

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XV  
1998



**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 PÉREZ

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**

---

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

---

NIPO (BOE): 007-99-018-6  
NIPO (M. de Justicia): 051-99-016-X  
ISSN: 0518-0872  
ISBN (BOE): 84-340-1097-6  
ISBN (M.º de Justicia): 84-7787-929-X  
Depósito Legal: M-11151-1958

---

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

## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
<b>I. EN EL L ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS</b>	
1. F. JOSÉ AUSÍN y Lorenzo PEÑA: <i>Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?</i> .....	13
2. BENITO DE CASTRO CID: <i>Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales</i> .....	31
3. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI: <i>¿Son los derechos humanos universales?</i> .....	49
4. VALLE LABRADA RUBIO: <i>En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad</i> .....	79
5. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: <i>Sobre la universalidad de los derechos humanos</i> .....	95
6. JOSÉ M. <sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA: <i>Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad (Un poco de clarificación)</i> .....	111
7. ÁNGELES SOLANES CORELLA: <i>Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad</i> .....	123
<b>II. ESTUDIOS</b>	
<b>2.1. Estudios de Teoría del Derecho</b>	
1. XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO: <i>Ortega y el Estado</i> .....	141
2. NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE: <i>El pluralismo jurídico en Carbonnier</i> .....	165
3. VICTORIA ITURRALDE SESMA: <i>Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido»</i> .....	187
4. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: <i>Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica</i> .....	219

	Pág.
5. MARÍA LOURDES SOUZA: <i>Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una revolución paradójica</i> .....	233
6. JUAN CARLOS VELASCO ARROYO: <i>El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas</i> ....	257
<b>2.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política</b>	
1. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO: <i>Repensando el neoliberalismo: ¿Quién habló de unidad?</i> .....	279
2. RICARDO GARCÍA MANRIQUE y BENJAMÍN RIVAYA: <i>Cronología comparada de la Filosofía del Derecho Española durante el franquismo</i> .....	305
<b>III. DEBATES</b>	
1. RUTH MESTRE. Derecho y género. A propósito de <i>El feminisme com a critica</i> de Neus Campillo .....	337
2. NEUS CAMPILLO. Respuesta al comentario de Ruth Mestre sobre <i>El feminisme com a critica</i> .....	347
3. RUTH MESTRE. Respuesta a Neus Campillo .....	359
4. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso) .....	369
5. JOSÉ JUAN MORESO. La vigilia y la interpretación constitucional. A modo de réplica a Alfonso García Figueroa .....	387
<b>IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA</b>	
1. ALBERT, H. <i>Kritik der reinen Hermeneutik. Der Antirealismus und das Problem des Verstehens</i> , Tübingen, Mohr, 1994 (J. Vega López) .....	401
2. BETEGÓN, J.; GASCÓN, M.; PÁRAMO, J. R.; PRIETO, L., <i>Lecciones de Teoría del Derecho</i> , Madrid, McGraw-Hill, 1997 (Q. Tejada Gorráiz) .....	412
3. BRETT, A., <i>Liberty, Right and Nature. Individual Righths in Later Scholastic thought</i> , Cambridge University Press, 1977 (M. J. Rodríguez Puerto) .....	419
4. CANARIS, C. W., <i>Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas</i> , Madrid, Civitas, 1995 (J. Vega López) .....	423
5. COTTA, S., <i>Soggetto umano, soggetto giuridico</i> , Milano, Giuffré, 1997 (N. Martínez Yáñez) .....	432
6. DÍAZ-OTERO, E. y OLIVAS, E., <i>Metafísica e historicidad de los derechos subjetivos</i> , Madrid, Dykinson, 1997 (J. L. Muñoz de Baena) .....	437
7. DÍAZ, Elías, <i>Curso de Filosofía del Derecho</i> , Madrid, Barcelona, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, 205 pp. <i>Estado de Derecho y sociedad democrática</i> , Madrid, Taurus (1. <sup>a</sup> ed., 1966), nueva edición, 1998 (Julián Sauquillo) .....	441

	<u>Pág.</u>
8. DOBSON, A., <i>Pensamiento político verde. Una nueva ideología para el siglo XXI</i> , Paidós, Barcelona, 1997 (V. Bellver Capella) ..	449
9. FROSINI, T. E., <i>Sovranità popolare e costituzionalismo</i> , Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño) .....	454
10. PÉREZ-LUÑO, A. E., y ALARCÓN, C. y GONZÁLEZ TABLAS, R., <i>Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica</i> , Madrid, Tecnos, 1997 (M. Albert Márquez) .....	456
11. PRIETO SANCHÍS, L., <i>Constitucionalismo y positivismo</i> , México, Fontamara, 1977 (M. E. Rodríguez Palop) .....	459
12. QUINTÁS, A. M., <i>Obligazione politica e governo legítimo</i> , Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño) .....	465
13. ROSALES, J. M., <i>Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico</i> , Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997 (J. Calvo González) .....	468
14. SOMMERMANN, K. P., <i>Staatsziele und Staatszielbestimmungen</i> , Tübingen, Mohr Siebeck, 1997 (A. E. Pérez-Luño) .....	471
15. TRUJILLO, I., <i>La Filosofia del Diritto nel pensiero de F. de Vitoria</i> , Roma, Giapichelli, 1997 (C. Herrando) .....	475



**I**

**En el L aniversario de la Declaración  
Universal de los Derechos Humanos**





# Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?

Por F. JOSÉ AUSÍN,  
CALIJ-Universidad del País Vasco

y

LORENZO PEÑA  
Instituto de Filosofía-CSIC

*«que morir vivo es la última cordura»*

FRANCISCO DE QUEVEDO

## 1. INTRODUCCIÓN

El término eutanasia es un compuesto de dos palabras griegas, *eu* y *thanatos*, que significa literalmente ‘buena muerte’. Hoy en día la eutanasia se entiende generalmente como el proporcionar una buena muerte –el asesinato piadoso o compasivo, la muerte misericordiosa–<sup>1</sup>, donde una persona A termina con la vida de otra persona B, en beneficio de B. O también la intervención encaminada a provocar la muerte de un sujeto sin sufrimiento físico.

Dos son las principales razones de quienes defienden la moralidad de la eutanasia: (a) la compasión hacia los enfermos sin esperanza de

---

<sup>1</sup> Si bien la palabra asesinato tiene connotaciones negativas, que parecen suponer malicia y motivación interesada; de ahí el otro término, más suave, de ‘muerte piadosa’ o ‘compasiva’.

recuperación y con grandes sufrimientos <sup>2</sup>; y (b) el respeto por la autonomía de los individuos <sup>3</sup>. Sobre estas dos cuestiones volveremos más adelante al tratar el argumento de la ‘pendiente resbaladiza’ (*slippery slope*) contra la eutanasia.

Igualmente, cabe distinguir entre eutanasia voluntaria, cuando se produce por petición consciente del afectado, y eutanasia no voluntaria, cuando la persona no se puede manifestar al respecto –p. e., porque es un recién nacido, ha quedado incapacitado (en estado vegetativo persistente), o no había hecho ninguna indicación previa acerca de la eutanasia en determinadas circunstancias–. De los dos fundamentos de la eutanasia antes mencionados, en el caso de la eutanasia voluntaria parece entrar más en juego el principio de autonomía –de ahí su relación con la idea de ‘suicidio asistido’–, mientras que en la eutanasia no voluntaria es el principio de compasión el que se manifiesta –y, en última instancia, una valoración de la calidad o dignidad de la vida–. En cualquier caso, nada tiene que ver este concepto de eutanasia con lo que a veces se ha (mal) llamado ‘eutanasia impuesta’ (caso del nazismo), que indiscutiblemente merece nuestro rechazo moral y que sólo puede ser calificada como asesinato a sangre fría.

## 2. EUTANASIA Y SANTIDAD DE LA VIDA

La eutanasia transgrede uno de los principios éticos tradicionales: El principio de la santidad de la vida, de que ha de respetarse toda vida humana, sea cual sea su condición, situación, etc. Que no se debe provocar nunca intencionadamente la muerte de un ser humano (inocen-

<sup>2</sup> Sobre la compasión, la piedad, véase ARTETA (1996). También es esta virtud, la de la misericordia o compasión, la razón que esgrime el teólogo católico Küng para defender la eutanasia desde una perspectiva cristiana:

«¿Eutanasia activa entonces? Mientras unos claman ‘¡Homicidio!’, los contrarios apelan a la compasión, misericordia, gracia, amor solidario. ¿Qué debe prevalecer? Para un cristiano que pretende el seguimiento de Jesús misericordioso, no hay lugar, en todo caso, para una *pura ética de las prohibiciones y sanciones*. Entonces, ¿qué? Al seguimiento de Jesús corresponde una respuesta según una *ética de configuración responsable de la vida...* desde su comienzo hasta su final.» (KÜNG y JENS 1997: 43).

No obstante, se nos ha hecho notar que este término también fue usado por los nazis para justificar (espúreamente) la eliminación de enfermos y minusválidos, entendidos desde su punto de vista como «menos válidos»; nada más lejos de nuestra intención y de nuestro uso del concepto al referirnos a la compasión.

<sup>3</sup> Este aspecto de la eutanasia es analizado por Rubio Carracedo, quien propone el neologismo ‘autonomotanasia’ para referirse a la elección voluntaria, solidaria y responsable de la propia muerte, entendida como una continuidad del derecho irrenunciable a la autonomía moral para dirigir la propia vida (RUBIO CARRACEDO 1991: 7). Frente al paternalismo de las posiciones antieutanasia, una formulación típica del principio de autonomía es la de Mill:

«El único fin por el que se puede ejercer legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es razón suficiente.»

te). Es decir, la vida humana posee un valor intrínseco, una calidad esencial que merece un respeto absoluto. Cuando este principio se ha expuesto más detalladamente, con el fin de subrayar su aplicación en el contexto de la medicina, se ha expresado del siguiente modo:

«Está absolutamente prohibido matar intencionadamente a un paciente, o dejar que un paciente muera intencionadamente, y basar las decisiones relacionadas con la prolongación o acortamiento de la vida humana en consideraciones sobre su calidad o clase.» (SINGER 1997: 82).

Esta formulación no es sino un trasunto del juramento hipocrático que prohíbe proporcionar droga mortal a nadie aunque lo pida, ni hacer sugerencias en ese sentido.

En las raíces de nuestra cultura occidental (Grecia y Roma) prácticas como la eutanasia y el suicidio eran ampliamente aceptadas. Por su parte, el principio de que la vida humana es sagrada y no debe tomarse deliberadamente se considera normalmente que hunde sus raíces en el judaísmo y el cristianismo –en buena parte por la postura actual de la iglesia católica al respecto–. Sin embargo, no se deduce de la Biblia la absoluta intangibilidad de la vida, ni se encuentra en ella apenas un argumento contra la muerte voluntaria y el suicidio. En ningún caso se prohíbe expresamente el suicidio en la Biblia. En cualquier caso, se impuso en la tradición cristiana la idea de que la tomar la vida humana es usurpar el derecho de Dios a dar y quitar la vida (Tomás de Aquino). Esta visión de la absoluta inviolabilidad de la vida humana se mantuvo sin cambios prácticamente hasta el siglo XVI, cuando Tomás Moro publicó su obra *Utopía*:

«... Mas si la enfermedad no sólo es inmedicable sino que también veja y atormenta de continuo, entonces los sacerdotes y los magistrados exhortan al hombre a que, pues está ya sobreviviendo a su propia muerte al estar incapacitado para las funciones todas de la vida, ser molesto a los otros y oneroso a sí mismo, no se empeñe en alimentar por más tiempo su ruina y su pena, ni dude en morir, ya que la vida le es un tormento; antes, movido de una esperanza auténtica, o se exima a sí propio de una vida acerba como de una cárcel y castigo o consienta de voluntad que le liberen los otros; que hará esto prudentemente, porque no es el bienestar sino el suplicio lo que interrumpirá con la muerte.» (Tomás Moro 1516 [1997]: 169).

Con posterioridad, serán los filósofos británicos quienes cuestionen los fundamentos religiosos de la moral y la absoluta prohibición del suicidio y la eutanasia (Hume, Bentham, Stuart Mill).

### 3. MEDICINA MODERNA Y MUERTE

La ciencia médica, sin embargo, que ha realizado contribuciones innegables como reducir la tasa de mortalidad, curar enfermedades, ali-

viar el dolor, etc., también ha proporcionado realidades nuevas: Personas con daños cerebrales severos conectadas a respiradores, tubos de alimentación, etc.; niños que nacen sin cerebro o sólo con el tronco cerebral (anencefalia); mujeres embarazadas en estado de muerte cerebral; estados vegetativos persistentes o crónicos; técnicas de reproducción asistida; diagnóstico prenatal; trasplante de órganos y xenotrasplantes. Igualmente, la medicina moderna ha cambiado la relación de los hombres y mujeres occidentales con la muerte: Ya no se es dueño de la propia muerte; se muere normalmente en el hospital y no en casa; el enfermo como totalidad es eludido, en favor de la enfermedad (relación objetual parcial); la muerte es concebida como un fracaso por parte de los profesionales y por ello se intenta postergar lo máximo posible; la muerte en la actualidad es un tabú <sup>4</sup>. Es decir, nos encontramos con una situación nueva de tal modo que la muerte, que antes se consumaba en pocas horas, días o a lo más meses, se puede retrasar notablemente. Y a la conciencia de la muerte, que generalmente ha sido traumática y amenazadora para el ser humano, se une ahora un nuevo temor fácil de reconocer socialmente: El temor al 'mal morir', el miedo no sólo al dolor y al sufrimiento, sino además a quedar atrapado en un sistema médico sumamente tecnificado.

«Ahora, entre el inicio y término de una enfermedad mortal o de la ancianidad pueden pasar muchos años. (...) Y no por un proceso "natural" imputable a la naturaleza o a la voluntad de Dios, sino como resultado del esfuerzo casi prometeico del hombre para crear esta nueva fase que ahora, en cambio, para muchos se torna en pesada carga insufrible.» (Küng y Jens 1997: 47).

#### 4. PROBLEMAS PARA UNA DEFINICIÓN DISCRETA DE LA MUERTE

Esta nueva realidad ha obligado a definir un nuevo criterio para la determinación de la muerte: La muerte cerebral. Este criterio se aceptó sin mucha controversia –hoy se admite en todos los países desarrollados excepto Japón– pero trajo consigo nuevos problemas <sup>5</sup>: Los estados vegetativos persistentes y los bebés anencefálicos. En estos casos se mantienen las funciones del tronco encefálico (la respiración, el latido del corazón y los actos reflejos; es decir, las cosas que hacemos inconscientemente), pero no hay actividad en la parte superior del cerebro, incluida la corteza cerebral (no hay conciencia, no

<sup>4</sup> Para un análisis de las diversas concepciones de la muerte, véase MORIN (1974).

<sup>5</sup> Para una historia de la aparición y aceptación del concepto de muerte cerebral, véase SINGER (1997: 36 ss.).

podemos ni ver, ni oír, ni sentir, ni experimentar placer o dolor, ni tener intenciones, objetivos o deseos). Por esto, se ha propuesto también que se vuelva a redefinir la muerte como la muerte de la parte superior del cerebro (muerte cortical). Pero esto resulta especialmente contraintuitivo cuando vemos que un cuerpo respira y late su corazón. En este tipo de reflexiones subyace la idea de que valoramos el cerebro por su relación con la conciencia y la personalidad, y no tanto por sus funciones integradoras o coordinadoras del cuerpo humano.

¿Cuándo morimos entonces realmente? Parece difícil descubrir el momento en que se produce la muerte ya que, como resaltaremos, la muerte es más bien un proceso, no un fenómeno discreto<sup>6</sup>. Por tanto, el nivel que elijamos para denominar lo que es la muerte es una decisión *convencional*, evaluativa. Así, Singer concluye que la muerte cerebral es una ficción práctica porque nos permite salvar órganos para trasplantes que si no se desperdiciarían y autoriza a suprimir un tratamiento cuando esté resultando inútil<sup>7</sup>. Sin embargo, este tipo de consideraciones atentan directamente contra el principio absoluto de que toda vida humana es sagrada.

## 5. ORIENTACIONES CLÁSICAS SOBRE LA EUTANASIA

En lo que se refiere al caso de la eutanasia, la ética de la santidad de la vida se ha visto impelida a innumerables tretas y artificios (falsas dicotomías) con el fin de salvaguardar este principio de modo absoluto. A continuación vamos a analizarlas someramente.

### 5.1 La distinción entre eutanasia activa y pasiva, ligada a la diferenciación entre acciones y omisiones, entre matar y dejar morir

Es decir, la distinta consideración moral entre producir activamente la muerte (p. e., administrando una inyección letal), y dejar que ésta se produzca (p. e., no poniendo a un paciente un respirador). Pero, ¿es moralmente significativa esta distinción? El argumento que suele darse es que, mientras en el primer caso el agente causa la muerte, en el segundo simplemente deja seguir su curso a la naturaleza. Se ha dicho que esta dicotomía es importante en la medida en que limita los deberes y las responsabilidades de un agente para salvar vidas: Si matar y dejar morir fuesen equivalentes, seríamos tan responsables de las muertes que ocasionamos como de las muertes de aquellos que no salvamos –sería lo mismo no ayudar a los necesitados de África que

<sup>6</sup> Singer habla muy gráficamente en su libro, con respecto a la vida y la muerte, de ‘comienzos inciertos’ y ‘finales dudosos’.

<sup>7</sup> SINGER (1997: 47).

enviarles comida envenenada—<sup>8</sup>. El problema de esta argumentación es que la distinción moral entre matar y dejar morir no siempre prevalece; algunas veces, se es tan responsable, al menos, de las omisiones como de las acciones: Unos padres que no dan de comer a su hija, un médico que se abstiene de recetar insulina a un diabético, no pueden ser absueltos de responsabilidad moral alegando que la muerte de la persona a su cargo era una consecuencia de una omisión<sup>9</sup>. En todo caso, cabe decir que pueden darse de diferencias de grado en cuanto a deberes y responsabilidades en relación a acciones y omisiones, pero no diferencias absolutas.

Más aún, es un lugar común en las modernas teorías de la acción definir ésta como aquello que ocasiona un cambio en el mundo, en el estado de cosas actual<sup>10</sup>. Desde esta perspectiva, no cabe duda que las omisiones son en cierto modo un tipo de acciones también, que a veces se denominan acciones negativas<sup>11</sup>: El no hacer esto o lo otro ya es en sí una acción, en la medida en que produce un cierto cambio en el *status quo*: Por ejemplo, si no pone un respirador a un enfermo con problemas pulmonares es evidente que se acabará dando un cambio en la situación (asfixia y, quizás, muerte); si no se proporcionan calmantes, se producirán dolores; si no se alimenta a alguien que es incapaz de hacerlo por sí mismo, se dará hambre, desnutrición, inanición y, finalmente —tras un penoso proceso—, muerte. Es decir, las omisiones, en tanto que un modo de actuar, causan efectos en el mundo, tienen consecuencias que, en definitiva, también es necesario evaluar.

«Pero la pregunta decisiva respecto de esta ‘eutanasia pasiva’ es: ¿por qué ha de merecer un juicio moral radicalmente diferente la desconexión de un aparato de respiración asistida, con consecuencias mortales (= ‘eutanasia pasiva’) que la administración de una dosis sobreelevada de opio con consecuencias mortales (= ‘eutanasia activa’)? Es algo inescrutable. Tal distinción es rechazada por un número creciente de médicos, juristas y teólogos por contradictoria teóricamente (¿puede una acción ser pasiva?) y por poco practicable en la realidad.» (Küng y Jens 1997: 92).

Pero además, aunque el efecto puede ser el mismo en una intervención activa que con la no-intervención, en el segundo caso la muerte puede ser mucho más dolorosa, con más sufrimiento.

## 5.2 La distinción entre medios ordinarios y medios extraordinarios

Esta dicotomía se introduce para distinguir de algún modo entre las omisiones permisibles de ciertas actuaciones médicas y otras no permi-

<sup>8</sup> FOOT (1980: 161-162).

<sup>9</sup> KUHSE (1996: 298).

<sup>10</sup> HILPINEN (1993: 89).

<sup>11</sup> MEYER (1988: 113-114).

sibles. Normalmente se expresa en términos de tratamientos 'proporcionados' y tratamientos 'desproporcionados': Será proporcionado si ofrece una razonable esperanza de beneficio al paciente y desproporcionado si no <sup>12</sup>. Pero esta distinción, que se considera moralmente significativa, no es una distinción en abstracto sobre los diferentes tratamientos; es, más bien, una distinción sobre la proporción de los beneficios que un tratamiento puede ofrecer, lo cual dependerá de la situación del paciente. En definitiva, se están introduciendo consideraciones sobre la calidad de la vida; es decir, se está apelando a una ética consecuencialista que en lo más mínimo concuerda con el principio de santidad de la vida.

«Cuando la muerte está próxima y no puede ya detenerse con terapia alguna, es lícita la decisión de conciencia de prescindir de ulteriores intentos de curación que sólo pueden producir una leve o muy dolorosa prolongación de la vida.» (Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre la eutanasia. *Ecclesia*, 40 [1980]: 862).

### 5.3 La distinción entre buscar intencionadamente la muerte y prever que la muerte ocurrirá; entre intención y previsión

Es usual sostener que no es lo mismo moralmente provocar intencionadamente la muerte de un sujeto que padece un sufrimiento intolerable (p. e., mediante una inyección letal), que proporcionarle enormes dosis de calmantes y drogas, aun cuando se sepa fehacientemente que ello provocará la muerte. El segundo supuesto sería aceptable (p. e., lo es para la iglesia católica) porque la intención directa es acabar con el dolor, no con el paciente. Esta distinción es crucial para las éticas deontológicas y se conoce como el 'principio del doble efecto' <sup>13</sup>. No obstante, a nuestro entender, se hace difícil cualquier consideración acerca de la responsabilidad sobre nuestros principios y nuestras acciones si no tenemos en cuenta los efectos o consecuencias de los mismos. En esta línea, la lógica deontológica, la lógica de nuestros razonamientos normativos, ha hecho especial hincapié en el principio que expresa nuestro compromiso con las consecuencias de nuestros principios morales <sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Distinción que se recoge en la Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre la eutanasia de 5 de mayo de 1980.

<sup>13</sup> «Este principio dice que, para transgredir las restricciones deontológicas, se debe maltratar a alguien más de manera intencional. Este maltrato debe ser algo que uno hace o elige, ya sea como fin o como medio, más que algo que nuestras acciones causan simplemente o que no aciertan a impedir pero que no nos hemos propuesto.» (NAGEL 1996: 257).

<sup>14</sup> SCHOTCH y JENNINGS (1981: 151).



#### 5.4 El argumento de la pendiente resbaladiza

Se dice que, si se permite terminar intencionadamente con la vida de seres humanos en ciertas circunstancias, eso conducirá inevitablemente a una pendiente que irá desde las prácticas justificadas a las injustificadas. Sin embargo, no se explica por qué las razones que apoyan la eutanasia –la compasión y la autonomía del individuo– van a justificar muertes que ni son compasivas realmente ni muestran respeto por la autonomía (y la dignidad) de los individuos; tal es el caso del nazismo, cuyas motivaciones no eran precisamente la compasión ni el respeto por la autonomía, sino los prejuicios raciales <sup>15</sup>.

### 6. UN GIRO COPERNICANO EN ÉTICA: LA PROPUESTA DE SINGER

Frente a este «parcheo» de nuestra ética tradicional, Singer plantea de un modo abierto y sin tapujos la necesidad de un giro copernicano en ética, de una revolución ética o cambio de paradigma (siguiendo la terminología de Kühn). La doctrina tradicional de la santidad de la vida es hoy en día un profundo problema, está en crisis, no es capaz de hacer frente al conjunto de problemas a que nos enfrentamos. La práctica médica moderna se ha vuelto incompatible con la creencia en que toda (forma de) vida humana posee el mismo valor. La visión tradicional de que toda vida humana es sacrosanta no es capaz de hacer frente al conjunto de problemas a que nos enfrentamos.

Este último punto de vista constituirá el primer principio de su propuesta ética que, si tiene una virtud, es la de llamar a las cosas por su nombre, sin medias tintas ni añagazas (Singer 1997: 188 ss.).

#### 6.1 El valor de la vida humana varía

No es lo mismo la existencia puramente biológica (que se da también en diferentes grados) que la vida con conciencia, con capacidad de interacción mental, social y física con otros seres, con posibilidad de experiencias agradables, con una preferencia consciente de seguir con vida. En el fondo, muchas de las decisiones médicas encubren de algún modo consideraciones de esta índole sobre la calidad (dignidad) de la vida y sobre qué beneficia al paciente. La doctrina del valor sagrado de toda (forma de) vida humana nos llevaría a hacer todo lo posible por prolongar las vidas de los bebés anencefálicos, de los pacientes en estado vegetativo persistente, incluso las de aquellos que ahora definimos

<sup>15</sup> Un tema candente es el análisis de la situación en Holanda, único país donde la eutanasia no se castiga en la práctica si se cumplen determinadas condiciones. (SINGER 1997: 154-158).

como muertos porque sus cerebros han dejado de funcionar: Si toda vida humana posee el mismo valor, tenga o no tenga capacidad para la conciencia, ¿por qué nos fijamos en la muerte del cerebro en vez de en la muerte del cuerpo como un todo? (SINGER 1997: 189).

## **6.2 Hay que responsabilizarse de las consecuencias de las propias decisiones**

Su opción clara es por una ética consecuencialista, teleológica o de la responsabilidad, frente a las éticas de la convicción, deontológicas o de principios. En este contexto, no es relevante la distinción entre acciones y omisiones, ni entre intenciones y previsiones, sino la evaluación de las consecuencias de lo que se hace o se deja de hacer.

## **6.3 Se debe respetar el deseo de vivir o morir de una persona**

El derecho a la vida es un derecho fundamental y básico; el más importante que una sociedad puede conceder a sus miembros. Por lo tanto, la vida es un bien a proteger, pero siempre y cuando se quiera seguir viviendo: Un derecho es algo que uno puede elegir ejercer o no; y uno puede renunciar a vivir –mediante una decisión permanente, tomada libremente, tras informarse la persona adulta capacitada y no estar perjudicando a nadie–<sup>16</sup>. Es menester tener en cuenta que, junto al derecho a la vida, entran en juego otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad (autonomía) y el derecho a la felicidad (entendida en el sentido de calidad de vida)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> No vamos a extendernos aquí sobre la cuestión de las garantías que indudablemente deben darse para la práctica de la eutanasia, con el fin de que la voluntad del afectado no sea usurpada por médicos, cuidadores o familiares. Véanse, por ejemplo, los criterios formulados en 1985 por la Real Sociedad Médica Holandesa (GEVERS 1987: 158).

<sup>17</sup> Precisamente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional presentado por Ramón Sampredo y en el que reclama el derecho a la propia muerte se basa en que la libertad de morir es un bien superior a la propia vida. Su argumento descansa en que la Constitución proclama entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y no la vida (art. 1), y que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10). Una argumentación en esta línea es la que se ha dado en una reciente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia 239/1997 por la que se matiza el art. 326 del Código Penal colombiano sobre el homicidio por piedad: En el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada. La sentencia reconoce el derecho del paciente terminal de decidir la terminación de su ciclo vital, y apoya esta postura en una amplia interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Constitución Colombiana, art. 16); el principio de respeto por la dignidad humana (art. 1); y en las incidencias jurídicas que puede tener el dolor, el sufrimiento y la piedad. Adicionalmente, reconoce que en virtud del asentimiento libre del paciente terminal, éste puede facultar al médico para aplicar la eutanasia, lo que además el galeno podrá hacer en virtud del cumplimiento del deber de solidaridad que impone socorrer a quien se encuentre en una situación de necesidad (art. 95.2).

### 6.3.1 *El derecho a morir y el principio de permisión*

En cuanto a las relaciones entre derechos, obligaciones y prohibiciones, es útil hacer un pequeño excursus desde el punto de vista de la lógica deóntica o lógica de las normas. Decimos que la vida es un derecho y, en esa medida, todo aquello que nos impida ejercer ese derecho está prohibido. La prohibición de aquello que nos impide hacer algo a lo que tenemos derecho nos parece un principio básico de nuestro razonar deóntico natural; y es, de algún modo, lo que da razón de ese derecho. Pasemos ahora al caso del suicidio. Esta conducta no está penalmente sancionada, prohibida –ya hemos dicho que ni siquiera en la Biblia hay una condena explícita del suicidio–. Otro principio básico del razonamiento deóntico natural es el llamado ‘principio de permisión’: Lo no prohibido es lícito, está permitido, podemos hacerlo (o no), sin temor a una sanción penal o administrativa. Y, en este sentido, aquello que nos impida ejercer esta facultad, estará igualmente prohibido. Sin embargo, si un sujeto está incapacitado físicamente para quitarse la vida, pero desea consciente y razonadamente hacerlo, está prohibido que nadie le ayude, so pena de prisión (art. 143 de Código Penal de 1995). Nos encontramos, por tanto, con que dicho artículo de la legislación española contraviene el (supuesto) derecho al suicidio que se derivaría de nuestro Ordenamiento jurídico. –Derecho que se infiere por la vía del principio de permisión–. No obstante, puede argumentarse que no es un derecho en sentido fuerte (positivizado legalmente), sino sólo en sentido débil o negativo. De hecho, el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990 ha sostenido la no existencia de un derecho fundamental a la muerte, correlativo al derecho fundamental a la vida; ante la exigencia del derecho a morir, se responde que no se trata de un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni mucho menos un derecho subjetivo de carácter fundamental. Es decir, no sólo no habría el deber positivo de que todo aquel que desee morir dignamente pueda hacerlo efectivamente y el estado ponga a su disposición los medios necesarios, sino tampoco el deber negativo de no impedir la ayuda a morir. Jusfilósofos como Nino o Ruiz Miguel han sostenido que el permiso, el derecho como ausencia de prohibición, no implica ningún tipo de protección de esa conducta permitida<sup>18</sup>; de ahí el uso del término «libertad» en vez de «derecho». A nosotros sólo nos queda interrogarnos sobre qué clase de libertades son esas que, en un autoproclamado estado social y democrático de Derecho, que propugna entre sus valores superiores la justicia y la igualdad, sólo son ejercidas

<sup>18</sup> «(...) si “derecho subjetivo” se usara como equivalente a “no prohibido”, habría que ser consecuentes y admitir que su significado se limita a eso, y que cuando decimos que tenemos derecho a fumar, a sentarnos en un banco, a vestirnos como nos guste, etc., estamos sosteniendo sólo que no nos han sido prohibidas tales acciones, pero no, por ejemplo, que los demás están obligados a dejarnos hacerlas, o que deben ayudarnos a ejecutarlas, o que no nos pueden sancionar por el hecho de haberlas llevado a cabo.» (NINO 1983: 200).

por quien puede y no están protegidas ni positiva ni negativamente para el común de los ciudadanos.

#### **6.4 No se debe discriminar éticamente por razón de especie**

Este principio es una crítica frontal al antropocentrismo ético, aunque el rechazo de la discriminación por razón de especie no es lo mismo que rechazar 'cualquier' diferencia de valor entre los diferentes seres vivos. El mayor o menor derecho a la vida estaría en relación con la capacidad del ser vivo (humano o no) para «considerarse a sí mismo como sí mismo, en diferentes momentos y lugares» (definición de Locke de 'persona'); para tener necesidades, sentimientos, deseos, capacidad de sufrimiento y otras características muy parecidas a las nuestras.

