro más significativo, como me parece el político, de carácter, digamos, sistemático. Las razones de la elección de un criterio político quedaron ya consignadas en el libro, y son, principalmente, dos: la primera es la relevancia de los derechos humanos como criterio último de legitimación de los sistemas políticos; la segunda es la polarización política de la filosofía jurídica española durante el franquismo, como consecuencia más o menos directa de la existencia de un régimen no democrático. Soy de la opinión de que, con carácter general, la filosofía del Derecho desempeña una función fundamentalmente política, al margen de que deba hacerlo o no. Pero durante el franquismo ello fue tan claro que me pareció oportuno resaltarlo, evitando el riesgo de deformar la realidad dando prioridad a otros criterios aparentemente más fieles a la lógica interna de los discursos objeto de análisis, pero en realidad menos relevantes respecto del fin último de dichos discursos. En todo caso, y como el propio Rivaya señala, traté de mantener un tono y de incluir unas referencias tales que permitiesen observar la evolución temporal de la filosofía jurídica española. Haber tratado de permanecer fiel a la estricta sucesión cronológica de los textos hubiera tenido como resultado una exposición más larga y farragosa, inútilmente repetitiva en muchos casos, y probablemente innecesaria.

9. Pero, principalmente, lo que a Rivaya no le convence es la alternativa a que da lugar el criterio político, esto es, la distinción entre pensamiento reaccionario y conservador y pensamiento democrático. Con carácter previo, creo necesario recordar dos caracteres del lenguaje político que deben ser tenidos en cuenta en lo que sigue: en primer lugar, la imprecisión de muchos de sus términos, tanto por su vaguedad como por su equivocidad; en segundo lugar, la dimensión emocional de los mismos, esto es, la emoción que suscita en el receptor su utilización por parte del emisor. Lo primero puede evitarse mediante la redefinición conven-

cional de los términos, pero a costa de prescindir de significados más o menos generalizados. Lo segundo no puede evitarse.

10. Teniendo en cuenta ambas observaciones, los términos concretos que yo elegí no son del todo satisfactorios, y, por tanto, Rivaya tiene razón en parte. En primer lugar, es cierto que «pensamiento reaccionario y conservador» no es el opuesto de «pensamiento democrático», sobre todo porque el lenguaje político admite la compatibilidad del democratismo con cierto conservadurismo, por ejemplo, el que se podría predicar de algunos de los profesores cuya obra es analizada en mi libro y encuadrada en el pensamiento democrático de tendencia liberal o de tendencia católica. La única manera de que la clasificación establecida mantenga su coherencia es otorgando a la expresión «pensamiento conservador» otro sentido, que sería simplemente el de «pensamiento conservador no democrático», que es el que subyace a mi criterio. En este sentido, el término «conservador» debe ser puesto en relación con el régimen político vigente, el cual se deseaba conservar, y que se caracterizaba precisamente por no organizarse democráticamente. Por supuesto, ello implicaba también la opción por la conservación de un sistema económico y social como el existente, pero no sería esta segunda opción, sino la primera, la determinante de la aplicación del adjetivo «conservador», puesto que la segunda es asumida también por muchos de los demócratas. Puede objetarse, desde luego, que utilizar el adjetivo de esta manera supone apartarse del uso habitual del mismo y, por tanto, supone inducir a confusión. A ello puedo contestar: primero, que no se trata de un término político unívoco, y por tanto su «uso habitual» no está exento de confusión, puesto que su extensión depende en gran medida de la posición política de aquel que utiliza dicho término; y segundo, más específicamente, me resultó difícil encontrar el término adecuado para calificar de manera conjunta una corriente de la filosofía del Derecho española de la época, corriente que yo quería contemplar, insisto, conjuntamente. El término «iusnaturalista» no me parecía adecuado, porque muchos demócratas lo eran, y lo son. El término «antidemocrático» me parecía también inadecuado porque suponía una definición negativa que quería evitar. Pensé en utilizar el término «reaccionario» exclusivamente, pero no quise ser demasiado estricto en la calificación, porque quizá dicho término podría ser considerado incorrecto, por excesivo, para alguno de los autores a los que se lo aplicaba. Por eso opté por hablar de un pensamiento «reaccionario y conservador», donde la «y» no unía dos sinónimos sino dos términos con extensión diferente que podían darse o no al mismo tiempo, según los casos.

11. En segundo lugar, Rivaya entiende que el uso del término «democrático» implica un juicio previo, al escribir: «si frente a los conservadores y reaccionarios se coloca a los demócratas, parece que el juicio de la historia ya está hecho y es inapelable; seguro que casi nadie se reconoce entre los primeros». No estoy de acuerdo en este punto. Por una parte, yo no soy responsable de cuál sea el juicio de la historia, pero sí de clasificar y calificar las tendencias que observo de la manera más consis-

tente posible; además, no creo que asumir un concepto de democracia como el que se maneja en mi libro sea suficiente para considerar legítima una posición política. Por lo menos, no es suficiente desde mi punto de vista personal. Por otra parte, no sé quién se reconocerá o no como antide-mócrata, pero lo cierto es que un sector muy importante de la filosofía del Derecho española de aquellos años fue claramente antidemocrático, hasta el punto de que creo que, en ese contexto, toda aquella posición que afirmara la conveniencia de un sistema democrático bien entendido (cfr. pp. 249 y 250 del libro) es digna de ser resaltada en un estudio histórico. En última instancia, en fin, la utilización de la expresión «pensamiento reaccionario y conservador» es acompañada en el libro de algunas reservas (cfr. pp. 43 y 55) cuyo objeto era el de relativizar la importancia de la misma y llamar la atención sobre ulteriores caracteres que la precisan (los de iusnaturalismo, catolicismo, humanismo teórico, autoritarismo y vinculación con el régimen político fueron los que utilicé para dicha precisión).

12. En tercer lugar, critica Rivaya el hecho de que el que yo llamo «pensamiento reaccionario y conservador» no sea subclasificado, lo cual sí hago respecto del «pensamiento democrático». La razón de ello es que quise resaltar la homogeneidad del pensamiento reaccionario y conservador frente a la heterogeneidad del pensamiento democrático. Lo que Rivaya pretende es que dicha homogeneidad no fue tal. Por mi parte, soy consciente de la existencia de matices que traté de reflejar particularmente, pero asumiendo que ninguno de ellos era «muy» relevante. Sé que en este punto no estamos de acuerdo, pero no me parece este el lugar para desarrollar la divergencia con mayor detalle. En todo caso, diré que desde el punto de vista de mi trabajo, esos matices pierden parte del valor que pueden tener desde otras perspectivas, como es, por ejemplo, la adoptada por Rivaya en su tesis doctoral ya citada.

III

13. En cuanto a las observaciones que Rivaya agrupa bajo el rótulo «Sobre el objeto», varias de ellas han sido contestadas o aludidas ya, porque dependen de la conveniencia del criterio clasificatorio elegido y de su aplicación a unos y otros profesores españoles de filosofía del Derecho. Me centraré, por tanto, en sus objeciones respecto de la valoración que yo hago de la obra de algunos de ellos. En primer lugar, Rivaya dedica alguna atención a la figura de Luis Legaz. Considera inoportuna su inclusión en el pensamiento reaccionario y conservador, tanto por su particular concepción de los derechos humanos cuanto por su trayectoria, caracterizada por una general actitud conservadora moderada (uso el adjetivo con todas las reservas) sólo alterada por un período totalitario fascista durante la guerra y la primera posguerra. Pues bien, en cuanto a su particular concepción de los derechos humanos, hice hincapié precisamente en dicha particularidad, como reconoce Rivaya, y si incluí la referencia a la misma en el

pensamiento reaccionario y conservador, fue, primero, porque Legaz no ignora la cuestión de los derechos naturales, sino que la afronta expresamente y, segundo, porque me parece que se sitúa en una perspectiva reaccionaria. En cuanto a esta perspectiva, el capítulo III del libro muestra: primero (cfr. pp. 193 ss del libro), que Legaz se adscribió sin ambages al totalitarismo fascista; y si bien éste no debe confundirse con el pensamiento reaccionario tradicional (más propio del siglo XIX, aunque en la filosofía del Derecho española del franquismo estuvo también representado por Elías de Tejada y su escuela), creo que puede y debe calificarse como pensamiento «reaccionario», en la medida en que niega gran parte de los presupuestos y elementos de la filosofía política moderna; y segundo (cfr. pp. 223 ss del libro), que Legaz retornó a posiciones «conservadoras» en años posteriores, desde luego nunca alcanzando su pensamiento la categoría de «democrático», salvo quizá en los últimos años de su vida. Por tanto, estoy de acuerdo con Rivaya en que no se deben confundir fascismo, conservadurismo y reacción, y en que no se debe considerar a Legaz como un «derechista de la época sin más importancia que la de su filiación política». Pero creo que Legaz fue, durante la guerra y primera posguerra, fascista y por tanto reaccionario, y después un conservador no demócrata. En cuanto a si fue un «derechista de la época sin más importancia que la de su filiación política», creo que Legaz fue, junto a González Vicén, uno de los grandes filósofos del Derecho presentes en la universidad española a lo largo de todo el franquismo, tanto por su formación en las corrientes modernas de la asignatura cuanto por la calidad de algunos de sus escritos, derivada entre otras de dicha formación. El aspecto político de su pensamiento, por el contrario, no me parece especialmente avanzado, lo cual queda reflejado en el libro con algún detalle.

14. En segundo lugar, la clasificación efectuada dentro del pensamiento democrático genera, en opinión de Rivaya, algunas dudas, todas ellas relativas a la conveniencia de calificar el pensamiento de unos u otros autores de una u otra manera, o simplemente a la conveniencia de incluirlos en el objeto de investigación. Respecto del pensamiento liberal, debe tenerse en cuenta, una vez más, el contexto político español, respecto del cual utilizo el término liberal. En este sentido, creo que todos (Recaséns, Ossorio, Ayala, García Pelayo o Truyol) lo son. En cuanto a la tendencia católica renovadora, es cierto que se aprecia muy bien en la obra de Ruiz-Giménez y Aranguren, y no tan nítidamente en Fernández-Galiano o Sánchez de la Torre. Una y otra observación abundan en el hecho, constatado en el libro, de la dificultad para distinguir la tendencia liberal de la tendencia católica renovadora. Lo que yo traté de hacer ver es, por una parte, la pervivencia de la tradición liberal en la cultura jurídica española del exilio, y su correspondiente visión de los derechos humanos, representada en los trabajos de Recaséns, Ossorio, Ayala y García Pelayo, todos ellos previos a la celebración del Concilio Vaticano II; y, por otra parte, el impacto de la renovación católica vinculada con dicho Concilio en nuestra filosofía jurídica. Ambos fenómenos, creo, son clara-

mente observables y relevantes para la historia de la filosofía del Derecho española; pero reconozco la dificultad para vincular unas y otras figuras con uno de los dos. En los casos difíciles (Truyol, Fernández-Galiano, Sánchez de la Torre), en última instancia decidí guiarme por algunos indicios de sus propios textos, para calificarlos como liberales o como católicos renovadores. Mi intención, en fin, no era encontrar una etiqueta mediante la cual reconocer el pensamiento de cada profesor de filosofía del Derecho, sino señalar las grandes tendencias presentes en el período analizado, ubicando después a los profesores en ellas, siendo esta ubicación en algunos casos, como se ve, poco significativa. De este modo, aquel que se limite (no es el caso de Rivaya) a consultar el índice del libro sin echar un vistazo a su contenido puede llevarse una impresión equívoca de lo que fue la filosofía del Derecho de la época. Pero en cualquier caso, un índice que induzca a equívoco es un defecto en un libro.

15. En cuanto al pensamiento socialista, creo que merece párrafo aparte, con el fin de aclarar un aspecto de mi trabajo que quizá pueda suscitar alguna confusión. Lo que muestra el libro es la existencia de una corriente «genéricamente» socialista en la filosofía del Derecho de la España del franquismo, desarrollada a partir de los años sesenta. Esta corriente socialista puede identificarse mejor que la liberal o la católica renovadora, porque se caracteriza por una propuesta política concreta, la del socialismo, como modelo superador del capitalismo. Una vez más, el término «socialismo» no es unívoco, pero en el contexto de la época he considerado socialistas a todos aquellos que defendían dicha superación del capitalismo por un sistema diferente de producción y distribución de bienes y servicios, uno de cuyos elementos sería la supresión o drástica reducción del alcance del derecho de propiedad privada, que sería sustituida por la propiedad colectiva, al menos de los principales medios de producción. No obstante, es cierto que entre los católicos también pueden encontrarse propuestas genéricamente «socialistas», como también que algunos socialistas han evolucionado hacia posiciones cercanas al liberalismo progresista, en ese punto de encuentro que se denomina «socialdemocracia». En cualquier caso, quiero destacar aquí que la que yo denomino corriente socialista en la filosofía del Derecho española del franquismo no puede identificarse con esa supuesta «escuela de Ferraz» a la que Rivaya se refiere, recogiendo una expresión de García San Miguel. Desde luego, no es el propio Rivaya el confundido a este respecto, pero, curándome en salud, lo aclararé un poco más de cara a lectores no avisados. Creo que el término «escuela» no es apropiado para referirse a los profesores que yo he englobado en esa más genérica «corriente» socialista. Así traté de señalarlo en el libro, insistiendo en el distinto carácter del socialismo de García San Miguel, Elías Díaz, Peces-Barba o Capella (cfr. pp. 436). En todo caso, Elías Díaz y Peces-Barba sí serían, en aquellos años, precursores de una escuela (sigo sin saber, por lo próximo de las fechas, si el término es adecuado), vinculada con el socialismo liberal, que se ha desarrollado sólo después (a partir de los años setenta), y en la que no cabe incluir a García San Miguel, que se ha

alejado del socialismo, ni a Capella, cuyo socialismo es muy diferente, o bastante diferente. Quede claro, por tanto, que la reunión en un mismo capítulo de las referencias a los cuatro profesores españoles citados no supone la ignorancia de la diversidad de sus planteamientos de entonces y de su evolución posterior. Responde, sin embargo, a un evidente nexo ideológico (al margen de otros teóricos, como su asunción del positivismo jurídico, también con matices) que es suficiente para agruparlos frente a otras filosofías del Derecho que se hicieron por aquellos años. Y ya al margen de todo esto, una última observación sobre la figura de Fernando de los Ríos. Considera Rivaya excesivo el tratamiento que recibe, de acuerdo con el hecho de que sus ideas pertenecen casi íntegramente a otro período de la cultura jurídica española, anterior a la guerra civil. Seguramente lleva razón, pero el hecho de que, todavía en los años cuarenta, ya en el exilio, insistiese sobre algunas de ellas, en relación con los derechos humanos, me sirvió, digamos, como excusa para responder a un estímulo quizá más sentimental que otra cosa. No creo, en fin, que esté de más hacer alusión a unos textos poco conocidos y que reflejan una visión de los derechos humanos que inspira, directa o indirectamente, gran parte de la literatura española actual sobre los mismos.