En definitiva, la propuesta de Singer plantea la sustitución de la ética de la santidad de la vida por la ética de la calidad de la vida. (Ya hemos visto que bajo muchas de las triquiñuelas a las que se ha agarrado el punto de vista tradicional se esconden juicios sobre la calidad de la vida).

No obstante, este principio no significa que ese tipo de vida atenuada, en menor «grado», quede fuera del interés de la esfera moral o no posea ningún valor; habrá, eso sí, otro tipo de responsabilidades con esas entidades biológicas menos sintientes, menos conscientes, etc.

### **7. GRADUALIDAD Y ÉTICA DE LA VIDA Y LA MUERTE**

A nuestro entender, existe en todas las discusiones éticas sobre la vida y la muerte un error de base: Se considera que ambos fenómenos son discretos, perfectamente separables, claramente diferenciados. Sin embargo, ya hemos visto cómo la determinación del momento de la muerte reviste serias dificultades, sobre todo cuando debe establecerse de manera precoz (p. e., por la necesidad de órganos para trasplantar); y lo mismo sucede con los inicios de la vida. Empero, si atendemos a las definiciones corrientes de vida y muerte (humanas) en cualquier diccionario observamos que se caracteriza ambos fenómenos como procesos, como sucesos graduales.

«La vida se inicia con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, ninguno de estos dos fenómenos se produce de un modo brusco. El nacimiento comporta unas fases de desarrollo previas en las que tienen lugar una o más divisiones celulares antes de separarse el nuevo organismo de los progenitores. La muerte por senectud se inicia con el predominio del catabolismo sobre el anabolismo y la atenuación de los sentidos y funciones orgánicas <sup>19</sup>.»

---

<sup>19</sup> El catabolismo es un proceso de escisión de moléculas complejas, mientras que anabolismo lo es de síntesis.

«La muerte es el cese, sin posibilidad de recuperación, de la función del organismo, considerado como un todo. Pero este cese no consiste en un paro total e instantáneo de la vida, sino que más bien es un fenómeno que se desarrolla de forma lenta.»

Estas definiciones comunes nos muestran ese aspecto que habitualmente es obviado: Que ambos fenómenos son un proceso; que no hay una línea clara de demarcación entre los dos; que vida y muerte no son casos de todo o nada; que hay una gradualidad entre ambos procesos.

Por un lado, el debate sobre el aborto plantea cuándo, en qué momento, comienza la vida de un ser humano en fase de desarrollo. La ética de la santidad de la vida defenderá que, una vez hay vida, no se debe matar a un ser humano inocente. Más aún, las consideraciones sobre el derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo no sirven para resolver el problema del estatuto moral de los embriones congelados, que no están en el cuerpo de nadie. Sin embargo, lo destacable es que no se pasa de un salto de la no vida a la vida; es absurdo, intentar establecer una línea divisoria precisa en algo que es un proceso gradual. Incluso, eso que se denomina «momento de la concepción» no existe: La fusión del material genético que aportan los progenitores es también un proceso lento y laxo, que dura aproximadamente unas veinticuatro horas, y que comienza cuando el espermatozoide se abre camino hasta la capa exterior del óvulo. ¿Está 'vivo' entonces un espermatozoide? ¿Hemos de condenar moralmente la destrucción de espermatozoides?... Este tipo de argumentos nos conducen irremediablemente por una pendiente resbaladiza.

Pero, por el otro extremo, tampoco se extingue la vida, toda la vida, en un determinado instante. Ya hemos dicho que el proceso de muerte se inicia con un predominio del catabolismo sobre el anabolismo y una atenuación de las funciones orgánicas y de los sentidos. Asimismo, el proceso de extinción de la vida cursa con una merma de los intercambios fisicoquímicos de un ser como consecuencia del descenso de sus relaciones con el medio ambiente (hábitat, otros individuos, etc.)<sup>20</sup>. Más aún, el cese de las funciones del organismo se desarrolla de forma gradual: Comienza en los centros vitales cardíacos o cerebrales y se va extendiendo de forma progresiva a los diversos órganos y tejidos. Estos últimos, en general, suelen sobrevivir durante un cierto periodo; la muerte de las células que los componen se produce debido a la falta de oxígeno (anoxia) que se origina cuando cesa la actividad del corazón. Las células nerviosas son las más sensibles, alterándose de forma irreversible a los pocos minutos, como también se afectan rápidamente las células del músculo cardíaco; otras, sin embargo, como las que forman parte de la piel, el cartílago y el hueso, suelen sobrevivir hasta veinticuatro o más horas.

---

<sup>20</sup> Las relaciones e interacción con el medio son fundamentales no sólo para el ser humano desarrollado, sino también para el embrión, ya que el genoma no lo es todo; el medio también posee información constituyente para todo ser vivo.

Por tanto, el hecho de que elijamos ciertos criterios para definir la muerte (especialmente para el caso de consideraciones legales o para determinar la posibilidad de donación de órganos) es una convención y no se ajusta al criterio de santidad de toda vida.

Y a pesar de todas estas evidencias, hay un empeño en tratar la vida y la muerte como algo discreto y no continuo –con todas las implicaciones éticas que ello conlleva–. Para nosotros, es una consecuencia clara de lo que puede denominarse ‘principio de bivalencia’ y que se reduce a la conocida ley lógica del tercio excluso: O A o no A. O eso o aquello. O blanco o negro. Nada puede ser a la vez A y no A <sup>21</sup>. Puede decirse, entonces, que la reflexión ética tradicional está determinada y condicionada por la lógica (y la ontología) bivalentes, de raíz aristotélica.

Sin embargo, como en el caso de la vida y la muerte, nuestro mundo está lleno de matices, de cosas que son así y no lo son (rojas y no rojas, rubio y no rubio, viejo y no viejo, etc.). El mundo está plagado de grises, pero nuestra manera de analizarlo es a base de blanco y negro.

También podría decirse lo mismo de las dicotomías sobre la cuestión de la eutanasia a las que se aferran los defensores de la ética tradicional <sup>22</sup>: Las diferencias entre acciones y omisiones, entre tratamientos proporcionados o desproporcionados, se entienden muchísimo mejor si las analizamos desde un punto de vista gradual, como propiedades difusas que no tienen una línea clara o tajante de demarcación, sino más bien una franja, un margen.

Por su parte, el principio de bivalencia da lugar a las conocidas paradojas sorites; el ejemplo original de Zenón es el siguiente:

Piénsese en un montón de arena. Quítese un grano. ¿Todavía es un montón? Sígase quitando granos y haciendo la pregunta anterior (bivalente). Se acabará sin granos y sin montón; el montón se habrá convertido en un no montón, pero no se podrá echar la culpa a ninguno de los granos: ¿Qué grano de arena convierte al montón en un no montón, convierte A en no A? <sup>23</sup>

La misma paradoja puede plantearse con la mayoría de las propiedades que son utilizadas tanto en la vida cotidiana como en el quehacer científico. En todos los casos, entendemos que la transición de un estado a otro es suave; sin embargo, nuestra descripción no lo es. Esta gradualidad de las propiedades se revela en dos tipos de construcciones en el lenguaje corriente: el uso de adverbios de intensidad o de ate-

<sup>21</sup> Recuérdese que para la lógica clásica la existencia de contradicciones (A y no-A) es nefasta, pues por el principio de Pseudo-Escoto o Cornubia, de una contradicción puede derivarse cualquier cosa.

<sup>22</sup> Precisamente ‘dicotomía’ significa dividir en dos, de manera disjunta o excluyente, según se posea o no una determinada propiedad. Veremos cómo este tipo de análisis es completamente opuesto al punto de vista gradual o difuso.

<sup>23</sup> La palabra griega ‘sorites’ es el nombre que se da a las cadenas lógicas de enunciados de la forma A es B, B es C, C... es Z, entonces A es Z.

nuación (bastante, poco, enteramente, etc.), y las construcciones comparativas (de inferioridad, superioridad o igualdad). En el caso que nos ocupa, nos encontramos con expresiones como «está más muerto que vivo», «está muriendo irreversiblemente», «le queda poca vida», «no está enteramente muerto», «pierde la vida lentamente», etc.<sup>24</sup>

«Son propiedades difusas las de ser calvo, rojo, rápido, alto, grande, rico, caliente, joven, duro, ruidoso, instruido, enfermo, cortés, versado en leyes, generoso, etc. La teoría de la evolución muestra que hay grados en el pertenecer a una especie o género: en el ser vertebrado, mamífero, primate, hombre. Hay muchísimos grados de ser seca o húmeda una tierra, fértil o árida, de ser montuosa o llana, de estar cerca del mar, etc. Hay grados diferentes de pertenencia de diversos acontecimientos a una época; de diferentes estados a una confederación; de diferentes comarcas a una región. Muchas de las nociones que se manejan dentro de la filosofía también son susceptibles de aplicarse en una medida mayor o menor. Hay grados de posibilidad y necesidad, de simultaneidad, anterioridad y posterioridad, de convicción, creencia y justificación, de obligatoriedad, etc.» (Vásconez y Peña, 1997: 31).

Frente al principio de bivalencia, proponemos el 'principio de gradación': todas las diferencias son de grado<sup>25</sup>. Este principio puede rastrearse fácilmente en el pensamiento oriental, de Lao-tse al moderno zen del Japón. Y, a pesar de la enorme influencia de Aristóteles en el pensamiento occidental, el gradualismo se deja entrever en filósofos presocráticos como Heráclito y Anaxágoras, en Platón, San Agustín, Escoto Eriúgena, Nicolás de Cusa, Suárez, Espinoza y Leibniz<sup>26</sup>. Por

<sup>24</sup> Incluso expresiones paradójicas o contradictorias que, sin embargo, son entendidas y utilizadas: «muertos vivientes», que son definidos como personas inconscientes sumidas en un coma profundo e irreversible y que han perdido irremediamente el contacto con los demás; o «muertos aplazados», aquellas personas conscientes a las que la medicina y la ciencia ya no pueden ayudar pero a las que, con mayor o menor ensañamiento, se insiste en reanimar en los momentos críticos, supliendo las carencias biológicas, para posponer una muerte que se sabe inevitable (BAUDOUIN y BLONDEAU 1995: 29 y 33). Como hemos dicho, tales contradicciones son nefastas desde un punto de vista bivalente clásico.

<sup>25</sup> Una defensa detallada del principio ontológico de gradualidad se encuentra en PEÑA (1987, especialmente el capítulo IX: 267 ss.). Véase también VÁSCONEZ y PEÑA (1997).

<sup>26</sup> Véase PEÑA (1987: 333 ss.). Especialmente interesante es el caso de Leibniz. Para este filósofo, todo cambio natural se produce por grados, como consecuencia de su ley de la continuidad: Entre dos intervalos posicionales existen infinitos estados intermedios ocupados también por sustancias.

«En la naturaleza todo va por grados, y nada por saltos, y esta regla referente a los cambios es una parte de mi ley de la continuidad.» (Leibniz 1704 [1983]: 576).

Este gradualismo leibniziano también es patente en el caso de la vida y la muerte: Lo que llamamos 'generación' no es más que evolución y crecimiento. Lo que llamamos muerte, involución y decrecimiento. Consúltense los parágrafos 71, 72 y 76 de la *Monadología*. Sin embargo, Leibniz no vio el choque que se da entre su propio principio de continuidad y la lógica aristotélica (bivalente).

otro lado, en los inicios del siglo XX, en el campo de la lógica, se comenzó a desarrollar la lógica multivalente: Los enunciados ya no sólo se consideran verdaderos o falsos, sino también indeterminados (lógica trivalente de Lukasiewicz, 1920). El paso siguiente fue considerar la indeterminación como un continuo entre la verdad y la falsedad, entre 0 y 1<sup>27</sup>. Desde el campo de la ciencia, el principio cuántico de incertidumbre de Heisenberg abundaba en el gradualismo, al mostrar que en la física la verdad de los enunciados es también una cuestión de grado<sup>28</sup>. Ya más próximo en el tiempo, Zadeh (1965) aplicó la lógica multivalente a los conjuntos o grupos de objetos, ofreciendo la caracterización de un conjunto difuso (*fuzzy*): Es aquel cuyos elementos pertenecen a él en diferentes grados<sup>29</sup>.

Muy esquemáticamente podemos representar ambos puntos de vista del siguiente modo:

bivalencia .....	multivalencia
A o no A .....	A y no A
todo o nada .....	en algún grado
verdadero o falso.....	infinitos valores
0 ó 1.....	continuo entre 0 y 1
simplicidad .....	exactitud, precisión
saltos .....	transiciones

Volviendo a la cuestión de la eutanasia, nos parece más exacto considerar la vida y la muerte como procesos graduales, como propiedades difusas, y no como fenómenos discretos, que se dan en un instante y dejan de darse al instante siguiente. Y esto al margen de que se quiera definir y redefinir la muerte, el momento de la muerte (y también el instante de la vida), atendiendo a los nuevos avances tecnológicos y a los nuevos problemas planteados. La cuestión es que aprendemos más a reconocer la vida y el vivir (y la muerte y el morir), que a definirlos. El reconocimiento precede a la definición y de ahí que nos entendamos en términos graduales de más vida o menos vida, más muerte o menos muerte. Y en este sentido, nos referimos tanto a la vida puramente biológica como a la vida en sentido biográfico. Evidentemente, estos asertos de grado están en relación con lo que Singer denominaba 'consideraciones sobre la calidad de la vida'.

<sup>27</sup> Sobre el desarrollo, caracterización y aplicaciones de la lógica multivalente, véase URQUHART (1986).

<sup>28</sup> Muy esquemáticamente, este principio dice que si mides algunas cosas de manera precisa, no podrás hacer lo mismo con otras. En física, los principios de incertidumbre se dan entre la posición y la velocidad (momento), entre el tiempo y la energía y entre otras variables. Por ejemplo, si se sabe lo deprisa que un electrón se mueve por una línea, no se sabe con certidumbre dónde se encuentra a lo largo de ella, y viceversa. En consecuencia, en la física también la verdad de sus enunciados es cuestión de grado.

<sup>29</sup> TRILLAS, ALSINA y TERRICABRAS (1995) ofrecen una presentación asequible y rigurosa de la lógica difusa y la teoría de conjuntos difusos.



## 8. CONCLUSIÓN

A nuestro entender, un enfoque gradualista contribuirá notablemente al análisis de las cuestiones éticas sobre los confines de la vida y, en general, al examen y clarificación de los principales temas de la bioética –la eutanasia, el aborto, la experimentación con seres vivos, la manipulación genética, el diagnóstico prenatal, etc–.

En lo que se refiere al caso que nos ocupa, el de la eutanasia, el enfoque gradualista nos va a permitir, por un lado, superar las artificiosas dicotomías que se han construido en torno a él: Acciones y omisiones, medios ordinarios y extraordinarios, proporción y desproporción en las intervenciones médicas, se entienden mejor como cuestiones de grado y no como absolutos. Por otro lado, el reconocimiento de la gradualidad de los procesos de vida y muerte nos permite reinterpretar la eutanasia no tanto como un acortamiento de *la* vida, sino más bien como un acortamiento de un proceso de muerte –que muchas veces puede llegar a ser largo, penoso, doloroso y sin ninguna esperanza de recuperación–. La eutanasia es entonces entendida como una abreviación de la agonía, y no una prolongación de esa vida que ya prácticamente no lo es. Claro está que la eutanasia sí cercena de algún modo cierta forma de vida; pero no la vida con mayúsculas, plena, digna, sino una vida muy mermada, casi, casi irreconocible, en un grado pequeño, porque el proceso de muerte ha ganado terreno y está más presente. La eutanasia se convierte así en una abreviación de la muerte, que ya ha ganado terreno a la vida en la existencia de un individuo.

Esta reinterpretación completaría en cierta medida el análisis de Singer sobre la doctrina de la santidad de la vida. La práctica moderna de la medicina debe redefinir sus metas y sus objetivos atendiendo a consideraciones sobre la calidad de la situación del paciente; analizando el estado, el grado de la vida o del proceso de muerte al que nos enfrentamos y teniendo en cuenta en cada caso las responsabilidades que se derivan. Eso es lo que ya se está empezando a hacer y una prueba de ello es el informe sobre la reorientación de los objetivos de la medicina realizado por un notable grupo de expertos internacionales en bioética.<sup>30</sup> En este trabajo, se plantea la necesidad de un nuevo nivel de análisis en la bioética, que supere la pura gestión de los medios (diagnósticos, terapéuticos, etc.) para centrarse en una necesaria problematización de los fines de la medicina, mostrando un resuelto punto de vista consecuencialista.

«The pursuit of increased life expectancy for its own sake does not seem an appropriate medical goal.» (Project *The Goals of Medicine*: 13).

<sup>30</sup> International Project of The Hastings Centre *The Goals of Medicine: Settings New Priorities* (1996), con participación de especialistas en bioética de quince países.

Por su parte, el punto de vista maximalista, del maniqueísmo del todo o nada, lo representa hoy sin duda la postura de la iglesia católica. El mismo teólogo católico Küng define la encíclica *Evangelium vitae* –promulgada por el actual Papa Juan Pablo II– como una descripción apocalíptica en blanco y negro de la humanidad, dividida radicalmente entre una cultura de la vida y una cultura de la muerte<sup>31</sup>.

## 9. REFERENCIAS

- ARTETA, A., *La compasión. Apología de una virtud bajo sospecha*. Barcelona, Paidós, 1996.
- BAUDOUIN, J. L. y BLONDEAU, D., *La ética ante la muerte y el derecho a morir*. Barcelona, Herder, 1995.
- «Declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre la eutanasia», *Ecclesia*, 40, 1980, pp. 860-862.
- FOOT, P., «The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect», en B. STEINBOCK (ed.), *Killing and Letting Die*. Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1980.
- GEVERS, J. K. M., «Legal Developments Concerning Active Euthanasia on Request in The Netherlands», *Bioethics*, 1, 1987, pp. 156-162.
- HILPINEN, R., «Actions in Deontic Logic», en J. J. Ch. MEYER y R. WIERINGA (eds.), *Deontic Logic in Computer Science*. Chichester, John Wiley & Sons, 1993, pp. 85-100.
- KOSKO, B., *Pensamiento borroso. La nueva ciencia de la lógica borrosa*. Barcelona, Crítica, 1995.
- KUHSE, H., «Euthanasia», en P. SINGER (ed.), *A Companion to Ethics*. Oxford, Blackwell, 1996, pp. 294-302.
- KÜNG, H. y JENS, W., *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*. Madrid, Trotta, 1997.
- LEIBNIZ, G. W., *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*. Madrid, Editora nacional, 1704[1983].
- LEIBNIZ, G. W., *Monadología*. Madrid, Alhambra, 1714 [1990].
- MEYER, J. J. Ch., «A Different Approach to Deontic Logic: Deontic Logic Viewed as a Variant of Dynamic Logic», *Notre Dame Journal of Formal Logic*, 29 (1), 1988, pp. 109-136.
- MORIN, E., *El hombre y la muerte*. Barcelona, Kairós, 1974.
- MORO, T., *Utopía*. Madrid, Akal, 1516 [1997].
- NAGEL, T., *Una visión de ningún lugar*. México, FCE, 1996.
- NINO, C.S., *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona, Ariel, 1983.
- PEÑA, L., *Fundamentos de ontología dialéctica*. Madrid, Siglo XXI, 1987.
- RUBIO CARRACEDO, J., «Autonomía para morir: Eutanasia y autonomatasia», *Claves*, 14, 1991, pp. 2-7.
- Sentencia de la Corte Constitucional sobre la eutanasia*. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1997.
- SCHOTCH, P. K. y JENNINGS, R. E., «Non-kripkean Deontic Logic», en R. HILPINEN (ed.) *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht, D. Reidel, 1981, pp. 149-162.

<sup>31</sup> KÜNG y JENS (1997: 88).

- SINGER, P., *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona, Paidós, 1997.
- The Goals of Medicine. Setting New Priorities. *Hastings Centre Report*, special supplement, november-december 1996.
- TRILLAS, E.; ALSINA, C.; TERRICABRAS, J. M., *Introducción a la lógica borrosa*. Barcelona, Ariel, 1995.
- URQUHART, A., «Many-valued Logic», en D. GABBAY y F. GUENTHNER (eds.), *Handbook of Philosophical Logic*, vol. III. Dordrecht, D. Reidel, 1986, pp. 71-116.
- VÁSCONEZ, M. y PEÑA, L., «¿Qué es una ontología gradual?», *Ágora*, 15(2), 1996, pp. 29-48.

# Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales <sup>1</sup>

Por B. DE CASTRO CID  
UNED

En la actualidad, la doctrina de los derechos económicos, sociales y culturales contiene todavía varias cuestiones que no han recibido una explicación suficientemente resolutoria. Sin embargo, sólo me detendré en esta ocasión en tres de ellas, reconociendo, por lo demás, que la primera tiene una importancia sistemática meramente tangencial. Esas cuestiones son: el problema de la identificación (I), el problema de la caracterización (II) y el problema de la realización (III).

---

<sup>1</sup> El intento de responder al generoso ofrecimiento que me hiciera hace algún tiempo el Director del *Anuario* de colaborar en una sección del Tomo XV que tenía prevista como «homenaje» a la Declaración Universal de Derechos Humanos me ha llevado a recalcar una vez más en la amplia problemática de los derechos económicos, sociales y culturales. Este «accidente» ha sido propiciado por varias circunstancias, entre las que destaca el hecho de que la elaboración del prometido texto haya coincidido en el tiempo con la preparación de los guiones de dos conferencias o lecciones dictadas en sendos Cursos o Jornadas de celebración del quincuagésimo aniversario de la *Declaración Universal* de 1948. La primera llevaba el título *Problemática teórica y práctica de los derechos económicos, sociales y culturales* y fue expuesta el 19-10-98 en el Curso *La Declaració Universal dels Drets Humans: La vigència d'un ideal cinquanta anys després*, que organizó el Institut d'Estudis Ilerdencs en colaboración con la Associació per a les Nacions Unides a Espanya. La segunda fue desarrollada, con el título *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración Universal de 1948*, en las Jornadas conmemorativas del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que tuvieron lugar los días 26-27 de noviembre de 1998 en el Centro Asociado de la UNED de Calatayud.

Por otra parte, el texto insiste en algunos aspectos que habían sido ya objeto de análisis de otros estudios míos anteriores, como *Los derechos económicos, sociales y*

## I. EL PROBLEMA DE LA IDENTIFICACIÓN

Cuando nos enfrentamos a la compleja problemática que plantea el análisis de los derechos económicos, sociales y culturales, nuestra primera dificultad radica en saber cuál es la realidad concreta que vamos a analizar. En otras palabras, lo primero que hemos de hacer es averiguar la respuesta de esta sencilla pregunta: ¿cuáles son los derechos a los que se está haciendo referencia cuando se utiliza la expresión «derechos económicos, sociales y culturales»?

Ahora bien, para llegar hasta esa respuesta, pueden seguirse caminos muy dispares, entre los que se encuentran sin duda estos cuatro que, por su inmediata utilidad práctica, voy a recorrer rapidísimamente a continuación: el de los propios nombres con que suelen ser designados, el del contexto histórico en que nacieron y se desarrollaron, el de sus rasgos o caracteres diferenciales más destacados y el de la enumeración individualizada.

### 1. El camino del nombre <sup>2</sup>:

Hasta ahora, los nombres consagrados por la doctrina o por la práctica legislativa para designar al grupo de derechos que nos ocupa son estos tres: [1] «derechos sociales», [2] «derechos económicos y sociales» y [3] «derechos económicos, sociales y culturales».

El término derechos sociales ha llegado a conseguir un neto predominio en el ámbito de la elaboración doctrinal, de tal modo que podría considerarse incluso como la expresión oficial del lenguaje de los teóricos de los nuevos derechos <sup>3</sup>.

La doctrina emplea también, sin embargo, de forma generalizada (y, en ocasiones, coincidente con alguna de las otras dos, e incluso con ambas) la expresión derechos económicos y sociales.

Y, finalmente, aunque con menor frecuencia, es acogido asimismo por los estudiosos el nombre de derechos económicos, sociales y culturales. Esta fórmula es, sin embargo, la que ha llegado a conseguir una

---

*culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos* (Universidad de León, 1993) y «Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales» (*Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 6 [1996], pp. 51-71).

<sup>2</sup> Aun en la etapa en que está desposeído ya de su prístina eficacia mágico-creadora, el nombre propio de las cosas ha sido reconocido siempre como la primera puerta que da paso al conocimiento de la realidad. Puede pensarse, por tanto, que el camino más corto para la identificación de la clase o conjunto de derechos que, dentro del mundo de los derechos humanos, integran el grupo sobre el que va a centrarse esta reflexión es sin duda el que avanza a través de las principales denominaciones que se utilizan para designarlos.

<sup>3</sup> Sin embargo, como es de sobra sabido, este término ha sido acusado también dentro de la doctrina de carecer de utilidad o, incluso, de ser radicalmente inconveniente por su evidente pleonismo, ya que todo derecho, por el mero hecho de ser tal, es un derecho «social».

mayor presencia en el ámbito de la positivación jurídico-normativa supraestatal. Tanto la *Declaración Universal* de 1948<sup>4</sup> como los dos *Pactos Internacionales* de 1966 (en especial, como es obvio, el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*) la han consagrado explícita y reiteradamente. Lo ha hecho también la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en el capítulo III de su Parte I, aunque no la *Carta Social Europea*<sup>5</sup>.

Así pues, cuando hablamos de los «derechos económicos, sociales y culturales» estamos refiriéndonos a ese grupo o sector de los derechos humanos que otros autores designan con los nombres de «derechos sociales» o «derechos económicos y sociales».

## 2. El camino del contexto histórico:

Colocándose en la línea de análisis generacional, suele identificarse a los derechos económicos, sociales y culturales con el grupo de derechos fundamentales que comenzó a ser incorporado a los textos constitucionales tras producirse la crisis de los derechos liberales clásicos<sup>6</sup>. En consecuencia, son definidos como «los derechos de la segunda generación», ya que fueron proclamados en la fase que, con el precedente glorioso de la efímera constitución francesa de 1848, culminó en el primer tercio del siglo XX en la constitución mexicana de 1917 y en la alemana de 1919, siendo finalmente consagrados, a nivel internacional, por la *Declaración Universal* de 1948, la *Carta Social* europea de 1961 y, sobre todo, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966.

Así que, dentro de la perspectiva histórica, los derechos económicos, sociales y culturales son identificados como los derechos de la revolución proletaria del XIX, es decir, los derechos que nacieron en el intento de completar y superar los logros de los derechos conquistados por las revoluciones burguesas de finales del XVIII.

<sup>4</sup> La Declaración establece en su art. 22 que «toda persona (...) tiene derecho a (...) la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

<sup>5</sup> El ejemplo no ha sido seguido, sin embargo, por las Constituciones, ya que, con la honrosa excepción de la portuguesa de 1976 (cuyo Título III se rotula: «De los derechos y deberes económicos, sociales y culturales»), no sólo dejan de utilizar el nombre, sino que se abstienen incluso de proclamar los derechos.

<sup>6</sup> Esta conclusión, aunque tiene un considerable apoyo en la propia historia de la positivación o legalización de los derechos, debe ser matizada. En efecto, no puede olvidarse que la preocupación por algunos de los problemas que vinieron a resolver los nuevos derechos estuvo ya presente en los momentos iniciales de la historia de los derechos humanos. Y no puede olvidarse tampoco que algunos de los derechos incorporados al reconocimiento constitucional durante esta segunda fase muestran una profunda coincidencia estructural y funcional con los viejos derechos civiles y políticos (por lo que podría ser poco coherente no calificarlos y «clasificarlos» como tales).

### **3. El camino de los rasgos diferenciales:**

Suelen ser identificados también los derechos económicos, sociales y culturales mediante la referencia a alguna o algunas de las notas o caracteres que han marcado su existencia. Y, ciertamente, esta vía de delimitación se presenta, en principio, como una de las más fiables, por cuanto se apoya en la valoración de aspectos que pertenecen a la dimensión objetiva de la realidad que se intenta identificar. Sin embargo, la notable complejidad y la multiplicidad de perspectivas de análisis que ofrecen los derechos que estamos considerando harán que este camino no sea todo lo resolutivo que cabría esperar, ya que, como veremos en el siguiente apartado general, la aplicación aislada y unilateral de cualquiera de estas notas dejaría siempre fuera de la categoría algunos de los derechos que, conforme a los otros criterios, habrían de ser considerados como pertenecientes a ella.

Puede seguirse, no obstante, este camino con tal de que se tome la precaución de ampararse en la aplicación simultánea de varios rasgos. Por ejemplo, estos tres: referencia a la condición de trabajador, carácter predominantemente económico y asistencial de su contenido y dimensión exigitiva frente a la sociedad y el Estado.

Y, así, puede identificarse a los «derechos económicos, sociales y culturales» significando que son aquellos derechos que, surgidos a partir de la presión reivindicativa del proletariado industrial y campesino, tienden a satisfacer las necesidades de carácter económico, asistencial, educativo y cultural de los ciudadanos, implicando la intervención activa de la organización estatal en la cobertura de tales necesidades.

### **4. El camino de la enumeración individualizada:**

Esta vía de identificación tiene evidentemente el inconveniente de ver limitada su propia virtualidad por el hecho decisivo de que el catálogo de los derechos fundamentales es siempre una lista abierta, de modo que está registrando nuevas incorporaciones de forma casi permanente. Tiene, por contra, la gran ventaja de ofrecer una imagen que, por su concreción, es directamente perceptible y verificable, al menos en su núcleo representativo.

Así, el problema de la identificación de los derechos económicos, sociales y culturales parece diluirse cuando se aclara que este grupo está formado prioritariamente por los derechos a la huelga, a sindicarse, a la seguridad social, a la protección de la salud, a un salario adecuado y conveniente, a igual salario por trabajo igual, al descanso, a vacaciones retribuidas, al trabajo y a la libre elección del mismo, a la seguridad e higiene en el trabajo, a protección contra el desempleo, a negociación colectiva, a la gratuidad de la educación primaria, a la igualdad de oportunidades educativas, a la formación y orientación profesional, a emplear el propio idioma, a la libre

investigación, a participar en la vida cultural, científica y artística, a una mejora continua de las condiciones de existencia o a disfrutar de servicios sociales adecuados <sup>7</sup>.

## II. EL PROBLEMA DE LA CARACTERIZACIÓN

Resulta evidente que la problemática teórica que plantean los «derechos económicos, sociales y culturales» no termina en la identificación de la realidad a que se está haciendo referencia cuando se pronuncia ese nombre. Lo más importante para la teoría de estos derechos es, sin duda, el conocimiento de esa realidad en sí misma, la determinación de qué son o en qué consisten, dentro de la categoría general de los derechos humanos. Es decir, lo más importante, para el punto de vista teórico, es su caracterización esencial. ¿Cómo se consigue llegar hasta ésta?

Con muchas dificultades sin duda, incluso cuando se tiene una cierta fe irracional en la posibilidad de lograrlo. Pero me parece que es necesario intentarlo y que podría ser interesante en todo caso internarse en estas dos vías complementarias (y, en parte, coincidentes): la configuración científico-sistemática de su concepto y el descubrimiento o delimitación de su naturaleza jurídica.

### 1. El concepto genérico:

Al hablar de su concepto, hay que reconocer que el intento de establecer una noción unificadora de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de alguno de sus caracteres esenciales o mediante la delimitación de su sentido y función predominantes ha dado lugar a una amplia discrepancia doctrinal en la que no es infrecuente encontrar incluso un cierto grado de contradicción interna entre las perspectivas que se utilizan para delimitar esa noción. Por eso, según vamos a ver, la caracterización de estos derechos resulta problemática, tanto cuando se busca a través del rasgo predominante como cuando se intenta formular a partir del contraste con los derechos civiles y políticos, tal como suele hacer la doctrina con mucha frecuencia.

---

<sup>7</sup> Esta selección de derechos se ha guiado por el criterio de la virtualidad representativa de los mismos. Sin embargo, resulta obvio que, tanto el carácter selectivo de esta enumeración como la propia selección realizada, son manifiestamente discutibles desde distintos puntos de vista. Hay sin duda otros muchos derechos que pertenecen a este amplio grupo, como yo mismo he señalado hace ya bastante tiempo (ver, por ejemplo, las pp. 228-229 del libro *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982).



a) *Conceptuación por el rasgo predominante*

Es de sobra conocido que los derechos que aquí examinamos bajo el nombre de derechos económicos, sociales y culturales han sido definidos alternativamente como *derechos de los trabajadores*, como *derechos colectivos* (es decir, derechos propios de ciertos grupos humanos: trabajadores, familia, niños, ancianos, minusválidos, minorías, etc.), como *derechos de contenido económico*, como *derechos de crédito* frente a la sociedad y el Estado y como *derechos de igualdad*. Pero este tipo de caracterización presenta, como es también sabido, varios inconvenientes.

Así, hemos de reconocer que, si definimos estos derechos como derechos propios de la clase de los trabajadores asalariados, no resulta nada fácil incluir en este grupo a derechos tan sociales y culturales como el derecho a la asistencia social o el derecho a la educación (puesto que son derechos reconocidos a todos los miembros de la sociedad).

A su vez, si se concluye que los derechos económicos, sociales y culturales son los «derechos colectivos», esta categoría quedaría prácticamente vacía, ya que, en su gran mayoría, esos derechos tienen como titular inmediato, no al grupo, sino a los miembros de ese grupo en cuanto individuos<sup>8</sup>.

Del mismo modo, si son definidos como posibilidades o poderes de exigir del Estado determinadas prestaciones positivas, no podrían ser enumerados entre los mismos derechos sociales tan representativos como el derecho a sindicarse o el derecho de huelga. Y, si se les identifica como derechos de contenido económico, habrá de incluirse entre ellos a varios derechos que, en su genuino sentido original, atacan gra-

---

<sup>8</sup> El número de derechos atribuibles a un grupo humano es manifiestamente reducido. Tal vez, podrían señalarse únicamente los siguientes: a la negociación colectiva (*Carta Social Europea*, 6), a formar federaciones sindicales (*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 8-1), a funcionar sin obstáculos (*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 8-1), reconocido a las asociaciones sindicales, a la protección de la familia (*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 6; *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 16-3; *Carta Social Europea*, 16; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 23-1), –de las minorías– a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 27), –de los pueblos– a la autodeterminación (*Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado*, 4 y 8; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1) y, acaso, el derecho de huelga (*Carta Social Europea*, 6-4; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 8-1).

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el elemento decisivo de caracterización de los derechos humanos no puede ser la presencia o ausencia de la dimensión colectiva, sino más bien la función/finalidad o razón de ser de cada derecho, ya que la dimensión colectiva está impresa (al menos, tendencialmente) en todos los derechos. En consecuencia, los derechos deberán ser caracterizados como *individuales* siempre que sean reconocidos en atención al sujeto titular en cuanto persona individual y como *sociales* siempre que sean atribuidos al grupo como colectividad (de tal modo que los miembros individuales de ese grupo son beneficiarios sólo en su calidad de partícipes del conjunto).

ve y directamente a la significación más propia de los derechos económicos, sociales y culturales <sup>9</sup>.

Finalmente, tampoco parece posible identificar a los derechos económicos, sociales y culturales como «los derechos de igualdad». En efecto, aunque hay ciertamente, dentro de este grupo, bastantes derechos que intentan asegurar la igualdad de situación o de oportunidades entre todos los miembros de la organización social, hay también otros muchos que se dirigen hacia la garantía de intereses vitales del individuo que tienden a salvaguardar su subsistencia y que, de una manera muy tangencial, tienen algo que ver con la igualación de las condiciones de vida <sup>10</sup>.

b) *Conceptuación por contraste con los derechos civiles y políticos:*

En la línea de la configuración conceptual, es bastante habitual caracterizar a los «derechos económicos, sociales y culturales» a través de una relación de contraposición a los «derechos civiles y políticos», señalando que presentan notables diferencias en todos los elementos básicos de su estructura: sujeto titular [*hombre-individuo abstracto frente a hombre histórico concreto*], función organizativa [*abstención frente a intervención*] y principio fundamentador [*libertad frente a igualdad*] <sup>11</sup>.

Sin embargo, esta caracterización mediante los rasgos de confrontación desvirtúa la peculiaridad más profunda de cada grupo de derechos, ya que la subordina a rasgos que parecen ser meramente accesorios y coyunturales. Por otra parte, arrastraría el riesgo de desnaturalizar el sentido de los derechos mismos, haciendo de ellos un foco de rivalidades entre los ciudadanos, puesto que sugiere la idea de que, mientras que a unos individuos les corresponden los derechos de libertad personal, otros son más merecedores de los derechos inspirados en la lucha por la igualación de los miembros de las diferentes clase sociales. Y, asimismo, parece poco razonable establecer una contraposición frontal entre un grupo y otro de derechos porque, en última instancia, todos los derechos son individuales en cuanto a la titularidad y sociales en cuanto al ejercicio.

Ciertamente, ambos grupos de derechos están unidos por una relación dialéctica en la que no pueden faltar algunos rasgos de oposición.

<sup>9</sup> Me refiero, por ejemplo, al derecho de propiedad o al derecho de libertad de comercio y de empresa.

<sup>10</sup> Por otra parte, la atribución exclusiva de la lucha por la igualdad a los derechos económicos, sociales y culturales conduciría a una flagrante deformación histórica, ya que la influencia del principio de la igualdad en el proceso de reconocimiento de los derechos humanos no ha sido exclusiva de la fase de superación de las libertades individuales, sino que estuvo presente también en la etapa inicial de la revolución francesa, especialmente en el período 1792-1795.

<sup>11</sup> Frente a la manifiesta beligerancia anti-Estado de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan por implicar siempre la iniciativa o acción del Estado, ya sea en forma de asistencia o prestación directa, ya sea a través de una colaboración indirecta, mediante la creación de las condiciones necesarias para el ejercicio de tales derechos.

Sin embargo, existen también otros muchos elementos que obligan a contemplar los dos grupos de derechos dentro de una visión global integradora, de tal modo que las diferencias detectadas dejan de ser sustanciales para quedar reducidas a simples rasgos secundarios surgidos de una diferente funcionalidad técnica o táctica, de un diferente enfoque en la concepción de la libertad o de la igualdad. Y lo que se da realmente entre ellos es una íntima interdependencia, un condicionamiento recíproco y una profunda complementariedad, tanto histórica como sistemática.

## 2. La naturaleza jurídica:

Sin duda, donde el problema de la caracterización «esencial» de los derechos económicos, sociales y culturales se manifiesta de forma más aguda es en la pregunta por su naturaleza jurídica, es decir, en la pregunta acerca de si son o no son derechos propiamente dichos.

Por otra parte, esta pregunta obvia ha conducido la reflexión de los especialistas a dos diferentes niveles de planteamiento: el que intenta determinar si son o no verdaderos derechos humanos y el que se preocupa de aclarar si tales derechos son o no son derechos «jurídicos» (es decir, derechos subjetivos), en sentido estricto. De modo que resulta obligado examinar la cuestión en ambos niveles, a pesar de que en los dos se ha llegado a conclusiones enfrentadas casi simétricas.

### a) ¿Son derechos humanos?

Unos opinan que, sin lugar a dudas, no. Otros afirman que, con toda claridad, sí.

La posición negadora apoya su opción en el argumento de que los derechos incluidos en este grupo carecen de varios de los elementos básicos de los derechos humanos propiamente dichos. Así, al ser «derechos» que corresponden a los individuos, no en cuanto hombres, sino en cuanto miembros de la sociedad (es decir, en cuanto seres situados en unas determinadas circunstancias existenciales dentro de la comunidad política), no poseen el fundamental carácter de la universalidad, ya que no son debidos a todos los seres humanos con independencia de las circunstancias en que realicen su existencia social <sup>12</sup>.

<sup>12</sup> En esta línea, se llama la atención sobre el hecho de que, según su sentido originario y propio, tales derechos son por sí mismos incompatibles con cualquier tipo de disfrute universal. Por una parte, porque la realización de estos derechos, al permanecer directamente vinculada a las políticas sociales y económicas gubernamentales, no permite su igual atribución a todos los hombres (es decir, no son *de hecho* universales). Por otra parte, porque el intento mismo de universalización de los derechos económicos, sociales y culturales originaría una especie de contradicción interna, ya que esa universalización contribuiría a mantener inalteradas las desigualdades reales y las diferencias en las posiciones de poder, desigualdades y diferencias cuya corrección constituye la justificación de la existencia de los derechos. Y, así, la propia consolidación de tales derechos como ver-

Por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales tienen asimismo la decisiva carencia de no poder ser generalmente entendidos como exigencias que brotan directamente de la profundidad de la naturaleza humana, sino sólo como simples aspiraciones o deseos razonables de los ciudadanos en orden a la consecución de cotas cada vez más elevadas de autorrealización y felicidad. De modo que, en esa misma medida, la organización social se verá liberada del deber de asumirlos como condicionamientos inexcusables; sólo estará obligada a tomarlos en consideración como meros principios orientadores de sus actuaciones.

Así pues, no parece posible considerar a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos propiamente dichos<sup>13</sup>.

A su vez, la posición afirmativa entiende que los derechos económicos, sociales y culturales no se diferencian esencialmente de los civiles y políticos y que, en consecuencia, son derechos humanos con el mismo fundamento y en el mismo sentido que ellos.

Argumenta esta posición que las diferencias accidentales que existen entre ambos grupos de derechos no impiden proclamar que la estructura del planteamiento básico es la misma en todos ellos, puesto que en los dos supuestos se parte del principio de que «todos los hombres nacen libres e iguales» y de que, en consecuencia, han de establecerse correcciones dentro de los mecanismos de la organización social para que esa libertad e igualdad originarias sean efectivamente realizadas. Por otra parte, la básica coincidencia estructural y funcional que se da entre los derechos de ambos grupos implica que su puesta en práctica presente dificultades similares y que en los dos supuestos sea imprescindible que el Estado adopte medidas efectivas encaminadas a su protección. Así que las escasas disparidades que subsisten han de ser achacadas al simple desfase generacional y, por tanto, consideradas como radicalmente pasajeras.

#### b) ¿Son derechos «jurídicos»?

La búsqueda doctrinal de respuesta a este interrogante límite ha dado lugar a una variada multiplicidad de explicaciones. Sin embargo, pienso que puede hacerse un repaso suficientemente clarificador de las mismas concentrando el examen sobre las tres actitudes básicas: la negadora simple, la afirmativa simple y la intermedia.

La posición negadora simple pone en duda o niega abiertamente a los derechos económicos, sociales y culturales el carácter de auténticos derechos, basándose en el argumento de que no otorgan verdade-

---

daderos derechos humanos entraría en contradicción con la esencial y constitutiva función correctora y redistributiva que les corresponde (no siendo, por tanto, tampoco universalizables, es decir, universales *de derecho*).

<sup>13</sup> El hecho de que la satisfacción de estos derechos dependa de factores tan aleatorios como la disponibilidad de recursos, el desarrollo científico y técnico o la colaboración internacional contribuye sin duda a fortalecer la valoración de esta postura negadora.

ros poderes jurídicos ni son, en consecuencia, jurisdiccionalmente defendibles. Incluso se afirma en ocasiones que ni siquiera es posible que lleguen a tener el genuino carácter de derechos, puesto que resulta a menudo inviable conciliar su existencia con otros varios derechos ya consolidados que tienen su raíz en el principio esencial de la libertad <sup>14</sup>.

Paralelamente, dada la inoperancia generalizada de las disposiciones (tanto estatales como supraestatales) relativas al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, se concluye que tales disposiciones no llegan a ser casi nunca verdaderas normas jurídicas aplicables, sino simples «principios programáticos» con eficacia ético-política meramente directiva.

La posición afirmativa simple proclama que los derechos económicos, sociales y culturales no se diferencian de los derechos civiles y políticos, debiendo ser considerados, por tanto, como derechos en sentido propio, ya que en ellos están presentes todos o (al menos) la mayor parte de los elementos característicos de la estructura de los derechos subjetivos.

Del mismo modo, se ha desarrollado la doctrina del carácter jurídico de las disposiciones constitucionales en que se reconocen o proclaman los derechos, sea en su totalidad, sea cuando menos en el caso de aquellas disposiciones que, presentando unos determinados rasgos peculiares, constituyen verdaderas normas jurídicas aplicables. Igualmente, existe una corriente doctrinal, más fuerte cada día, que asigna una eficacia jurídica directa (por lo menos, sectorial) a las disposiciones del ordenamiento jurídico supraestatal que proclaman los derechos económicos, sociales y culturales <sup>15</sup>.

Finalmente, la posición intermedia, como es natural, trata de obviar las dificultades que plantea la adhesión simple a cada una de las dos opciones radicales anteriores.

---

<sup>14</sup> De este modo, la vieja y la nueva defensa a ultranza de la intangibilidad de las libertades individuales básicas (en la línea de HAYEK, BUCHANAN, DWORKIN o NOZICK...) pretende dejar sin espacio a los derechos económicos, sociales y culturales dentro del territorio de los derechos fundamentales propiamente dichos, ya que ni el primado de la autonomía individual ni el inflexible imperativo social de la eficiencia parecen permitirles sobrepasar el nivel de simples pretensiones u objetivos políticos. En efecto, tal como ha reconocido, entre otros, P. BARCELONA («Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», en *Problemas de legitimación en el Estado social* [E. OLIVAS, coord.], Madrid, Editorial Trotta, 1991, p. 37), no resulta nada fácil ver cómo podrá garantizarse a todos los ciudadanos una vivienda, una forma de asistencia y seguridad, una enseñanza y un salario dignos sin intervenir drásticamente en la división del trabajo, en el sistema educativo o en la distribución de los recursos (es decir, sin recortar el alcance de la libre iniciativa de los ciudadanos individuales y de los grupos sociales o económicos).

<sup>15</sup> En todo caso, se reconoce generalmente que las formulaciones declarativas de los documentos regionales o internacionales tienen siempre una gran eficacia jurídica indirecta, ya sea por su actuación como elemento de presión y como instancia crítica para la organización jurídico-política de los Estados, ya sea por su acción inmediata sobre los organismos que tienen en sus manos la posibilidad de acelerar y de incrementar la efectividad propiamente jurídica de estos derechos en sus diversos ámbitos de incidencia.

En efecto, parece, por un lado, que hay razones suficientes para afirmar que, en la actualidad, la teoría de los derechos humanos puede describir ya a los derechos económicos, sociales y culturales como situaciones jurídicas constitutivas de verdaderos derechos. Y esto porque tales derechos suelen colocar a sus titulares en situaciones o contextos jurídicos en los que el sujeto dispone de un cierto poder o facultad en cuya virtud cuenta con la posibilidad jurídica de exigir el respeto (= no perturbación) de su posición por parte del Estado y de todos los demás sujetos <sup>16</sup>.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que otros derechos económicos, sociales y culturales no hayan alcanzado todavía esta deseable posición no es achacable a la peculiar naturaleza o estructura de los propios derechos, sino sólo a unos condicionamientos accidentales impuestos por el concreto momento de desarrollo que está atravesando su historia. Por tanto, puede confiarse en que, en un futuro no demasiado lejano, los condicionamientos básicos de la organización social se hayan transformado ya lo suficiente como para que la gran mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales cuente con los cauces adecuados para su efectiva realización habitual <sup>17</sup>.

En todo caso, para afirmar o negar la juridicidad de estos derechos, ha de tenerse en cuenta que (como en el supuesto de todos los demás derechos humanos) el rasgo más peculiar de los económicos, sociales y culturales en cuanto tales derechos humanos es la autonomía de su validez respecto del reconocimiento que de ellos han hecho los documentos históricos <sup>18</sup>. Así pues, con independencia de la suerte que hayan tenido en el reconocimiento por parte de las legislaciones históricas, estos derechos han de ser entendidos como posibilidades de acción que corresponden a los sujetos humanos por el simple título de su modo-de-ser humano, es decir, como poderes o facultades jurídicas «naturales» <sup>19</sup>. La peculiar validez o fuerza que les corresponde en cuanto derechos básicos que la organización social debe a los sujetos

---

<sup>16</sup> Así lo hacen, al menos, aquellos derechos de este grupo que han sido proclamados y regulados ya por los correspondientes Ordenamientos jurídicos de tal modo que son de hecho jurídicamente eficaces, por ser jurisdiccionalmente defendibles. Sería el caso, por ejemplo, del derecho de sindicación, el derecho de huelga, el derecho al descanso en el trabajo, el derecho a vacaciones retribuidas y hasta el derecho a la educación...

<sup>17</sup> Habría que entender, pues, que, como les ocurriera a los derechos civiles y políticos durante la primera mitad del siglo XIX, los derechos económicos, sociales y culturales están atravesando ahora ese período de transición que va desde el reconocimiento meramente retórico hasta la consecución de una plena efectividad jurídica.

<sup>18</sup> Aquí muestra toda su virtualidad la (tan deseable como poco generalizada) distinción entre estas dos categorías científico-sistemáticas: «derechos humanos», por un lado, y «derechos fundamentales», por otro.

<sup>19</sup> Consecuentemente, en su sentido más propio, estos derechos no son las posiciones jurídicas históricamente consolidadas, ni las disposiciones concretas que plasman su recepción en los Ordenamientos jurídicos, sino aquellas exigencias o aspiraciones de los individuos, en su calidad de hombres que viven en sociedad, que se imponen a la razón como atribuciones que no pueden faltar en ningún ordenamiento jurídico.

proviene de su dimensión ideal, reside en esa dimensión ideal y es anterior a su hipotético (aunque debido) reconocimiento por los Derechos históricos.

Así pues, en su calidad de derechos humanos, los «derechos económicos, sociales y culturales», al igual que los «derechos civiles y políticos», son exigencias ineludibles que el principio de la dignidad de la persona humana proyecta en la actualidad sobre la organización jurídico-política de la vida social; son derechos en sentido radical. Es deseable que lleguen también a ser de forma general derechos dentro de los cauces de institucionalización jurídica de los Ordenamientos positivos. Pero este aspecto no es el decisivo, puesto que el vigor y eficacia que tienen atribuidos no les corresponden por reunir de hecho los rasgos técnicos característicos de los «derechos subjetivos» positivados en los Ordenamientos jurídicos históricos, sino por ser «derechos humanos».

### III. EL PROBLEMA DE LA REALIZACION

Sin duda, el aspecto que mayor interés y preocupación despierta, dentro de los varios problemas que afectan en la actualidad a la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales, es el de las dificultades con que tropieza su disfrute real por parte de los ciudadanos. Esto resulta perfectamente lógico si se considera que, en ese terreno, las distintas señales de alarma están saltando sin interrupción. Así, puede comprobarse cómo los derechos a la protección contra el desempleo, a la seguridad social o a disfrutar de servicios sociales adecuados están sufriendo día tras día progresivos recortes, bajo la presión de una galopante reducción de las prestaciones sociales. El derecho a un salario adecuado se ve amenazado, no sólo por el acuciante riesgo de pérdida del empleo, sino también por la constante disminución del poder adquisitivo del dinero y por las expresas o implícitas congelaciones salariales. Y hasta el propio derecho básico de la huelga va perdiendo poco a poco su tradicional fuerza por efecto del progresivo debilitamiento o parálisis de la actividad económica y del creciente rechazo social motivado por los inevitables perjuicios que las huelgas acarrearán siempre a la mayoría de los ciudadanos. Finalmente, el simbólico y voluntarioso derecho al trabajo y a la libre elección de empleo ve continuamente recortado su horizonte por el peso de la recesión económica, el desarrollo tecnológico y el consiguiente avance del desempleo <sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> El propio sentido y alcance del derecho al trabajo como derecho fundamental propiamente dicho está siendo objeto de discusión, hasta el punto de llegarse a la conclusión de que la fundamentalidad no es precisamente un rasgo inseparable del mismo. Esta nueva valoración se debe sobre todo al dato de que la realización de ese derecho depende de una gran multiplicidad de factores sociales y económicos variables, pero también a la percepción de que su pleno ejercicio parece entrar en directa colisión con otros

Así pues, el ideario de los derechos económicos, sociales y culturales ha de enfrentarse a la explicación de las dificultades con que tropieza insistentemente su ejercicio, tanto en el ámbito de la operatividad jurídica como en el de la cobertura económica, con el fin de encontrar alguna vía de solución.

### 1. **Ámbito de la operatividad jurídica:**

En su dimensión estrictamente jurídica, la debilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido permanente y se manifiesta simultáneamente en los dos niveles complementarios en que se proyecta: el de los ordenamientos jurídicos estatales y el de la normativa supraestatal.

#### a) *El nivel de los Ordenamientos jurídicos estatales:*

En este nivel, la posición de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque ha ido mejorando con el tiempo, se mantiene aún en un estado muy precario de consolidación. Por una parte, porque persisten las reticencias a incluir su proclamación dentro del articulado relativo a los derechos o libertades fundamentales. Por otra, porque se les escamotea casi siempre la correspondiente protección jurisdiccional. Así, puede comprobarse cómo en ocasiones tales derechos han sido excluidos de los textos constitucionales o bien han sido sometidos a un tratamiento claramente devaluador<sup>21</sup>. Y, además, se ven privados en la mayoría de las ocasiones de los pertinentes mecanismos de protección, tanto en el ámbito de las previsiones constitucionales como en el de los correspondientes desarrollos legislativos.

#### b) *El nivel de la normativa supraestatal:*

El reconocimiento supraestatal (tanto regional como internacional), de los derechos económicos, sociales y culturales no ha dotado a estos

---

derechos fundamentales de los actuales Estados de Derecho, como la libertad de empresa y la libertad de contratación. De ahí, que, tanto dentro de la óptica del pensamiento liberal como en la perspectiva del ideario socialista, hayan surgido voces que llaman la atención sobre el déficit de fundamentalidad que afecta a este derecho. Ver, por ejemplo, las reflexiones específicas de G. PECES-BARBA [«El socialismo y el derecho al trabajo», *Sistema*, 97 (julio 1990), pp. 9-10] o las más genéricas de R. ZINTL [«Neoliberalismo y Estado social», *Doxa*, 13 (1993), p. 40] y A. RUIZ MIGUEL [«Derechos liberales y derechos sociales», *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 658-659].

Creo, sin embargo, que, si se reconoce que la posibilidad de realización es elemento imprescindible de los derechos, habrá de ponerse sumo cuidado en determinar cuándo se está ante una verdadera imposibilidad radical y cuándo esa imposibilidad es sólo aparente por apoyarse en factores condicionantes que pueden ser modificados.

<sup>21</sup> Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en la Constitución española de 1978. En efecto, los constituyentes españoles de 1978 obviaron el reconocimiento explícito de los derechos económicos, sociales y culturales mediante una estratagema que, a pesar de las apariencias, no es meramente semántica: la reclusión de esos derechos dentro de la rúbrica de los «principios rectores de la política social y económica».



derechos del deseable respaldo institucional, ya que, si bien tales derechos han sido reconocidos a menudo mediante una proclamación explícita (aunque nunca tan minuciosa ni contundente como la de los derechos civiles y políticos), no han llegado a estar amparados ni siquiera por los débiles mecanismos de protección jurisdiccional que pueden aplicarse a la defensa de los derechos clásicos de la etapa liberal.

Ha de reconocerse, por tanto, que los derechos económicos, sociales y culturales tienen todavía un gran déficit de eficacia jurídica y que ese déficit se debe a que su ejercitabilidad está en una dependencia directa, no sólo de las concretas posibilidades reales de ejercicio y de protección jurisdiccional con que cuenten dentro de los correspondientes ordenamientos jurídicos positivos, sino también de las respectivas condiciones sociales, económicas y políticas de los pueblos y, consecuentemente, de las estructuras y acciones que determinan esas condiciones.

Con todo, estos derechos no pueden ser considerados como un instrumento totalmente inoperante desde el punto de vista jurídico. A pesar de la debilidad de su propia institucionalización jurídica y de las continuas obstrucciones que proyecta sobre su eficacia el sistema económico-social, esta categoría de derechos ha venido ganando lentamente terreno en el camino que conduce hacia una operatividad plena, tanto dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales como en el ámbito del derecho internacional o regional. Este dato permite abrigar la esperanza de que, en un próximo futuro, estos derechos culminarán su propia travesía del desierto y, al igual que ha sucedido con la mayor parte de los derechos civiles y políticos, llegarán a estar respaldados por una cobertura jurisdiccional satisfactoria <sup>22</sup>.

## 2. **Ámbito de la cobertura económica:**

Hoy se ha tomado ya conciencia de que el hecho de que los derechos económicos, sociales y culturales hayan sido recogidos en las «declaraciones» o «convenios» supraestatales, en las Constituciones o en otras normas del ordenamiento jurídico nacional o supranacional es solamente un punto de partida que no prejuzga sobre su posición real dentro del respectivo sistema social. En última instancia, si no existe una organización social y económica capaz de posibilitar su efectividad, el reconocimiento estatal o internacional actuaría en el vacío y las posiciones atribuidas a los sujetos carecerían de contenido real.

---

<sup>22</sup> No puede olvidarse que los derechos económicos, sociales y culturales son un elemento imprescindible para el desarrollo progresivo del Derecho, para la defensa de la dignidad humana y para la satisfacción de muchas de las necesidades básicas de los individuos. Entre tanto, mientras llega ese deseable momento, no puede perderse de vista que, aunque carezcan de la ejercitabilidad jurídica directa, estos derechos están actuando ya como valores o ideales que aceleran el cambio jurídico; son agentes intermediarios entre la fuerza transformadora del ideal y la vinculación realista de los ordenamientos jurídicos históricos.

Así pues, en relación con la efectiva realización de estos derechos, parece claro que ha de atribuirse a la cobertura económica tanta o más importancia que al reconocimiento político y a la formalización jurídica. Y esta conclusión ensombrece, sin duda, más aún su ya sobrio horizonte, dado que el logro de esa cobertura tropieza, al menos, con tres obstáculos importantes: el crecimiento de las necesidades, la escasez de los recursos y la impotencia de la acción estatal.

*a) El crecimiento de las necesidades:*

Desde el momento mismo de la aparición del ideario de los derechos humanos, el número de aspiraciones o necesidades que los hombres han considerado como núcleo determinante del reconocimiento de derechos ha ido incrementándose de forma incesante. Ahora bien, esta natural tendencia ha dado sin duda un salto cualitativo en la actualidad, merced al galopante avance del desarrollo tecnológico y de las consiguientes posibilidades de satisfacción de tales necesidades. Y, así, hoy, la vivencia de las necesidades individuales o colectivas que se considera que son acreedoras de satisfacción por parte del Estado tiene un alcance casi ilimitado, de modo que hay que prever que el número de esas necesidades seguirá creciendo sin cesar, hasta el punto de caminar siempre por delante de las soluciones aplicadas en cada momento.

*b) La escasez de los recursos:*

La creciente exigencia de soluciones choca frontalmente con la limitación de recursos disponibles. Y ese choque es inevitable, ya que, como se acaba de señalar, el crecimiento de las necesidades avanza más deprisa que las posibilidades reales de satisfacción. En efecto, los Estados se encuentran casi siempre con ingentes dificultades para disponer de recursos suficientes para cubrir las necesidades contra las que protegen los derechos económicos, sociales y culturales. Pero esa situación resulta realmente insuperable cuando va acompañada de circunstancias tan pertinaces como las actuales de la deflación económica, la consiguiente explosión del desempleo y el galopante envejecimiento de las poblaciones.

Resulta imprescindible, por tanto, que las sociedades se esfuercen en conseguir una adecuada utilización de las estructuras y de los instrumentos aptos para encontrar los recursos económicos necesarios. Ahora bien, esta empresa no resultará nada fácil, ya que, en la actualidad, los Estados se encuentran a menudo en situaciones en que ni siquiera pueden controlar esa utilización.

*c) La impotencia de la acción estatal:*

La incapacidad de las organizaciones estatales para hacer frente a las exigencias derivadas del reconocimiento de los derechos económi-

cos, sociales y culturales es puesta de manifiesto por múltiples signos, entre los que destacan en la actualidad la progresiva pérdida de protagonismo de los Estados nacionales, la consiguiente internacionalización de los problemas políticos y de la actividad económica y la secuela de constantes incorporaciones a las sociedades avanzadas de grandes masas de individuos, procedentes de sociedades subdesarrolladas, que carecen incluso de los bienes absolutamente primarios. Así, con frecuencia, la mayor parte de los factores que condicionan la realización efectiva de esos derechos sigue una dinámica controlada por centros de decisión independientes del propio Estado. Crecimiento económico sostenido, previsibilidad de los mercados financieros, estabilidad de precios, posibilidades de ocupación, normalidad del comercio internacional, disponibilidad de materias primas, desarrollo tecnológico, etc., dependen a menudo de fuerzas o poderes (nacionales o transnacionales) que actúan como «gobiernos paralelos supraestatales»<sup>23</sup>.

Así que es inevitable reconocer que, mientras que las organizaciones estatales encuentran relativamente fácil contribuir a la realización de los derechos civiles y políticos, tropiezan inevitablemente con grandes dificultades cuando intentan satisfacer las necesidades económicas, sociales o culturales de sus ciudadanos<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Por eso, se insiste también con frecuencia en que la efectividad de estos derechos dependerá finalmente de una amplia colaboración internacional que impulse la adopción de múltiples y variadas medidas complementarias (en la mayoría de los casos de carácter promocional) en todos los campos de la acción: político, jurídico, social, económico, cultural, sanitario, tecnológico, etc. En este sentido, suele señalarse que entre las condiciones básicas para la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en las sociedades subdesarrolladas, figuran la reforma profunda de la posesión y explotación de los medios de producción (sobre todo la tierra), la eliminación de las diferencias entre el sector rural y el sector urbano, la reforma y mejora del sistema educativo, el desarrollo del sistema sanitario y la implantación de unas relaciones sociales plenamente pacíficas. Y se señala también que las condiciones que configuran el tipo de la respectiva organización política son decisivas para el pleno disfrute de estos derechos (como lo son para el disfrute de todos los derechos humanos). Democracia, descentralización y participación popular en la planificación y el desarrollo son, pues, factores decisivos para el progresivo disfrute igualitario de los derechos.