16. Termina Rivaya su comentario preguntándose si ha conseguido poner de relieve los puntos débiles del libro que comenta. Yo creo que sí lo ha hecho; de algunos de ellos era yo consciente y de otros no. Algunos han quedado aquí contestados de acuerdo con mis ideas al respecto. No me queda más que agradecerle su atención al leer y comentar mi libro, y al darme la oportunidad de contestarle, retomando un tema que me ha ocupado durante varios años y que me es grato recordar.

REFERENCIAS

- RODRÍGUEZ, J. P., *Filosofía política de Luis Legaz Lacambra*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- LÓPEZ GARCÍA, J. A., *Estado y Derecho en el franquismo: el nacionalsindicalismo*: F. J. Conde y L. Legaz Lacambra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- RUIZ, M., *Enrique Tierno Galván: introducción a su vida, obra y pensamiento*. Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III, 1996.
- HERMIDA, C., *La filosofía política de José Luis Aranguren* (tesis doctoral inédita, leída en la Universidad Autónoma de Madrid en 1996).
- BARRANCO, M. C., *El discurso de los derechos*. Madrid, Instituto «Bartolomé de las Casas»/Dykinson, 1996 (si bien Barranco se ocupa, a diferencia de los demás, de la cultura jurídica posfranquista).
- RIVAYA, B., *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)* (tesis doctoral inédita, leída en la Universidad de Oviedo en 1995), además de otros trabajos breves publicados en revistas durante los últimos años.
- Cfr. su prólogo a la 2.^a edición del libro de J. CASTÁN, *Los derechos del hombre* (Madrid, Reus, 1976).
- GARCÍA SAN MIGUEL, L., cfr., *Hacia la justicia* (Madrid, Tecnos, 1993), p. 14.

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

J. BALLESTEROS y J. PÉREZ ADÁN (editores), *Sociedad y medio ambiente*, Trotta, Madrid, 1997.

Esta obra conjunta realiza una completa investigación acerca del estado de la cuestión medioambiental en la actualidad partiendo de diversas ciencias. Así, su primera virtud nos parece la interdisciplinariedad –los autores son geógrafos, ingenieros, economistas, sociólogos, juristas y filósofos–, que se halla en perfecta coherencia con los planteamientos teóricos expuestos, coincidentes en el rechazo de cualquier reduccionismo.

Encontramos en sus páginas un planteamiento profundo de la crisis ecológica; se pregunta por sus causas y orígenes, así como por su estrecha vinculación al modelo actual de sociedad. Estas cuestiones proporcionan una aceptable (y grata) ambición al texto que, a la luz de la cuestión medioambiental, trata de hacer, en definitiva, una lectura de nuestro tiempo.

Esta pretensión, sin embargo, nunca eclipsa el verdadero objeto de reflexión, sino que ilumina el problema y su raíz, a la vez que su posible solución, pues –y éste nos parece otro de sus aciertos– los autores muestran su intención de ir más allá de la especulación para comenzar a ofrecer soluciones y salidas a la crisis.

Esto es posible gracias a la clave con la que interpretan nuestro presente, que no es el presente mismo, sino el futuro o –con mayor precisión– la idea de futuro que el nuevo paradigma ecológico exige. De ahí el inconformismo de estos investigadores con el concepto de «progreso ilimitado» que nuestra sociedad ha heredado de la modernidad y que, con su pretendida asepsia valorativa, ha provocado en gran medida la sensación de inevitabilidad del avance tecnocientífico al precio que sea, y, en consecuencia, la despreocupación por el progreso moral y, en general, humano.

Son éstas las premisas sobre las que aquí se reflexiona desde un modelo humanista y desde la convicción de que, más allá del relativismo tan de moda, aún existen valores comunes a todos los seres humanos, conclusión que la crisis ecológica pone especialmente de relieve, ya que se resiste a soluciones particularistas de «pequeña política», pues su dimensión es global y planetaria.

Una y otra vez, a lo largo del libro, se subraya la dependencia recíproca de todos los seres del planeta, insistiéndose en que tal dependencia no supone pérdida de la libertad, sino que refuerza aquella libertad que es más humana en esencia.

En coherencia con el reconocimiento de la interdependencia a nivel planetario, se critica la visión del ser humano como propietario despótico del entorno

natural, mucho más interesado en obtener beneficios materiales sin fin, que en satisfacer las necesidades básicas de sus congéneres.

Los dieciséis análisis de expertos que la obra recopila comparten la crítica a la sociedad presente basándose en los dos grandes ejes que, a su entender, son el origen de la deshumanización: el economicismo y el individualismo, dos realidades sobredimensionadas que impiden ver la auténtica medida del hombre y de la naturaleza y la unidad e interconexión del universo.

El deterioro ecológico aparece como detonante y prueba de la crisis de civilización, cuya superación requiere un cambio de paradigma social, económico y vital. En el ámbito económico se impone el cuestionamiento del modelo de desarrollo seguido por la civilización occidental, que ha carecido de racionalidad y ha explotado los recursos naturales como si fueran ilimitados. Es necesario un nuevo «desarrollo sostenible» que posibilite el acercamiento de la economía a la ecología (temas 2, 8, 9).

Al hilo de este argumento, surgen varios capítulos dedicados a la repercusión de ciertos factores económicos en el deterioro del medio ambiente; por ejemplo, el consumo de masas produce falsas e innumerables «necesidades» que se cubren con el sacrificio del entorno natural, con el simultáneo empobrecimiento de los menos favorecidos (el Sur). Debe tenderse a un modelo de consumo ecológico más respetuoso con el hombre y la Naturaleza (tema 4).

Son igualmente interesantes los análisis de la empresa como problema ecológico (tema 6) y –al mismo tiempo, sin ser contradictorio– como solución. También se comenta el protagonismo que han de tener las empresas multinacionales en el cambio económico (tema 10).

Completan este análisis económico-sociológico unas reflexiones sobre la sociología del medio ambiente que inciden en la interacción entre las leyes naturales y las relaciones naturales (tema 1); un capítulo dedicado a relativizar el «peligro demográfico», que nos recuerda que la degradación del ambiente proviene más del exceso de consumo de los países del Norte que del tamaño de la población mundial (tema 7) y un capítulo sobre las ecopolíticas posibles (tema 13).

Ciertamente, no cabe hablar de un enfoque homogéneo en los dieciséis capítulos, ni de un idéntico ánimo por parte de sus creadores; opinamos que el análisis de la crisis se vuelve más positivo y esperanzado cuando son los filósofos y éticos quienes reflexionan (temas 10, 11 y 12), puesto que allí donde otros sólo ven destrucción y ruinas, ellos ven estímulo de reconstrucción y oportunidad de ampliar el horizonte humano. Esta tarea constructiva se configura como un reto que podrá ganarse exclusivamente con los materiales de la filosofía y de la ética; en concreto, por medio de la recuperación de la axiología, de la búsqueda de posibles valores nuevos y de la revisión de aquellos valores que –pese a gozar del consenso social– han causado degradación moral, social y, desde luego, ecológica.

A lo largo del libro y, con mayor detenimiento, en los temas escritos por filósofos y éticos, queda constancia de la negación del antropocentrismo voluntarista de la modernidad, que reduce la Naturaleza a puro objeto y le concede valor sólo en la medida en que ésta sirve para ejercitar la voluntad de dominio. Esta pobre visión del mundo nos recuerda la ingeniosa frase de C. S. Lewis:

«Siempre estamos conquistando la Naturaleza, ya que “Naturaleza” es el nombre que damos a lo que hemos conquistado de algún modo. Las estrellas no son Naturaleza mientras no podamos pesarlas y medirlas; el alma no es Naturaleza mientras no podamos psicoanalizarla.»

En estas páginas se defienden las ecofilosofías como un modo de pensar superador del pensamiento moderno que reduce la razón a razón científica y la vida humana a tres instituciones: Tecnología, Estado y Mercado. En este sentido se pone de manifiesto que el problema ecológico es, en realidad, un problema antropológico: de autocomprensión del ser humano y descubrimiento de sus relaciones con los demás y con la Naturaleza.

Asimismo, la ética es sensible al cambio de paradigma (tema 12), pues es tarea urgente examinar el modo en que la conciencia ecológica le afecta, obligándola a ampliar el horizonte de las éticas tradicionales. El autor entiende que la degradación del medio natural y del medio social son dos expresiones distintas de un mismo problema. Además, propone –desde una ética no utilitarista– un sugestivo «ethos ecológico» que conecte los mundos de la ciencia, el arte y la moral que la modernidad dispersó.

No debemos tampoco olvidar el contundente punto de partida de esta obra, que rechaza abiertamente la oposición moderna entre Natura y Cultura, poniendo en duda que sean términos contrarios y prefiriendo su complementariedad, que es el signo de los nuevos tiempos.

A pesar de la abstracción que predomina en el libro, no se descuidan los aspectos más concretos, pues el último módulo atiende a los condicionamientos locales y a la viabilidad política y social de las propuestas, así como repasa los instrumentos administrativos existentes.

En definitiva, nuestra impresión general del libro es que la gravedad del problema ecológico tiene una dimensión positiva: puede servir para que se reconsideren los móviles de la acción colectiva y se tenga en cuenta que la acción colectiva humana no puede moverse exclusivamente por criterios de eficiencia técnica y económica, debiéndose recuperar con urgencia la dimensión moral.

M.^a Carmen HERRANDO PÉREZ

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, 550 páginas (5.ª ed. revisada y aumentada).

Las páginas del *Anuario de Filosofía del Derecho* han acogido el comentario crítico de algunos libros publicados por el profesor Antonio Enrique Pérez Luño en estos últimos años: *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho* (1987); *La seguridad jurídica* (1991, 2.ª ed., 1995), y *La polémica sobre el Nuevo Mundo*. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho (1992, 2.ª ed., 1995), obra de la que existe una edición alemana: *Die klassische spanische Naturrechtslehre* (1994), han sido objeto de las pertinentes recensiones. No obstante, llama la atención que no se hayan reseñado en este Anuario las obras más divulgadas de este autor: *Lecciones de Filosofía del Derecho* (1982, 5.ª ed., 1995); *Los derechos fundamentales* (1984, 6.ª ed., 1995), y *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984, 5.ª ed., 1994). Precisamente a colmar este vacío, en lo que respecta a esta última obra y aprovechando la última edición notablemente ampliada, se dirigen estas observaciones.

Comentar *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* me resulta fácil, porque desde su aparición me he servido de esta obra para afrontar las principales cuestiones axiológicas de la Filosofía del Derecho; pero hacerlo en los estrictos márgenes de espacio previstos para una recensión, ya no tanto. No ensayaré el imposible examen pormenorizado de los distintos capítulos de este libro. Parece preferible que las virtualidades de sus páginas sea experimentada directamente por sus lectores, y no a través de un mero resumen. Intentar resumir un texto tan amplio y tan denso en ideas y doctrinas es un ejercicio intelectualmente frustrante: lleva siempre a confirmar que algo importante se ha perdido. Estimo preferible, por eso mismo, centrar mi comentario en aquellos aspectos que me parecen de mayor interés, con particular énfasis en la autocrítica y respuesta a los críticos que el autor incluye en esta nueva edición y que, en cierto modo, supone una síntesis de la obra.

Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, es un título que parece sugerir un tratado misceláneo de diversas cuestiones. Conviene advertir que no es así. Las tres partes de la obra que aluden a otras tantas categorías incluidas en el título, representan tres perspectivas de un empeño metodológico unitario cifrado en el intento de captar, en su entero desarrollo, la trayectoria de los derechos humanos desde su dimensión axiológica a su interrelación con el Estado de Derecho y su plasmación en la normativa constitucional. La óptica de la que arranca la investigación es prioritariamente filosófico-jurídica. Pretende ser un estudio de axiología del Derecho tendente a explicitar el sentido y función de los derechos humanos en cuanto sistema de valores fundamentales que concretan la idea de la justicia. Si bien, a diferencia de algunos enfoques ideales y abstractos de los valores jurídicos, en este libro se intenta seguir el curso de su pleno desenvolvimiento en la experiencia jurídica hasta su plasmación en las normas constitucionales.

El planteamiento filosófico-jurídico de la problemática de los derechos humanos, del Estado de Derecho y del constitucionalismo resulta muy provechoso. Ello se debe a que la cultura jurídica iuspublicista, apegada a las categorías metódicas del positivismo formalista, se ha visto en grandes dificultades para enfrentarse con la interpretación constitucional. No se debe resbalar, por ser algo singularmente importante, sobre los evidentes problemas de una dogmática del

Derecho público iuspositivista, ligada a un método que tenía como presupuesto inmediato normas analíticas y detalladas, ante la necesidad de interpretar el nuevo sistema constitucional de los derechos fundamentales expresados, en muchas ocasiones, en forma de valores, principios y cláusulas generales; así como para acometer la reconstrucción del ordenamiento que debe fundarse en ellos.