<sup>24</sup> Y parece obligado reconocer también que será muy difícil que lleguen a ser eliminados a corto plazo los múltiples obstáculos y resistencias con que ha venido encontrándose desde su nacimiento la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de la estructura social, puesto que los mayores centros de riesgo siguen en pie o se han enquistado todavía más. En efecto, parece que en la actualidad sigue progresando y fortaleciéndose la concentración del poder económico en esos amplísimos centros de dominación (designados vulgarmente con el significativo nombre de «multinacionales») que originara el tránsito del capitalismo de libre competencia al capitalismo organizado, posibilitando la existencia de una especie de «gobierno supraestatal del dinero» y el consiguiente ejercicio de un creciente monopolio que escapa a cualquier tipo de control democrático. Y, por otra parte, ese monopolio se ve constantemente reforzado por el impresionante desarrollo de la tecnología industrial, que (en virtud del profundo desfase con que avanzan siempre las instituciones y garantías jurídicas, políticas y sociales) favorece la proliferación de un desalmado sistema de poderes tecnocrático-burocráticos mediante los que se somete a la gran mayoría de los hombres a una amplia servidumbre (puesto que la nueva organización y las máquinas en que se apoya son conocidas y controladas por un número reducido de sujetos de decisión).

### 3. Posibles vías de solución:

La situación, ciertamente preocupante, en que se encuentran las posibilidades de realización de los derechos económicos, sociales y culturales ha provocado que la doctrina haya comenzado a hablar de ciertas soluciones. Sin embargo, la mayoría de esas soluciones comporta un cierto grado de devaluación de estos derechos, como vamos a tener ocasión de comprobar a continuación. En efecto, entre esas soluciones, (aparte de la que propugna que no deben ser tratados en ningún caso como verdaderos derechos) destacan por su frecuencia estas tres: recorte en el número de prestaciones, rebaja del nivel de satisfacción de las necesidades o reducción del número de beneficiarios-titulares.

#### *a) Recorte de las prestaciones:*

No es infrecuente que, ante el conflicto entre los limitados recursos socioeconómicos disponibles y la plena satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, los estudiosos propongan como solución menos mala la reducción del número de necesidades amparadas por la asistencia estatal, de tal modo que sólo sean reconocidos como derechos las necesidades primarias <sup>25</sup>.

#### *b) Rebaja del nivel de calidad:*

La toma de conciencia del desajuste entre la cantidad de recursos disponibles y el cúmulo de necesidades amparadas por los derechos económicos, sociales y culturales ha alumbrado también propuestas de recorte generalizado del nivel de satisfacción de esas necesidades. Así que, ante la proclamada imposibilidad de que el Estado llegue a hacer frente con éxito a los gastos generados en la actualidad por la asistencia sanitaria, la cobertura del paro, el pago de pensiones o el mantenimiento de los servicios sociales adecuados, se apuesta por la solución de reducir la cantidad o la duración de las diversas prestaciones socia-

---

<sup>25</sup> Los defensores de esta solución se apoyan en la aceptación y defensa de ciertos postulados que, aun en el supuesto de que se reconozca su importancia, resultan difícilmente compartibles. Por ejemplo, el respeto del principio de la universalidad subjetiva de los derechos, la aplicación estricta (o casi estricta) del principio organizativo general de la igualdad, la defensa del principio de eficiencia o la consideración de que el mantenimiento generalizado de las prestaciones incide negativamente en el desarrollo económico y en el progreso de la sociedad, limitando considerablemente las perspectivas de bienestar de las generaciones futuras. En efecto, la solución a la que conduce la valoración de tales postulados tropieza frontalmente en la consideración de que, al defender un progresivo recorte igualador de las prestaciones que se supedita a las posibilidades del sistema económico, se está arrojando de nuevo la suerte de los ciudadanos socialmente más débiles a la cueva de los leones de la economía de mercado.

Parece, por tanto, que esta opción no puede ser reconocida como satisfactoria, en tanto no se demuestre que su entusiasta defensa de los principios de mérito y de responsabilidad social y la aplicación no discriminatoria que hace del principio de igualdad tienen a su favor mejores razones que las otras alternativas.

les, llegando incluso a propuestas de privatización parcial o total de alguna de ellas (caso de las pensiones de jubilación).

c) *Reducción del número de beneficiarios:*

Otra posible solución apuntada es la que propone la limitación del número de titulares-beneficiarios de los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que solamente queden amparados por ellos los sujetos sociales que carezcan de medios para hacer frente a sus necesidades por sí mismos. Esta solución intenta justificarse mediante el alegato de alguno o de varios de estos datos: el carácter limitado o restrictivo que estos derechos tuvieron en los primeros momentos de su génesis histórica, las exigencias que impone la realización social del principio de la igualdad material, la proyección del postulado de valoración preferente de los intereses de los ciudadanos más necesitados o los efectos de una exigible apuesta ética por la solidaridad. Sin embargo, resulta evidente que, tanto esas referencias como la salida o estrategia que apuntalan, ofrecen bastantes aspectos que, al ser susceptibles de debate, pierden gran parte de su inicial capacidad de convicción.

Con todo y a pesar de las manifiestas fallas de solidez que presentan las diferentes soluciones restrictivas que se proponen, es inevitable reconocer que existe cierta base para concluir que, dentro de un planteamiento realista, los derechos económicos, sociales y culturales no podrán ser actualmente efectivos más que dentro de un alcance bastante limitado. En efecto, parece que, hoy por hoy, sólo podrían realizarse plenamente si se atribuyeran a un número limitado de ciudadanos o si se restringiera su contenido a un nivel mínimo de satisfacción de la correspondiente necesidad; sin esta limitación en su generalidad, en el alcance de su proyección de cobertura o en ambas dimensiones a la vez, la eficacia jurídica y la operatividad real de estos derechos serán prácticamente imposibles de conseguir. Y, en consecuencia, las declaraciones de reconocimiento seguirán siendo proclamaciones retóricas carentes en gran medida de contenido porque, en cualquiera de los supuestos, resultará inevitable que su disfrute quede finalmente subordinado a la capacidad de respuesta del respectivo sistema social.

Ahora bien, esta constatación no tiene por qué constituirse en la última palabra de la lucha teórica y práctica por los derechos económicos, sociales y culturales. Necesitamos seguir alimentando la utopía; más aun, estamos obligados a hacerlo, ya que, en caso contrario, el gravoso y tozudo lastre de la realidad diaria impediría desplegar esas alas de ilusión que han sido siempre el vehículo que ha llevado a los hombres hasta la tierra prometida de su propia liberación.

# ¿Son los derechos humanos universales?

Por JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

## I. INTRODUCCIÓN. ACERCA DEL SIGNIFICADO DE UNIVERSALIDAD

La Comunidad Internacional celebra durante este año de 1998 el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La multitud de actos conmemorativos previstos, las adhesiones suscitadas, el altísimo grado de consenso alcanzado en torno a las proclamas realizadas con tal motivo, no deben ocultar las severas críticas lanzadas a la propia idea de una Declaración Universal de derechos humanos. Se discute su viabilidad (¿acaso es posible elaborar un texto jurídico-político que tenga validez –se entienda lo que se entienda por validez– en todo el mundo?, ¿cómo se puede garantizar tanto su universalidad de origen como su universalidad de destino?) y su deseabilidad (¿una Declaración de esas características no será una manifestación más de la tentación imperialista siempre presente en la filosofía occidental?). Dejemos de lado la incoherencia que pueda haber en festejar de manera militante el 50 aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos y al mismo tiempo negar la viabilidad o/y deseabilidad de una Declaración Universal <sup>1</sup>, y

---

<sup>1</sup> Si bien la coherencia es una virtud, en ocasiones la incoherencia puede ser socialmente beneficiosa; así, por ejemplo, cuando el resultado de una cierta incoherencia entre los postulados teóricos y el comportamiento práctico se concreta en un comportamiento moralmente correcto, como es el de apoyar la difusión y puesta en práctica de los principios y derechos recogidos en la Declaración Universal de derechos humanos.

analicemos en primer lugar el significado de la pregunta con la que he titulado este artículo: «¿Son los derechos humanos universales?».

Comenzaré apuntando algunas respuestas que me resultan insatisfactorias, pues considero que malinterpretan el significado del interrogante:

- los derechos humanos son universales puesto que están recogidos en un texto que goza de validez universal (pues ha sido ratificado por la práctica totalidad de los Estados);
- los derechos humanos no son universales pues en la elaboración de la Declaración de 1948 no participó un grupo importante de países de África y Asia;
- los derechos humanos no son universales pues su positivación se realiza en ordenamientos jurídicos nacionales y, en general, disfrutan de ellos sólo los nacionales de los respectivos países;
- los derechos humanos no son universales puesto que en una gran parte del mundo las violaciones de los derechos humanos son permanentes;
- los derechos humanos no son universales pues existen importantes comunidades a lo largo y ancho del planeta cuyas tradiciones culturales y políticas son ajenas a –cuando no incompatibles con– la noción misma de derechos humanos.

Entender cabalmente la pregunta que me estoy haciendo requiere alguna explicación previa. En primer lugar, el contexto en el que se desarrolla esta reflexión –y en el que se plantea la pregunta– es un contexto pre-jurídico. No nos vamos a mover en el campo del Derecho positivo –ni nacional ni internacional–, sino en el terreno de la filosofía moral. Vamos a hablar de los derechos humanos como teoría de la justicia, como propuesta ideal de organización social y política. El ámbito de los derechos humanos es el de la ética. En segundo lugar, esta aproximación filosófica al tema de los derechos humanos debe partir de la aceptación de la existencia de diferentes concepciones morales y políticas. El enorme prestigio que el rótulo «derechos humanos» tiene hoy, tanto en la comunidad académica –ciertamente con algún matiz– como en la política –probablemente también con algún otro–, no debe hacernos olvidar que existen diferentes concepciones de la justicia, que hay diferentes maneras de responder a las preguntas «¿qué es justo?», «¿cuáles son los pilares en los que debemos edificar la convivencia social?». Una de las respuestas a esos interrogantes es la que sostiene que los derechos humanos deben ser el núcleo esencial de cualquier modelo de organización social aceptable; pero, repito, hay otras respuestas.

En consecuencia, preguntarse por la universalidad de los derechos humanos es plantearse en primer lugar, la posibilidad y deseabilidad de elaborar un paradigma moral universal y en segundo lugar, si ese paradigma puede descansar en la noción de derechos humanos.

(i) Entiendo por elaborar un paradigma moral universal, establecer un sistema de moralidad crítica válido en todo el mundo, donde se establezca de manera universal cuáles son los bienes de los que todos los seres humanos deben disfrutar, cuáles los derechos de los que deben gozar, cuáles las obligaciones que deben cumplir, y cuáles los objetivos que deben perseguir. La validez de ese *standard* moral universal se concretaría, por un lado, en su papel como criterio guía de la actuación de la Comunidad Internacional, y por otro, en su carácter de referencia inexcusable para todos los Estados nacionales, los cuales deberían incorporarlo a los respectivos Derechos internos.

En relación con el modo de elaboración de ese *standard* moral de validez universal, me limitaré a indicar que no entiendo que se trate de hallar elementos realmente presentes en todas las comunidades y culturas, ni de descubrir presuntas esencias de la naturaleza humana, de las que pudieran predicarse las notas de verdad, inmutabilidad y universalidad. Tampoco se trata de alcanzar un acuerdo universal real entre todos los seres humanos acerca de cuál ha de ser el contenido de esa moralidad crítica. La validez –y la universalidad– de ese *standard* dependerá de que sea susceptible de lograr en torno a él el consenso de todos los participantes en un diálogo ideal en el que dichos participantes reúnen unos requisitos y respetan unas reglas dadas. Podemos decir, en este sentido, que entiendo la universalidad de este *standard* moral como «aceptabilidad, posibilidad de aceptación por todos de esos criterios, *tras ser argumentados*»<sup>2</sup>.

(ii) Una vez analizado el problema de la posibilidad y deseabilidad de elaborar una moralidad crítica universal, deberíamos plantearnos si los derechos humanos pueden constituir la piedra angular del tantas veces citado paradigma moral universal, si esa moralidad crítica puede descansar en la idea de que los seres humanos –los individuos<sup>3</sup>– tienen determinados derechos de extraordinaria importancia que la Comunidad Internacional y los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales deben garantizarles. He señalado anteriormente que los derechos humanos son una entre muchas concepciones de la justicia. No me parece éste el lugar adecuado para analizar las notas básicas de las concepciones de la justicia basadas en derechos, ni las diferencias existentes entre las diferentes éticas normativas. Permítaseme que dé por argumentado que las teorías de los derechos humanos son las que lograrían más fácilmente su aceptación por par-

<sup>2</sup> Javier de Lucas, «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural», en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación, género, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, citada, pp. 15-39. La cita es de la p. 37. Insisto en que el ‘todos’ no debe ser entendido como todos los seres humanos de carne y hueso realmente existentes, sino como todos los potenciales participantes en un tipo ideal de discurso. Si no le interpreto mal, eso mismo está diciendo De Lucas con la expresión «*tras ser argumentados*».

<sup>3</sup> Considero que una de las notas de las concepciones de la justicia basadas en derechos es su individualismo, que se traducirá en la negativa a aceptar la existencia de derechos humanos colectivos. Más adelante volveré a referirme a esta cuestión.



te de todos los participantes en un debate –tenga éste la dimensión espacio-temporal que tenga– que hubieran asumido que todos los seres humanos son agentes morales racionales, que hubieran partido de la noción de necesidades humanas básicas como un dato fáctico de carácter universal, y que hubieran aceptado determinadas reglas de la racionalidad y del discurso. Debo recordar que el objetivo de este artículo no es tanto justificar los derechos humanos, como justificar su universalidad. Aunque ambas cuestiones están estrechamente vinculadas, me voy a centrar en la segunda, considerando resuelta la primera. Además, como veremos más adelante, muchos de los impugnadores de la universalidad de los derechos humanos, no quieren llevar su crítica a la misma noción de derechos humanos –lo cual es dudosamente viable–. Éstos constituirían –desde ese punto de vista– una buena respuesta a los problemas relacionados con la convivencia humana en sociedad, pero con un ámbito de validez reducido, que no abarcaría a toda la humanidad.

Esto supuesto, podríamos reformular la pregunta que nos interesa en los siguientes términos: ¿pueden los derechos básicos de los individuos convertirse en el elemento esencial de una concepción moral de validez universal –‘aceptable’ universalmente– que guiara la actuación de la Comunidad Internacional, y se convirtiera en referencia inexcusable para todos los Estados nacionales, los cuales deberían incorporar dichos derechos a los respectivos Ordenamientos internos? Responder afirmativamente a esta pregunta es defender la universalidad de los derechos humanos, o lo que es lo mismo, que todos los seres humanos son titulares de los derechos proclamados en ese sistema normativo moral crítico. Responderla negativamente es negar tal universalidad y por lo tanto asumir una validez espacio-temporal limitada para las teorías de los derechos humanos, y en definitiva, sostener que no todos los seres humanos son titulares de derechos humanos<sup>4</sup>.

Planteada así la cuestión, sólo me resta en este primer apartado destacar la relevancia tanto desde una perspectiva teórica como en la práctica de las relaciones internacionales, del debate sobre la universalidad de los derechos humanos. En efecto, y por lo que al ámbito teórico se refiere, tengo la impresión de que una de las cuestiones capitales de la filosofía moral y política de los pasados y de los próximos lustros gira

---

<sup>4</sup> Apuntaba anteriormente que me parecía poco factible limitar las críticas a las teorías de los derechos humanos, a uno de sus rasgos característicos, la universalidad. En este mismo sentido, afirmar que sólo determinados seres humanos son titulares de derechos humanos es algo que suena contradictorio. Por ello, creo que Martin Kriele tiene razón cuando afirma que «si nos referimos con la expresión ‘derechos del hombre’ a aquellos derechos que pertenecen al hombre en virtud del hecho de ser hombre, no podemos en consecuencia excluir de estos derechos a ningún hombre o ningún grupo de hombres. Está implícito en el concepto de ‘derechos del hombre’ que o los concebimos como universales o no podemos entenderlos en absoluto. Contestar, en efecto, la universalidad de los derechos del hombre, significa contestar los derechos del hombre *tout court*», «L’universalità dei diritti dell’uomo», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1992, 1, pp. 3-26. La cita es de la p. 3.

en torno a la noción de «universalidad». Ciertamente, durante las dos últimas décadas, y en gran medida debido a la difusión de los planteamientos denominados «comunitaristas», se ha propiciado un debate sobre el ideal universalista y cosmopolita característico de los planteamientos ilustrados, ideal que ha encontrado en las éticas de los derechos humanos una de sus expresiones paradigmáticas.

Aunque es frecuente escuchar en ambientes académicos, políticos y culturales que en los albores del siglo XXI, y ante el fenómeno de la globalización económica, la humanidad se ve amenazada por un universalismo esterilizador que todo lo uniformiza, coincido con Giacomo Marramao cuando afirma que «hace tiempo que la flecha indica un camino diametralmente opuesto al del universalismo». En efecto, tal y como continúa diciendo Marramao, «la tempestad que amenaza a este fin de siglo es la rebelión cada vez más intensa y más extensa de las *políticas de la diferencia* reivindicadas por distintos grupos frente al modelo universalista occidental»<sup>5</sup>.

Fernando Savater<sup>6</sup> ha presentado este debate en los siguientes términos: por un lado, los defensores de la universalidad sostienen que nos encontramos ante un rasgo distintivo de cualquier proyecto ético digno de consideración y ante un ideal de alcance político que debería orientar a cuantos apetecen el definitivo cumplimiento de la modernidad ilustrada. Por su parte, los adversarios de la universalidad, apunta Savater, critican su ineludible dimensión esterilizadora de la ética, consecuencia de su pecado de abstracción, y ven en ella una coartada de las ambiciones imperialistas de naciones plutócratas, revestidas de una cultura utilitaria de consecuencias uniformizadoras; en definitiva, ven en ella un peligro para la diversidad y la pluralidad de identidades culturales. Como ha señalado Marramao, «(para estos auténticos *fundamentalismos indígenas* de Occidente) las instituciones del universalismo representan el reino del 'gran frío' (del *Big Chill*) por estar irremediabilmente marcadas por una *indiferencia* fisiológica frente a las diferentes 'políticas del reconocimiento' perseguidas por múltiples 'comunidades'...»<sup>7</sup>.

Cabe plantearse esta misma cuestión de otro modo<sup>8</sup>, en el que –creo– se intuye una respuesta diferente a la que –creo– se vislumbra en el planteamiento de Savater. Así se dice que nuestro planeta se ha quedado pequeño, que pertenecemos todos a un único '*world system*'. Y por otro lado, podemos constatar que las sociedades humanas, a lo largo de la historia, han desarrollado diferentes concepciones cultura-

<sup>5</sup> «Universalismo y políticas de la diferencia. La democracia como comunidad paradójica», en Salvador GINER y Ricardo SCARTEZZINI (eds.), *Universalidad y diferencia*, Alianza Universidad, Madrid, 1996, pp. 81-96. Las citas son de la p. 85. Ésta es la tesis central del libro de Juan José SEBRELI, *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*, Ariel, Barcelona, 1992.

<sup>6</sup> «La universalidad y sus enemigos», *Claves de la razón práctica*, núm. 49, 1995, pp. 10-19.

<sup>7</sup> Obra citada, p. 85.

<sup>8</sup> Por ejemplo, Marcelo DASCAL, «Diversidad cultural y práctica educacional», en *Ética y diversidad cultural*, León OLIVÉ (comp.), F. C. E., México, 1993, pp. 229-252.

les, diferentes concepciones del buen vivir. La globalización que caracteriza este fin de milenio tiende a traducirse en la imposición de un único conjunto de valores, y se convierte en una amenaza para la diversidad cultural, moral y política. Por ello, al abordar la cuestión de la diversidad cultural desde una perspectiva ético-política, tenemos que enfrentarnos a este dilema:

«¿Acaso existe, efectivamente, una única forma básica de buen vivir que, *de jure*, puede imponerse por lo tanto a todos los hombres, o es que puede haber diversas formas, igualmente básicas y legítimas, pero radicalmente distintas, de buen vivir? Si se elige la primera opción, hay que preguntarse además: ¿Acaso disponemos de los medios para conocer objetivamente esos principios ético-políticos universales?, ¿cuál es su contenido?, ¿cómo se pueden aplicar? Si se elige la segunda, las preguntas clave son: ¿Cómo puede conservarse en nuestro planeta chico, y en las condiciones de masificación predominantes en él, la pluralidad de formas de vida que la historia nos ha legado?, ¿cómo pueden coexistir esas formas diversas bajo la presión aplastante de las fuerzas que han transformado el planeta en un 'world system'»<sup>9</sup>.

La discusión no es meramente académica; ha salido de los foros universitarios y está presente en los debates que tienen lugar en la inmensa mayoría de las tribunas públicas. La más o menos apocalíptica tesis de Samuel Huntington sobre el choque de civilizaciones<sup>10</sup>, sin duda ha contribuido a popularizar este debate, necesario no sólo como consecuencia de la fuerza de los fundamentalismos religiosos o de los imparable movimientos migratorios. El renacimiento de la antropología, el auge de la filosofía comunitarista, la toma de conciencia de muchas comunidades indígenas de la discriminación que padecían y de la necesidad de reivindicar un lugar en el concierto internacional, y el intento de diferentes concepciones filosóficas y religiosas –inicialmente ajenas a la concepción liberal de los derechos humanos– por mostrar una construcción original y propia de la idea de derechos humanos, han empujado la flecha de la que antes hablaba Marramao en dirección opuesta al universalismo.

Ciertamente, por un lado, asistimos a un auge de los relativismos culturales, que, llevados a sus últimas consecuencias, pueden conducir a negar la posibilidad de elaborar teorías morales válidas más allá de los estrechos límites de las presuntas colectividades culturales, e incluso de discutir racionalmente acerca de cuestiones morales, al sostener algo parecido a la inconmensurabilidad de las costumbres morales. Asimismo, esta relativización y contextualización de la ética y de la justicia, unidas a un malentendido concepto de tolerancia, que nos obligaría a respetar acríticamente cualquier otro plantea-

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>10</sup> *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, traducción de José Pedro Tosaus, Barcelona, Paidós, 1997.

miento, está conduciendo a un excesivo culto a la diferencia y a poner el énfasis en las peculiaridades de cada cultura, considerando como moralmente aceptables comportamientos y actitudes que –olvidando este debate– nunca hubiéramos dudado en considerar merecedores de crítica. Por último, la toma de conciencia por parte de la Comunidad Internacional de la explotación a la que muchos pueblos han sido sometidos, ha conducido a la reivindicación de un conjunto de derechos colectivos o derechos de los pueblos –a la autodeterminación, a la identidad cultural...–, que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto con determinados derechos de los individuos, y que, además, pueden constituirse en obstáculo insalvable para ese objetivo de elaborar un código moral universal. Sobre estas cuestiones volveré más adelante.

Decía anteriormente que el debate ha salido de los foros académicos y tiene una innegable relevancia práctica. Quizá uno de los foros recientes más relevantes donde se evidenció la importancia y profundidad del debate en torno a la universalidad, fue la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Viena entre el 14 y el 25 de junio de 1993. En efecto, en ella quedaron de manifiesto las importantes disensiones existentes en el seno de la Comunidad Internacional a la hora de formular un texto de derechos humanos de carácter universal (o lo que es lo mismo, a la hora de proclamar los derechos humanos como derechos universales), así como las profundas críticas dirigidas en nombre del relativismo cultural a la Declaración Universal de derechos humanos de 1948. Es verdad que en la Declaración final de la Conferencia de Viena la consideración de los derechos humanos como derechos universales sigue ocupando un lugar preferente, pero ello no debe hacernos olvidar ni las graves dificultades surgidas en ese punto, ni algunos de los planteamientos que se plasmaron en algunas de las Declaraciones regionales preparatorias de la Conferencia de Viena <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas convocó en 1990 una Conferencia Mundial de Derechos Humanos a celebrarse en Viena en 1993. Véase *Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, Junio, 1993*, Naciones Unidas, Nueva York, 1993.

El proceso preparatorio de la misma incluyó tres reuniones regionales (Estados de África, Estados de Latinoamérica y Caribe, y Estados asiáticos y del Pacífico), así como una reunión de los Estados miembros de la Conferencia Islámica. Como resultado de esas reuniones se aprobaron cuatro Declaraciones que reflejan paradigmáticamente las peculiaridades culturales, políticas y económicas de sus respectivos Estados signatarios, así como sus diferentes planteamientos en relación con los derechos humanos:

- Declaración de Túnez (2-6 de noviembre de 1992).
- Declaración de San José (18-22 de enero de 1993).
- Declaración de Bangkok (29 de marzo-2 de abril de 1993).
- Declaración de El Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam (5 de agosto de 1990).

He analizado la aproximación que en estas Declaraciones y en la propia Conferencia de Viena se hace al problema de la universalidad de los derechos, en «Derechos humanos: universalidad y relativismo cultural», *Libro Homenaje a la Corte Interamericana de derechos humanos*, San José, 1994, pp. 209-222.

Asimismo, me parece digno de mención el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas presentado el 20 de abril de 1994, donde si bien sigue habiendo alguna referencia a los derechos humanos como límite a las costumbres, tradiciones y estructuras institucionales de los pueblos indígenas, lo cierto es que dicho Proyecto enfatiza mucho más el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y al respeto de sus tradiciones y estructuras institucionales <sup>12</sup>.

## II. LAS CRÍTICAS A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Apuntaba anteriormente que la pregunta que estoy intentando responder en este trabajo es de una extraordinaria fecundidad pues abarca un conjunto de cuestiones que han estado en el centro de las preocupaciones de diferentes corrientes de pensamiento en los últimos años <sup>13</sup>. Así, por ejemplo, desde determinados planteamientos antropológicos se ha insistido en la inconmensurabilidad de las culturas, en la imposibilidad, por tanto, de evaluar su mayor o menor corrección moral, e incluso de buscar lugares de encuentro para dialogar –y eventualmente alcanzar acuerdos– sobre las diferentes nociones de lo que es justo e injusto <sup>14</sup>. Muy vinculados a estos planteamientos antropoló-

<sup>12</sup> Son especialmente ilustrativos los artículos 3, 4 y 33, que dicen así:

Artículo 3: «Los pueblos indígenas tienen el derecho a la autodeterminación. En virtud de ese derecho, son libres para determinar su estatuto político y promover libremente su desarrollo económico, social y cultural».

Artículo 4: «Los pueblos indígenas tienen el derecho a conservar y reforzar sus sistemas jurídicos conservando al mismo tiempo sus derechos a participar plenamente, si así lo eligen, en la vida política, económica, social y cultural del Estado».

Artículo 33: «Los pueblos indígenas tienen el derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres jurídicas distintivas, tradiciones, procedimientos y prácticas, de acuerdo con las pautas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

<sup>13</sup> Un buen ejemplo de la pluralidad de cuestiones presentes en el debate sobre la «universalidad» se encuentra en el volumen *Universalidad y diferencia*, de GINER y SCARTEZZINI, citado, donde se recogen aportaciones de sociólogos, politólogos, filósofos morales y políticos, antropólogos, epistemólogos y especialistas en relaciones internacionales. Asimismo, son muy ilustrativos de las diferentes cuestiones presentes en este debate el libro *Ética y diversidad cultural*, citado, y el núm. 31 (1994) de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, dedicado a *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación, género*.

<sup>14</sup> Véase Juan José SEBRELI, *El asedio a la modernidad. Crítica del relativismo cultural*, citada, concretamente el apartado «La antropología contra el universalismo» (pp. 47-53), donde afirma lo siguiente: «Si la antropología culturalista liberó al hombre del fatalismo religioso y a la vez del determinismo biológico, en cambio lo convierte en un producto pasivo de la cultura, a la cual debe obedecer sumisamente porque sin ella no es nada; la libertad y el individuo desaparecen por igual. La virtud misma de la antropología, observar las diferencias existentes entre los distintos pueblos, se convierte en la causa de sus defectos, la inclinación al particularismo universalista, al relativismo cultural. La

gicos, se encuentran las tesis indigenistas que ven en las aproximaciones universalistas un intento de perpetuar la situación de marginación en la que se encuentran las Comunidades Indígenas. Dichas concepciones universalistas, al cuestionar la validez de las costumbres y nociones morales indígenas incompatibles con aquéllas, son concebidas por estas aproximaciones como negadoras de su propia esencia y como una nueva manera de impedir la emancipación y la presencia en igualdad de condiciones de las citadas Comunidades Indígenas en la Comunidad Internacional. Por su parte, las teorías comunitaristas al reivindicar la contextualización de la ética y la necesaria dimensión social de la propia identidad individual, han denunciado la imposibilidad de elaborar un código moral universal que descansa en una noción de individuo descarnado, sin raíces. Por último, desde planteamientos morales, religiosos y filosóficos lejanos de la filosofía moral ilustrada, se han reivindicado concepciones alternativas de los derechos humanos, que si bien compartirían con la concepción liberal, una inicial preocupación por la dignidad humana, descansarían en principios y se concretarían en catálogos de derechos y deberes sustancialmente diferentes.

Podemos resumir las críticas que se han esgrimido en contra de la universalidad de los derechos humanos del siguiente modo:

A) No respeta la pluralidad moral y cultural existente en el planeta, supone una actitud incompatible con la tolerancia preconizada por la propia ética liberal, y refleja una tentación imperialista muy presente en occidente.

B) La segunda gran crítica que se dirige al universalismo tiene dos objetivos: la noción de individuo como agente moral racional y la creencia en la posibilidad de construir mediante la razón y el diálogo con los demás individuos-agentes morales racionales un código moral *ex novo* válido para todos los potenciales participantes en ese diálogo, es decir, la humanidad entera.

C) Descansa en una concepción individualista que olvida la dimensión colectiva, los vínculos comunitarios, en la noción de individuo, y en consecuencia no otorga relevancia al tercer elemento de la trilogía revolucionaria de 1789 –la fraternidad–, y niega la existencia de derechos de carácter colectivo.

---

constatación de la existencia de distintas culturas la lleva a deducir que todas son igualmente válidas y que el antropólogo debe mantener ante ellas una total neutralidad valorativa, pues no existe ninguna ética desde la cual juzgarlas» (p. 48).

Éste es precisamente el planteamiento del artículo de Guillermo BONFIL BATALLA, «Implicaciones éticas del sistema de control cultural» en *Ética y diversidad cultural*, citada, pp. 195-204. En ese mismo volumen se recogen otras aportaciones desde la antropología, no siempre coincidentes con el planteamiento que aquí critico. Véase, por ejemplo, Esteban KROTZ, «Visiones alteradas: ensayo sobre vínculos entre aspectos éticos y cognitivos en las ciencias antropológicas» (pp. 205-228). Por su parte, Ernesto GARZÓN VALDÉS ha analizado críticamente las tesis anti-universalistas de origen antropológico en su contribución al libro de referencia, «El problema ético de las minorías étnicas», pp. 31-57, concretamente en las pp. 32 y ss.

2.1. En primer lugar, se dice, que la mera pretensión de elaborar una Declaración Universal de derechos humanos resulta incompatible con la pluralidad moral y cultural existente en el planeta, contradice la defensa de la tolerancia preconizada por la propia ética liberal, y refleja una tentación imperialista muy presente en la cultura occidental.