Como he indicado *supra*, el Epílogo de la nueva edición constituye un testimonio indispensable para la cabal inteligencia de la obra. Se trata de una autorrevisión de la concepción de los derechos humanos sustentada por el autor. La autocrítica gira en torno a dos goznes: la alusión compendiada de los principales aspectos y argumentos de aquella definición de los derechos humanos que le mueven a considerarla todavía válida, y la alusión al nuevo horizonte que hoy se vislumbra como contexto teórico que puede condicionar dicho concepto; según ha advertido en trabajos más recientes sobre las generaciones de derechos humanos, su concepción funcionalista y otros estudios relativos a la temática de las libertades. La definición de los derechos humanos sostenida responde básicamente a tres ideas-guía: 1.^a *iusnaturalismo en su fundamento*; 2.^a *historicismo en su forma*, y 3.^a *axiologismo en su contenido*. Son éstas además las tesis sobre las que, en mayor medida, ha versado el debate doctrinal suscitado por su planteamiento. De ahí que volver sobre ellas ahora le permite, a un tiempo: tratar de responder a las observaciones críticas avanzadas frente a esa concepción; aplicarse en clarificar aquellos puntos en los que piensa que ha sido malentendido, así como prolongar los argumentos esbozados anteriormente con nuevas consideraciones.

1. Por *fundamentación iusnaturalista* de los derechos humanos, entiende Pérez Luño, la que conjuga su raíz *ética* con su vocación *jurídica*. A tenor de ella los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica; implican exigencias éticas de «deber ser», que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero, al propio tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas. Cuando esa recepción se produce nos encontramos con los *derechos fundamentales*: aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional; y que suelen gozar de una tutela reforzada. Se trata siempre, por tanto, de derechos humanos «positivados», cuya denominación evoca su papel *fundamentador* del sistema jurídico-político de los Estados de Derecho.

Estima el autor que con esta distinción se salvan determinadas imprecisiones, confusiones y ambigüedades usuales en el lenguaje de los derechos humanos. En este punto le parecen clarividentes las incisivas críticas de Bentham cuando previene de la confusión del hambre con el pan; es decir, las pretensiones, las exigencias y las expectativas de futuros derechos, con los derechos ya integrados en el ordenamiento jurídico positivo. Lo que ocurre es que esta precisión no cierra el problema. El hambre no es el pan, pero si no existiera el hambre no sería preciso elaborar el pan. En otros términos: el pan existe en la medida en que se dan situaciones de hambre a cuyo remedio se dirige. Por eso, carece de sentido hablar de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, la objeción de conciencia, o la igualdad ante la ley en sistemas jurídicos que no los reconocen, por tratarse de regímenes políticos fundados en el totalitarismo, la intolerancia y/o el *apartheid*. Pero tiene pleno sentido denunciar esas situaciones como contrarias o violadoras de los derechos humanos.

Se debe aclarar, porque ésta ha sido otra de las fuentes de continuos malentendidos en relación con la adhesión de Pérez Luño al iusnaturalismo, que la razón a la que está apelando es la razón práctica. No se trata, por tanto, de fundar el criterio de legitimidad en valores absolutos e intemporales captados por la lógica demostrativa, sino de indagar las premisas axiológicas de los derechos humanos a partir del examen de la realidad social, es decir, a través de una lógica argumentativa, del sentido común y de la *experiencia histórica*.

2. Según el autor, la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (*liberties pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías. Concebir los derechos humanos históricamente significa sólo, aunque es mucho, que la historia resulta imprescindible para *explicar*, no para *fundamentar*, el origen y evolución de las libertades, así como los principales rasgos y circunstancias que configuran su *status* ético y jurídico. La historia en sí misma no fundamenta nada, pero nos permite cimentar nuestras argumentaciones axiológicas sobre bases más sólidas que los postulados ideales abstractos e intemporales. Porque el presente no se agota en el dato efímero de lo actual; se construye sobre el espesor del pasado y entraña la anticipación del futuro. Pudiera afirmarse de la historia, dice Pérez Luño, que es «como los coturnos de la razón, lo que permite a la racionalidad desplegarse con mayor intensidad de juicio y mayor extensión de perspectiva» (p. 526).

3. Concebir el *contenido* de los derechos humanos en términos *axiológicos* exige dar respuesta a la cuestión de tomar partido por una determinada concepción de los valores, puesto que incluso quienes aceptan su existencia y la posibilidad de su conocimiento (cognitivismo) no se ponen de acuerdo en explicar su naturaleza y alcance.

Respecto a ello, Pérez Luño intenta evitar los extremos de la Escila y Caribdis que representan las versiones radicales del objetivismo y el subjetivismo axiológicos. Estima que los valores que informan el contenido de los derechos humanos no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en una esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende el *objetivismo*; pero tampoco pueden reducirse al plano de los deseos o intereses de los individuos, como propugna el *subjetivismo*. El autor expresa su desconfianza respecto a las tesis que propugnan un orden ontológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables, porque existe el riesgo de que un sector de la sociedad, sintiéndose intérprete y portavoz de ese orden axiológico objetivo, trate de imponer una «tiranía de valores» a los demás; lo que es abiertamente incompatible con un sistema ético, jurídico y político pluralista. No menos insatisfactorias le parecen determinadas versiones del subjetivismo que, al extremar su matriz individualista, engendran formas de decisionismo o la propia anarquía de los valores.

Frente a estas posturas aboga por un *intersubjetivismo* axiológico, que parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones que permiten a la racionalidad práctica llegar a un cierto consenso abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Pero cualquier concepción o fundamentación de los derechos humanos no puede quedar reducida a una serie de argumentaciones formales o procedimientos dialógicos, por grande que sea su elaboración y depuración discursiva. Piensa que en esta esfera, más que en cualquier otra, no se puede perder de vista la referencia inmediata de *humanidad* que constituye la razón de ser de cualquier derecho y, por antonomasia, de los derechos humanos. De ahí que el consenso al que apela el autor, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su indeclinable soporte antropológico.

La postura de Pérez Luño intenta ser una mediación crítica entre dos tesis de inequívoco signo antidogmático y humanista: la teoría consensual de la verdad elaborada por el último de los teóricos de la Escuela de Francfort, Jürgen Habermas; y la filosofía de las necesidades radicales defendidas por la Escuela de Budapest y, de modo especial, por Ágnes Heller. La primera proporciona el marco metódico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional fundamentador de los valores, así como *a contrario sensu* denuncia los factores que en las sociedades históricas distorsionan o impiden la posibilidad de llegar a legitimaciones racionales de los valores generalizables o universalizables en cuanto dotadas de «objetividad intersubjetiva». La segunda ha aportado datos relevantes sobre las condiciones antropológicas, sobre las exigencias o necesidades de la naturaleza humana que constituyen la base material de todo valor.

El planteamiento inicial del fundamento de los derechos humanos, propugnado por Pérez Luño, utilizaba la teoría de las necesidades forjada por la Escuela de Budapest, y básicamente por Ágnes Heller. Le parecía que sus tesis podían servir de correctivo del carácter excesivamente abstracto y sofisticado de la teoría consensual de los valores elaborada por la Escuela de Francfort y, en particular, por Habermas. En los diez años transcurridos desde entonces, la teoría habermasiana parece haber asumido un progresivo apetito de «facticidad»; mientras que el pensamiento de Heller ha ido abjurando de las referencias antropológicas concretas que informaban su prístina concepción de las necesidades radicales, para acrecentar su cariz especulativo. Ahora Pérez Luño advierte que, por esos motivos, se halla más próximo a la teoría de la Escuela de Budapest, tal como se formulaba en sus primeras manifestaciones, que de sus desarrollos sucesivos. En éstos la teoría de las necesidades ha ido perdiendo sus referencias sociales y su apego a los comportamientos colectivos de los hombres, en aras de un sedicente «elitismo democrático». De ahí que mientras las más recientes aportaciones teóricas de Habermas corroboran y prosiguen (e incluso en algunos aspectos depuran) aquellas tesis que le parecían valiosas para fundamentar los derechos humanos, no puede hacer extensivo este juicio respecto a la evolución doctrinal de la «última Heller».

Claridad de ideas, pulcritud formal y unidad de propósito son, a mi entender, los tres ingredientes que informan y explican la obra objeto de este comentario.

a) La claridad ha sido siempre el nervio de la actitud metódica y expositiva de Pérez Luño. Desde su ya lejano en el tiempo *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna* (1971), traducción castellana del núcleo básico de su tesis boloñesa, confiesa su preocupación —casi obsesiva— por evitar incurrir en el «*obscurum per obscurius*»; o sea, el exponer confusamente problemas de por

sí complejos como lo son la mayor parte de los que constituyen el objeto de la reflexión iusfilosófica. Ese afán por las ideas claras y distintas le llevará, en ocasiones, a forzar hasta límites discutibles alguna de sus propuestas clasificatorias. Así, en el capítulo sobre la fundamentación de los derechos humanos, quizás el más importante de la obra aquí reseñada, la opción por reputar como iusnaturalista (eso sí, con subdistinciones internas) a un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo ordenamiento jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos (p. 137), le hace incluir aquí a numerosas doctrinas que no se reconocen expresamente como partidarias del Derecho natural. En ese mismo capítulo incluye en las concepciones subjetivistas de la fundamentación de las libertades a la de John Rawls, que es uno de los más reputados defensores del neocontractualismo, lo que hace pensar que sus tesis debieran haber sido ubicadas en el intersubjetivismo. Sin embargo, estas opciones objetables no son gratuitas. Pérez Luño sabe que se está enfrentando con la necesidad de tener que reducir a unos esquemas ordenados e inteligibles una multiplicidad de doctrinas heteróclitas entre las que hay que buscar algún rasgo o hilo conductor común para evitar la dispersión. Podrá discutirse el acierto concreto de alguna de estas adscripciones doctrinales, pero lo que es indiscutible es su mérito de haber urbanizado teóricamente una de las parcelas más frondosas e impenetrables de la teoría de los derechos humanos.

b) Al servicio de esa claridad de las ideas destaca en esta obra, así como en otras de su autor, un cuidado rigor expositivo. En este libro la forma no desdice del fondo; late en sus páginas una inequívoca voluntad de estilo, sin concesiones a una retórica huera y grandilocuente. Por contra, el canon estilístico de Pérez Luño radica en la simplicidad, la medida que prefiere la precisión a la profusión de las palabras. Lo que hace grata la lectura del texto y lo aleja de esas obras iusfilosóficas expuestas en forma farragosa, o en torpes prevaricaciones del lenguaje, es que su estilo consiste en palabras sencillas y exactas, situadas cada una en su lugar.

c) La densidad de asuntos a los que ha dedicado su atención doctrinal el profesor Pérez Luño a lo largo de su amplia producción científica (integrada por más de doscientos trabajos), suscita el recelo de la dispersión. Se trata, no obstante, de un falso temor. Pérez Luño se ha ocupado, simultánea o sucesivamente, de cuestiones relativas a la historia de la Filosofía del Derecho, de la inagotable polémica iusnaturalismo/positivismo jurídico, de las proyecciones jurídicas de las nuevas tecnologías, de aspectos de la Teoría del Derecho como los que se refieren a la equidad, la seguridad jurídica y las fuentes y, por supuesto, muy ampliamente de cuanto afecta a los derechos humanos. No obstante, a esos heterogéneos empeños teóricos subyace un propósito común: el establecer una comunión fluida entre la realidad social y normativa del Derecho y su dimensión axiológica. Su concepción del Derecho como experiencia jurídica, que inspira todos sus trabajos, representa antes que nada la voluntad de integración de las diferentes dimensiones que contribuyen a conformar lo jurídico. Esa voluntad se pone de relieve también en este libro que, más allá de cuanto puede evocar su título, no postula la mera yuxtaposición entre los derechos humanos, el Estado de Derecho, y la Constitución, ni mucho menos su tratamiento como compartimentos estancos, sino que tiende a evidenciar la íntima e insoslayable continuidad y condicionamiento recíproco existente entre esas categorías.

De conformidad a estas premisas, en el tercer apartado del libro, y tras dedicar dos importantes capítulos a la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales, analiza tanto desde la perspectiva histórico-comparativa, como desde su positivación y *praxis* efectiva en nuestro sistema jurídico, los derechos de propiedad, intimidad (y sus amenazas en una sociedad informatizada), calidad de vida y medio ambiente, y tutela del patrimonio histórico-artístico. Sin soslayar el interés por las libertades de signo individual, muestra una preocupación creciente por los problemas que suscitan los llamados derechos de *tercera generación*. Sus aportaciones no sólo han tenido un profundo eco en el seno de la *comunidad académica*, sino también en la propia doctrina del Tribunal Constitucional. Prueba de ello es la sentencia 254/1993, de 20 de julio, que en sus fundamentos de derecho recoge términos tales como «libertad informática» o «habeas data», introducidos en nuestra doctrina por el autor.

Al concluir su libro, Pérez Luño avanza un juicio que estimo compendia, en forma decisivamente certera, la clave hermenéutica de la obra: «los derechos humanos son eslabones que postulan un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia... Para ese propósito totalizador del Derecho y de los derechos humanos nada parece estático, nada se muestra aislado. La teoría es el vértice que, con morfología de cúpula, es capaz de ofrecer una visión cabal de los múltiples aspectos conformadores de esta totalidad» (p. 542).

Carmelo José GÓMEZ TORRES

Teresa PICONTO NOVALES, *La protección de la infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, Egido Editorial, 1996 («Colección Egido Universidad», núm. 5), 317 páginas.

Nos hemos acostumbrado, con sorprendente naturalidad, a que el Estado asuma determinadas tareas que, tradicionalmente, habían venido correspondiendo a otras formas de organización social, como puede ser la familia. Aparentemente, es éste un proceso imparable. Y es así, entre otros motivos, porque resulta útil a los principales protagonistas del cambio. Por un lado, el aparato estatal adquiere nuevas dosis de su imprescindible ración de legitimidad («el estado *debe* existir, porque tiene *funciones* que cumplir»). Por otro, los individuos nos exoneramos, gustosos, de nuestra parte alícuota, pequeña, pero pesada, de responsabilidad social («*ya existe un estado para encargarse de eso*»).

El volumen que nos ofrece Teresa Piconto aborda el papel que están jugando las Administraciones públicas en una materia crucial en este sentido: la protección de la infancia. Y realiza ese abordaje desde un punto de vista fundamental, y yo diría que ineludible, si se quiere hacer una investigación realmente profunda sobre el particular: el enfoque socio-jurídico.