Si nos planteáramos esta crítica tomando en consideración solamente individuos, difícilmente dedicaríamos más de cinco segundos a rebatirla. Obviamente, el papel de la ética normativa es limitar la pluralidad moral, es precisar de entre las múltiples concepciones morales existentes, cuáles son aceptables y cuáles no, qué planes de vida son correctos y cuáles deben ser prohibidos. Cualquier persona que se embarque por las procelosas aguas de la ética, sabe que una de sus misiones es desterrar del mundo de lo correcto determinados planteamientos, y en ese sentido, limitar la pluralidad moral presumiblemente existente. Sabe igualmente que, actuando de ese modo, no está violando las exigencias de la tolerancia, pues «tolerar no es suspender nuestro juicio acerca de creencias y conductas, sino renunciar a utilizarlo como fundamento de persecución»<sup>15</sup>. Y del mismo modo sabe que su comportamiento no puede ser considerado imperialista, pues no intenta imponer coactivamente una determinada concepción del bien, sino simplemente determinar –tras la adopción de un punto de vista caracterizado por las notas de universalidad e imparcialidad y respetando determinadas reglas– cuáles son los bienes más valiosos de los que debemos gozar y las reglas que deben regir nuestra convivencia en aras de permitir alcanzar a los individuos esos bienes valiosos. O negamos la misma posibilidad del discurso ético (por ser intrínsecamente limitador de la diversidad moral, ‘intolerante’ e ‘imperialista’), o descartamos que el discurso ético sea necesariamente perverso, aceptando su carácter intrínsecamente limitador de la diversidad moral, ‘intolerante’ e ‘imperialista’.

Sin embargo, cuando la crítica anterior toma como punto de partida no individuos sino comunidades, el problema adquiere otro cariz. Si bien nadie en España dudaría en considerar moralmente incorrecta la mutilación sexual realizada contra su voluntad por terceros a una ciudadana española, cuando nos encontramos con sociedades en las que dicha práctica es hábito (cuando no regla), algunas voces se alzan contra la posibilidad misma de criticar dicha conducta, pues la mera crítica –se dice– respondería a un intento de imponer una determinada concepción del bien y de poner fin a una determinada práctica cultural (y por ende moral) con el consiguiente ataque a la dignidad de los afectados y empobrecimiento del patrimonio moral y cultural de la humanidad.

Dicho modo de razonar descansa en un conjunto de confusiones<sup>16</sup> y lugares comunes que no por extendidas dejan de ser preocupantes:

<sup>15</sup> Fernando SAVATER, «La tolerancia, institución pública, virtud privada», *Claves de la razón práctica*, núm. 5, 1990, p. 30.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, «Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural», en *Claves de la razón práctica*, núm. 74, 1997, pp. 10-23.

a) En primer lugar, la confusión entre, por un lado, relativismo sociológico o descriptivo (en adelante, relativismo cultural), por otro, relativismo normativo, y por último, relativismo metaético o escepticismo ético<sup>17</sup>. Dicho con otras palabras, la constatación de la existencia de diferentes culturas y diversas concepciones morales no implica ni que todas ofrezcan respuestas igualmente válidas para los diferentes problemas morales, ni que todas ellas sean inconmensurables, siendo imposible, por tanto, la elaboración de un discurso moral que trascienda las barreras de las diferentes comunidades, pues la comunicación en este terreno no sería viable. Constatar que el adulterio puede en una comunidad ser castigado con la lapidación, en otra ser concebido como un comportamiento inmoral jurídicamente no sancionable, y, en otra tercera, ser motivo de elogio, no implica necesariamente ni que las tres sociedades hayan abordado de manera igualmente satisfactoria la cuestión del adulterio, ni que sea imposible –ni indeseable– intentar alcanzar un acuerdo entre las tres comunidades acerca de la valoración moral –y del tratamiento jurídico– más adecuados en relación con el adulterio (no sólo porque eventualmente pudiera haber matrimonios mixtos).

b) En segundo lugar, la confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral. A veces se dice que la pluralidad cultural y moral es un bien que debemos conservar. Si con ello se quiere decir que hay que evitar la imposición coactiva de modelos de conducta que violen la autonomía individual, nada parece más coherente con los principios morales en los que quiero hacer descansar mi argumentación en este artículo, que la defensa del pluralismo así concebido<sup>18</sup>. Sin embargo, en ocasiones se invoca dicha pluralidad cultural como límite al discurso moral y como justificación absoluta de toda tradición, cultura y concepción moral. Y eso como ha señalado Garzón<sup>19</sup> es un error por diferentes razones: primero, porque no hay que confundir punto de vista cultural y punto de vista moral; segundo, porque del mero existir no puede derivarse valor ético; y tercero, porque niega a la moral su función primordial, al inmunizar a toda cultura frente a todo tipo de crítica moral (tanto externa como interna) y derivar que todo comportamiento estaría moralmente permitido (negándose así carácter prescriptivo a la moral).

Ciertamente la pluralidad moral de formas de vida y de concepciones del bien es un bien –permítaseme la redundancia– cuando es el fruto de la elección autónoma de planes de vida por parte de individuos; pero derivar de ahí que toda pluralidad de formas de vida –incluso cuando éstas son definidas colectivamente y sin la participación de los individuos en el diseño de las mismas– es moralmente valiosa y debe ser preservada, es simplemente erróneo.

<sup>17</sup> Utilizo estos términos tal y como los emplea Carlos Santiago NINO, en *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, capítulo 2, «El escepticismo ético», pp. 55 y ss.

<sup>18</sup> No entro a analizar los casos en los que la adopción de medidas paternalistas pudiera estar justificada.

<sup>19</sup> «Cinco confusiones...», citada, pp. 12 y 13.



c) En tercer lugar, la confusión entre relativismo cultural y tolerancia, confusión que está estrechamente vinculada a las dos anteriores. En efecto, el razonamiento sería más o menos el siguiente: en primer lugar, de la existencia de varias concepciones morales, se deduce la existencia de varias respuestas igualmente válidas a los diferentes problemas morales, así como la inconmensurabilidad de las mismas; en segundo lugar, se defiende el valor moral de la diversidad moral existente; y por último, se proclama un principio universal de tolerancia que descansaría en dos pilares: el pluralismo moral y cultural realmente existente, y el escepticismo ético que nos impide evaluar comportamientos, culturas y tradiciones.

Esta confusión nos remite a Locke y a la vieja discusión sobre la vinculación existente entre la tolerancia y una actitud escéptica y antidogmática que nos impide conocer verdades religiosas y morales y que promueve una actitud 'liberal' y respetuosa frente a cualquier creencia diferente e incluso contradictoria. La imposibilidad de justificar la tolerancia desde el escepticismo ha sido suficientemente puesta de relieve por autores como Garzón<sup>20</sup>, Nino<sup>21</sup> o Páramo<sup>22</sup>. En efecto, por un lado, el escepticismo –por definición– no puede ofrecer razones en defensa de la tolerancia (como no puede ofrecerlas en favor de la igualdad de derechos entre mujeres y varones, por ejemplo); y por otro, la consideración de la tolerancia como un valor se inserta necesariamente en una concepción moral determinada que obliga a ser intolerante en determinadas circunstancias, siendo la noción de derechos humanos el elemento definitivo en la fijación de las circunstancias en las que debemos ser intolerantes; en este sentido, se ha dicho que «... la intolerancia no sólo no sería la negación interna de la tolerancia sino una condición *sine qua non* de esta última»<sup>23</sup>, quedando en evidencia la inexistencia de conexión lógica alguna entre el relativismo cultural y la tolerancia: ni de la constatación de la diversidad cultural se deduce el valor moral de la tolerancia, ni de la defensa de la tolerancia se deriva el necesario respeto de toda costumbre o tradición; o ¿acaso deberíamos tolerar las tradiciones que son intolerantes con los tolerantes?, o ¿las que implican violaciones de los derechos humanos?

d) En cuarto lugar, la confusión entre abstracción y desprecio por lo particular. Es habitual denunciar las pretensiones universalistas de las éticas ilustradas en general, y de las concepciones de los derechos humanos en particular, por su carácter abstracto que implicaría olvidar datos concretos de la realidad y pasar por alto las peculiaridades culturales de las diferentes comunidades, propiciando una uniformización inaceptable de las normas que regulan el comportamiento de todos los seres humanos. Ernesto Garzón ha argumentado convincentemente

<sup>20</sup> Además de «Cinco confusiones...», citada, pp. 10-12, véase «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», *Claves de la razón práctica*, núm. 19, 1993, pp. 16-23.

<sup>21</sup> *Ética y derechos humanos*, obra citada, pp. 53 y ss.

<sup>22</sup> *Tolerancia y liberalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>23</sup> GARZÓN, «No pongas tus sucias manos...», citada, p. 22.

cuestionando que la aceptación de principios éticos universales implique necesariamente pasar por alto la diversidad cultural realmente existente <sup>24</sup>. Siguiendo la distinción propuesta por Onora O'Neill <sup>25</sup> entre abstracción (omisión selectiva, dejar de lado algunos predicados de descripciones y teorías) e idealización (adición selectiva de características que pueden perfectamente faltar en los agentes reales), concluye que la abstracción es indispensable para todo razonamiento lógico o científico y no es en modo alguno patrimonio exclusivo de las posiciones éticas universalistas, por lo que el argumento de la abstracción no es bueno para combatir la pretensión de formular principios éticos con pretensión de universalidad ni para denunciar un supuesto desprecio universalista por lo particular.

Además, el universalismo lejos de responder a una tentación etnocéntrica con vocación imperialista, es su superación. En la medida en que el objetivo de las éticas ilustradas es formular principios morales de validez universal compartidos por los miembros de diferentes comunidades, la diversidad cultural es un dato de la realidad que los universalistas no pueden soslayar, es el punto de partida necesario de cualquier construcción universalista. Ciertamente, como luego veremos, las éticas ilustradas no asumen esa diversidad cultural como un dato intocable, niegan el carácter sacrosanto de cualesquiera formas de vida colectiva, y preconizan tanto la necesidad de analizarlas críticamente, como el diálogo con otras culturas, en definitiva, la apertura al 'otro'. Por ello, parece más indicado reservar el calificativo 'etnocéntrico' a aquellos planteamientos relativistas que al considerar toda comunidad cultural igualmente representativa y valiosa, niegan la viabilidad de todo tipo de prescriptivismo moral, identifican lo moralmente correcto con lo habitual, y favorecen la incomunicación y el aislacionismo moral.

Una característica básica de las éticas ilustradas, sobre la que volveré más adelante, es su individualismo. De ahí que difícilmente pueda afirmarse que la uniformización moral, la formulación de una única concepción del bien, o la fijación de un único modelo de ciudadano virtuoso, se encuentren entre los objetivos de las éticas ilustradas. Por el contrario, éstas más bien persiguen la emancipación individual –obviamente también de las creencias y dependencias colectivas–, o lo que es lo mismo, la autodeterminación de los seres humanos –permitirles ser dueños de su destino–, la elección autónoma por parte de los individuos de su plan de vida; y por ello promueven un acuerdo universal sobre las reglas que permitan perseguir a los individuos –a todos los individuos– su concepción del bien y garantizarles la satisfacción de las necesidades y el disfrute de los bienes, sin los cuales esa autodeterminación individual sería una quimera. Por lo tanto, lejos de conducir a la uniformización esterilizadora, las éticas universalistas implican una extraordinaria aceptación de particularismos, pues frente a otros plan-

<sup>24</sup> «El problema ético de las minorías étnicas», citado, pp. 36 y ss.

<sup>25</sup> «Ethical reasoning and ideological pluralism», en *Ethics*, vol. 98, 4, 1988.

teamientos que persiguen la promoción universal de las totalidades, del *holón*, fomentan lo individual, lo singular, la diferencia <sup>26</sup>.

Entiendo no sólo más justo, sino también más rico y más plural, el mundo propuesto por las éticas universalistas que el mundo propuesto por los planteamientos relativistas, los cuales a fuer de defender a las colectividades existentes y a propiciar una gran cohesión entre ellas, acaban escindiendo más y más a la humanidad, y en definitiva, favoreciendo un planeta que se parecería mucho más a un museo de antigüedades sociales y culturales que a un espacio plural, rico y dinámico. Frente al pluralismo característico del universalismo, el relativismo se caracteriza por un monismo plural, pero monismo al fin y al cabo. En este sentido, me parecen que las siguientes palabras de Bhikhu Parekh referidas a Isaiah Berlin definen perfectamente el modelo relativista:

«Su pluralismo carece de apertura, no permite un diálogo entre los valores en competencia y no es realmente tal pluralismo, sino un monismo plural. Su mundo moral y político queda nítidamente desnudado en una serie de islas cerradas y monádicas, dominada cada una por su correspondiente absoluto» <sup>27</sup>.

e) En quinto lugar, la confusión entre perspectiva civilizadora e imperialismo. Los planteamientos universalistas suelen ser criticados por su presunto interés en imponer una determinada concepción moral –la occidental– a todo el mundo con independencia de la compatibilidad de dicha concepción con las tradiciones culturales de otras comunidades e incluso de la libre aceptación de aquella por parte de éstas. Muchas veces se entiende que el objetivo de las éticas universalistas es proyectar como universal un determinado modelo cultural. Nada más lejos de la realidad. Savater <sup>28</sup> ha propuesto diferenciar claramente la idea de cultura de la idea de civilización. Así, define la cultura como el conjunto de logros, usos, saberes y formas de vida que comparte determinada colectividad humana y por el que se distingue de las demás. Por ello, la cultura refuerza el sentimiento de pertenencia de cada uno de sus miembros al grupo común, la identificación con los otros socios y la diferenciación frente a los extraños. Ese sentimiento es compatible con una concepción no esencialista de la cultura, que concibe a ésta no sólo como producto de las tradiciones y de las costumbres, sino también como fruto del dinamismo de los miembros de la comunidad <sup>29</sup>. Por eso mismo, las culturas han sido y son muchas, y nunca pueden ser universales, pues mantienen fuera de su ámbito a la multitud de seres humanos que no la comparten, si bien, en todas ellas está presente el embrión de algo que las trasciende. Si no le interpreto mal, es esta misma idea la que ha defendido Feyerabend al criticar la concepción de las

<sup>26</sup> SCARTEZZINI, «Las razones de la universalidad y las de la diferencia», en *Universalidad y diferencia*, citada, pp. 17-32; concretamente, pp. 24.

<sup>27</sup> *Pensadores políticos contemporáneos*, versión española de Vicente BORDOY, Alianza ed., Madrid, 1986, p. 62.

<sup>28</sup> «La universalidad y sus enemigos», citada.

<sup>29</sup> Véase en este sentido, De LUCAS, «¿Elogio de Babel?», citado, concretamente el apartado «A propósito del mito de la identidad cultural pura», pp. 23-26.

comunidades culturales como sistemas cerrados y proclamar que «*potencialmente cada cultura es todas las culturas*»<sup>30</sup>. Savater propone denominar 'perspectiva civilizadora' «a ese trascender su propia clausura autosuficiente, que en mayor o menor grado se encuentra en todas las culturas»<sup>31</sup>. Y añade que la tradición occidental presenta esa perspectiva desde sus orígenes de modo especialmente acusado. En este sentido, no duda en afirmar que «la llamada tradición occidental (que mezcla en su crisol griego, elementos latinos y germánicos, con otros hebreos, hindúes, árabes, egipcios, etc.) no es simplemente una cultura entre las demás sino el bosquejo fundacional de la civilización globalmente humana»<sup>32</sup>. La relevancia que la filosofía occidental ha concedido a la noción de 'humanidad' abundaría en esta tesis<sup>33</sup>, pues implica por un lado, frente al énfasis, característico de todos los relativismos culturales, en el detalle, en lo diferente, en lo peculiar de cada cultura, una reivindicación de lo común, de ese denominador común presente en todos los hombres y en todas las culturas, y por otro, la necesidad de trascender más allá de los estrechos límites de cada cultura.

El citado Savater recurre a una de las tragedias de Esquilo, *Las suplicantes*, para ejemplificar el significado de esa perspectiva civilizadora y para mostrar la presencia de la misma ya en los albores de la cultura occidental. Las hijas de Dánao buscan refugio en Tebas huyendo de los egipcios que quieren desposarse con ellas por la fuerza. Sus frustrados pretendientes las persiguen con belicoso denuedo. Al principio, los tebanos las acogen sin demasiado entusiasmo: por una parte han de respetar las sagradas leyes de asilo, pero por otra son conscientes del peligro de enfrentamiento armado con extranjeros amenazadores. Su primera reacción es recomendar a las fugitivas que se sometan a los usos y leyes de la tierra egipcia de la que provienen. Pero luego, la propia actitud de los perseguidores les hace cambiar de opinión: *sean cuales fueren las leyes culturales de Egipto, es injustificable que se intente violentar a las mujeres*. La situación de las suplicantes recuerda a los tebanos que las personas pueden merecer cierto respeto y apoyo en cuanto tales, más allá de cuáles sean las normas positivamente vigentes en su colectividad. La conclusión importante es que Esquilo está proclamando la existencia de algo que trasciende la identificación de los

<sup>30</sup> «Contra la inefabilidad cultural. Objetivismo, relativismo y otras quimeras», en GINER y SCARTEZZINI (eds.), *Universalidad y diferencia*, citada, p. 40. Feyerabend declara que en este punto su planteamiento es tributario del libro de Renato ROSALDO, *Culture and Truth*, Beacon Press, Boston, 1993.

<sup>31</sup> Obra citada, p. 12.

<sup>32</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>33</sup> Si bien es verdad que «la idea de humanidad y de unidad y de universalidad de la historia surge en un lugar determinado, Europa, y en una época determinada, los siglos XVIII y XIX», (...) «la idea de la unidad del género humano y la universalidad de la historia estaba latente en la civilización antigua. Diógenes se consideraba ciudadano del mundo. Los estoicos acuñaron la palabra *cosmopolita*, y Zenón predicaba un Estado ideal cuyo ámbito fuera el mundo entero, sin división en pueblos». Sebrelli, *El asedio a la modernidad*, citada, pp. 37 y 27.

seres humanos con su grupo: *ciertos valores no son griegos ni egipcios y deberían ser acatados por ambas sociedades.*

Sin embargo, el episodio histórico probablemente más ilustrativo de ese ideal civilizatorio universal sea la revolución francesa. Tocqueville lo ha explicado magistralmente:

«La revolución francesa procedió, con relación a este mundo, precisamente de la misma manera que las revoluciones religiosas proceden con respecto al otro. Consideró al ciudadano de una manera abstracta, fuera de todas las sociedades particulares, tal como las religiones consideran al hombre en general, independientemente del país y del tiempo. No buscó solamente cuál era el derecho particular del ciudadano francés, sino cuáles eran los deberes y los derechos generales de los hombres en materia política.

Remontándose de este modo a lo que había de menos particular, y por así decirlo, de más *natural* respecto del estado social y del gobierno, pudo ser comprendida por todos e imitada en cien lugares a la vez.

Siendo su tendencia la de regenerar el género humano, más aún que la de reformar Francia, encendió una pasión como nunca hasta entonces habían podido producir las más violentas revoluciones políticas»<sup>34</sup>.

¿Puede en rigor calificarse como imperialista la actitud de los tebanos? ¿Es imperialista la pretensión revolucionaria de buscar no solamente cuál era el derecho particular del ciudadano francés, sino cuáles eran los deberes y los derechos generales de todos los seres humanos en materia política? ¿Puede ser tachada de imperialista la actitud de un país (occidental) que da asilo a una ciudadana que ha huido de su país porque no quería someterse a la mutilación sexual habitual en él? ¿O la de un país que acoge a un escritor o a un periodista que han cuestionado costumbres y tradiciones de sus países de origen? ¿Acaso es imperialismo conceder asilo a dirigentes políticos, sindicales, o defensores de los derechos humanos perseguidos en sus países por promover reformas políticas y sociales de carácter democrático incompatibles con las tradiciones de sus comunidades?

En todo caso, mi radical rechazo a utilizar el calificativo «imperialista» para definir las tesis universalistas subyacentes en las teorías éticas ilustradas de las que las concepciones de los derechos humanos son una expresión paradigmática, no me impide reconocer que puede haber un cierto afán proselitista o misionero en las mismas<sup>35</sup>. La duda

<sup>34</sup> *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Dolores SÁNCHEZ DE ALEU, Alianza editorial, Madrid, 1982, tomo 1, pp. 61 y 62.

<sup>35</sup> El citado Tocqueville continúa la cita anterior diciendo: «Inspiró el proselitismo e hizo nacer la propaganda. Por eso, en fin, adquirió ese aspecto de revolución religiosa que tanto espanto produjo a sus contemporáneos; quizá se podría decir mejor que ella misma se convirtió en una especie de religión nueva, religión imperfecta, ciertamente, sin Dios, sin culto ni vida eterna, pero que, no obstante, inundó toda la tierra con sus soldados, sus apóstoles y sus mártires igual que el islamismo».

que me surge es si ese afán es criticable o no, pues comparto la tesis toquevilliana de que «el proselitismo no nace solamente de la sinceridad de la creencia, sino de la idea de la igualdad y de la unidad de todo el género humano»<sup>36</sup>. Creo que tomarse en serio la idea de humanidad y la igualdad del género humano, obliga a tomar con la misma consideración y respeto los intereses de todos los seres humanos y a desear para los demás lo que deseamos para nosotros. En este mismo sentido, Jack Donnelly ha afirmado lo siguiente:

«Las iniciativas europeas en materia de derechos humanos han sido misioneras en el mejor sentido del término, persiguiendo difundir los beneficios de valores (universales) disfrutados en casa. El temor y la culpa histórica, que encuentran su origen en la ceguera moral y en los abusos de misioneros actuando bajo anteriores *standards* de civilización, no deberían inmovilizarnos frente a los abusos de poder cometidos por dictadores asesinos que se esconden tras el principio legal de soberanía o la reivindicación de diferencias culturales radicales»<sup>37</sup>.

La constatación de la existencia de una gran diversidad cultural y nuestra voluntad de abordar el problema desde una perspectiva moral, nos obligan no a ser tolerantes con cualesquiera costumbres o tradiciones –tal y como he argumentado en un apartado anterior–, sino a un compromiso que va más allá de la mera indiferencia. Al igual que los tebanos con las suplicantes, no podemos permanecer impasibles ante la miseria, la injusticia, la discriminación, la persecución política o el dolor de otros seres humanos, ni siquiera cuando éstos no pertenezcan a nuestra comunidad, ni compartan nuestras tradiciones, ni tampoco cuando la miseria, la injusticia, la discriminación, la persecución política o el dolor encuentren su origen en alguna tradición y sean conformes con los hábitos de la comunidad en la que viven dichos individuos. ¿No estamos obligados moralmente a intentar contribuir a superar dicha situación?, o ¿acaso nuestras obligaciones morales están referidas tan sólo al mundo del ‘nosotros’? ¿Responder negativamente esta última cuestión puede ser síntoma de actitud imperialista?

f) Decía anteriormente que la primera crítica dirigida al universalismo de los derechos humanos descansaba en un conjunto de confusiones y lugares comunes. Analizadas las confusiones, quiero tan sólo decir unas breves palabras sobre algunos lugares comunes del relativismo, que quizá debamos cuestionar, no sólo por lo equivocado de los mismos, sino por sus consecuencias reaccionarias: en primer lugar, todo relativismo parece asumir una visión monolítica de las diferentes cul-

<sup>36</sup> *Oeuvres Complètes*, tomo III, *Ecrits et discours politiques*, vol. 1, p. 507. He tomado la cita de José María SAUCA, *La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social*, CEC, Madrid, 1995, p. 300.

<sup>37</sup> «Human rights: a new standard of civilization?», en *International Affairs*, vol. 74.1, 1998, pp. 1-24. La cita es de la p. 15.

turas, como realidades homogéneas y cerradas. Luis Villoro nos ha alertado contra ese peligro:

«Cuando se sostiene la necesidad de volver a un ‘ser’ o ‘identidad’ propios, del que estaríamos ‘enajenados’, esos términos tienen que significar algo más ‘profundo’. Habría algo exclusivo, característico, que constituye una cultura, alguna realidad profunda, que se alcanzaría al arrancarnos las máscaras de las culturas recibidas. Por desgracia, esa identidad es inasequible. Toda cultura es histórica, proviene del encuentro entre culturas de orígenes diversos, es resultado de evoluciones, rupturas e influencias innumerables. No hay ‘esencia’ alguna que descubrir. La búsqueda de ese ‘ser propio’ podría conducir, en cambio, a otra salida: identificarlo con alguna herencia cultural del pasado. Entonces, al buscar lo peculiar puede caerse en la veneración de la tradición y bajo el nombre de ‘identidad’ correr el riesgo de sacralizar los aspectos culturales más reacios al cambio»<sup>38</sup>.

En efecto, las realidades culturales suelen ser más complejas, contradictorias y ricas que lo que una visión estereotipada y mixtificada de las mismas –a la que con demasiada facilidad suelen acogerse determinados intelectuales occidentales– pudiera hacer creer. Con excesiva frecuencia nos aproximamos a culturas ajenas a las nuestras como si fueran universos aislados y radicalmente diferentes de las restantes. Las siguientes palabras de Salman Rushdie denuncian precisamente este planteamiento:

«Ni la libertad ni el pluralismo son valores exclusivamente europeos. La India fue siempre un país tolerante y plural. Pero ahora hay una corriente de nacionalismo fanático que exige la supremacía cultural y religiosa de lo hindú sobre todas las demás minorías, sean budistas, musulmanas o católicas, una defensa por encima de todo de los valores hindúes. Pero esa ideología es basura, porque no hay nada que sea puramente hindú, nadie es puramente nada (...) ¿Dónde está lo que solamente es hindú, lo que no es nada más que hindú? En ninguna parte. Es una mentira. (...) Hay una gran confusión en los intelectuales occidentales: miran al mundo musulmán y consideran que lo más retrogrado es lo más auténtico, y en ese momento lo vuelven cultura, lo hacen respetable (...) En Occidente, sobre todo en Estados Unidos, se lleva denostar los principios que llaman europeos, dicen que no hay valores universales, lo confunden todo en ese relativismo moral que ahora está de moda»<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> «Aproximación a una ética de la cultura», en León OLIVÉ (ed.), *Ética y diversidad cultural*, citada, pp. 131-154. La cita es de la p. 133. Véase en este sentido, De LUCAS, «¿Elogio de Babel?», citado, concretamente el apartado «A propósito del mito de la identidad cultural pura», pp. 23-26.

<sup>39</sup> Entrevista en *El País Semanal*, 22 de octubre de 1995.

Igualmente concluyentes resultan estas palabras de la Premio Nobel Aung San Suu Kyi, las cuales deberían constituir el punto de partida inexcusable de cualquier reflexión sobre esta materia:

«Nos resulta sorprendente a los birmanos que conceptos que reconocen la inherente dignidad y los iguales e inalienables derechos de los seres humanos, que aceptan que todos los hombres están dotados de razón y conciencia y que recomiendan un espíritu universal de hermandad, puedan resultar contrarios a nuestros valores autóctonos... La idea de que los birmanos no estamos capacitados para disfrutar de tantos derechos y privilegios como los ciudadanos de los países democráticos es insultante.»

En segundo lugar, los relativismos culturales asumen un ideal que entienden indiscutible por obvio, y que sin embargo conviene explicitar y analizar: pareciera que los seres humanos para desarrollarse moralmente y alcanzar su plenitud deberían ser auténticos, deberían 'volver a sus raíces'. Si bien retomaremos este tema más adelante, al cuestionar la identificación entre identidad individual e identidad colectiva, sí me parece oportuno señalar desde ahora que no tenemos por qué sentirnos vinculados por tal ideal, pues como nos han recordado, por un lado, Garzón Valdés, y por otro Savater, la autenticidad es un ideal reaccionario, es la idolatría de los orígenes<sup>40</sup>, y la determinación de en qué consiste esa supuestamente deseable vuelta a las raíces es una cuestión compleja, mucho más de lo que suponen los relativistas<sup>41</sup>.

2.2. La segunda gran crítica que se dirige al universalismo tiene dos objetivos: la noción de individuo como agente moral racional y la creencia en la posibilidad de construir mediante la razón y el diálogo con los demás individuos-agentes morales racionales un código moral *ex novo* válido para todos los potenciales participantes en ese diálogo, es decir, la humanidad entera. En definitiva, se cuestiona el ideal universalista, tanto al criticar esa visión del individuo como agente moral capaz de actuar según principios universales, con independencia de su

<sup>40</sup> La cita es de León WIESELTEIR, y dice así: «La autenticidad es un ideal reaccionario. Estrictamente hablando es un antiideal. Afirma: lo que ha sido es lo que debe ser. Es la idolatría de los orígenes». La tomo de «Cinco confusiones...», citado, p. 17.

<sup>41</sup> SAVATER («Volver a las raíces», *El País*, 13 de diciembre de 1996) decía a este respecto: «Una de las metáforas actualmente más cacareadas es la de 'las raíces' de cada persona y pueblo, que todos debemos 'recuperar', nadie debe 'olvidar' y cualquiera tiene llegado el caso que 'defender' (...) Según este planteamiento, las 'raíces' son aquello que nos une a lo más intransferible de nuestra idiosincrasia, al hecho diferencial que constituye nuestra verdad (...) los ilustrados también querían volver a las raíces *humanas* y precisamente supusieron que eran tales raíces lo que todas las personas compartimos, sean cuales fueren las diferencias de sus lenguas, sus culturas o sus creencias. Sin duda estas diferencias son las flores y frutos que enriquecen el jardín humano, pero son las raíces compartidas las que dan a éste su sentido de futuro. Sólo una época tan adversa a la abstracción racional como la nuestra puede considerar 'empobrecedor' este vislumbre de nuestra condición más allá de la hojarasca variopinta que nos distrae de ella e impide alcanzar los necesarios acuerdos esenciales. ¿Volver a las raíces? Cuanto antes. Para a partir de ellas valorar las diferencias, sopesar la historia y establecer los derechos. Pero volver a las raíces ilustradas, a la raíz común de nuestro parentesco».



propia experiencia vital y del contexto cultural en el que vive, como al cuestionar la posibilidad de alcanzar consensos morales transculturales. Son ciertamente las viejas críticas esgrimidas por el romanticismo y el historicismo contra los ideales ilustrados y por cierto pensamiento conservador –piénsese en Burke, por ejemplo– contra la idea de derechos humanos.

Por un lado, se dice que ese individuo plenamente autónomo y cosmopolita propugnado por los ilustrados no sólo no existe, sino que es una mala abstracción de la realidad. El intento de abstraer al individuo de la realidad, el intento de hallar los rasgos comunes a todos los seres humanos, olvidando su entorno social y sus circunstancias, lleva a identificar a los individuos con una facultad: su capacidad de razonar y de elegir, con otras palabras, su capacidad de obrar con autonomía. Es esta capacidad la que caracteriza a los seres humanos y la que les confiere su especial dignidad. Es esta capacidad la que pretenden garantizar los derechos humanos. Lo que nos caracteriza en tanto que seres humanos no son los fines que perseguimos, sino la capacidad de elegirlos. Por eso, la identidad de los seres humanos no está constituida por los fines que persiguen, ni por los valores o deseos que pueden asumir. El 'yo' es anterior a sus fines. En definitiva, las éticas ilustradas se caracterizan por otorgar una prioridad moral absoluta al sujeto sobre sus fines y sobre los vínculos sociales que mantiene. De ahí que el pensamiento ilustrado presente a los individuos como capaces de reinventarse permanentemente a sí mismos, con la facultad de elaborar, revisar y modificar continuamente sus concepciones de la vida. Por eso, una crítica que de manera recurrente se ha esgrimido en contra del liberalismo tiene que ver con su supuesta neutralidad moral, con su indiferencia con respecto a las diferentes concepciones del bien, con la prioridad que otorga a lo justo sobre lo bueno. En efecto, el liberalismo perseguiría elaborar un discurso moral y político, del que se podría predicar su universalidad, precisamente porque se centra en la justicia (en fijar las reglas del juego), y no en proponer valores materiales o sustantivos.