Demasiado a menudo los profesionales y estudiosos de la ley tendemos a analizar el Derecho como un fenómeno puramente normativo, estrictamente formal. Sin embargo, existe toda una realidad social envolviendo cada institución jurídica; una realidad de la que el Derecho trae causa, y sobre la que el Derecho incide; una realidad que, a la postre, es el verdadero referente de todo nuestro trabajo. *Ubi societas, ibi ius*, reza el famoso aforismo latino; pero con frecuencia parece que olvidamos que, sin sociedad, no hay Derecho posible, ni ocasión de aplicarlo, ni claves para entenderlo.

En este sentido, el trabajo que nos ofrece esta investigadora y docente de la Universidad de Zaragoza, basado en el que sirvió de fundamento a su tesis doctoral, pretende con éxito dibujarnos, tras un primer plano normativo analizado con exhaustividad, el telón de fondo de la aplicación legislativa real.

Legislación, por otro lado, prácticamente neonata en nuestro país, al menos en los términos y con la filosofía que hoy la anima. Precisamente, en una primera parte del libro (caps. I a III), la autora nos relata la evolución histórica de la protección pública de los menores, por cierto que relativamente reciente. No es hasta el siglo XVII que la protección del niño comienza a contar con una atención social distinta de la familia o los allegados más próximos. Se trata entonces de una preocupación de contenido esencialmente moral, traducida en la creación de escuelas y centros benéficos de acogida para menores sin recursos, abiertos a golpes de liberalidad por los particulares y algunas instituciones, sin que existan mecanismos que racionalicen este primer y endeble esfuerzo. El movimiento «filantrópico» de los siglos XVIII y XIX tratará de paliar estas carencias organizativas, pero a cambio de introducir un fortísimo control social sobre la existencia del menor acogido. Será precisamente el siglo pasado el que asista al nacimiento de la primera ley española reguladora de los derechos del menor: la «Ley sobre el ejercicio peligroso de los niños en los circos», de 1878, primer hito de una legislación protectora insuficiente y, para colmo, sistemáticamente incumplida. Ya en el siglo XX, y mientras que en el resto de Europa se va afianzando el nuevo papel del «Estado social», en nuestro país el franquismo trató de establecer una suerte de «Estado providencia» en el que, además de carecerse de la necesaria planificación y continuidad en las políticas sociales, se fortalecía la vertiente caritativa

y paternalista de éstas, siendo inexistentes o inoperantes los cauces de participación social en su diseño y control. El carácter eminentemente moralista y autoritario de la actitud del Estado en materia de protección de la infancia se tradujo en la defensa a ultranza de la familia tradicional y, en particular, del papel del padre, dejando al materno en un muy segundo plano. Los Tribunales Tutelares de Menores, nacidos en los años veinte, se convierten en el instrumento represivo ideal para el caso de que la figura paterna no cumpla con el que se entiende que es su cometido de manera satisfactoria para el régimen.

Como es de suponer, la Constitución democrática de 1978 cambia radicalmente el panorama. Precisamente, la protección de la familia y de los derechos del menor se constitucionaliza (art. 39), y se refuerza con una referencia a los acuerdos internacionales sobre la materia. En este ámbito, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, pese a su debilidad en cuanto a garantías jurídicas de ejecución, supone para la autora un esperanzador comienzo. La consagración de nuestro país como un Estado social implicará la asunción por parte de los poderes públicos del papel de garantes de unas cotas mínimas de bienestar para los individuos, ajenas, o al menos así debiera ser, a cualquier actitud paternalista. Ahora bien, en este proceso, el Estado va insensiblemente erosionando el papel que tradicionalmente ha jugado la familia, limitando su autonomía, con el peligro que ello representa, y contra el que la autora advierte, de convertir ese ámbito social en mero beneficiario pasivo de asistencia.

La segunda parte del volumen (caps. IV y V) se consagra al análisis de la normativa actual en materia de protección de menores en nuestro país. Tras un prolongado período de vigencia postconstitucional de la obsoleta legislación de los Tribunales Tutelares de Menores, la normativa española afronta por fin su *aggiornamento* con la ley estatal 21/1987, reguladora del acogimiento y adopción de menores. Con ella se introduce una novedad de fondo llena de consecuencias trascendentales: la abierta tendencia hacia la desjudicialización y, paralelamente, hacia la administrativización de la protección de los derechos del menor y la determinación de su situación jurídica. A esta nueva filosofía corresponde la introducción del concepto de *desamparo*, entendiendo por tal «un concepto material, una situación de hecho que da lugar a la tutela administrativa de forma automática, obviando la apreciación judicial» (p. 116). Novedad de planteamiento ésta a la que fue refractario un sector de la doctrina jurídica, pero que ha venido a ser corroborada por la ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. Esta Ley orgánica ha permitido al legislador español incorporar directamente los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño ya citada, entre los cuales cabe citar el derecho del niño a ser oído en todos aquellos procedimientos administrativos o judiciales que le afecten.

A nivel autonómico, la ley aragonesa 10/1989, de protección de menores; la catalana 8/1995, de atención y protección de los niños y adolescentes, y la madrileña 6/1995, de garantías de los derechos de la infancia y adolescencia, han venido a reforzar por lo general la garantía de los derechos del menor, aunque la autora no deja de apuntar algunos problemas graves que pueden plantearse en asuntos tales como la especificidad cultural de las minorías étnicas o la población inmigrante. Se remata esta segunda parte con el análisis de las normativas equivalentes en dos países de nuestro entorno: Italia y el Reino Unido.

Pero es indudablemente la tercera y última sección del libro (caps. VI a VIII) la que imprime carácter al conjunto. Se trata de una verdadera investigación de, como advierte su autora, sociología *en el derecho*, «esto es, una sociología que se construye desde la teoría del derecho, desde sus conceptos, que rastrea

en su interior para aprehender la mecánica funcional del derecho» (p. 307). Su intención es ofrecer una imagen fidedigna de la aplicación real de las normas jurídicas expuestas en el apartado precedente. El método empleado para ello es el de grupos de discusión –dos, en concreto–, compuestos por una muestra representativa de profesionales vinculados a la aplicación de la legislación sobre protección del menor (asistentes sociales, educadores, psicólogos, juristas, responsables de la administración, etc.). Esta vía de obtención de datos se acompañó y completó con una serie de entrevistas semi-estructuradas realizadas igualmente a diversos operadores jurídicos y sociales de relevancia para el tema. La deliberada actitud no dirigista de los investigadores trató de facilitar al máximo el afloramiento de las preocupaciones genuinas y las opiniones francas y abiertas de los participantes. Una tarea, en todo caso, hartamente complicada, habida cuenta de los recelos que provoca abordar una materia que tiene una repercusión tan inmediata en la opinión pública, los eternos conflictos institucionales e interprofesionales y, desde luego, lo inhabitual que en nuestro país sigue siendo todavía –aunque afortunadamente cada vez menos– este tipo de investigaciones científicas.

La autora pone el dedo en la llaga al partir en su planteamiento de lo que indudablemente constituye el problema central en la intervención estatal en materia de menores: la conjugación de la necesaria eficacia de la mecánica jurídica con una sensibilidad prioritaria hacia las necesidades del niño y su familia, sin la que la propia actividad del Estado en este campo carece de sentido. Ahora bien, dos rasgos del sistema jurídico contemporáneo suponen, según la profesora Picontó, los principales escollos en dicha tarea: por un lado, el formalismo y falta de flexibilidad del Derecho y, por otro, su tendencia excesiva a la inmediatez, su falta de visión a largo plazo.

En nuestra sociedad, y por fortuna, la plena disposición de los padres sobre los hijos, protegida por la «intimidad familiar», ha dejado de estar legitimada. Es preciso, por tanto, arbitrar medios de control y reconducción que eviten abusos intolerables, respetando el interés de la familia, pero siempre dando prioridad al interés del menor. Sin embargo, la actividad estatal en este campo difícilmente puede guiarse, si quiere de veras ser socialmente útil, por reglas generales y rígidas, sino por normas abiertas que permitan resolver los complicados y muy sensibles conflictos familiares caso por caso. Efectivamente, de su contacto con los profesionales implicados en el tratamiento de estas situaciones, la autora concluye que «las soluciones automáticas –tipo silogismo jurídico y otras hipótesis formalistas– o la rutina no caben en las resoluciones “jurídicas” relacionadas con la protección del menor» (p. 200).

Quizá tomen especial relieve estas carencias, según los datos obtenidos por la autora, en los conflictos de intereses entre los menores y sus padres biológicos. El excesivo celo garantista del Derecho en estos casos hace, por ejemplo, que se erija un verdadero «*laberinto procesal*» de dilaciones e incertidumbres en el que se pierden o ven gravemente menoscabados los fines terapéuticos y educativos del menor que la propia ley se fija como esenciales. «El orden judicial civil» tradicional, en el que se incardinan las figuras jurídicas de protección de derechos del menor, resume la profesora Picontó, «es un proceso concebido para establecer *un* acuerdo entre las partes en conflicto, para garantizar los derechos *de ambas partes*», por lo que la aplicación rigurosa de sus principios difícilmente puede ser satisfactoria para contenciosos en los que los intereses de una de las partes, el menor, en este caso, debieran ser tutelados por encima de cualesquiera otros (pp. 222-3; la cursiva es nuestra).

No es de extrañar, pues, que los técnicos sociales acusen al Derecho de simplificar en exceso la compleja realidad social, al tratar de estrecharla en unas pocas categorías jurídicas que permitan establecer una «verdad oficial» respecto a las acciones humanas, sin pararse a penetrar en lo realmente trascendental: sus causas profundas, sus consecuencias futuras y, de ser preciso, la manera de paliar estas últimas. De hecho, la autora observa cómo el punto de vista de los psicólogos, educadores, asistentes sociales, etc., generalmente difiere del de los operadores jurídicos en los procesos de aplicación normativa. Cuestiones como la valoración de las declaraciones de los menores, o la propia recogida e interpretación de datos en un mismo caso así lo demuestran: los informes técnicos mutuos, elaborados con lógicas muy distintas, son íntimamente considerados poco útiles por unos y por otros, por concienzudos y razonados que sean. Simplemente, los apriorismos de ambos puntos de vista son profundamente dispares. Los operadores sociales, según revela esta investigación, se encuentran en una situación particularmente incómoda ante este estado de cosas, al verse a sí mismos y a su trabajo en colaboración con el Derecho «como una cortina de humo que ayuda a ocultar las carencias de una sociedad» (p. 286).

La solución no puede ser otra, según la autora, que una mayor apertura entre ambas esferas, la social y la jurídica. Una apertura que facilite la incorporación al Derecho de conceptos y formas de actuación distintos a los tradicionales, y aproveche mejor las aportaciones de los profesionales de las ciencias humanas y sociales en la búsqueda de una aplicación normativa más acorde con las verdaderas necesidades del menor. Al mismo tiempo, sería imprescindible repensar los planteamientos de la práctica jurídica actual si se quiere verdaderamente maximizar su eficacia, de tal manera que la actitud del Derecho deje de ser puramente *reactiva* ante las transgresiones, y comience a contemplar acciones organizadas y planificadas a medio y largo plazo con miras fundamentalmente preventivas.

En definitiva, tenemos entre manos un trabajo riguroso desde el punto de vista técnico, y muy completo desde el punto de vista conceptual. Uno echaría de menos, quizá, un mayor peso en el libro de su tercera parte, que es indudablemente la más innovadora y refrescante. En cualquier caso, la combinación entre el análisis histórico, el normativo y el sociojurídico que la autora nos ofrece nos proporciona, con toda probabilidad, una visión de conjunto del estado actual de la protección de menores en nuestro país difícilmente superable.

Miguel A. RAMOS ULGAR
Universidad de Sevilla

Manuel PORRAS DEL CORRAL, *Biología, Derecho y Derechos Humanos*, Córdoba, Caja Sur, 1996, 270 páginas.

La Filosofía del Derecho no es, ni puede ser, especulación cerrada en sí misma. Parte de la experiencia jurídica, de problemas cotidianos de la realidad social, pero, al mismo tiempo, posee una dimensión crítica y orientadora del Derecho positivo. Precisamente el trabajo que tenemos ante nosotros, *Biología, Derecho y Derechos Humanos*, trata de afrontar uno de los problemas que, en la actualidad, más evidencia que es la propia realidad social y cultural la que propone desafíos a la Ciencia del Derecho, y la que exige la búsqueda de criterios, a partir de los cuales, sea posible el enjuiciamiento y orientación del Derecho.

No es la primera vez que el profesor Porras del Corral se ocupa de estos temas. Como él mismo indica en el Prólogo de su libro, desde el año 1991 se siente cautivado por estos problemas. Entre sus publicaciones se encuentran «La dignidad, alfa y omega de la libertad. A propósito del genoma humano», en *Derecho y Opinión*, núm. 1, diciembre 1993, y «La impronta de la biotecnología en el Derecho: una reflexión en torno a los derechos humanos», en *Bioética y Ciencias de la Salud*, vol. 1, núm. 1, diciembre 1994.

El objetivo principal de este trabajo es, en sus palabras, encontrar principios en los que apoyar un marco jurídico que permita, frente al imparable avance de la biotecnología, garantizar que todo ser humano va a ser respetado con independencia de cualquier otro interés ajeno a él: éxitos científicos, beneficios económicos, consecuencias políticas, etc. En este sentido concede un lugar preeminente a la reflexión sobre la dignidad. En su opinión «no hay principio más axial ni valor más fundamental que sirva para legitimar la investigación sobre el genoma humano, ahora y en su momento sobre las posibles aplicaciones, que el de la dignidad humana». Recuerda las palabras de Kant: «el hombre no es una cosa: no es, pues, algo que pueda usarse como simple medio; debe ser considerado, en todas las acciones, como fin en sí pues todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a los demás nunca como simple medio, sino siempre y al mismo tiempo como fin en sí mismo».