Esta concepción de los individuos como agentes con capacidad para elaborar, revisar y modificar sus planes de vida ha sido criticada desde perspectivas comunitaristas, por presentar de manera errónea las relaciones que mantenemos los seres humanos con nuestras concepciones del bien, con los fines que perseguimos o los valores que asumimos. Nino ha resumido la percepción que los comunitaristas tienen de los individuos tal y como las éticas ilustradas los conciben: «... como entes «noumenales», que no sólo carecen de un «telos» distintivo sino que su identidad es independiente aún de sus deseos e intereses subjetivos y de sus relaciones con otros individuos y con el medio social»<sup>42</sup>. Pero, se preguntan los comunitaristas, ¿se ajusta esta visión a nuestra experiencia moral? ¿Podemos modificar permanentemente

<sup>42</sup> *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 139.

nuestras concepciones del bien y sustituirlas por otras, o somos quienes somos precisamente por los valores que asumimos y de los que difícilmente podemos desprendernos? Los comunitaristas han criticado estos planteamientos ilustrados universalistas por haber olvidado la necesaria dimensión contextual de la ética, por haber despreciado el importante papel que la comunidad –sus tradiciones, sus costumbres, sus relaciones– desempeña en la conformación de la identidad moral de los individuos, y por haber ignorado que los seres humanos, lejos de ser anteriores e independientes de sus fines, están constituidos precisamente por ellos. Los comunitaristas insistirán siempre en «la miopía liberal para no ver hasta qué extremo la persona es parasitaria de la sociedad respecto a la imagen que tiene de sí misma, incluso cuando se concibe como individuo»<sup>43</sup>. Garzón Valdés ha denunciado estos planteamientos por incurrir en el grave error de confundir identidad individual e identidad social y en consecuencia, reivindicar la pertenencia ('membrecía') a una comunidad como un bien primario<sup>44</sup>. De nuevo la vieja crítica contextualista esgrimida por el romanticismo y el historicismo a la idea ilustrada de sujeto y a la pretensión liberal de reconstruir más allá del contexto, una forma ideal de organización social y de razonamiento moral.

No sólo ha sido criticada la concepción del individuo como agente moral racional por errónea e incompatible con nuestra experiencia moral, sino también por ser un constructo peligroso. En primer lugar, porque bajo esa apariencia de individuo abstracto subyace una determinada noción de individuo –con unos determinados rasgos y valores contingentes– que se quiere presentar como neutral y común a todos los seres humanos, y que sirve para imponer como universal su particular visión del mundo. Este peligro ha sido denunciado desde el relativismo, y también desde el feminismo<sup>45</sup>. Es además una construcción peligrosa, pues priva a los hombres de un lugar en el mundo que les permita definirse como humanos, que dé sentido a sus opiniones y comportamientos. Hannah Arendt, desde una perspectiva diferente, ha utilizado estos mismos argumentos: «La abstracta desnudez de no ser nada más que humanos era el mayor peligro... Parece que un hombre que no sea más que un hombre perdiera las verdaderas cualidades que hacen posible a otras personas tratarle como un semejante»<sup>46</sup>. Los

<sup>43</sup> Stephen MULHALL y Adam SWIFT, «El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas», traducción de Enrique LÓPEZ CASTELLÓN, *Temas de hoy*, Madrid, 1996, pp. 44-45.

<sup>44</sup> «Cinco confusiones...», citada, pp. 14-18.

<sup>45</sup> Ese agente moral racional no sería tan neutro como lo pretende el liberalismo, pues ni está plenamente descontextualizado desde una perspectiva histórica y social, ni es sexualmente neutro, por lo que no puede hacerse descansar toda la construcción del edificio moral en un agente, que bajo esa apariencia de neutralidad, tiene una visión del mundo con un cierto sesgo de género. Sobre este tema, me parece especialmente sugerente el planteamiento de Seyla Benhabib cuya pretensión es integrar las críticas 'feministas' en el marco de las éticas ilustradas. Véase «Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral», en *Feminismo y ética, Isegoría*, núm. 6, Madrid, 1992.

<sup>46</sup> *Los orígenes del totalitarismo*, tomo 2, *Imperialismo*, versión española de Guillermo SOLANA, Alianza ed. Madrid, 1987, capítulo 9, «La decadencia de la nación-

seres humanos adquirimos la condición de tales cuando nos sentimos parte de un paisaje, miembros de una comunidad, herederos de unas tradiciones, partícipes en unos proyectos comunes, etc. Pareciera que sólo a través de la identificación en un pueblo, pudiéramos alcanzar nuestra propia identidad, y ser reconocidos como interlocutores válidos por los demás. Garzón Valdés niega la existencia del dilema en el que descansa este modo de argumentar: «o se es cosmopolita y entonces se carece de identidad personal, o se posee identidad personal y entonces hay que propiciar lo que podría llamarse ‘cultura parroquial’»<sup>47</sup>. El ideal cosmopolita quedaría destinado al arcón de las utopías (y dentro de él, al cajón de las peligrosas).

Carlos Thiebaut ha respondido a estas críticas al modelo liberal ilustrado<sup>48</sup>, sugiriendo que han puesto en evidencia la deficiente auto-comprensión que el proyecto liberal tiene de sí mismo. En su opinión, no es cierto, como muchos críticos y defensores del liberalismo sostienen, que éste se reduzca a la propuesta de un modelo social neutral abstracto con respecto a individuos y comunidades reales y morales. Las ideas ilustradas de libertad, igualdad, fraternidad –y la misma noción de derechos humanos– ni son ideas neutrales ni son ideas particularistas; son ideas y valores que se han producido en un proceso histórico de aprendizaje de modelos de convivencia que reconocen la existencia de concepciones distintas del bien. En opinión de Thiebaut, la verdad del liberalismo radicaría en que la construcción de un orden social que se reconoce internamente pluralista requiere sujetos reflexivos; en este sentido, el «yo» del liberalismo, el individuo como agente moral y racional, no es un yo descarnado y abstracto, sino un yo reflexivo que puede someter a crítica su vida moral; es un «yo» que asume que aunque nos socialicemos en un mundo dado (con normas y valores), ello no garantiza que esas normas y valores sean válidos. Thiebaut quiere poner de relieve que esa noción de individuo demuestra que las concepciones liberales no son moralmente anómicas ni neutrales, en contra de lo sostenido por el comunitarismo. Asimismo el «yo» liberal nunca ve su identidad confundida con la identidad social (en el supuesto de que ésta existiera). Es un «yo» abierto al otro, no encerrado en las fronteras del ‘nosotros’, con capacidad de criticar

---

estado y el final de los derechos del hombre», pp. 392-438 (la cita es de la p. 435). En este capítulo reivindica el pensamiento de Burke y su afirmación de que los derechos humanos eran una ‘abstracción’, que resultaba más práctico apoyarse en la ‘herencia vinculante’ de los derechos que uno transmite a sus propios hijos como la misma vida y reclamar los derechos propios como «derechos de un inglés» más que como derechos inalienables del hombre; o que los derechos de que disfrutamos proceden de dentro de la nación, de forma tal que no se necesitan como fuente del Derecho ni el Derecho natural, ni los mandamientos divinos, ni ningún concepto de la Humanidad (p. 434).

<sup>47</sup> «Cinco confusiones...», citado, p. 17.

<sup>48</sup> Véase *Los límites de la comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Mi exposición de su planteamiento está basada en Carlos GÓMEZ SÁNCHEZ, «Entrevista con Carlos Thiebaut: Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral. El debate entre comunitarismo y liberalismo», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 3, 1994.

el medio en el que se ha socializado, y de aprender del otro. No está de más recordar que de acuerdo con lo sostenido por los más solventes teóricos del desarrollo moral, alcanzamos el último estadio del desarrollo moral precisamente cuando adquirimos la capacidad de criticar la moralidad convencional y formular principios éticos destinados a toda la humanidad <sup>49</sup>.

Esta discusión tiene gran relevancia de cara al tema que nos ocupa, en primer lugar, porque el comunitarismo cuestiona que la noción de derechos humanos individuales pueda constituir el elemento nuclear de una teoría de la justicia aceptable –cuestión ésta en la que ahora no voy a entrar–, y en segundo lugar, porque cuestiona igualmente la viabilidad de un proyecto ético universal, de ese esperanto moral que ha criticado Michael Walzer. La comunidad –y no la humanidad– es el espacio moral natural, es el espacio en el que los individuos pueden desarrollarse como agentes morales. De modo, que desde una perspectiva comunitarista el individuo cosmopolita es una entelequia, y la posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre concepciones morales de validez universal a partir de un diálogo intercultural presenta graves dificultades. En efecto, la propia idea de razón pasa a ser cuestionada como una construcción propia de un lugar y de una época dados, y la misma posibilidad de un diálogo racional intercultural puesta en entredicho. La defensa de una moralidad crítica universal alcanzable a través del diálogo es una propuesta con una validez espacio-temporal limitada; ese diálogo racional no puede ser el instrumento del que servirnos para construir un *standard* moral universal. Giacomo Marramao ha querido mostrar una cierta debilidad de la propuesta de Rawls en este punto (y creo que su crítica vale también para las propuestas de Apel o Habermas), al sugerir que «el ‘velo de ignorancia’ que está en la base de la ‘posición original’ del contrato es en realidad demasiado sutil; convendría aumentar su espesor, si queremos incluir sujetos que no están al corriente de hechos como la Revolución francesa, o que no se encuentran dispuestos a atribuir un significado universal a los valores que la caracterizan» <sup>50</sup>.

En el fondo está presente de nuevo el problema de la supuesta inconmensurabilidad de las diferentes ‘moralidades’ existentes. Frente a la tesis ilustrada que vincula una naturaleza humana ético-racional universal, una concepción progresiva de la historia como triunfo de la razón, y la posibilidad de alcanzar un acuerdo universal sobre unas normas que permitan a todos los seres humanos perseguir su plan de vida, se presenta la diversidad cultural como la mejor demostración de la existencia de una pluralidad de concepciones del bien, de jerarquías diferentes de valores, y en definitiva de la imposibilidad de establecer un criterio que presuponga una única medida para el comportamiento racional y que sirva de referencia para el diálogo racional.

<sup>49</sup> Estoy pensando en PIAGET y en KOHLBERG. Véase de éste último *The Philosophy of moral development*, Harper and Row, Nueva York, 1981.

<sup>50</sup> «Universalismo y políticas de la diferencia», obra citada, p. 91.

Ahora bien, creo que podríamos argumentar, en primer lugar, tal y como lo ha hecho por ejemplo, Hillary Putnam, que hay una evidente contradicción en considerar como inconmensurables conceptos que los teóricos utilizan cotidianamente, o que la evidencia de la comunicación es la mejor réplica a los teóricos de la inconmensurabilidad y de la incomunicabilidad<sup>51</sup>. En segundo lugar, quizá no debiéramos ser tan pesimistas a la hora de intentar elaborar ese *standard* moral universalmente válido. Creo que no debemos pedir imposibles a la ética, y por ello, no debemos perseguir absolutos inalcanzables ni buscar verdades objetivas al margen de nuestra experiencia moral. Permítaseme que no aborde estas cuestiones con el detenimiento que requieren. Me limitaré a indicar que, proclamando la condición de todos los seres humanos como agentes morales racionales, partiendo de la noción de necesidades humanas básicas como un dato fáctico de carácter universal, asumiendo la pluralidad cultural y las diversas tradiciones existentes como una realidad, y respetando determinadas reglas de la racionalidad y del discurso, no hay por qué entender dicha empresa como inalcanzable. ¿Acaso en 1948 no se dieron grandes pasos precisamente en esa dirección?

2.3. La tercera crítica va dirigida al carácter individualista de las concepciones éticas ilustradas, y en concreto de las concepciones de los derechos humanos. En efecto, como hemos visto en el apartado anterior, el individualismo es un elemento esencialmente vinculado al universalismo característico de las éticas ilustradas. Por un lado, las concepciones morales universalistas asumen la existencia de una gran comunidad –la humanidad– y de sujetos individuales, existiendo entre ambos polos, comunidades políticas, culturales, étnicas, lingüísticas... sin personalidad moral propia, sin capacidad, por tanto, para ser titulares de derechos humanos. Desde el relativismo cultural, y también desde el comunitarismo se criticará a las éticas universalistas-individualistas por negar *status* moral a las comunidades en las que nos socializamos y por negarles capacidad de ser titulares de derechos (humanos). Desde estas perspectivas se reivindica la noción de derechos humanos colectivos, cuestionándose que sólo los individuos puedan ser titulares de este tipo de derechos.

Por otro lado, la consideración de los individuos como agentes morales racionales, tal y como hemos apuntado en el apartado anterior, conduce a otorgar una prioridad moral absoluta al sujeto sobre sus fines y sobre los vínculos sociales que mantiene. Por ello, desde perspectivas comunitaristas y socialistas se ha criticado este tipo de planteamientos por olvidar la ineludible dimensión colectiva de la vida humana, por asumir una concepción conflictiva de las relaciones sociales y olvidar la sociabilidad como un elemento esencial de la identidad humana. En este sentido se critica a las éticas ilustradas por haber olvi-

<sup>51</sup> He tomado la referencia de Giorgio de Finis, «La filosofía y el método de la cultura. Relativismo y método antropológico en Wittgenstein, Kühn, Feyerabend y Rorty», en GINER y SCARTEZZINI (eds.) *Universalidad y diferencia*, citada, pp. 187-209.

dado el tercer elemento de la célebre trilogía revolucionaria francesa de 1789, la fraternidad, y por haber excluido del catálogo de derechos humanos, aquéllos vinculados a la idea de solidaridad. Sin duda está justificado dirigir esta crítica a determinadas concepciones morales liberales –aquellas que Macpherson calificó como individualistas pose-sivas<sup>52</sup>–, mas entiendo que dentro del marco de las éticas ilustradas cabría perfectamente incluir estas referencias a una noción fuerte de sociabilidad, recuperar para la fraternidad un lugar privilegiado junto a la libertad y la igualdad, y ampliar el catálogo tradicional de derechos humanos, ubicando los derechos económicos y sociales junto a los civiles y políticos.

Creo que es más complejo el primero de los problemas apuntados en este apartado, sobre todo en relación, por un lado, con el derecho de los pueblos a la autodeterminación, y por otro, con las minorías étnicas, y los derechos de las mismas en marcos jurídico-políticos multiculturales. ¿Tienen las minorías como tales, colectivamente consideradas, derechos conceptualmente diferentes de los que tienen los individuos pertenecientes a las mismas? Este tema ha sido objeto de una vasta literatura y de relevantes polémicas, en las que ahora no voy a entrar<sup>53</sup>. Me voy a limitar a repetir algo apuntado en páginas anteriores y que me parece lo más relevante en relación con la pregunta que estoy intentando responder en este trabajo: no creo defendible el carácter sacrosanto de las formas de vida colectiva. Como ha señalado David Gauthier, «la idea de que las formas de vida tienen derecho a sobrevivir (...) es un recién llegado al escenario moral. Es también una idea totalmente equivocada. Son los individuos los que cuentan; las formas de vida importan sólo como expresión y sustento de la individualidad humana»<sup>54</sup>.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Reformulaba al inicio de este trabajo la pregunta que da título al mismo en los siguientes términos: ¿pueden los derechos básicos de los

<sup>52</sup> *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, traducción de Juan Ramón CAPELLA, ed. Fontanella, Barcelona, 1970.

<sup>53</sup> Me remito al conocido volumen *The rights of minority cultures*, Will KYMLICKA (ed.), Oxford University Press, 1995, y a los artículos de GARZÓN VALDÉS y De LUCAS citados en este trabajo.

<sup>54</sup> *Morals by agreement*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 288, citado por GARZÓN VALDÉS en «El problema ético de las minorías étnicas», p. 44. En este mismo sentido, Garzón dirá que «a diferencia de lo que sostienen los comunitaristas, creo que cuando se trata del desarrollo político, social y cultural, no existen 'vacas sagradas' como no sean los seres individuales».

Una postura diferente es la mantenida por Javier De LUCAS en «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural», citado, donde defiende la necesidad de incluir determinados derechos colectivos dentro del catálogo de los derechos humanos, «siempre que ello no suponga anular el respeto a la autonomía individual» (p. 20).

individuos convertirse en el elemento esencial de una concepción moral de validez universal –‘aceptable’ universalmente– que guiara la actuación de la Comunidad Internacional, y se convirtiera en referencia inexcusable para todos los Estados nacionales, los cuales deberían incorporar dichos derechos a los respectivos ordenamientos internos? Decía entonces que una respuesta afirmativa implicaba la defensa de la universalidad de los derechos humanos, mientras que la respuesta negativa suponía negar tal universalidad y por lo tanto asumir una validez espacio-temporal limitada para las teorías de los derechos humanos.

Mi respuesta es afirmativa. Si queremos abordar determinados problemas morales (¿qué derechos tenemos?, ¿qué deberes?, ¿qué objetivos debemos perseguir?), debemos hacerlo desde una perspectiva universal. En primer lugar, por definición de ética. En efecto, adoptar una perspectiva ética, adoptar el punto de vista moral, supone tomar en consideración de manera imparcial e igualitaria los intereses de todos los individuos, e implica «la aceptación de principios y reglas de validez universal y el rechazo de una concepción de la moralidad entendida como *'Sittlichkeit'*»<sup>55</sup>. Por lo tanto, o renunciamos a abordar estos problemas desde una perspectiva ética, o en caso contrario, nuestro planteamiento ha de ser imperiosamente universal.

En segundo lugar, por razones normativas: es moralmente deseable adoptar la perspectiva universal. Me planteaba si cuando nos preguntamos por el modo ideal de organizar ‘nuestra’ convivencia en sociedad, debemos adoptar una perspectiva universal, o si quizá sería mejor plantearnos esas cuestiones desde otra perspectiva (estatal, nacional, étnica, religiosa, comunitaria). Cuando nos formulamos esa pregunta, tan difícil como determinar el modo de organizar satisfactoriamente la vida en sociedad, es concretar el ámbito de aplicación del término «nuestra». ¿Debemos preocuparnos por organizar la convivencia de las personas de nuestra misma raza, de nuestra misma religión, de nuestra misma comunidad natural –signifique esto lo que signifique–, de nuestro mismo Estado, de nuestra misma lengua?, o ¿debemos plantearnos el mismo problema tomando como referencia a toda la humanidad? ¿Hay algo moralmente positivo en ampliar el círculo de lo «nuestro» hasta hacerlo coincidir con la humanidad en su conjunto? Si bien es verdad que la palabra «nosotros» no tiene la misma fuerza en la oración «un ser humano como nosotros» que en oraciones del siguiente tenor «un judío como nosotros», «un varón como nosotros», «un británico como nosotros», «un aimara como nosotros», «un proletario como nosotros», o «un negro como nosotros», y probablemente no haya nada criticable desde una perspectiva moral en ello, no es menos verdad que sí hay algo moralmente criticable en que, por ejemplo, los funcionarios policiales de un país dado hagan depender el trato que dispensan a un detenido de su nacionalidad (etnia, religión, lengua, sexo), en que un

<sup>55</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, «El problema ético de las minorías étnicas», citado, p. 31.

médico que presencia por casualidad un accidente se plantee las mismas cuestiones a la hora de decidir cómo actuar en relación con los heridos, o en que nosotros –particulares– mostremos más preocupación por un indigente que por otro, simplemente porque el primero es, en virtud de algún rasgo cualquiera, uno de ‘nosotros’, y el segundo no <sup>56</sup>.

Sea por razones esencialistas que nos recuerdan nuestra común pertenencia a la humanidad, y que otorgan una relevancia moral a esta Comunidad, o por razones de tipo contingente como las evocadas por Rorty, parece asumible identificar –como este autor propone– la noción de progreso moral con la ampliación del círculo del ‘nosotros’, con la inclusión en él de personas inicialmente ajenas a él por razones históricas, culturales, religiosas, étnicas... Con otras palabras, no parecen defendibles desde una perspectiva ética aquellos planteamientos que se preocupan tan sólo por resolver los problemas de los miembros de una comunidad dada; dicho de otro modo, parece moralmente más aceptable aquel tipo de planteamientos que no dejan fuera de su preocupación a ningún grupo humano. ¿Qué puede haber de criticable en el deseo de elaborar una moral crítica que pueda ser compartida por todos los seres humanos con independencia de sus ‘moralidades’ de origen, de su raza, religión, tradición, sexo, lengua...?

Hay otro argumento de carácter diferente pero que nos aboca a la misma conclusión. Incluso si aceptáramos que «nuestra comunidad» –aquella por cuya justa ordenación nos preocupamos en exclusiva– no es la humanidad, sino otra definida por algún rasgo dado (raza, religión, tradiciones, lengua, fronteras naturales o artificiales...), debemos dejar un pequeño espacio «*malgré nous*» a la humanidad, pues es necesario proponer un modelo de relaciones entre las diferentes comunidades que habitan el planeta; y en este punto forzosamente habrá que defender principios con validez universal, sean éstos los de no injerencia y absoluta soberanía nacional (étnica, religiosa, cultural, lingüísti-

<sup>56</sup> La lectura del libro de Richard RORTY, *Contingency, Irony and Solidarity* (Cambridge University Press, 1989; hay traducción castellana, *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1996) resulta de utilidad a la hora de abordar estas cuestiones. De hecho, aunque Rorty se distancia de la defensa de la existencia en todos los seres humanos de un elemento común –«*our essential humanity*»– que sirviera para justificar determinados deberes de solidaridad entre los humanos (de manera coherente con la premisa fundamental de su libro, consistente en rechazar todo elemento que esté más allá de la historia y de las instituciones, y compatible con la asunción de que una creencia puede servir para regular comportamientos entre gente plenamente consciente de que dicha creencia está creada por algo no más profundo que circunstancias históricamente contingentes), sí afirma, por un lado, que los sentimientos de solidaridad son una cuestión de semejanzas y diferencias que nos afectan de manera notable, dependiendo el modo de afectarnos de circunstancias contingentes históricamente, y por otro, que hay algo que podemos llamar «progreso moral» que se mueve en dirección a mayores cotas de solidaridad, entendiendo ésta no como el reconocimiento de una misma esencia en todos los seres humanos, sino como la capacidad para percibir cada vez más diferencias tradicionales (tribu, raza, religión y otras) como irrelevantes al compararlas con las semejanzas que existen en relación con el dolor y la humillación, en definitiva, la capacidad de pensar en personas abiertamente diferentes de nosotros como incluidas en la categoría de «nosotros».



ca...), o los que defienden la necesidad de establecer –de manera participativa, garantizando la igual presencia de todas las concepciones morales y políticas...– un *standard* de civilización que actúe como cemento social de una auténtica comunidad internacional, de la que sólo serían genuinos miembros los que satisficieran los requisitos establecidos por dicho *standard*.

La primera observación que debemos realizar es que el mismo debate que se producía entre concepciones liberales y comunitaristas en el contexto estatal o comunitario, se reproduce ahora en el marco de las relaciones internacionales. Jack Donnelly ha presentado 4 modelos de relaciones internacionales, de los cuales sólo tres son relevantes en la práctica: en primer lugar, el modelo *burkeano*, basado en la idea de que unos pueblos se han desarrollado más que otros, y por lo tanto, deben disfrutar de más derechos y de un mayor protagonismo en la esfera internacional. En segundo lugar, el *hobbesiano*, basado en las nociones de autodeterminación e igual soberanía, reproduciría su ‘incivilizado’ estado de naturaleza en el marco de las relaciones internacionales, y garantiza la pertenencia a la Comunidad Internacional a todo Estado que controle su territorio y cumpla con las obligaciones que haya asumido. Este modelo presenta el gran atractivo de hacer desaparecer la barrera entre pueblos civilizados y bárbaros, y de asumir un modo más igualitario de concebir la soberanía. Presenta el gran inconveniente de haber reducido la autodeterminación a mera descolonización, al reconocimiento a las colonias de su derecho a convertirse en estados independientes y soberanos, con el consiguiente olvido de las consideraciones de justicia en el ámbito de las relaciones internacionales. Todo el mundo fue reconocido como civilizado, pero la noción de ‘civilización’ perdió todo contenido. Michael Walzer <sup>57</sup> defendió un modelo ‘comunitarista’ de relaciones internacionales en algunos de sus primeros trabajos, que no difería básicamente de este modelo ‘hobbesiano’. Por último, el modelo *lockeano*, persigue la elaboración de un *standard* universal de civilización construido en torno a la noción de derechos humanos, impone la adhesión a determinados *standards* morales como condición para formar parte de la Comunidad Internacional, y obliga a los miembros de ésta a garantizar tales derechos. Retoma la vieja preocupación iusnaturalista por nuestra común humanidad, rechaza la explotación colonial y muestra una especial preocupación por proteger y mejorar la situación de los más débiles <sup>58</sup>.

<sup>57</sup> *Just and unjust wars*, Allen Lane, Londres, 1977, y «The moral standing of states: a response to four critics», en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, 1980, núm. 3. R. J. Vincent ha hablado para referirse a los planteamientos de Walzer, de ‘community sovereignty’ en lugar de ‘state sovereignty’, poniendo de relieve de ese modo las grandes semejanzas existentes entre ambas concepciones. Véase *Human rights and international relations*, Cambridge University Press, 1986; concretamente pp. 115 y ss.

<sup>58</sup> «Human rights: a new standard of civilization?», *International Affairs*, 74, 1, 1998, pp. 1-24, concretamente, pp. 11-14.

Donnelly se decanta por el modelo «lockeano» y no duda en reivindicar la necesidad de algo parecido a un *standard* de civilización que nos proteja de la barbarie de un irrestricto principio de soberanía nacional que conduciría a innumerables millones de individuos y a pueblos enteros al abandono internacional <sup>59</sup>. Un planteamiento semejante ha sido defendido por Rawls recientemente <sup>60</sup>. En efecto, Rawls ha propuesto reformular el marco de las relaciones internacionales a la luz de un razonable Derecho de gentes que elimine el derecho a la guerra y el derecho a la autonomía interna del Derecho Internacional. Define Rawls el Derecho de gentes como «una familia de conceptos políticos con principios de derechos, justicia y bien común, que especifica el contenido de una concepción liberal de la justicia aplicable al derecho internacional. Proporciona los conceptos y principios por los cuales ese derecho debe ser juzgado» (p. 55). Rawls pretende elaborar un derecho de gentes no exclusivamente liberal, y aunque hace de los derechos humanos un elemento básico de ese derecho de gentes, propone una concepción ‘débil’ de aquéllos, entendiéndolos como no dependientes de ninguna moral comprensiva o concepción filosófica de la naturaleza humana –precisamente para evitar una excesiva influencia de la tradición política occidental–, sino como «(expresión de) un patrón mínimo de instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos que pertenecen como miembros de buena fe, a una justa sociedad política de los pueblos» (p.72). Los derechos humanos así concebidos, no pueden confundirse con los derechos constitucionales o los derechos de la ciudadanía democrática (p. 74), e incluirían «aquellos derechos básicos como el derecho a la vida y a la seguridad, el derecho a la propiedad personal y los elementos del debido proceso, al igual que el derecho a la libertad de conciencia, el derecho de asociación y el derecho a emigrar» (p. 72). Las funciones de estos derechos humanos serían tres: son una condición necesaria de la legitimidad de los regímenes políticos y de la decencia de sus ordenamientos jurídicos; su respeto deslegitima cualquier tipo de intervención de otros pueblos; y fijan un límite al pluralismo entre los pueblos (pp. 74-75).

Probablemente Rawls tenga razón cuando reduce ese *standard* moral universal, al que denomina derechos de gentes, al mínimo común denominador presente en todos los regímenes decentes que quieren actuar de buena fe en la esfera internacional. Podríamos pensar que quizá deja fuera de ese mínimo *standard* moral a derechos que parecen tan básicos como los derechos de participación política. Pero no me preocupa tanto discutir acerca del catálogo de derechos que habría que incluir en esa moralidad crítica universal, como reivindicar con Rawls y Donnelly la necesidad de ese *standard* y de hacerlo descansar en la

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

<sup>60</sup> «El derecho de gentes», en *De los derechos humanos*, Stephen SHUTE y Susan HURLEY (eds.), traducción de Hernando VALENCIA, Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85.

idea de derechos humanos. Terry Nardin <sup>61</sup> ha propuesto diferenciar dos modelos de comunidad internacional: la que responde a una «concepción intencional» (*purposive*), y la que asume una «concepción práctica», distinguiendo dentro de ésta otros dos tipos, en función de que la práctica tenga un carácter instrumental o 'authoritative'. Las comunidades intencionales son aquellas que persiguen conjuntamente la consecución de un fin dado o el aseguramiento de creencias, valores o intereses compartidos. Las comunidades 'prácticas' se caracterizan no por los fines que persiguen, puesto que como tales no persiguen fines, sino por la existencia de un marco compartido de reglas y prácticas que si bien permite la consecución por parte de sus miembros de fines divergentes, proporciona una suerte de vínculo. Las prácticas a veces son meramente instrumentales, pues prescriben condiciones que son útiles para alcanzar un fin dado, por lo que la autoridad de aquéllas es secundaria y derivada del fin. Otras prácticas son 'authoritative', y señalan cómo debemos actuar con independencia de los fines que persigamos; no persiguen facilitar ningún objetivo determinado, sino más bien limitar tal persecución. Estas reglas constituyen la base de la comunidad y son reconocidas como valiosas en sí mismas. Si no le interpreto mal, la tesis de Nardin es que la Comunidad Internacional no puede caracterizarse por la persecución conjunta de objetivos comunes, sino más bien por la existencia de unas 'authoritative practices' con valor en sí mismas, que limitan los fines que legítimamente se pueden conseguir, y que descansan en los valores de justicia, paz, seguridad y coexistencia.

Cuando hablamos de los derechos humanos como el contenido básico de una moralidad crítica universal, estamos pensando más en lo que Nardin llama «*authoritative practices*» que en una concepción acabada de los objetivos que la Humanidad debe perseguir. Pero eso no significa ni mucho menos que vaciemos de contenido sustantivo el ideal que debe inspirar las relaciones internacionales. En efecto, desde el inicio de este trabajo, he pretendido limitar ese *standard* moral universal a un conjunto de reglas (universales) que permitan a todos los seres humanos alcanzar su plenitud, poder elegir autónomamente su modelo de vida. Ciertamente, tal y como apuntaba Thiebaut en defensa del liberalismo frente a las críticas comunitaristas, esas '*authoritative practices*' en las que consistirían los derechos humanos no son moralmente neutrales, y por eso, no sólo van a limitar los fines que la Comunidad Internacional pueda perseguir –tal y como Nardin sugirió–, o van a determinar los límites de la tolerancia en una razonable sociedad de los pueblos <sup>62</sup>, sino que van a fijar necesariamente algunos de los fines que la Comunidad Internacional y sus miembros deben asumir como ineludibles, entre otros y quizá el más importante, el de garantizar plenamente los derechos humanos.