Ciertamente Porras del Corral se enfrenta con problemas muy complejos. A la dificultad que supone la «novedad» que implica el tratamiento de este tema desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho en España¹, se añaden algunos problemas muy específicos. En primer lugar, cabe señalar que, en la actualidad, el ámbito de lo que puede entenderse por «Biología» es desbordante. Como destaca Nanette Newell, al definir la voz «Biotechnology» en la *Encyclopedia of Bioethics*², bajo ese rótulo podemos referirnos a cualquier tecnología

¹ Sin embargo, en los últimos tres años esta cuestión ha despertado un interés cada vez más creciente. Como prueba de ello podríamos señalar, sin carácter exhaustivo, la Ponencia presentada por el profesor PECES-BARBA, «La libertad del hombre y el genoma», en el Encuentro Internacional celebrado en Bilbao en 1993 con el título de *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Asimismo las Comunicaciones de los profesores Atienza y Vila Coro con el título de «Diez errores frecuentes sobre la ética» y «Falacia legislativa», respectivamente. Todos estos trabajos han sido publicados en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, volumen I, Fundación BBV, Madrid, 1994. También es buena muestra de este interés el hecho de que el volumen correspondiente al año 1995 del *Anuario de Filosofía del Derecho* dedicó su sección monográfica al tema «Derecho y Ética ante la vida y la muerte», incluyendo así la problemática generada por la biotecnología.

² REICH, W. T. (edit.), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. I, Simon & Schuster Macmillan, New York, 1995, p. 283.

que utilice o trabaje sobre organismos vivos. Ello incluye un campo muy amplio: elaboración de productos farmacéuticos, cuestiones de carácter sanitario, terapia génica, cartografía del genoma humano, trabajo con células humanas y tejidos, alteración del código genético de plantas o animales, etc. Aunque el mismo autor destaca que se ciñe exclusivamente a la tecnología aplicada a la vida humana y, de modo más concreto, a las técnicas de reproducción asistida y a la denominada ingeniería genética, ello no simplifica, en absoluto, la cuestión. Y es que a la gran amplitud del tema se une un problema añadido: el de la interdisciplinariedad de la materia. Su tratamiento requiere, de un modo especial, un conocimiento suficiente y actualizado de la estructura básica de las técnicas empleadas, de sus aplicaciones actuales y de lo que, previsiblemente, puede esperarse de ellas en un futuro, al menos a corto y medio plazo. Ello exige poseer ciertas nociones de Genética, Biología, Medicina, etc. Por otro lado, la problemática generada afecta, además de a la Filosofía del Derecho, a campos muy diversos: en el ámbito jurídico podríamos señalar el Derecho Mercantil, Internacional, Administrativo, Penal, Laboral, Civil, Constitucional, etc. Tampoco hay que olvidar otros sectores implicados, como la Filosofía moral, la Psicología, la Sociología, la Teología, la Antropología, la Criminología, la Ecología, la Economía, etc. Ciertamente son tantas las materias afectadas que quizás podría plantearse, al menos en el ámbito jurídico, la creación o aceptación de la existencia de una nueva disciplina que incluiría, en general, el abanico de problemas que plantea la biotecnología aplicada a la vida humana. En este sentido resulta pionera la creación, en la Universidad de Deusto, de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Esta unidad de investigación publica la *Revista de Derecho y Genoma Humano*, la cual incluye trabajos procedentes de ámbitos de conocimiento muy dispares.

En este libro, frente a la opción de tratar monográficamente un problema específico generado por la biotecnología, u ofrecer una visión más panorámica o general, el profesor Porras del Corral se ha decidido por esta segunda posibilidad. Y ello porque, entre otras razones, tal enfoque, en su opinión, responde mejor a la finalidad asignada al trabajo. En efecto, Porras del Corral destaca, en el Prólogo, que su libro va dirigido a los no iniciados en la materia, «con el fin de ofrecerles un instrumento que les facilite una visión global» que permita una mejor comprensión e integración de las diferentes cuestiones. A ello ayuda especialmente la abundante bibliografía que aporta y las citas y explicaciones con las que corrobora sus puntos de vista.

El cuanto a la metodología, el libro se plantea, en general, como un esfuerzo por dar una respuesta, fundamentalmente desde un plano ético y jurídico, a una serie de interrogantes que presentan algunas de las nuevas tecnologías aplicadas a la vida humana. De hecho, algunos epígrafes son realmente preguntas que se intentan responder en el texto. También es importante destacar el esfuerzo del autor por suscitar la reflexión y provocar nuevos interrogantes al lector.

En relación a la estructura, el trabajo se divide en cinco capítulos. El primero comienza con una reflexión personal en torno al concepto mismo de revolución y a la cuestión relativa a si el actual avance biotecnológico puede ser calificado como tal. Ciertamente, los últimos descubrimientos de la biotecnología son tan espectaculares y tienen tal potencial para cambiar, no sólo la vida del hombre, sino también la propia visión que éste tiene de sí mismo que, efectivamente, pueden ser calificados como revolucionarios. Pero, para el autor, la mera asignación del calificativo de «revolucionario» no determina, *per se*, una valoración positiva de los resultados. En efecto, la ciencia y la tecnología no son ni pueden conside-

rarse como algo neutro. El autor, citando a Küng, mantiene la idea de que «no todos los progresos de la ciencia son también progresos de la humanidad»³. O, como destaca Pérez Luño, no hay que olvidar que «La etapa del desarrollo tecnológico, junto a indiscutibles avances y progresos, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades [...]»⁴. Para Porras del Corral el juicio vendrá condicionado por el fin que se persiga y los medios que se utilicen. Este criterio del autor ha sido el adoptado por el legislador español en el reciente Código Penal. Este texto legal ha considerado objeto de valoración negativa, no sólo el empleo de armas biológicas con fines bélicos o de exterminio de seres humanos, sino también la mera elaboración, mediante ingeniería genética, de tales armas biológicas, aunque no se haga uso de ellas.

En este primer capítulo Porras del Corral insiste en la idea de que la Filosofía del Derecho puede aportar mucho al enriquecimiento del debate en torno a la aplicación de la biotecnología a la vida humana. Su función es la de brindar principios y valores que permitan al legislador elaborar normativas coherentes con la dignidad inherente a todo ser humano. El autor destaca, en esta sede, algunos de los pilares sobre los que va a apoyar su crítica a la normativa vigente, fundamentalmente el ya reseñado principio de la dignidad humana.

En el segundo capítulo se muestra una visión panorámica y crítica de aquella normativa que, en España, ha surgido a raíz de la problemática que generan algunos avances biotecnológicos. Concretamente se refiere a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Acaba el capítulo con unas breves reflexiones en torno a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el nuevo Código Penal, refiriéndose, en concreto, a los delitos que tipifican las conductas relacionadas con lesiones al feto y relativas a la manipulación genética.

Se muestra especialmente claro al manifestar su opinión personal sobre estas disposiciones. Con respecto a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, mantiene que se trata de una normativa aprobada sin el «sosiego requerido» por cuestiones que afectan de modo tan directo a valores constitucionales, aportando abundante bibliografía en este sentido. Asimismo, denuncia la incongruencia existente entre el fin que se atribuye a la ley en su exposición de motivos, el proporcionar «alternativas a la esterilidad de la pareja humana» y su parte dispositiva, en la cual se admite la utilización de embriones para otros fines. También con respecto a esta ley adelanta un criterio que posteriormente será asumido por el legislador penal: la insuficiencia de las sanciones administrativas para castigar conductas que revelan una extrema gravedad. Tal sería el caso de la creación de seres humanos por clonación y de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza, la fusión de preembriones entre sí, las técnicas dirigidas a producir quimeras, el intercambio genético humano —o recombinado con otras especies— para producción de híbridos, la utilización de la ingeniería genética con fines militares y para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, etc. Asimismo, rechaza el criterio adoptado por el legislador consistente en dividir la vida humana en diferentes fases —pre-embrión, embrión y feto—, otorgando a cada una de ellas una valoración ética y, consecuentemente, una protección jurídica diferente. En su opinión, dado que no existe unanimidad científica en este punto, el

³ KÜNG, H., «A la búsqueda de un "ethos" básico universal de las grandes religiones», trad. R. Godoy, *Concilium*, 228, marzo 1990, p. 298.

⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., «La defensa del ciudadano y la protección de datos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 14, enero-abril 1986, p. 43.

legislador debía haber respetado un principio enraizado en el orden jurídico, cual es el de abstenerse en caso de duda, máxime cuando lo que se encuentra en juego es la vida de un ser perteneciente a la especie humana. Para Porras del Corral es muy grave que tal fragmentación, basada en criterios meramente cuantitativos, se utilice como un modo de facilitar la lesión de los derechos del ser humano más débil. Y ello hasta el punto de privarle de su dignidad y degradarlo a la categoría de «material embriológico», denominación que utiliza la ley y que el autor considera muy poco afortunada. En su opinión, no se puede desconocer que gran parte de la comunidad científica reconoce la identidad genética humana específica del nuevo ser desde el momento de la fecundación, y su desarrollo continuo y meramente cuantitativo a partir de entonces, cambiando tan sólo su ubicación en el seno de la madre.

Con respecto a la Ley 42/1988, de 26 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, se muestra de acuerdo con el criterio adoptado por el legislador, en virtud del cual se considera que la donación y utilización de embriones y fetos humanos escapa del *ius dispositivum* y se sujeta a una normativa de *ius cogens*. De cualquier modo, en su opinión, la gravedad de las infracciones contempladas en dicha normativa, hubiera exigido también un tratamiento penal. Tal criterio ha sido el adoptado en el nuevo Código Penal con respecto a algunas conductas específicas. Así, por ejemplo, la realización de cualquier acción dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico, la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación, la donación y utilización de embriones para la fabricación de productos cosméticos, la experimentación en embriones o fetos vivos, etc.

En relación a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el nuevo Código Penal, el autor considera adecuado que sea la vía penal la que intente asegurar que no se lleven a cabo conductas tan lesivas para la dignidad humana y para las generaciones futuras. Sin embargo, entiende que el legislador debería haber incluido otras, como la fusión de embriones entre sí para crear quimeras, la comercialización de embriones vivos y su empleo para cosmética, o la creación de híbridos por intercambio genético humano con otras especies. En su opinión, las multas de carácter administrativo no son suficientes para desalentar la realización de tales comportamientos. Para el autor es fácil constatar la existencia, en la actualidad, de un fuerte afán de lucro que preside las relaciones mercantiles, y que puede, fácilmente, llevar a empresas químicas y farmacéuticas a recurrir a estas técnicas con el objeto de obtener grandes beneficios. A ello se pueden unir innegables intereses científicos y políticos, ya que la manipulación genética de seres humanos puede ser utilizada como «un nuevo instrumento de dominio, y por tanto de control, sobre quienes tienen el deber de servir».

El tercer capítulo se dedica a cuestiones puntuales: así, el problema de la «gestación de sustitución», fecundación *in vitro* de lesbianas y vírgenes, y fecundación *post mortem*. La idea que, en general, preside estas reflexiones es la de que en la reproducción asistida, antes que al deseo de tener descendencia, hay que atender al propio bienestar del hijo. Reconoce que, en ocasiones, puede producirse un conflicto de intereses. En estos casos deberán prevalecer los del hijo que, por otro lado, es la parte más débil. En esta línea insiste en demostrar, desde diversos puntos de vista, la importancia de garantizar que el hijo pueda disponer, en principio, de padre y madre. Asimismo, entiende que es negativa la visión que reduce al hijo a un bien de consumo más.

En el cuarto capítulo se incluye el tratamiento de algunas implicaciones éticas y jurídicas de la ingeniería genética aplicada al ser humano. El autor distingue tres campos de trabajo: diagnóstico génico, terapia génica y tecnologías de secuenciación y cartografía del genoma humano.

El diagnóstico génico consiste, básicamente, en localizar, en el genoma de un ser humano, genes causantes de enfermedades. Es fácil de advertir que la información obtenida pertenece a la esfera más íntima del sujeto, y que deben arbitrarse medidas para su protección. Como destaca el autor, en este campo encontramos el problema relativo al enorme potencial discriminador de tal información genética. De hecho, el debate sobre las consecuencias discriminatorias de la información obtenida a partir de sondeos génicos comenzó hace ya algunos años en los EE.UU.⁵ En esta ocasión, han sido los mismos científicos los que, conscientes del extraordinario conocimiento que sobre el ser humano va a ser capaz de revelar su genoma, han alertado sobre las posibles consecuencias discriminatorias de los análisis, no sólo en la vida social e incluso familiar⁶, sino también, y de un modo especial, en el campo de los seguros, la sanidad y el ámbito laboral⁷. El autor destaca que, en este caso, a la importancia de la información se une, en los EE.UU., una ideología que, como el liberalismo económico, concede poco papel a la protección del individuo, por parte del Estado, frente a las puras leyes del mercado. Tanto en el ámbito laboral como en el campo de los seguros, especialmente en países que como EE.UU. carecen de sanidad pública, no basta con destacar el carácter no ético de las prácticas de selección de individuos en base a la información genética. En opinión de Porras del Corral, es necesario garantizar que el empresario no pueda discriminar a sus trabajadores a través de la exigencia de someterse a un sondeo génico total o parcial. La legislación de los distintos países debe reaccionar ante esta nueva situación⁸. Para el autor no parece justificado que se conceda al empresario o a la compañía de seguros «una especie de “patente de corso” para arribar a las simas más profundas del ser humano, invadiendo su intimidad y desvelando su propia intimidad genética».

El segundo gran ámbito es el de la terapia génica. Mientras que la fecundación asistida es un supuesto general de tecnología referida a la vida humana, en la que se trabaja con células, la ingeniería genética conlleva una labor más sofisticada. El material de trabajo son aquí los genes y, el resultado, la modificación de la dotación genética de un ser vivo⁹. En este último campo es posible, a su

⁵ Asimismo, como es conocido, tampoco es nuevo el empleo de test psicofísicos, mentales y biológicos para examinar a grandes grupos e imponer políticas de eugenesia selectiva y optimización de recursos humanos (Vid. LUJÁN, J. L., «Tecnologías de diagnóstico y contexto social: de los test psicofísicos a las pruebas de ADN», en Sanmartín, J./Cutcliffe, S.H./Goldman, S.L./Medina, M. (eds.), *Estudios sobre sociedad y tecnología*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, pp. 195 ss).

⁶ Vid. el informe «Genetic Information and Health Insurance» elaborado por los National Institutes of Health y el National Center for Human Genome Research, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, op. cit., pp. 237-239.

⁷ Vid. BILLINGS, P. R., et al., «Discrimination as a Consequence of Genetic Testing», en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, op. cit., pp. 637-643; NELKIN, D./TANCREDI, L., *Dangerous diagnostics: the social power of biological information*, Basic, New York, 1989; MOTULSKY, A., «Impact of genetic manipulation on society and medicine», *Science*, 219, 1983, pp. 135-140; MURRAY, TH., «Warning: screening workers for genetic risk», *Hastings Center Report*, 2, 1983, pp. 5-8; HOLTZMAN, N. A., «Recombinant DNA technology, genetic tests, and public policy», *American Journal of Human Genetics*, 1988, 42, pp. 624-632; BILLINGS, P., «Research in genetic discrimination», *American Journal of Human Genetics*, 1988, 43, p. 225; UZYCH, L., «Genetic testing and exclusionary practices in the workplace», *J. Public Health Policy*, 1986, 7, pp. 37-57.

⁸ En este sentido se manifiesta, entre otros, VEZZONI, P., «Aspectos Científicos y Éticos del Proyecto Genoma Humano en Italia», en *Proyecto Genoma Humano: Ética*, op. cit., p. 98.

⁹ Sobre esta distinción, vid., entre otros, MANTOVANI, F., «Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1/1994, p. 94.

vez, distinguir dos tipos de intervenciones: sobre ADN de células somáticas y sobre ADN de células germinales. Mientras que con respecto a la terapia génica somática¹⁰ existe un amplio consenso sobre su aprobación social y ética, no ocurre lo mismo con la terapia germinal humana. Este tipo de manipulación tiene como consecuencia una modificación global del patrimonio genético conseguida a través de una intervención en los primeros estadios del embrión. En realidad, el estado actual de la ciencia no permite asegurar que una manipulación de la línea germinal, aún con finalidad terapéutica, no tenga consecuencias inesperadas e irreparables en el organismo, transmitiéndose los daños irremediabilmente a toda la descendencia¹¹. De hecho, así ha ocurrido en experimentos realizados en animales. Por ello, el autor se suma a la postura, mayoritaria en el ámbito científico, de defender una moratoria hasta que se disponga de datos más certeros sobre las consecuencias de dichas técnicas.

El tercer campo, el de la secuenciación y cartografiado del genoma humano¹², plantea, asimismo, múltiples problemas: entre otros, el relativo al determinismo genético —con la repercusión que ello conlleva en el ámbito social, ético y jurídico— y el de la posibilidad de patentar genes humanos. Con respecto a esta última cuestión hay que destacar la importancia de una normativa internacional que evite que las patentes de genes humanos se conviertan en un nuevo instrumento para ahondar más las diferencias entre países ricos y pobres¹³.

El quinto y último capítulo se dedica, fundamentalmente, al tratamiento de las repercusiones jurídicas de dos nuevas aplicaciones de las técnicas genéticas: el diagnóstico prenatal y la investigación de la paternidad. El diagnóstico prenatal va a permitir detectar, con un gran grado de precisión, cualquier patología o imperfección antes del nacimiento del nuevo ser. Ante ello, el autor destaca el posible riesgo de caer en una nueva mentalidad eugenésica y en una actitud insolidaria frente a la minusvalía y la fragilidad. Entre otras, se plantea las siguientes cuestiones: ¿desde el prisma de la dignidad humana, puede admitirse que hay vidas que tienen más valor que otras?, ¿cómo podría salvaguardarse el derecho a la no discriminación por razones de salud?, ¿qué sentido tiene en estos casos el deber de solidaridad?

La investigación de la paternidad mediante el análisis del ADN plantea una problemática completamente distinta. Frente al derecho del hijo a conocer su

¹⁰ La terapia somática consiste, básicamente, en extraer células de un organismo para modificar sus genes, eliminando de ellos la patología e insertarlas posteriormente (GRISOLÍA, S., «Proyecto Genoma Humano: concepto y estrategias», en *Revista de Occidente*, marzo 1993, núm. 142, pp. 29-30). Esta manipulación no altera propiamente la globalidad del genoma, tan sólo el de las células manipuladas, por lo que no posee carácter transmisible a la descendencia y no plantea más problemas, a nivel social, ético o jurídico, que cualquier intervención de carácter quirúrgico. Para el Parlamento Europeo se trata de «una forma de tratamiento básicamente defendible siempre que se informe al afectado y se recabe su consentimiento» (Punto 22 de la Resolución A 2-327/88).

¹¹ Vid. en este sentido la declaración de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de los Comunes de Gran Bretaña de julio de 1995 en *Bulletin of Medical Ethics*, 1995, núm. 1.110, p. 9.

¹² El Proyecto Genoma Humano intenta localizar y descifrar cada uno de los aproximadamente 100.000 genes que componen el genoma de la especie humana y que se hallan situados en cada uno de los nucleos que se encuentran en todas las células de nuestro organismo. En el año 1994 habían sido identificados unos 2.000 genes, lo cual ha permitido determinar unas 500 enfermedades de origen genético (Vid. MCKUSICK, V. A., «The Human Genome Project: Plans, Status and Applications in Biology and Medicine» en Beauchamp, T. L. & Walters, L., *Contemporary Issues in Bioethics*, Kennedy Institute of Ethics and Department of Philosophy Georgetown University, California, 1994, pp. 622 ss.

¹³ El problema de las patentes es que deja en manos de grandes capitales, fundamentalmente laboratorios occidentales, la posibilidad de disponer de los fármacos que resulten de los genes. Por ello implican una imposibilidad de acceso, salvo mediante el pago de cantidades desorbitadas, a determinadas terapéuticas. El problema se agrava si consideramos que estos genes se obtienen, en la mayoría de los casos, de forma gratuita a partir de muestras de sangre de determinadas etnias.

filiación, se encuentra el derecho del presunto padre a su integridad física y a preservar su intimidad personal y familiar. El autor repasa la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el problema de la negativa a someterse a las pruebas biológicas. En concreto, destaca la trascendencia de la Sentencia TC de 17 de enero de 1994. Esta resolución considera la negativa del padre como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterada, en conjunción con las restantes pruebas aportadas, de la paternidad. Porras del Corral concluye afirmando que posee más entidad el derecho del hijo a conocer quien es su padre que el derecho de éste a preservar su intimidad. Por ello, el Derecho debe inclinar la balanza en este sentido. Se trata de un problema que trasciende la esfera de lo individual para situarse en la de lo social.

Ángela APARISI MIRALLES

Luis PRIETO SANCHÍS (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

A iniciativa del grupo de estudios sobre racismo, inmigración y minorías de la Universidad de Valencia, se celebró en esta ciudad, durante las dos últimas semanas de marzo de 1994, el segundo seminario internacional sobre problemas jurídicos y políticos de las minorías. El seminario versó sobre los problemas que suscita la exigencia de reconocimiento de derechos de las minorías y, en virtud de su carácter interdisciplinar, congregó, no sólo a filósofos del Derecho y personas relacionadas con el mundo jurídico, sino también a sociólogos y antropólogos. El libro que aquí reseñamos recoge los trabajos expuestos en ese seminario, de los que intentaremos dar cumplida referencia siguiendo el orden en el que aparecen recogidos en la obra.

Tras una presentación de Javier De Lucas, Paolo Comanducci, en «La imposibilidad de un comunitarismo liberal», pp. 11-26, critica y considera inaceptable la interpretación que algunos autores han hecho de la *Declaración on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religions and Linguistic Minorities*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992, y del protocolo adicional de la *Convención europea sobre los derechos del hombre*, aprobado por el Consejo de Europa en febrero de 1993, en el sentido de considerar estos documentos como una primera realización del comunitarismo liberal. Para Comanducci, la Declaración y el protocolo adicional «contienen medidas para las comunidades, pero sin justificaciones comunitaristas».

En «Igualdad y minorías», pp. 27-66, Luis Prieto Sanchís plantea la cuestión de las conexiones existentes entre igualdad y minorías; más en concreto, la cuestión de determinar si la pertenencia a una minoría puede justificar algún género de desigualdad normativa, ya sea de discriminación directa o de discriminación inversa. Para acometer el estudio de esta cuestión, lleva a cabo previamente una clarificación del principio de igualdad y del concepto de «minoría». Para Prieto Sanchís, por lo que a las minorías culturales concierne, la igualdad debe ser tratada en relación a tres problemáticas: la no-discriminación, la uniformidad (desaparición de las minorías vía la asimilación) y la función promocional del Estado. Atendiendo al régimen constitucional español y a los valores de libertad, igualdad y laicismo (neutralidad cultural del Estado) que lo inspiran, no puede existir discriminación alguna en virtud de rasgos culturales; es decir, la pertenencia a una minoría no vale como criterio de restricción del ejercicio de los derechos. Para evitar el asimilacionismo hay que respetar la diferencia cultural y defender la tolerancia como mecanismos protectores de las minorías. Con todo, el problema se plantea cuando las prácticas o costumbres de las minorías entran en conflicto con el Derecho. A este respecto, en el régimen constitucional español, dado que, de modo general, el orden jurídico no puede imponer comportamientos por el mero hecho de que se los considere virtuosos o acordes con las pautas culturales dominantes, la identidad de las minorías culturales se halla salvaguardada con el único límite de la protección de los derechos y bienes de terceros: cuando las prácticas de alguna minoría perjudiquen a terceros (y, en especial, a menores) y violen la autonomía de otras personas, entonces la uniformidad alentada por el universalismo de los Derechos Humanos debe primar sobre el respeto a las diferencias estimulado por el relativismo culturalista. Según Prieto Sanchís, hoy la discriminación se ha trasladado desde la estructura del Estado de Derecho (dis-

criminación mediante la limitación de derechos y libertades), donde antaño se ejercía, a la lógica del Estado social. Las subvenciones y ayudas otorgadas a la confesión religiosa mayoritaria en nuestro país constituye un claro ejemplo de esto. El Derecho eclesiástico español otorga determinados privilegios a la Iglesia católica en detrimento de otras opciones religiosas; se privilegia, así, de modo difícilmente armonizable con el principio de igualdad y con el postulado de la aconfesionalidad del Estado, a una determinada confesión y se incurre en discriminación religiosa. Pero las minorías no sólo se caracterizan por determinados rasgos culturales, sino también por padecer determinadas desventajas socioeconómicas. Las minorías socioeconómicas plantean problemas de igualdad sustancial y de discriminación inversa. Problemas que exigen una justificación de la igualdad sustancial y, en segundo lugar, una justificación de la obligación de los poderes públicos de articular medidas de discriminación inversa. Prieto Sanchís muestra cómo la igualdad material y las medidas de discriminación inversa pueden adquirir su justificación en tanto que condiciones necesarias para la universalidad de los principios de dignidad formal y de autonomía.

En un claro, ordenado, preciso y completo artículo («Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros», pp. 67-97), Fernando F. Mariño recoge algunas definiciones doctrinales de minoría utilizadas en el Derecho Internacional en materia de protección de las minorías; muestra cómo existe un amplio consenso en la Comunidad Internacional en torno a los elementos esenciales de la definición de «minoría», lo que le permite al autor ofrecer una acertada definición de «minoría» y desarrollar sus caracteres esenciales; se ocupa de las relaciones jurídicas existentes entre las «minorías» y otros grupos humanos también protegidos por el Derecho Internacional, tales como los extranjeros, los inmigrantes y los pueblos indígenas; nos informa sobre los derechos individuales de las minorías y sobre los derechos de las minorías como tales (el derecho a la existencia y el derecho al mantenimiento de la propia identidad) protegidos específicamente por diversos instrumentos jurídicos internacionales, así como sobre cuáles son las obligaciones internacionales de los Estados en materia de trato a las minorías y a las personas que las integran; y finaliza refiriéndose a las garantías internacionales del respeto a los derechos de las minorías y de las personas que las integran, y a las técnicas diplomáticas de prevención y solución pacífica de los conflictos interestatales surgidos por enfrentamientos en torno a la protección o trato de minorías.

En su artículo («La ciudadanía, una apuesta europea», pp. 99-117), Massimo La Torre distingue dos concepciones de la ciudadanía, cada una de las cuales comporta nociones de libertad, concepciones de «justicia», conceptos de «constitución», visiones de la representación política e, incluso, conceptos de honor propios y distintos. Analiza las relaciones entre los conceptos de ciudadanía (concebida como el *status* de miembro de una comunidad política concreta) y de subjetividad jurídica (personalidad jurídica, sujeto de derechos), así como las dos tensiones que surgen en torno a la ciudadanía: una primera tensión, que surge entre los dos modelos distintos de ciudadanía (un modelo excluyente, basado en una concepción «orgánica» de la comunidad política y un modelo inclusivo, sustentado sobre una idea «constitucional» o «contractual» de cuerpo político), y una segunda tensión, que se da entre el concepto universal e inclusivo de subjetividad jurídica y una noción excluyente de ciudadanía. La Torre critica el modelo «orgánico», aboga por el modelo «constitucional» y defiende la antecendencia conceptual y moral de los derechos civiles y de la personalidad jurídica sobre los derechos políticos y sociales, así como sobre la ciudadanía.

Manuel Martínez Sospedra (en «Universalidad e igualdad de los derechos», pp. 119-134) muestra cómo la posición de las minorías en el Estado depende del modelo de Estado y de minoría de los que se parta y cómo varía en función de éstos. A este respecto, discierne tres modelos de Estado Nacional (Estado Nacional Étnico, República Democrática Liberal y República Democrática Pluralista) y tres modelos de minoría (minorías nacionales, étnicas y de incorporación). En el Estado Nacional Étnico se les niega a las minorías en cuanto tales la plena ciudadanía; las minorías deben integrarse y desaparecer como grupos con una cultura diferente. En la República Democrática Liberal las minorías no pueden ser sujetos públicos, en ella sólo reconoce individuos y los ciudadanos con una cultura diferente a la mayoritaria pueden defenderse alegando discriminación y lesión de la igualdad. En la República Democrática Pluralista hay reconocimiento de las minorías como sujetos públicos. Este reconocimiento plantea el problema de coherencia las exigencias del principio de igualdad con las del principio de diferencia. A juicio de Martínez Sospedra, en una República Democrática Pluralista las exigencias del principio de igualdad obligan a ir más allá de la igualdad formal para establecer medidas destinadas a la obtención de la igualdad sustancial de las minorías con respecto al grupo mayoritario. Lo justificable de esta exigencia no empece que ella entre en tensión con la exigencia, inherente al Estado de Ciudadanos, de una identidad de régimen legal con respecto a derechos políticos y civiles.