---

<sup>61</sup> *Law, morality and the relations of states*, Princeton University Press, 1983. Véase fundamentalmente el capítulo 1, «Two models of international association».

<sup>62</sup> RAWLS, obra citada, p. 81 y ss.

# En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad

Por VALLE LABRADA RUBIO  
Universidad San Pablo. Madrid <sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

En la positivación de los derechos humanos, que se produce a partir de los últimos decenios del siglo XVIII, confluye por un lado la constante aspiración humana de que el derecho positivo realice la justicia, y por otro la indeclinable condición histórica de todo derecho positivo. Este segundo factor es el que ha determinado que el efectivo ejercicio de los derechos humanos constituya todavía en muchos países un programa pendiente de realización.

La historia de los siglos XIX y XX muestra un mosaico de las distintas etapas por las que han pasado los derechos humanos, en un afán de adaptación del ideal a la realidad y de la realidad al ideal, parafraseando la conocida frase de Hegel <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Desde septiembre de 1994 en esta universidad se imparte la asignatura de Teoría de los Derechos Humanos como disciplina semestral y obligatoria. El desarrollo de la asignatura se recoge en mi libro. LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal*. 10. XII. 1948, Madrid, Civitas, 1998, 227 pp.

<sup>2</sup> F. HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho o derecho natural y ciencia*, traducción de J. L. VERMIL, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1975. Prefacio, p. 51.

La historia que precede a la conmemoración de los cincuenta años de la Declaración Universal, constituye un proceso progresivo en la necesidad de insertar lo racional, que en el ámbito que nos ocupa son los derechos humanos, en la realidad jurídico positiva, esto es, en los ordenamientos jurídicos de los distintos países. La positivación hace real la efectividad de estos derechos, pero la positivación ha debido de adaptarse a la historia de los pueblos, porque las circunstancias históricas son las que han condicionado ese proceso progresivo y ascendente de la incorporación de los derechos humanos a los textos jurídicos nacionales e internacionales.

En nuestros días, a finales de los años noventa, con doscientos años de historia de reivindicación de los derechos humanos, es un buen momento para un análisis que abra una perspectiva esperanzada de estos derechos para el próximo milenio.

El comienzo de la defensa de los derechos humanos que son llamados derechos naturales en los primeros textos programáticos, se planteó a finales del siglo XVIII en los textos de las Declaraciones americanas y en la Declaración francesa<sup>3</sup>.

En la Edad Moderna, el contexto social, económico y cultural propicia que el ciudadano tome conciencia de los derechos esenciales que le corresponden por el hecho de ser persona. En el seno de la organización social se produce el nacimiento de la clase burguesa, la economía se desarrolla en el sistema de libre mercado, en el orden cultural se expande el Renacimiento en los principales países de Europa y entre las corrientes de pensamiento se generaliza el racionalismo.

La positivación de los derechos humanos en los documentos de finales del siglo XVIII constituye la respuesta jurídica a la nueva realidad histórica de los pueblos europeos y norteamericanos.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se promulga en Francia y recoge los derechos naturales como facultades de los ciudadanos frente al poder del antiguo régimen constituido en monarquía absoluta. Ante esta situación el ciudadano reclama su libertad como límite al ejercicio del poder político y los primeros derechos positivizados son los derechos que se pueden denominar de libertad.

Los representantes del pueblo francés, afirma la Declaración, han decidido exponer en una Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que... los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados<sup>4</sup>.

Las clasificaciones sobre los derechos humanos son diversas dependiendo del criterio adoptado. Por esta razón conviene aclarar que entre los derechos de libertad, a los que acabo de referirme, se integran prin-

---

<sup>3</sup> Prescindo en esta breve introducción histórica de los precedentes ingleses del siglo XVII.

<sup>4</sup> *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, París, 1789, Preámbulo.

principalmente los derechos civiles y políticos, puesto que también podrían incluirse como derechos de libertad los derechos de relación social a los que todavía no voy a referirme.

Los derechos civiles son aquellos derechos humanos que hacen efectiva la libertad de la persona humana en su ámbito más individual. Los derechos civiles recogidos en el texto francés son: la libertad y la propiedad <sup>5</sup>. Las manifestaciones del derecho a la libertad se especifican en los artículos sucesivos en los que se reconoce: la libertad física <sup>6</sup>; el derecho a la libertad de conciencia <sup>7</sup>; la libertad de expresión y de información<sup>8</sup> y el derecho de propiedad en los términos siguientes:

– Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada lo exija evidentemente y con la condición de una indemnización justa y previa <sup>9</sup>.

Junto a los derechos civiles, también los derechos políticos los califico de derechos de libertad. Los derechos políticos son los derechos humanos que hacen efectiva la participación y por tanto la libertad de la persona en el ámbito de la organización política. Los derechos políticos que recoge la Declaración francesa son: el derecho a la participación política <sup>10</sup>; y el derecho a las garantías procesales <sup>11</sup>.

La libertad individual en los ámbitos descritos y recogidos en la Declaración francesa, se constituyen en los pilares del Estado de Derecho que nace a finales del siglo XVIII y se consolida en el siglo XIX.

La inspiración ideológica del texto francés, así como la de los textos americanos, tiene su base en la escuela racionalista del Derecho Natural que adopta una concepción marcadamente individualista de los derechos humanos en la defensa de los mismos frente al poder absoluto.

La acepción individualista de los derechos humanos no pudo sobrevivir muchos años en Europa. A los pocos decenios de las primeras Declaraciones y Constituciones, nuevas razones históricas, políticas, sociales y económicas precipitan primero la doctrina y luego la revolución socialista.

---

<sup>5</sup> *Declaración francesa*. Ambos derechos son proclamados genéricamente en el artículo 2.

<sup>6</sup> Artículo 7. Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada, sino en los casos determinados por la ley.

<sup>7</sup> Artículo 10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.

<sup>8</sup> Artículo 11. La libre comunicación del pensamiento y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede por lo tanto hablar, escribir e imprimir igualmente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley.

<sup>9</sup> Artículo 17.

<sup>10</sup> Artículo 6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad.

<sup>11</sup> Artículos 7 al 9.

A mediados del siglo XIX la historia de los derechos humanos entra en una segunda etapa, segunda generación la denominan los autores cuando la clasificación se efectúa desde un criterio cronológico según la etapa histórica en la que se reivindique la positivación de los derechos humanos. El transcurso de unos decenios, de 1780 a 1840, demostró la insuficiencia de la defensa de los derechos de libertad cuando el ejercicio de estos derechos no se rige por el principio de igualdad.

La segunda etapa de los derechos humanos es la etapa de los derechos sociales. La realidad económica y política impidió los objetivos descritos en la Declaración francesa. Por una parte, razones económicas que condujeron a la revolución industrial, impidieron el ejercicio del derecho de propiedad en sus niveles mínimos a un gran número de ciudadanos. Por otra, circunstancias políticas como la ausencia efectiva del sufragio universal, hicieron inefectivo el derecho de participación política proclamado para todos los ciudadanos en el artículo 6 de la Declaración francesa.

Antes de mediados de siglo en sectores de la doctrina se comienza a plantear la necesidad de defender los llamados derechos de seguridad o derechos sociales. En esta segunda etapa se toma conciencia en el ámbito político, social y doctrinal de que, con relación al ejercicio de los derechos humanos, la libertad es tan importante como la igualdad. ¿Qué se entiende por igualdad?, en este momento histórico la igualdad se interpretó en el ámbito de los derechos laborales y por tanto con relación a la protección del trabajador.

En un sentido amplio se pueden calificar de derechos sociales, tanto los derechos de relación social como son los derechos de reunión y asociación; así como los derechos laborales que se concretan en el derecho al trabajo, a la sindicación, a la huelga, y a la seguridad social, entre otros. La defensa del principio de igualdad en el ámbito de los derechos humanos, provocó la quiebra del Estado de Derecho en la versión liberal más pura.

La doctrina socialista de mediados del siglo XIX reacciona contra la concepción liberal. Marx y Engels proponen los pasos a seguir por la clase trabajadora con el fin de conseguir el poder político<sup>12</sup>. La organización política comunista destaca la prioridad de la igualdad sobre la libertad, de tal manera que en los sistemas comunistas que han existido y que existen se deniegan o al menos son inoperantes los derechos que hemos llamado de libertad<sup>13</sup>.

Las circunstancias históricas por tanto influyen para que la concepción del Estado Liberal, guiado por el principio de «dejar hacer» y «dejar pasar», evolucione hacia un concepto de derechos humanos según el cual se comienza a limitar el ejercicio de los derechos de libertad. El primero de los derechos que se ve afectado es el derecho de propiedad que se venía considerando como un derecho civil y sagrado.

<sup>12</sup> MARX, K. y ENGELS, F., *Manifiesto Comunista de 1847-48*.

<sup>13</sup> LENIN elaboró la *Declaración de los Derechos del Pueblo trabajador y explotado* en 1918.

A comienzos del siglo XX las democracias occidentales van evolucionando de forma progresiva, y la insuficiencia de lo que he llamado democracia política se va completando con la democracia social.

Este cambio supuso una evolución en lo que concierne a la estructura de los derechos humanos, el Estado que como sujeto pasivo obligado cumplía una función protectora, pasa a desempeñar una función promocional.

Los derechos culturales por mi parte, los considero de tercera generación, aunque se asimilan en algunos autores y en Los Pactos Internacionales a los derechos económicos y sociales. Hay un periodo intermedio de varios decenios entre la toma de conciencia, y por tanto entre la defensa y positivación de los derechos laborales y económicos, y la toma de conciencia y defensa de los derechos culturales.

Los derechos culturales requieren un nivel mínimo de vida digna material para que puedan ser, primero, reconocidos como tales derechos humanos y, en segundo lugar, para que puedan ser ejercitados. Este hecho responde a la estructura esencial propia de las necesidades que debe cubrir el hombre. La supervivencia material fue reivindicada con anterioridad puesto que constituye una exigencia previa al desarrollo cultural.

Por último pertenecen a la cuarta generación, por las razones aducidas respecto a los derechos culturales, aquellos derechos humanos que surgen en los últimos decenios del siglo XX como consecuencia del desarrollo de la técnica. Aunque el derecho más consolidado hasta la fecha, como perteneciente a esta generación, es el derecho al medio ambiente, hay otros derechos, como el derecho al genoma humano, que van tomando identidad, así como el derecho de las futuras generaciones puede quedar consolidado en las próximas décadas.

En la cuarta generación se debe incluir también la protección especial que requieren algunos derechos, como por ejemplo el derecho a la intimidad o el derecho de autor, que no son nuevos, pero cuya protección queda cuestionada por el desarrollo de la técnica.

Los derechos sociales, económicos, culturales y los de cuarta generación se van configurando todos ellos como una exigencia del principio de igualdad. He tratado brevemente las razones por las que la historia del reconocimiento de los derechos humanos ha evolucionado desde una concepción eminentemente individualista hacia una concepción en la que, en el ejercicio de los derechos humanos se establecen unos límites y obligaciones como consecuencia del principio de igualdad. Se puede afirmar, por tanto, que a finales del siglo XX los Estados configurados como Estados sociales y democráticos han asumido esta evolución.

La legislación internacional refleja la evolución sufrida por las legislaciones nacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es un texto que, por circunstancias históricas, proclama y protege los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero respecto de los límites y las obligaciones, no hace más que referencias muy generales.



El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 proponen en el ámbito internacional la evolución que estoy destacando en materia de derechos humanos. Las exigencias del principio de igualdad aumentan las obligaciones de los Estados y autorizan a limitar el ejercicio de la libertad de los ciudadanos.

Por mi parte quiero poner de manifiesto que así como se ha aceptado el límite de la libertad en razón de la igualdad respecto de los derechos laborales, económicos y culturales, en el ejercicio de los derechos de libertad, principalmente en el ejercicio de los derechos civiles y políticos, se elude el principio de igualdad.

El desarrollo de legislaciones permisivas por parte del poder legislativo, junto con la interpretación de los principios generales que lleva a cabo el poder judicial, están fomentando una concepción individualista de los derechos civiles y políticos. Éste es el punto que en mi opinión debe comenzar a plantearse desde los distintos sectores, porque es la rectificación más importante que se puede aportar a la teoría y a la práctica de los derechos humanos de cara al próximo siglo.

Antes de explicar las razones de porqué en los derechos de libertad ha de intervenir la solidaridad como límite del ejercicio de los mismos, quiero precisar que a causa de la armonía propia de la dignidad humana, aunque cada derecho fundamental protege un valor específico del hombre, el disfrute de cada derecho redundará en beneficio del conjunto.

Por ello los derechos de libertad que desarrollan prioritariamente la libertad del hombre, de forma indirecta fomentan la seguridad. Sirva de ejemplo que el derecho de libertad de expresión tiene como límites el derecho a la intimidad y el orden público, según los pactos internacionales<sup>14</sup>. Por otro lado el efectivo ejercicio de los derechos sociales aporta al hombre seguridad, pero a su vez le capacitan y potencian en el ejercicio de su libertad como, por ejemplo los derechos al trabajo y a la educación.

## HISTORIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO CRITERIO CORRECTOR DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD EN LAS RELACIONES SOCIALES

Del período de la filosofía griega que se ha caracterizado como «período sistemático», se han conservado suficientes escritos para poder afirmar que Platón y Aristóteles propugnan un Estado ético. El fin del Estado es conseguir la felicidad de los ciudadanos en su conjunto, la felicidad individual está en función de la del todo, esto es del

---

<sup>14</sup> *Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos de 1966. Artículo 19.*

funcionamiento armónico de la comunidad política <sup>15</sup>. Aristóteles que considera que el fin del Estado es conseguir la felicidad de los ciudadanos <sup>16</sup>, describe las virtudes que debe practicar el hombre para conseguir la felicidad a lo largo de la *Ética a Nicómaco*.

El idealismo de Platón, más riguroso en las obras iniciales a las que pertenece *La República*, se va mitigando en los últimos escritos como se refleja en *Las Leyes*. Platón se interroga y responde sobre la mejor forma para que la sociedad y el poder político realicen la Idea de Justicia. La justicia en el hombre la concibe como la correcta relación entre las tres partes propias del alma humana: el elemento racional, el sensitivo y el elemento concupiscible que conforman la integridad del alma humana. La verdadera justicia se da en el hombre que integra los tres elementos de manera que los dos inferiores queden sometidos al dictamen de la razón <sup>17</sup>.

Por su parte Aristóteles propone las relaciones de amistad como condición necesaria para conseguir la armonía en la sociedad política. Distingue entre la amistad que denomina interesada, y la amistad auténtica o desinteresada, y elige la segunda como modelo para las relaciones sociales <sup>18</sup>.

En la etapa posterior de la filosofía griega conocida como el «período helenístico», el Estoicismo descende a una filosofía práctica cuyo objetivo principal es la consecución efectiva de la felicidad en cada individuo. El sabio estoico no es tanto el que conoce la verdad sino el que consigue de forma efectiva la felicidad. La felicidad en el pensamiento estoico se alcanza mediante la imperturbabilidad del alma. MacIntyre comenta respecto del Estoicismo: «el deseo, la esperanza y el temor, el placer y el dolor, se contraponen a la razón y a la naturaleza: se debe cultivar una impassible ausencia de deseo y despreciar el placer y el dolor» <sup>19</sup>.

La etapa más propiamente romana del Estoicismo se caracteriza por elaborar una filosofía de carácter moral y religioso. Afirma Cicerón: cuando el espíritu, una vez que conozca y comprenda las virtudes, se desprege de la servidumbre y complacencia del cuerpo, y sofoque la sensualidad como mancha deshonrosa, y se libere de todo temor del dolor y la muerte, y se asocie al prójimo con vínculo de caridad...y abrace el culto divino y la verdadera religión, y agudice la mirada de su inteligencia, como si fuese la de los ojos, para elegir lo bueno y rechazar lo contrario... ¿Cabría concebir o imaginar algo más dichoso que ese espíritu? <sup>20</sup>.

<sup>15</sup> PLATÓN, *La República*, traducción de Patricio AZCÁRATE, México, Espasa-Calpe, 1958, cap. IV, p. 132.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción de M. ARAÚJO y J. MARÍAS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985. L. I, 4, p. 3.

<sup>17</sup> PLATÓN, *op. cit.*, cap. IV, p. 143.

<sup>18</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, L. VIII, 3, p. 124 y ss.

<sup>19</sup> MACINTYRE, A., *Historia de la Ética*, Traducción de R. J. WALTON, Buenos Aires, Ediciones Paidós, 1966, p. 109.

<sup>20</sup> CICERÓN, M., *Las Leyes*, traducción de Álvaro D'ORS, Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1953, L I, XII, 59, p. 107 y 108.

El Estoicismo establece una conexión entre la práctica por parte del hombre de la virtud y la consecución de su felicidad, reconoce que el ejercicio de ésta no es fácil, pero tampoco es imposible para el hombre, la práctica de la virtud requiere esfuerzo personal y ayuda de la divinidad <sup>21</sup>.

El Estoicismo fomenta la fraternidad en las relaciones sociales puesto que cree en la existencia de una ley natural que es común a todos los hombres. Quien no la obedece, huye de sí mismo y, abjurando de la humana naturaleza, sufre por ello las mayores penas <sup>22</sup>.

La existencia de una ley natural igual para todos los hombres es la causa del humanismo jurídico que se percibe en los escritos de Cicerón. El principio de igualdad motiva las críticas de Cicerón sobre la distinción que existía en la sociedad romana entre libre y esclavo así como entre ciudadano romano y extranjero <sup>23</sup>. El principio de igualdad es por tanto el origen de que la ley humana sea calificada de ley injusta cuando se separa de la ley natural, ya que ésta es común a todos los hombres <sup>24</sup>.

Desde sus inicios el pensamiento cristiano reconoce la existencia de una ley natural común a todos los hombres como se recoge en el célebre texto paulino: En verdad, cuando los gentiles, guiados por la razón natural, sin Ley, cumplen los preceptos de la Ley, ellos mismos, sin tenerla, son para sí mismos Ley. Y con esto muestran que los preceptos de la Ley están escritos en sus corazones <sup>25</sup>.

San Pablo, que a lo largo de sus escritos, expresa las dificultades que tiene el hombre para la observancia de la Ley <sup>26</sup>, en la *Epístola a los Gálatas*, enumera por un lado, las obras de la carne y por otro, los frutos del Espíritu <sup>27</sup>.

La filosofía precristiana a la que he hecho referencia y la filosofía cristiana, que difieren en cuestiones de importancia, coinciden en una antropología básica, ambas consideran que el hombre es un ser capaz de conocer y practicar la virtud, pero la práctica del bien no es algo espontáneo sino que exige un control, un esfuerzo por parte del hombre, así como la ayuda de la trascendencia. Por otro lado se plantea la felicidad del hombre cuando éste supera la lucha entre el bien y el mal.

Siglos después Santo Tomás de Aquino analiza los fines de la sociedad política y la necesidad de hacer compatible la realización del bien individual con el bien social, así como la jerarquía entre estos bienes.

El concepto de bien común tiene raigambre en el pensamiento cristiano, este concepto trata de aglutinar la coexistencia de los derechos naturales comunes a todos los ciudadanos, con el orden público y la

<sup>21</sup> MARCO AURELIO, *Soliloquios*.

<sup>22</sup> CICERÓN, M., *La República*, traducción de Álvaro D'ORS, Madrid, Ed. Gredos, 1984, p. 137.

<sup>23</sup> CICERÓN, M., *Las Leyes*, op. cit. p. 121.

<sup>24</sup> CICERÓN, *Las Leyes*.

<sup>25</sup> SAN PABLO, *Epístola a los Romanos*, 2, 14 y 15.

<sup>26</sup> SAN PABLO, *Epístola a los Romanos*, 7 y 21.

<sup>27</sup> SAN PABLO, *Epístola a los Gálatas*, 5, 19 y 22.

moral como fines propios de la comunidad política. Toda ley se ordena al bien común, afirma Santo Tomás <sup>28</sup>.

El poder temporal está legitimado para combatir el egoísmo en las relaciones sociales y de esta forma hacer posible el precepto de la caridad o del amor fraterno <sup>29</sup>. El poder político es un imperativo de la naturaleza social del hombre y, por tanto, su existencia no depende de la voluntad humana sino de la propia naturaleza del hombre. El pacto por el que se instituye la autoridad política es un pacto declarativo respecto del tipo de gobierno bajo el que una comunidad social decide organizarse. El poder político no nace del pacto sino que es anterior a él; el pacto tiene la función de especificar o concretar el tipo de gobierno.

El pensamiento de la Escuela Racionalista de Derecho Natural que se inicia con la premisa de desvincular el derecho natural de Dios, mantiene un concepto contractualista del origen del poder Político. El Pacto es el origen del poder político, y desde esta concepción surgen tres versiones sobre el Estado como son: la absolutista de Hobbes, la liberal de Locke y la democrática de Rousseau que ha sido interpretada de diversas formas.

La concepción contractualista tiene una importante incidencia en la concepción del Estado moderno. Según el Pactismo, el Estado nace como consecuencia de la voluntad del hombre o del grupo social; ello significa que el concepto de justicia que actúa como modelo de ley positiva, está condicionado por la libertad del hombre individual, iusnaturalismo individualista racionalista. Aunque cada autor contractualista tiene sus matices, se puede afirmar que la identidad que se había mantenido a lo largo de veinte siglos en la filosofía greco-romana-cristiana entre justicia humana y naturaleza social humana, ley social natural, es sustituida por la equivalencia entre justicia humana y libertad individual o voluntad popular.

Son los siglos XVII y XVIII el momento histórico en el que el ciudadano comienza a tomar conciencia de los derechos humanos, llamados entonces naturales. El concepto de justicia por el que se reclaman estos derechos se interpreta bajo clave individualista. Ésta es la causa de que, a pesar del «slogan» bajo el cual se produjo la revolución francesa: «Libertad, igualdad y fraternidad», el principio que se impuso con mayor fuerza fue el de la libertad frente al poder del antiguo régimen, la igualdad y la fraternidad quedaron como asignaturas pendientes.

La falta de estabilidad que experimentaron los primeros Estados de Derecho tanto en América como en Europa tiene su origen en la marginación del principio de igualdad. La libertad en las relaciones sociales que no está moderada por el principio de igualdad, alcanza cotas insospechadas de individualismo.

La persistencia de la esclavitud y el racismo durante el siglo XIX. El lento camino hasta la universalización del derecho de participación

<sup>28</sup> SANTO TOMÁS, *S. Th. I-II*, q. 9, a.2.

<sup>29</sup> SANTO TOMÁS, *De regno*, L. I, cap. 11.

política. La interpretación del derecho de propiedad favorable a determinados sectores de la sociedad, son datos que avalan la inoperancia del principio de igualdad.

El principio de fraternidad como guía de la revolución francesa es importante destacarlo ya que, aunque no se llevara a la práctica, sí fue propuesto como modelo y como principio necesario de las relaciones sociales. He recordado la tesis aristotélica que propone la amistad como base de las relaciones sociales, y que el estoicismo y el cristianismo consideran a la fraternidad y a la igualdad como elementos rectores del poder político y legislativo, para volver a finales del siglo XVIII en que se sigue proponiendo como base del Estado de Derecho el principio de igualdad.

Como he considerado en la introducción histórica, factores políticos y económicos provocan la reacción frente al individualismo liberal. La revolución socialista de comienzos del siglo XX se lleva a cabo bajo la premisa de la igualdad y asume como prioritarios los valores materiales de la persona humana. La dictadura del proletariado sacrifica la libertad del ciudadano en aras de la igualdad.

Los artículos 51 y 53 de la Constitución de Weimar de 1919 moderan la libertad de propiedad por el principio de igualdad.

– La economía debe ser organizada en conformidad a los principios de la justicia con el fin de garantizar a todos una existencia digna del hombre <sup>30</sup>.

– El derecho de propiedad implica obligaciones y su uso debe ser en interés general <sup>31</sup>.

En las mismas fechas, juristas y filósofos comienzan a recabar la justicia como elemento esencial del concepto de Derecho. La teoría de la justicia en el Derecho, durante el siglo XX, coincide con la Teoría de los Derechos Humanos. En la actualidad la importancia que ha adquirido, tanto en el ámbito teórico como en el práctico, la Teoría de los Derechos Humanos no es más que un resurgir del principio de la justicia en el concepto de Derecho.

Después de la importancia que había alcanzado la corriente positivista en el siglo XIX, la afirmación de Stammler, a comienzos del siglo XX, de que el derecho positivo ha de ser un derecho justo puede plantearse como el comienzo de un nuevo camino. Los principios de un Derecho justo son dos según Stammler: el principio del respeto y el principio de solidaridad o participación <sup>32</sup>.

El principio del respeto lo formula el filósofo alemán bajo dos premisas.

a) Una voluntad no debe quedar nunca a merced de lo que otro arbitrariamente disponga.

<sup>30</sup> Constitución de Weimar. Artículo 51.

<sup>31</sup> Constitución de Weimar. Artículo 53.

<sup>32</sup> STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, Ed. Nacional, traducción de la segunda edición alemana por W. ROCES, 1980, p. 258.

b) Toda exigencia jurídica debería ser de tal modo que el obligado se siga viendo el prójimo.

Prójimo que significa ser humano cercano, frente a la concepción del ser humano aislado. El principio del respeto supone un límite de la libertad en el ejercicio de los derechos humanos. En el seno de una vida social jurídicamente organizada, escribe en páginas anteriores Stammler, sólo cabe una libertad relativa. Así lo exige la esencia del concepto del Derecho como vinculación de aspiraciones humanas. La libertad absoluta de los individuos no puede, pues, representar el punto de mira supremo de un orden político <sup>33</sup>.

Stammler propone como imperativo legislativo la existencia de los derechos ajenos como límite del ejercicio de la libertad individual en las relaciones sociales. Los derechos humanos lo son en la medida en que son comunes a todos los hombres, razón por la que participan de modo peculiar del carácter social de todo derecho.

La coparticipación en los derechos humanos por parte de todos y cada uno de los ciudadanos plantea con mayor hondura las consecuencias del límite en el ejercicio de los mismos como consecuencia de la existencia de los derechos ajenos. Por esta razón la exaltación de la libertad individual como base de la reivindicación de los derechos humanos, o como clave de la justicia en el derecho, supone un retroceso de doscientos años en el concepto de los derechos humanos.

El principio que ha imperado en el Estado de Derecho como principio regulador de la libertad del ciudadano ha sido: «lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit» <sup>34</sup>, «lo que no está prohibido por la ley, está permitido».

Son diversas las interpretaciones que se pueden hacer del término «ley». En primer lugar el término ley puede ser entendido en sentido estricto como una de las fuentes del Ordenamiento jurídico, según el artículo 1 del Código Civil español vigente. En segundo lugar se puede interpretar en sentido amplio equivalente al término Derecho, que incluiría a los principios generales del Derecho.

Pero a su vez, este principio, que es fundamental para garantizar la libertad individual contras los posibles abusos del poder político, tiene distinta acepción cuando de lo que trata el Ordenamiento jurídico es de una justa correlación entre varias voluntades individuales.

Para tales casos, según afirma el profesor Del Vecchio, es perfectamente admisible que se establezcan también verdaderas limitaciones de la voluntad individual, no expresadas en la ley y sin embargo jurídicamente válidas por estar fundadas en los principios generales a los que la ley se refiere como fuente del Derecho. <sup>35</sup>

<sup>33</sup> STAMMLER, R., *op. cit.*, p. 352.

<sup>34</sup> El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límite que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley. Artículo 4 de la Declaración francesa de 1789.

<sup>35</sup> DEL VECCHIO, G., *Los Principios Generales del Derecho*, traducción de Juan OSSORIO MORALES, Barcelona, Ed. Bosch, 1979, p. 91.

En la actualidad el concepto de justicia en torno a los derechos humanos recaba la conciencia de las obligaciones que nacen como exigencia del principio de igualdad en el ejercicio de la libertad. En las democracias actuales el peligro para el ciudadano no está tanto en el poder despótico de quién detenta el poder como en la dificultad de coordinar la convivencia no sólo pacífica, sino próspera, entre las libertades individuales.

Siendo una realidad que el principio de igualdad inspira la legislación nacional e internacional, el objetivo de estas páginas es plantear si el desarrollo que se está haciendo del mismo por parte de la legislación y de la jurisprudencia es el óptimo para las relaciones sociales.

La filosofía jurídica contemporánea, que se ha ocupado del fundamento de los derechos humanos, ha ido confluyendo en una postura axiológica. Si bien es cierto que distan mucho unas posturas de otras. He clasificado en tres grandes líneas esta confluencia. La que se puede denominar axiología sociológica; la axiología propuesta por la Filosofía de los Valores y la solución iusnaturalista <sup>36</sup>.

Los derechos humanos como referencia de justicia para el derecho positivo se han convertido en una realidad ético-jurídica. Como consecuencia de que sean concebidos como una realidad más jurídica o más moral, se les denomina derechos morales <sup>37</sup>, valores <sup>38</sup>, o derechos naturales <sup>39</sup>.

He descrito, brevemente, cómo desde antiguo se ha tenido conciencia de la existencia de una realidad superior al derecho positivo que tiene la función de inspirar y conformar la legislación social.

El progreso de la justicia en la positivación de los derechos humanos está en relación directa con el nivel de objetividad que alcancen los criterios de moral social que deben inspirar al poder legislativo y al poder judicial.

La positivación de los derechos humanos no puede reducirse a legislaciones que respondan a estilos de vida generalizados pero que son en sí mismos antisociales. El profesor Marina ha especificado los tres criterios éticos por los que se rigen amplios sectores de nuestra sociedad, refiriéndose en particular a la juventud. Los principios son los siguientes: pasarlo lo mejor que pueda; con mi cuerpo puedo hacer lo que quiera; no hacer daño a nadie <sup>40</sup>.

La axiología sociológica mantiene que el derecho positivo debe respaldar los valores morales vigentes en la comunidad. Que sean los que enumera el profesor de ética o que sean otros no es más que una realidad constatable, en este caso sirve esta referencia para denunciar el error que supone que una actitud en sí misma antisocial deba inspirar el derecho positivo.

<sup>36</sup> LABRADA RUBIO, V., *op. cit.*, p. 58.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ, E., *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Ed., Debate, 1990, p. 154.

<sup>38</sup> SCHELER, M., *Ética*, Madrid, Revista de Occidente, 1941.

<sup>39</sup> MESSNER, J., *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, versión española VVAA, Madrid, Rialp, 1967.

<sup>40</sup> MARINA, J. A., *Crónicas de la Ultramodernidad*, ABC, 27-III-1998.

La legislación conocida como permisiva va ampliando el campo de acción de la libertad individual, permitiendo que se desarrolle una conciencia ciudadana ajena a las obligaciones que nacen del ejercicio de la libertad. El hecho de considerar compatible el segundo y el tercer principio éticos, supone una muestra de la falta de conexión entre las acciones individuales y la realidad social.

No tener conciencia de la relación directa que existe entre las acciones individuales y la realidad social es tanto como pretender que exista una realidad social al margen de la actividad de los miembros de la comunidad.

Las conductas de los ciudadanos pueden estar permitidas tácitamente, por no estar prohibidas, como sucede con la despenalización del consumo de estupefacientes, o expresamente por estar permitidas por la ley, como sucede con los supuestos de despenalización del aborto.