En «¿Derechos de las minorías o igualdad?», pp. 135-145, F. Rousso-Lenoir, de la Universidad de París, muestra los escollos de orden ético (el intento de establecer un régimen especial y colectivo de derechos resulta contradictorio con las exigencias de reconocimiento universal de los derechos humanos y corre el riesgo de privilegiar la pertenencia comunitaria en detrimento de la libertad individual), jurídico (la imposibilidad e inoportunidad de establecer una definición de «minoría» capaz de circunscribir todos los tipos) y político (temor de los Estados de alimentar pretensiones secesionistas susceptibles de cuestionar su unidad nacional) con los que se han encontrado los distintos intentos de elaborar derechos de las minorías. Según Rousso-Lenoir, para proteger a las minorías no es necesario seguir promulgando catálogos de derechos, nuevos derechos. La protección de las minorías es intrínseca a la de las libertades y a la del principio de igualdad y lo que hoy se requiere no son nuevos derechos, sino «la garantía colectiva e internacional de su aplicación efectiva a las minorías».

Leslie S. Laczko, de la Universidad de Ottawa, en «El pluralismo canadiense en una perspectiva comparativa», pp. 147-174, se plantea la cuestión de por qué algunos Estados contienen un mayor grado de diversidad y pluralismo étnico y lingüístico que otros. Aborda esta cuestión comparando el nivel de pluralismo de Canadá con el de otros Estados y, especialmente, con el de los Estados Unidos de América. Realiza la comparación en torno a cinco variables o ejes: pueblos nativos, dualismo lingüístico, regionalismo y federalismo, grupos étnicos y de inmigrantes, y religión. Los estudios comparativos le permiten llegar a algunas conclusiones de interés: Canadá es un país con mayor pluralismo que EE.UU.; el mayor pluralismo de Canadá se debe, en gran parte, al modo como el Estado canadiense se desarrolló en competencia con Estados Unidos; en términos generales, los países con niveles más altos de desarrollo socio-económico tienden a tener niveles más bajos de pluralismo que los presentes en los países menos desarrollados (lo que resulta conforme con las predicciones de la teoría de la modernización), a este respecto, Canadá, EE.UU., Bélgica y Suiza constituyen casos excepcionales.

En «Para una política inmigratoria en Italia», pp. 175-192, Mario G. Losano, del *Instituto per la Documentazione e Informatica Giuridica de Firenze*, ofrece datos sobre la inmigración extracomunitaria en Italia; nos informa sobre las repercusiones de la inmigración extracomunitaria en la economía italiana, así como sobre los problemas y la situación de los inmigrantes magrebíes, chinos y senegaleses ubicados en Italia; apunta las fases que se han de seguir para la inserción social del inmigrante en el país de acogida; critica el mito regenerador de las «nuevas culturas» traídas por los inmigrantes y constata el surgimiento de un racismo culturalista o diferencialista; se ocupa de los problemas y límites económicos que plantea la acogida de los inmigrantes; muestra la necesidad de que toda política inmigratoria articule respuestas de tres tipos: defensivas (establecimiento de cuotas), asistenciales y promocionales (facilitar la integración), finalmente, realiza algunas propuestas políticas para controlar el flujo migratorio y las consecuencias de la inmigración y termina manifestando su temor a que, para frenar la inmigración, se opte por el recurso a la fuerza militar.

En «Estado nacional, discurso étnico y reconocimiento de las minorías. Un análisis etnoantropológico con especial referencia a Europa Centro-Oriental», páginas 193-222, Chr. Giordano, de la *Freiburg Universität* (Suiza), plantea, en primer lugar, la cuestión de hasta qué punto el Estado nacional y la existencia de minorías constituyen dos realidades irreconciliables o irresolublemente antinómicas. A este respecto, el caso de Suiza mostraría cómo no tiene por qué existir necesariamente incompatibilidad entre el Estado nacional y la presencia de minorías. Pero la experiencia helvética constituye una «especificidad histórica» inexportable, pues —según Giordano— Suiza pasó del medievo a la contemporaneidad sin pasar por los procesos que han llevado a la gestación de los Estados nacionales modernos europeos. Posteriormente, se ocupa de las filosofías o discursos étnicos que se encuentran en la base de los mecanismos institucionales reguladores de las relaciones entre Estado nacional y minorías. En virtud de la «filosofía étnica» considera posible distinguir en Europa al menos tres modelos ideales de Estado nacional: el francés (basado en la *citoyenneté*, el *jus soli* y el asimilacionismo), el alemán (basado en el *Volk*, el *jus sanguinis* y el diferencialismo) y el anglosajón. Además, se ocupa del discurso étnico que existió en la Unión Soviética (discurso basado, en la teoría, en la doble pertenencia: ciudadanía y nacionalidad, pero que, en la práctica, funcionó como instrumento de segregación, discriminación y estigmatización) y de los discursos étnicos existentes en los países postcomunistas de Europa Centro-Oriental. Motivados por el mito de retornar a un estadio presocialista, en estos países se rechaza el modelo soviético y se tiende a restaurar la «filosofía étnica» alemana basada en la idea de *Volk*, que era el modelo generalmente vigente en estos países durante el período presocialista, lo que ha conducido, en la mayoría de los casos, a una territorialidad monoétnica excluyente. Tras analizar y criticar los distintos discursos a los que nos hemos referido, el autor concluye apuntando, sin desarrollar, la necesidad de abandonar tanto la idea de Estado nacional como la de Estado plurinacional para avanzar hacia un nuevo discurso sustentado en la idea de un Estado «transnacional» o «anacional».

En «Introducción a la ley sobre los derechos de las minorías nacionales y étnicas en Hungría», pp. 223-232, Pal Schmitt, a la sazón embajador de Hungría, nos informa sobre la *Ley sobre los Derechos de las Minorías Nacionales y Étnicas* aprobada en 1993 por la Asamblea Nacional de la República de Hungría. Es de resaltar que la ley tenga como objetivo detener el proceso de asimilación de las minorías nacionales y étnicas y preservar su identidad, que en ella se recono-

ca el derecho a la doble o múltiple vinculación nacional, así como diversos derechos colectivos de las minorías nacionales y étnicas, y que se articulen garantías para hacerlos efectivos.

Finalmente, en el artículo que cierra el libro («Pluralismo normativo e igualdad jurídica. La repercusión de los movimientos migratorios de las minorías étnicas: la adopción por los extranjeros en Brasil», pp. 233-257), Marcela Varejao, de la Universidad Católica de Pernambuco, nos permite conocer la situación de los menores en Brasil y, más en concreto, en el Estado de Pernambuco. La autora subraya los muchos aspectos positivos y las avanzadas posibilidades que brinda la principal ley brasileña de menores (el *Estatuto da Criança e do Adolescente*), pero resalta cómo su aplicación ha sido escasa, pues la explotación, el ejercicio de la violencia y los malos tratos sobre los niños, el asesinato y el exterminio de menores (realidades sobre las que ofrece sobrecogedores datos) han sido potenciados y amparados por la corrupción policial e institucional y por la omisión generalizada de las autoridades públicas.

En definitiva, espero que las breves referencias que hemos ido realizando de los contenidos de los distintos trabajos recogidos en *Tolerancia y minorías* hayan contribuido a mostrar que la obra contiene un excelente elenco de trabajos que deberán ser consultados —y su consulta resultará de gran utilidad e interés y sumamente provechosa— por todos quienes deseen profundizar en la cuestión de los derechos de las minorías.

José Luis SOLANA RUIZ

Pedro RIVAS PALÁ, *Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley*, Pamplona, EUNSA, 1996, 378 páginas.

Es bien conocida la posición de Sócrates ante el problema de la obediencia a la ley, que constituye la primera reflexión en torno a uno de los interrogantes permanentes que se ha planteado la Filosofía del Derecho, y en la que se encuentran en germen buena parte de los elementos de la discusión contemporánea acerca de la obediencia al Derecho y la justificación de la desobediencia. El principal interés del reciente estudio de Pedro Rivas radica, a mi juicio, en que proporciona una adecuada ubicación de la aportación socrática en su contexto filosófico: la respuesta de Sócrates al problema de la obediencia a la ley se convierte así en elemento integrante de una teoría socrática de la justicia, que a su vez debe ser valorada en el marco de la tradición filosófica anterior. Nos encontramos, pues, ante un libro que ofrece más que lo que su título indica (o ante un título que no responde del todo al contenido del libro): si bien el estudio de la reflexión socrática acerca de la justicia y la ley constituye desde luego el principal motivo de la obra, y ocupa el capítulo más extenso (pp. 221-352), éste viene precedido de un amplio e interesante análisis de las aportaciones a la reflexión sobre la justicia en el pensamiento griego anterior a Sócrates: la tradición prefilosófica (Homero, Hesíodo y Solón), los autores presocráticos, y, especialmente, la sofística.

El estudio que se realiza acerca de los pensadores griegos anteriores a la sofística (pp. 25-123) mostrará la inexistencia de un interés específico por la justicia y el Derecho, habida cuenta de que la preocupación de estos autores es preferentemente cosmológica, en el sentido de que se ocupan, sin distinción, de la totalidad de lo real. No obstante, a pesar de todo pueden encontrarse en estos primeros estadios del pensamiento humano ciertas intuiciones válidas, y atisbarse una evolución que irá forjando paulatinamente la concepción de la justicia y del Derecho en el mundo griego. Así, en Homero y Hesíodo la justicia viene identificada sobre todo con un orden cósmico, «que se configura por medio de unas leyes, de unos mandatos de origen divino a los que el hombre no puede sustraerse» (p. 81). Ese orden no se presenta sin embargo como intrínsecamente racional, sino que se funda de modo exclusivo en la voluntad divina; lo que llevará consigo que los motivos de la sujeción al mismo sean de carácter exclusivamente retribucionista: el temor al castigo de los dioses. Este concepto de justicia como orden se encuentra desarrollado por los autores presocráticos, en los que sin embargo aparece una novedad radical: la idea de una racionalidad intrínseca e inmanente a ese orden, que es definido por lo tanto como «armonía, equilibrio, proporción e igualdad» (p. 121), y que resulta en consecuencia inteligible y expresable.

La sofística es quizás la primera escuela filosófica de la Humanidad con una preocupación preferentemente antropológica, lo que hace que la reflexión acerca de la justicia y del Derecho adquiera en ella tintes del todo nuevos. Sin embargo, la variedad de concepciones que se encuentran dentro de la sofística hace preciso distinguir en su seno dos grupos diferentes de autores: aquellos que conservan una visión positiva de la ley y afirman su conexión con la justicia (entre los que se incluirían Protágoras y el *Anónimo* de Jámblico), y quienes suscriben una posición netamente crítica respecto de la obligatoriedad de las leyes, sobre la base de la identificación entre justicia y naturaleza y la consiguiente ruptura de la relación entre justicia y ley (como Hippias de Elide, Antifonte o Calicles). El extenso estudio realizado acerca de estos autores (pp. 125-219) arrojará sobre todo una conclusión: el relativismo en que se encuentra sumido el concepto de

justicia, debido a que ésta se interpreta desde la naturaleza, la cual tiene un sentido diferente para cada autor. En el fondo, el problema que se observa es la ausencia de una epistemología filosófica adecuada, que motivará una interpretación del concepto de naturaleza desde una perspectiva netamente factual y fenoménica. Como consecuencia de esta situación, los autores citados son incapaces de encontrar un fundamento absoluto de la obediencia a las leyes, lo que en el caso de Calicles acabará por conducir a una completa exaltación de la desobediencia, amenazando de modo radical la estabilidad de la comunidad política griega.

Es precisamente en este contexto en el que surge la aportación de Sócrates, que en consecuencia puede ser comprendida de un modo más acabado en contraste con esta tradición de pensamiento. El presente libro ofrece un interesante y exhaustivo análisis textual de las principales fuentes del pensamiento socrático acerca de la justicia, contenidas sobre todo en el *Critón* y la *Apología* (pp. 223-268), para a continuación abordar el análisis sistemático de la teoría de la justicia socrática (pp. 268-343). El autor muestra, sobre todo, que con Sócrates se produce un giro radical y decisivo en la concepción de la justicia, derivado a su vez de un enfoque antropológico profundamente innovador. En efecto, Sócrates descubre con toda claridad que existe una verdadera conciencia de sí mismo en el ser humano, y que éste es «la sede real de la moralidad, el principio originario y profundo de sus acciones» (p. 271), rompiendo así de manera definitiva con el modelo de ser humano propuesto en los mitos. El ideal que debe realizar este ser humano es alcanzar una vida buena y feliz a través de sus acciones, objetivo éste que no tiene una naturaleza puramente individual, pues Sócrates descubre que la única manera de lograr la vida buena es con los demás y procurándola también en los demás. Pues bien, estos datos antropológicos inciden de manera determinante en la concepción de la justicia, que, lejos de identificarse con un orden cósmico impersonal —como sucedía en los autores presocráticos—, puede ahora ser definida ya como una virtud moral del sujeto. Elemento esencial que integra esa virtud es la alteridad, pues, como se ha señalado, sólo en la apertura a los demás es posible encontrar la vida lograda. El ideal de la justicia tiene, en fin, contenidos materiales concretos, hace referencia a bienes específicos, que deben ser descubiertos mediante la razón. Como puede advertirse fácilmente, nos encontramos sin duda en Sócrates «con todos los elementos de la noción de justicia que se hará común hasta el siglo XVIII» (p. 286).

Desde esta concepción de la justicia se comprende la posición de Sócrates en torno a la ley, que cabe resumir en los siguientes términos: Sócrates «justifica la obligatoriedad de las leyes por referencia a su necesidad para la vida social» (p. 292); y ésta, a su vez, se justifica en que resulta necesaria para el cumplimiento de una existencia lograda por parte del hombre. En Sócrates nos encontramos, pues, a diferencia de lo que ocurría en la sofística, con un fundamento absoluto de la obediencia a la ley, que remite en último término al ideal de moralidad, sólo alcanzable a través de la obediencia a las leyes de la comunidad. Esta fundamentación absoluta de la obediencia a la ley no impide sin embargo encontrar también una posible justificación de la desobediencia, que podría darse frente a aquellas leyes que ordenen directamente la realización de actos injustos, y que habría de desarrollarse dentro de un profundo respeto a las leyes, lo que implica entre otras consecuencias que el desobediente ha de aceptar el castigo que le pueda ser impuesto por su infracción. Por ello Sócrates desobedece la orden de no filosofar dada por los Treinta, pero se niega a escapar de la condena de muerte que le es impuesta. No parece haber contradicción alguna en la actuación de Sócrates, pues la fundamentación moral de la obediencia a la ley —que es el tipo de funda-

mentación que aporta Sócrates— permite también una fundamentación moral de la desobediencia, en aquellos supuestos en que lo ordenado por la ley sea directamente inmoral; pero precisamente la existencia de un deber general de obediencia —que tiene un fundamento absoluto, y no relativo— implica que el desobediente a una ley injusta deba aceptar el castigo que su desobediencia acarree.

Como se ha comentado al inicio de esta reseña, el pensamiento de Sócrates guarda sin duda una estrecha relación con algunos de los principales debates de la filosofía jurídica contemporánea; y el autor se ocupa también de poner de relieve esta conexión (*cf.*, por ejemplo, pp. 296-309 y 343-352), si bien en este punto habría sido deseable quizás un tratamiento más extenso, que situase a Sócrates en diálogo con las principales aportaciones actuales. En los párrafos que siguen, quisiera referirme brevemente a alguna de las cuestiones de mayor actualidad que, en mi opinión, suscita la reflexión socrática.

La aportación más interesante de Sócrates en el ámbito de la filosofía práctica —que será desarrollada por el pensamiento griego posterior, y en particular por Aristóteles— vendría constituida, a mi modo de ver, por su comprensión de la esencial dimensión social del ser humano. Para Sócrates resulta plenamente evidente que el ser humano sólo se realiza en el seno de la comunidad social; como indica acertadamente Rivas, «la naturaleza tendencial y profundamente relacional del hombre nos indica que todo solipsismo lleva al fracaso del proyecto vital. De ahí que la comunidad sea algo más que una necesidad vital para la supervivencia: es la expresión del mejor modo de ser para el hombre» (p. 348). Pero hay todavía más. No se trata sólo de que la sociedad haya de ser el cauce instrumental del proyecto de vida del ser humano. Se trata, ante todo, de que el hombre sólo es capaz de alcanzar una vida plenamente lograda en la medida en que ayuda a la vez a los demás a alcanzar una vida plenamente lograda; sólo obtiene su plena realización personal en la medida en que se abre a los otros y procura también la plena realización personal de sus semejantes. Desde esta perspectiva, se descubre la existencia de una esencial vinculación entre todos los seres humanos, que hace que toda auténtica actuación moral sea siempre una actuación *con los otros* y todo proyecto de vida digno del ser humano sea siempre un proyecto de vida *con los otros*. En breves palabras: nos debemos a los demás, y no sólo a nosotros mismos.

Naturalmente, las consecuencias que se infieren de este enfoque antropológico —que, como puede apreciarse con claridad, se sitúa en neta oposición al individualismo característico de la Edad Moderna, y desvela las insuficiencias del ideal ilustrado de autonomía— son decisivas, en relación con buena parte de los principales debates de la actualidad. Subrayar adecuadamente la esencial vinculación entre los seres humanos conducirá, por ejemplo, a poner de relieve la importancia de la identidad cultural de los grupos humanos y la exigencia de su protección jurídica, a destacar el carácter inalienable e indisponible de los derechos humanos en la medida en que el respeto a los demás me exige a la vez el respeto a mi propia persona, a evitar una comprensión individualista de los derechos que impida armonizar adecuadamente la protección del individuo y el interés general de la sociedad, etc. Por supuesto, todas estas son cuestiones enormemente lejanas a las preocupaciones de Sócrates y a su contexto histórico y cultural; reflejan, sin embargo, que los planteamientos antropológicos de fondo que cabe apreciar en la reflexión socrática se revelan permanentemente fructíferos para la solución de problemas jurídicos centrales.

El debate acerca de si existe un fundamento ético absoluto de la obligación moral de obedecer al Derecho se ha encontrado también, en buena medida, vicia-

do por la asunción del paradigma individualista moderno. En efecto, desde el presupuesto de que las únicas razones morales absolutas son las que se derivan de los imperativos de la conciencia individual resulta difícil articular una obligación de obedecer las normas jurídicas, que estaría limitada a lo sumo a aquellos supuestos en que los dictados del Derecho coinciden con los dictados de la conciencia individual¹. No es éste, sin embargo, el enfoque más adecuado. Una auténtica fundamentación de la obligación moral de obedecer al Derecho habría de partir, más bien, de la reflexión en torno a los fines del Derecho –que en sustancia podrían resumirse en el objetivo de alcanzar una ordenación estable y armónica de las relaciones sociales– y de la conexión de esos fines con la realización personal del ser humano, habida cuenta de que ésta se alcanza de la manera más plena en el seno de una comunidad social armónica. Este es precisamente, en lo esencial, el enfoque adoptado por Sócrates.

La principal utilidad del estudio de la Historia de la Filosofía del Derecho radica, en mi opinión, en que nos permite comprobar la presencia en autores antiguos de problemas semejantes a los que nos planteamos hoy en día, y nos ayuda a encontrar la solución a esos problemas valiéndonos de las intuiciones de nuestros predecesores. El reciente libro de Pedro Rivas se sitúa precisamente en esa dirección, ofreciéndonos nuevas luces sobre el pensamiento de Sócrates y sobre su valor permanente.

Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE

¹ El interesante debate en torno a la obligación moral de obedecer al Derecho desarrollado en la filosofía jurídica española refleja precisamente las limitaciones del paradigma individualista. *Cfr.* al respecto FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 91-115, que ofrece un completo resumen de esta discusión. Para una crítica del individualismo característico de la Modernidad, *cfr.* BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 54 ss.

RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

I. Extensión y soporte material

Los originales de los artículos de las secciones «tema monográfico», «estudios» y «debates» tendrán como extensión máxima la de 25 páginas DIN A4, a un espacio y medio.

Todos ellos deberán ir acompañados de un *abstract* de 10 líneas (en castellano y opcionalmente también en inglés para la edición electrónica del Anuario).

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las 8 páginas DIN A4, a un espacio y medio.

Se recomienda que los originales se envíen preferentemente por correo electrónico a la dirección del Anuario (Anuario.Fil.Derecho@uv.es). En el caso de que esto no sea posible, deben enviarse en soporte informático: en diskette de 3,5" con un programa de proceso de textos de Microsoft Word para PC (en Windows-95) o para Macintosh (MS Word 5.0), indicando en la etiqueta del disco el autor, título del trabajo y versión del programa informático utilizada. No hace falta enviar el trabajo en papel.

II. Sistema de citas

Se podrá optar por uno de los siguientes:

A. Abreviado: Referencia bibliográfica + Elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas serán indicadas en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén 1990:95).

Al final del artículo se incluirá en elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. En el elenco bibliográfico, si se citan varias obras del mismo autor se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica, si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32, y González Vicén 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp. 1-48.

B. Sistema tradicional: citas bibliográficas mediante notas a pie de página.

En este caso, no se incluirá elenco bibliográfico al final del artículo. Las notas se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página.

III. Referencias bibliográficas

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro. Ejemplos:

1. Libro/Monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o artículo incluido en libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Admisión de originales

Serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos.

Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época**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 QUIÑONES Y DE TORRES, Algunas consideraciones sobre la necesidad del derecho subjetivo en L. Duguit. ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad.

VOLUMEN II (1985)

I. DERECHO, PAZ, VIOLENCIA, NORBERTO BOBBIO, El equilibrio del terror. JÜRGEN HABERMAS, Derecho y violencia. 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 ÁNGEL 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 y el 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. ÁNGELES 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 GUISÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad en la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALES, La fundamentación normativa de un principio igualitarista. II. IHERIG, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, Rudolf von Ihering. III. ESTUDIOS. ALF ROSS, Autobiografía intelectual. ANA RUBIO CASTRO, Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross. ROBERTO J. VERNENGO, Derecho y lógica: Un balance provisorio. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Teoría pura y teoría egológica del derecho. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los valores superiores. ANDRÉS OLLERO TASSARA, La Constitución: Entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución. JOSEP M. VILAJOSANA RUBIO, El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la «persona jurídica». ISMAEL PEIDRO PASTOR, Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981).

VOLUMEN V (1988)

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. 1. TEORÍA Y MÉTODOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. RENATO TREVES, A la búsqueda de una definición de la Sociología del derecho. CSABA VARGA, Teorías macrosociológicas del Derecho. Panorama y valoración. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho. 2. SOCIOLOGÍA JURÍDICA APLICADA. TERCIO SAMPAIO FERRAZ, J. R., Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y especialmente concomitantes. JOSÉ JUAN TOHARIA, Los españoles y la ley. ROBERTO BERGALLI, El control penal en el marco de la Sociología Jurídica, JUAN J. 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 GUIÁN, Necesidad de una crítica de la razón pura práctica. III. ESTUDIOS. NEIL MCDORMICK, Los derechos de los niños: Una prueba de fuego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico, Humanismo y Democracia en Karl K. Popper.

VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, Sobre la ley como instrumento de la certeza en la Revolución de 1789. El modelo de Code Napoleón. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, La revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención. II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deontica

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. JOSE MARÍA ROJO SANZ, Higler Law, pactum uniones 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 estatuario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUISÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO. Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer. II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTÓ 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 GASCON ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO; JOSÉ ÁNGEL MORENO; JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de Teoría del Derecho como 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. CARIDAD 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. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, Bioética para juristas. MONSERRAT 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 óptimos. 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 AGUILO REGLA, La derogación en pocas palabras. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. ÁNGELA 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.

VOLUMEN XII (1995)

I. DERECHO Y ÉTICA ANTE LA VIDA Y LA MUERTE. CARLOS MARÍA CASABONA, Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Perfil general del Derecho médico. VICENTE BELLVER CAPELLA, Ecología, Políticas demográficas y Derechos humanos. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Eutanasia y Derecho. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Principios secundarios y muerte digna. ERNESTO J. VIDAL GIL, 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. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, La Defensa de la Pena de Muerte y el Derecho a la Vida en John Stuart Mill. II. ESTUDIOS. 1. FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral. ANGEL CUENCA, Objeción de conciencia: Reflexión ética. ALFONSO DE JULIO CAMPUZANO, Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa. ANGELA APARISI MIRALLES, Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad. URBANO FERRER, La acción anónima y el sentido (De Weber a Schutz y Habermas). 2. TEORÍA DEL DERECHO. CARLOS ALARCÓN CABRERA y ANDREA ROSSETTI, Validez y theticidad. MANUEL SEGURA ORTEGA, La imperatividad del Derecho. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, La concepción estándar y la concepción realista del Derecho. JOSÉ JUAN MORESO, La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica. MILAGROS OTERO PARGA, La arbitrariedad. VICTORIA ITURRALDE, Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de «civil law»: el caso español. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. FRANCISCO CASTILLA URBANO, El concepto de «estado de naturaleza» en la escolástica española de los

siglos XVI y XVII. FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ, *La razón de los Ilustrados*. ANA LLANO TORRES, *Luis Mendizábal Martín (1859-1931): su concepción del Derecho y de la Ciencia del Derecho Natural*. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, *El positivismo jurídico en España*: D. Pedro Dorado Montero. ANDREA GREPPI, *Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)*. LEONOR SUÁREZ LLANOS, *Un comunitarismo para R. Dworkin*. SALVADOR RUS RUFINO, *La justicia como decisión negociada. Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman*. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, *La actitud marxista ante el Estado social*. III. IN MEMORIAM. JESÚS BALLESTEROS, *José Corts Grau (1905-1995)*. IV. DEBATES. JOSÉ LUIS SERRANO, JOSÉ LUIS SOLANA, FRANCISCO GARRIDO Y ANTONIO M. PEÑA, *Ecologismo personalista: ecos de premodernidad*. JESÚS BALLESTEROS, VICENTE BELLVER, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ Y ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, *Las razones del ecologismo personalista*. BENITO DE CASTRO CID, *Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F. J. Contreras*. FRANCISCO J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales y necesidades. Respuesta al profesor de Castro*. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, *Sobre el análisis económico del Derecho*. PEDRO MERCADO PACHECO, *Respuesta a la profesora Paloma Durán*. FERNANDO GALINDO, *actividades frente a normas*. ROBERT ALEXY, *Respuesta a F. Galindo*. V. INFORMACIONES. El utilitarismo contemporáneo como teoría aplicable. II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas. Breve reseña sobre las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. XVII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Reunión del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología (1995). VI. CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, *Crónica Bibliográfica 1995*. VII. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. MARGARITA BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos (Joaquín R. Toubes Muñiz)*. NORBERTO BOBBIO, *Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea (Fernando H. Llano Alonso)*. MANUEL CALVO GARCÍA, *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genealogía de la hermenéutica del control social) (José Ignacio Lacasta)*. AMEDEO G. CONTE, *Filosofía del linguaggio normativo II. Studi 1982-1994 (Carlos Alarcón Cabrera)*. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil (Rafael Herranz Castillo)*. WILLIAM W. FISHER III y otros (eds.), *American legal realism (Félix Francisco Sánchez Díaz)*. JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA, *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922) (Teresa Picontó Novales)*. FRIEDRICH MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre (Antonio-Enrique Pérez Luño)*. LYGIA NÉGRER-DORMONT Y STAMATIOS TZITZIS, *Criminologie de l'acte e philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes (José Calvo González)*. ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *Consentimiento, Democracia y Obligación política (Nora María Martínez Yáñez)*. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho (Carlos Alarcón Cabrera)*. DEREK L. PHILIPS, *Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought (María Leonor Suárez Llanos)*. JOHN RAWLS, *Political Liberalism (Salvador Rus Rufino)*. MANFRED REHBINDER Y ULRICH DROBNIG, *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht (Félix Francisco Sánchez Díaz)*.

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, c/ San Bernardo, 62. 28015 Madrid; teléf.: 91 390 20 84, o a la Librería del Boletín Oficial del Estado, c/ Trafalgar, 27. 28071 Madrid; teléf.: 91 538 21 11.