El consumo de estupefacientes no es una realidad que se pueda aislar sin que implique graves perjuicios primero a las personas que conviven con el drogadicto, y segundo para el conjunto de la sociedad.

La legalización del aborto, justificado en el derecho que tiene la mujer sobre su cuerpo, supondría no sólo una agresión a la maternidad y al derecho de ser asistida la mujer para sacar adelante a su hijo, sino la agresión a una vida ajena.

La regulación que se pretende sobre las parejas de hecho, se orienta para proteger situaciones que benefician a la pareja, eludiendo ésta todo tipo de obligación.

También el derecho de adopción que pretenden las parejas de homosexuales supone un importante perjuicio, no sólo para el hijo adoptado, sino también para el conjunto de la sociedad por la repercusión social que tiene cada degeneración sexual.

El principio de igualdad plantea las exigencias y límites precisos para que el ejercicio de la libertad social sea compatible con los derechos ajenos. Los derechos ajenos pueden ser individuales o colectivos.

En la Declaración Universal, con la excepción del artículo 16, que recoge las condiciones esenciales para contraer matrimonio, y del artículo 30, dedicado a la interpretación de los derechos reconocidos, los términos utilizados para reconocer cada uno de los derechos humanos son los siguientes. Todo ser humano <sup>41</sup>; toda persona <sup>42</sup>; todo individuo <sup>43</sup>; nadie <sup>44</sup>.

La igualdad que inspira la totalidad del texto, tiene mención especial en los artículos que cito a continuación:

- Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los

<sup>41</sup> *Declaración Universal*. Artículos 1 y 6.

<sup>42</sup> *Declaración Universal*. Artículos 2, 8, 10, 11, 13-15, 17, 18 y 20-29.

<sup>43</sup> *Declaración Universal*. Artículos 3 y 19.

<sup>44</sup> *Declaración Universal*. Artículos 4, 5, 9 y 12.



derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana <sup>45</sup>.

– Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en la igualdad de derechos de hombres y mujeres <sup>46</sup>.

– Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros <sup>47</sup>.

El principio de igualdad y no discriminación, así como el principio de igualdad ante la ley y el de igualdad de protección contra toda discriminación y contra toda provocación a tal discriminación, son formulados expresamente en el Texto de la Declaración <sup>48</sup>.

La igualdad esencial que caracteriza a los derechos humanos pone de relieve la importancia de la solidaridad en el disfrute de estos derechos, solidaridad que el texto de la Declaración basa en la fraternidad cuando hace referencia a todos los miembros de la familia humana, y al deber de todos los seres humanos de comportarse fraternalmente los unos con los otros <sup>49</sup>.

La igualdad esencial reclama un respeto exquisito hacia los derechos de los demás lo que requiere la educación en la coexistencia de los mismos. La importancia de una conciencia social respecto de los derechos humanos, la recoge la Declaración en los términos siguientes:

– La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades.

Respecto al derecho a la educación, la declaración establece además de unos niveles mínimos de obligatoriedad, una referencia a los objetivos:

– La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos <sup>50</sup>.

Aunque es evidente que todo el texto de la Declaración está inspirado en el principio de igualdad y fraternidad, la determinación de los

<sup>45</sup> *Declaración Universal*. Considerando 1.º.

<sup>46</sup> *Declaración Universal*. Considerando 5.º.

<sup>47</sup> *Declaración Universal*. Artículo 1.

<sup>48</sup> *Declaración Universal*. Artículos 2 y 7.

<sup>49</sup> *Declaración Universal*. Considerando 1.º y artículo 1, respectivamente.

<sup>50</sup> *Declaración Universal*. Artículo 26.

límites al ejercicio de los derechos humanos, se efectúa de forma genérica, según establece el artículo 29.2:

- En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás <sup>51</sup>.

En el contexto internacional los Pactos Internacionales de 1966 son los textos que aplican y desarrollan el principio de igualdad. El derecho de propiedad y el derecho a la libertad de expresión son dos ejemplos de la evolución en el marco de estos derechos.

El derecho de propiedad está formulado en la Declaración en los términos siguientes:

- Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente, y nadie será privado arbitrariamente de su propiedad <sup>52</sup>.

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales establece.

- Entre las medidas que habrá de adoptar por cada uno de los Estado Parte en el Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho –se refiere al derecho al trabajo– deberán figurar la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana <sup>53</sup>.

- El derecho de libertad de expresión incluye el no ser molestado a causa de las opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin límite de fronteras, por cualquier medio de expresión <sup>54</sup>.

Se puede establecer una relación entre los artículos 51 y 53 de la Constitución de Weimar y el artículo 6.2 del Pacto citado. En el ámbito internacional el Pacto constituye el texto de referencia en la concepción social del derecho de propiedad.

Respecto del derecho a la libertad de expresión la Declaración Universal no establece límite alguno. El artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos recoge el mismo derecho. Después de afirmar que «nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones», en el segundo apartado repite el texto de la Declaración Universal. En el tercer apartado afirma el Pacto:

- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consi-

<sup>51</sup> *Declaración Universal*. Artículo 29.2.

<sup>52</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Artículo 17.

<sup>53</sup> *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966*. Artículo 6.3.

<sup>54</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Artículo 19.

guiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley para: a) garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas<sup>55</sup>.

El artículo 20 del mismo Pacto prevé que por ley se prohíba toda apología que incite a la discriminación, la hostilidad o a la violencia, así como toda propaganda de la guerra.

Por tanto la libertad de expresión, llamada «de prensa» en el artículo 12 de la Declaración de Virginia, que fue considerada en el texto americano como el baluarte de la libertad por lo que no podía ser restringida, a no ser por gobiernos despóticos, evoluciona hacia una acepción social

El artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en referencia al derecho a la libertad de expresión, repite los términos en que la Constitución de Weimar interpreta el derecho de propiedad, al afirmar que la libertad de expresión entraña deberes y obligaciones.

Los ejemplos propuestos sirven para confirmar que, en las legislaciones más modernas que se ocupan del ejercicio de los derechos humanos, existe una evolución clara, según la cual, el ejercicio de la libertad se encauza por criterios sociales de igualdad y solidaridad.

La primera de las restricciones al ejercicio de la libertad se ha impuesto en el ámbito más material como es el de la propiedad. Desde mi punto de vista, ello no es suficiente para una teoría de la justicia de los derechos humanos, pues en la comunidad humana el interés particular ha de ser compatible y, en ocasiones, debe de ceder ante el interés general, por lo que trato de argumentar que, con relación a la práctica totalidad de los derechos humanos, el principio de igualdad debe de moderar el ejercicio de la libertad.

Esta tesis puede resultar de difícil comprensión en las sociedades democráticas contemporáneas que han fomentado y sublimado la libertad individual como esencia de la democracia hasta el punto de olvidar las referencias sociales propias de todo derecho y exigir del Estado que garantice niveles de libertad que redundan en perjuicio de la sociedad.

El tema se plantea en la actualidad en torno los derechos de libertad llamados civiles y respecto de los derechos de cuarta generación. También plantean en la actualidad serios problemas los derechos políticos, si incluimos entre ellos el derecho a la nacionalidad y el derecho de adquisición de la misma.

He tratado de justificar la importancia del principio de igualdad como límite del ejercicio de los derechos humanos. La historia y la realidad contemporánea invitan a que este principio sirva de guía en el ejercicio de la libertad social.

---

<sup>55</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19.*

# La universalidad de los derechos humanos

Por ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Universidad de Sevilla

## 1. PLANTEAMIENTO

El curso incesante de los tiempos, en que se explicita la historia, nos sitúa año tras año ante la evocación de determinadas efemérides. Una de ellas, relevante para quienes sienten un compromiso solidario hacia la humanidad oprimida, es la que conmemora el Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Se cumplen con éste cincuenta años desde que, en un 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU promulgara esta Carta universal de libertades.

El recuerdo de esa fecha suscita sentimientos de contrapuesto signo. De un lado, conforta comprobar la creciente instalación del espíritu que informó ese texto en la conciencia cívica de los hombres y de los pueblos. Pero, ese logro se ve contrapuntado por un hecho insoslayable: la marginación de grandes sectores de la humanidad del goce pleno de los derechos y libertades allí proclamados. La Declaración sigue, por tanto, siendo una bella promesa incumplida para importantes sectores de la humanidad todavía no emancipados de la dominación, el temor, el hambre o la ignorancia.

Conviene llamar la atención sobre el calificativo que adjetiva y define el texto de Naciones Unidas. Se trata del carácter de su «universalidad». Es necesario no resbalar sobre este punto porque, como la doctrina internacionalista ha subrayado certeramente, ese rasgo

representaba una prolongación de los ideales conformadores de la génesis de la Carta fundacional de San Francisco y de los propios Tribunales de Nürenberg. Con esa dimensión de universalidad se quería afirmar, sin resquicio a dudas, que la protección de los derechos humanos y, consiguientemente, su violación no constituían ámbitos reservados a la soberanía interna de los Estados (a tenor de las célebres tesis del *domaine réservé*, o de su versión anglosajona de la *domestic question*), sino problemas que afectan a toda la humanidad (*vid.*, por todos, Carrillo Salcedo, 1995, 77 ss.; Truyol y Serra, 1981, 145 ss.).

En fecha reciente se ha indicado que la universalidad es una cuestión de importancia prioritaria por afectar al propio núcleo o «corazón» de los derechos humanos (Imbert, 1989, 2). Quizás, por ello mismo, se trata de una cuestión difícil y controvertida. Consciente de ello, dividiré su planteamiento en tres aspectos, que abordaré en aproximación sucesiva:

- 1) La universalidad como elemento constitutivo de la génesis de la idea de los derechos humanos.
- 2) Las diferentes tesis que coinciden en impugnar la universalidad en nuestro tiempo.
- 3) El carácter de universalidad como rasgo básico del concepto de los derechos humanos y, por tanto, la respuesta a las críticas avanzadas en su contra.

## 2. LA UNIVERSALIDAD EN LA GÉNESIS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, en contra de lo que en ocasiones se sostiene, constituyen una categoría histórica. Nacen con la Modernidad en el seno de la atmósfera intelectual que inspirará las revoluciones liberales del siglo XVIII. Los derechos humanos son, por tanto, una de las más decisivas aportaciones de la Ilustración en el terreno jurídico y político (Peces-Barba, 1995).

Son ingredientes básicos en la formación histórica de la idea de los derechos humanos dos direcciones doctrinales que alcanzan su apogeo en el clima de la Ilustración: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo. El primero, al postular que todos los seres humanos desde su propia naturaleza poseen unos derechos naturales que dimanar de su racionalidad, en cuanto rasgo común a todos los hombres, y que esos derechos deben ser reconocidos por el poder político a través del derecho positivo. A su vez, el contractualismo, tesis cuyos antecedentes remotos cabe situar en la sofística y que alcanza amplia difusión en el siglo XVIII, sostendrá que las normas jurídicas y las instituciones políticas no pueden concebirse como el producto del arbitrio de los gobernantes, sino como el resultado del consenso o voluntad popular.

Ambas concepciones tienen en común el postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Por tanto, el rasgo básico que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad es precisamente el de su carácter universal; el de ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión. Conviene insistir en este aspecto, porque derechos, en su acepción de *status* o situaciones jurídicas activas de libertad, poder, pretensión o inmunidad (Hohfeld, 1991) han existido desde las culturas más remotas, pero como atributo de sólo alguno de los miembros de la comunidad. Se ha hecho célebre al respecto la tesis sobre la evolución jurídico-política de la humanidad avanzada por Hegel, a tenor de la cual en los imperios orientales sólo un hombre (el Faraón, el Sátrapa, el Emperador...) era libre. En el mundo clásico greco-latino algunos hombres serán libres, si bien persistirá la esclavitud, es decir, la no libertad para otros muchos seres humanos. Sólo en el marco de la cultura germano-cristiana tomará cuerpo el principio de la libertad para todos los hombres (1821, §§ 341 ss.). Pues bien, resulta evidente que sólo a partir del momento en el que pueden postularse derechos de todas las personas es posible hablar de derechos humanos. En las fases anteriores se podrá hablar de derechos de príncipes, de etnias, de estamentos o de grupos, pero no de derechos humanos en cuanto facultades jurídicas de titularidad universal. El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres; y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos.

Corroboran esta tesis algunos textos básicos en los que se plasman los ideales de la revolución burguesa y, consiguientemente, de la génesis del Estado liberal de derecho. Con ligeras variantes terminológicas la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ambos de 1776, o bien la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada por la Asamblea constituyente francesa en 1789, proclaman enfáticamente que todos los hombres, desde su nacimiento, poseen algunos derechos como la libertad o la igualdad, que ningún poder político puede negar o desconocer. Se trata de derechos innatos, imprescriptibles, inviolables y, en definitiva, universales (*vid.*, sobre todo ello Pérez Luño, 1995a, 114 ss.).

Se refuerza también la tesis del carácter básico de la idea de universalidad en la génesis de los derechos humanos, si tenemos presente el pensamiento de uno de los autores clave de la filosofía jurídico-política de la Ilustración, de un pensador que en cierto modo resume y culmina la cultura de ese período: Immanuel Kant. Éste sitúa en el centro de su filosofía moral la idea de la universalidad. Su imperativo categórico obligará a actuar a partir de reglas universalizables. Lo que hace que unas reglas de conducta sean morales; lo que distingue, en definitiva, la auténtica de la falsa moralidad es que sus principios sean susceptibles de universalización (Kant, 1985).

Kant realiza una transposición de estas ideas al plano jurídico-político en dos de sus más relevantes opúsculos. En sus *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, que data de 1784, pretenderá responder a la concepción de la historia avanzada por Herder. Para éste la historia consistía en el descubrimiento de las propias señas de identidad de cada pueblo en el tiempo, mientras que para Kant la historia supondrá la elucidación racional de los rasgos constitutivos del género humano. Kant apunta que lo que la razón desvela como rasgos informadores básicos del género humano, aquello que permite considerar a todos los hombres como miembros de una gran familia ideal, es la sociabilidad. Esa sociabilidad se manifiesta en cada persona como una tendencia racional hacia el cosmopolitismo (Kant, 1784; *cfr.*, Truyol y Serra, 1996, 137 ss.).

Esta tesis será desarrollada por el propio Kant en su monografía sobre *La paz perpetua* de 1795, en la que aboga por una ciudadanía universal y una hospitalidad cosmopolita como fundamentos de una paz sólida entre los hombres y los pueblos (Kant, 1795).

### 3. LA UNIVERSALIDAD Y SUS ENEMIGOS

La idea de universalidad que, como se desprende de lo expuesto, constituyó un presupuesto fundamental de la propia génesis de los derechos humanos en la modernidad, es objeto en el presente de una serie de recelos, críticas e impugnaciones cuya referencia resulta aquí insoslayable.

Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad 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. Se siente hoy con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente la exigencia de que los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras estatales. Estos requerimientos vienen impuestos por esos procesos de mutua implicación económica que reciben el nombre de la «globalización»; y porque vivimos en el seno de sociedades interconectadas a escala planetaria, cuyo testimonio más evidente es Internet (*cfr.*, Pérez Luño 1997b). En un mundo interdependiente, en el seno de sociedades interconectadas, la garantía de unos derechos universales se ha hecho más perentoria que nunca. Pero, como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se oponen ahora el resurgir de particularismos y nacionalismos radicales 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 violenta ha impuesto su sinrazón.

No es sólo en el plano de los movimientos políticos donde se producen estos ataques contra el universalismo, también en el plano de las

ideas han aparecido tesis y doctrinas que coinciden en erosionar la idea de la universalidad de los derechos. Tomando en préstamo el célebre título de una obra de Karl Popper (*La sociedad abierta y sus enemigos*, 1967) podríamos hablar aquí de la «universalidad de los derechos y sus enemigos», para hacer referencia a las críticas que en el plano filosófico, político y jurídico se avanzan hoy contra la universalidad de los derechos humanos.

1) En el plano filosófico, hace algunos años el autor francés Jean-François Lyotard, con su obra *La condición posmoderna*, publicada al declinar la década de los setenta, tuvo el acierto de acuñar un término que ha hecho fortuna. Con la expresión «posmodernidad», Lyotard quería hacer referencia a ese movimiento de revisión crítica de los valores que habían sido el eje de gravitación del pensamiento moderno. Si la modernidad se había expresado a través de postulados o valores tales como la racionalidad, la universalidad y la igualdad, en nuestro tiempo la «condición posmoderna» plantea como valores alternativos, las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia (Lyotard, 1989; Denninger, 1996; Ballesteros, 1989).

El interés por esa inversión de los valores propia de nuestra época hallará reflejo en otra obra del propio Lyotard cifrada en el estudio de *La diferencia*. En ese libro indicará que aquello que enaltece en mayor medida al ser humano es su esfuerzo por destacar aquellos rasgos que le hacen diferente de los demás (Lyotard, 1988). Esa misma idea late y halla expresión en otro pensador francés, en uno de los más caracterizados exponentes de ese grupo denominado «nuevos filósofos», me refiero a Bernard-Henri Lévy, el cual retomando la idea de la revalorización de la diferencia, dice que la racionalidad y la dignidad del ser humano se manifiesta a través de su esfuerzo por diferenciarse del grupo. Lo que contribuye al desarrollo de una personalidad auténticamente humana es su esfuerzo deliberado por no parecerse a los demás. Conformarse en ser como los otros, o en ser tratado como los otros, implica renunciar a la propia identidad genuina e intransferible. La universalidad y la igualdad pueden ser pautas para la organización de un hormiguero o un rebaño, pero aplicadas a los hombres constituye una forma de «barbarie con rostro humano» (Lévy, 1978).

En las batallas actuales contra la universalidad de los derechos humanos resulta inevitable aludir al denominado movimiento «comunitarista». En el seno de este movimiento se asistiría a un desplazamiento de los derechos universales hacia unos derechos contextualizados, en función del carácter histórico y culturalmente condicionado de los valores que los informan. El comunitarismo se opone a una visión abstracta, ideal y desarraigada de los derechos y libertades, tal como, según sus partidarios, habrían sido forjados en la modernidad. En definitiva el comunitarismo situaría el fundamento de los derechos humanos en la identidad homogénea comunitaria que se expresa en el *ethos* social, es decir, la *Sittlichkeit*, como alternativa a la universalidad abstracta del racionalismo ilustrado moderno. Sin referencia a la comunidad en la que han surgido y que los reconoce, los derechos son entida-



des ideales y abstractas, porque es cada comunidad histórica la que va a dotar de unos perfiles específicos y concretos a los derechos de cada persona (De Castro, 1995, 399 ss.).

Conviene recordar que el movimiento comunitarista no constituye una escuela monolítica. En su propia significación como movimiento cultural emblemático de la posmodernidad se pueden advertir dos direcciones. La primera, representada por autores como Taylor y Walzer, entraña una relectura de las tesis hegelianas y, en cierto sentido, desea recuperar los valores de la modernidad y de la ilustración a través de una lectura en clave comunitaria que intenta evitar la interpretación individualista. La segunda, que tiene su máximo exponente en Alasdair MacIntyre, reivindica una vuelta a la tradición aristotélica en cuanto opuesta a la modernidad y defiende un proyecto anti-ilustrado, nostálgico de la concepción premoderna de la comunidad. (*vid.*, Pérez Luño, 1995a, 535 ss.; *id.*, 1997a, 242 ss.).

Es necesario advertir que esta concepción de los derechos y libertades no es nueva. En los inicios del siglo XIX, el más caracterizado representante del pensamiento contrarrevolucionario francés, Joseph de Maistre en sus *Consideraciones sobre Francia*, saliendo al paso de lo que había sido la concepción de los derechos propia de la Ilustración y culminadas en la Revolución francesa, escribía:

«La Constitución de 1795, como las precedentes, está hecha para el hombre. Ahora bien; el hombre no existe en el mundo. Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos..., y hasta sé, gracias a Montesquieu, *que se puede ser persa*: en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe, lo desconozco (De Maistre, 1797, 142).

2) Desde premisas políticas se combate hoy también la universalidad como nota conformadora de los derechos humanos. Las más de las veces, estas críticas tienen como soporte una actitud de relativismo cultural. Desde sus premisas se afirma que cada pueblo, a lo largo de su devenir histórico, ha forjado un tejido institucional propio y que ese conjunto de formas de vida e instituciones no se puede juzgar ni mejor, ni peor que el de cualquier otro pueblo.

No existen, por tanto, hegemonías en el plano de la cultura, ni en el de las formas políticas. De ello se infiere la improcedencia de querer juzgar las instituciones culturales y políticas desde un único parámetro o modelo ideal, porque tal modelo no existe. La idea de un modelo ideal/universal de cultura o de política capaz de servir de canon para todas las sociedades y, en consecuencia, exportable a todas ellas, es una falacia; se trata de una hipóstasis destinada a enmascarar la imposición coactiva y/o ideológica de un modelo histórico y concreto, por tanto, de una forma de particularismo político cultural: el modelo europeo occidental en su versión forjada en la modernidad.

Cuando en nombre del universalismo se trata de imponer unos determinados valores o instituciones político-culturales, lo que se está haciendo es eurocentrismo, neoimperialismo o neocolonialismo, por

más que ello se pretenda disfrazar de retórica universalista. Por eso, algunos líderes del Tercer Mundo denuncian que tras la universalidad de los derechos humanos se ha ocultado, en muchas ocasiones, el interés de las multinacionales por crear hábitos «universales» de consumo (sobre el conjunto de estas actitudes, *vid.*, Sebrelí, 1992).

Sin adscribirse al relativismo cultural y con mayor dosis de envidia teórica, desde algunos enfoques actuales, se pretende poner de relieve algunos riesgos del universalismo. Así, por ejemplo, se indicará que las sociedades libres y pluralistas, precisamente por serlo, no deben imponer sus instituciones a otros pueblos. El derecho de gentes no expresaría el principio de tolerancia si impidiera la existencia de formas jurídico-políticas razonables, aunque ajenas al modelo occidental. Sólo los regímenes tiránicos y dictatoriales no pueden ser aceptados como miembros de una comunidad de pueblos razonables... (Rawls, 1993).

En otras ocasiones, se apelará a la necesidad de no establecer mecanismos discriminatorios o de evitar cualquier actitud de xenofobia en los cauces de tutela de los derechos humanos. Desde esta perspectiva se quiere evitar que el ideal de la universalidad actúe como un rodillo que desconozca las diferencias y peculiaridades de los hombres y de los pueblos y que, en consecuencia, ignore la exigencia de establecer mecanismos especiales de protección para quienes sufren situaciones especialmente dramáticas de explotación, marginación o subdesarrollo (De Lucas, 1992; *id.*, 1994; Espada Ramos, 1997).

Se ha recordado también, certeramente, que una comunidad internacional asimétrica en la que existen enormes diferencias de poder entre los distintos Estados que la integran, no pueden pretender allanar o ignorar esas diferencias ocultándolas bajo la pantalla encubridora de los derechos universales. Desde esta óptica no se pretende negar la universalidad de los derechos, sino la utilización abusiva de esa idea para tratar de encubrir las profundas desigualdades reales que existen todavía en el seno de la comunidad internacional (Pureza, 1996).

3) Desde el punto de vista jurídico, algunos constitucionalistas al cotejar el Derecho constitucional comparado de la actualidad, comprueban que los derechos y libertades reconocidos en los diversos textos constitucionales difieren notablemente entre sí. Incluso entre los Estados pertenecientes a la cultura occidental, aquellos que obedecen al modelo político del Estado de derecho, se dan divergencias notables. Así, mientras en algunos de ellos, los que siguen fieles al tipo del Estado liberal de derecho, sólo reconocen las libertades de signo individual, o sea, los derechos personales civiles y políticos; en otros, los que obedecen al modelo del Estado social de derecho, amplían el catálogo de las libertades para incluir en él también a los derechos económicos, sociales y culturales.

La doctrina constitucionalista insiste, al propio tiempo, que en los Estados sociales de derecho los derechos sociales no gozan de la misma protección jurídica que las libertades individuales. Resulta elocuente al respecto el sistema de protección establecido en el artículo 53 de nuestra propia Carta constitucional que, como es notorio, prevé un

sistema de tutela de distinta intensidad para las libertades y para los derechos sociales. Estos últimos son reconocidos bajo la rúbrica de «Principios rectores de la política social y económica» en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

Desde estos enfoques se indica que, la distinción, que no necesariamente oposición, entre libertades individuales y derechos sociales se hace patente cuando se considera que mientras los derechos individuales vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) 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; los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.

La posibilidad de hacer efectivo el disfrute de las libertades personales a escala universal, no guarda parangón con los medios para hacer real y efectivo el disfrute de los derechos sociales. Sería precisa una profunda transformación de las estructuras socio-económicas a escala internacional, para que los derechos sociales pudieran contar con los pertinentes instrumentos de garantía. Es más, no sólo su realización en los países del Tercer Mundo resulta, hoy por hoy inviable, sino que incluso en las democracias occidentales la plena garantía de los derechos sociales es más que problemática. Baste pensar en las dificultades que conllevaría hacer inmediatamente justiciable, en el seno de nuestro propio Ordenamiento jurídico, garantías tales como la del pleno empleo, la calidad de vida o el derecho a una vivienda digna...

Se infiere de ello que dada la heterogeneidad de los derechos reconocidos en los textos constitucionales, y también el carácter heteróclito de los sistemas de garantía previstos para ellos, no parece que responda a la realidad la idea de la pretendida universalidad de los derechos (*vid.*, sobre todo ello: Pérez Luño, 1991a; *id.*, 1995a, 83 ss. y 120 ss.; Sommermann, 1996; Tomuschat, 1985).

Al recapitular el sentido básico de cada una de estas perspectivas pudiera concluirse que: mientras para la crítica filosófica la universalidad es impugnada por su carácter ideal y abstracto; para la crítica política se la reputa nociva, porque intenta allanar y desconocer las diferentes tradiciones políticas de las distintas culturas; en tanto que, desde la crítica jurídica se insistirá en que la universalidad es imposible, al no existir un marco económico-social que permitiera satisfacer plenamente todos los derechos humanos a escala planetaria.

#### 4. LAS BUENAS RAZONES DEL UNIVERSALISMO

Las críticas y reservas hasta aquí expuestas, al margen de su distinto calado, conforman el controvertido contexto actual de la universali-

dad. Al evaluar algunas de estas aporías un atento estudio de esta temática se ha preguntado si la universalidad significa hoy sólo un dogma o un mito, es decir, si se trata, a la postre, de un postulado racional para ocultar las profundas divergencias que se dan lo mismo en el disfrute que en la fundamentación de los derechos humanos (De Castro Cid, 1995). No obstante, entiendo que siguen existiendo buenas razones para mantener la universalidad como nota definitoria de los derechos humanos y, en consecuencia, para replicar a esas críticas.

1) Conviene aclarar, desde el principio, que cuando empleamos expresiones tales como las de «posmodernidad», la de «nuevos filósofos», estamos utilizando estos términos en su acepción cronológica y no axiológica. La posmodernidad es un movimiento cultural que es posterior a la modernidad, los nuevos filósofos se denominan así porque pertenecen a la hora presente. Ello no significa en absoluto que la posmodernidad sea cualitativamente mejor, en cuanto a los ideales y valores que la informan, que la modernidad; ni que los nuevos filósofos enseñen doctrinas intrínsecamente novedosas o más perfectas que las de otros filósofos que les han precedido, o que coexisten con ellos en otras direcciones de pensamiento de la hora presente.

Es fácil comprobar cómo tras esa exaltación del ego, tras ese culto a los rasgos singulares de la individualidad y tras esa defensa obsesiva de la diferencia; tras toda esa retórica posmoderna de los nuevos filósofos, subyace o se reitera mucho de lo que ya expuso, con mayor enjundia, en el pasado siglo Friedrich Nietzsche. Incluso se ha llegado a indicar, con ironía punzante, que muchas de las actuales posturas antiigualitarias y antiuniversalistas de los filósofos posmodernos, tienen como trasfondo no tanto a un Superhombre autónomo y diferente, sino al mito consumista de «Superman» (Eco, 1978).

Respecto a las posturas comunitaristas, entiendo, que el *ethos* social puede ser un marco de referencia más adecuado que el reducto de la moral individual para plantear determinados problemas ético-jurídicos contemporáneos: el significado y alcance de los valores y principios constitucionales, el fundamento de las libertades, el deber de obediencia del derecho... Pero esas apreciaciones de los aspectos más progresistas del comunitarismo actual, pienso, que no deben hacerse extensivas a aquellos enfoques conservadores que conciben el *ethos* social comunitario como una vuelta a las identidades colectivas nacionalistas o tribales. Frente a estos últimos enfoques hoy más que nunca se precisa una fundamentación de los sistemas constitucionales y de los derechos humanos basada en un *ethos* universal síntesis de valores multinacionales y multiculturales; un *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz (*cfr.* Pérez Luño, 1995a, 535 ss.).

El nacionalismo radical 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 (López Calera, 1995). Desde el punto de vista *lógico* el nacionalismo representa una de las manifestaciones más burdas de la falacia naturalista (*Naturalistic Fallacy*), que hace referen-

cia 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 esos 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.

2) El relativismo cultural que sirve de soporte a determinadas críticas políticas a la universalidad, debe ser contemplado con serias reservas. Determinados organismos especializados de la ONU, así como diferentes ONG'S, de modo especial los Informes anuales de Amnistía Internacional —que constituyen un auténtico inventario del horror—, denuncian la perpetración de la inconcebible práctica de la circuncisión o mutilación genital femenina (ablación del clítoris) a millones de mujeres de países africanos y asiáticos; asimismo, se inculpa a diversos países islámicos que condenan a la mujer al analfabetismo; se detectan también otras dramáticas violaciones de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos por parte de diferentes tipos de tiranía. En casi todos estos casos los crímenes contra los derechos humanos se justifican a partir de la idea de que esas prácticas responden a tradiciones culturales y políticas de los países que las realizan.

La actitud más cómoda ante esos auténticos crímenes contra la humanidad es la de la inhibición en nombre del relativismo cultural. Pero, como se ha denunciado certeramente, el derecho a la diferencia, no puede convertirse en una cómoda coartada que se traduzca en una especie de «derecho a la indiferencia» (Imbert, 1989, 24).

Es evidente que el relativismo cultural no puede servir de pantalla ocultadora de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, ni servir de cómodo expediente legitimador para la impunidad de tiranos y de déspotas. Los clásicos españoles del Derecho natural y de gentes, que contribuyeron decisivamente a la génesis del moderno Derecho internacional, sentaron las premisas de una institución que hoy se considera básica en el Derecho internacional humanitario: la intervención por razones de humanidad (Pérez Luño, 1995c). Cuando se violan sistemáticamente los derechos humanos, la comunidad internacional no puede ni debe inhibirse sino que, precisamente en nombre de la universalidad de tales derechos, tiene la obligación de poner fin a tales violaciones (Ramón Chornet, 1995).

Hay que convenir que en nombre de la universalidad no se puede imponer coactivamente un modelo político cultural eurocéntrico a países que cuentan con instituciones culturales y políticas propias heredadas de una tradición que responde a exigencias de racionalidad y que, por tanto, no representan formas, más o menos encubiertas, de

dictaduras o tiranías. Pero convendrá no perder de vista que las propias nociones de «tiranía» y de «dictadura» han sido forjadas en la historia de la teoría política occidental. La tiranía, al margen de otros precedentes en la cultura griega, constituye una de las formas típicas «impuras» de gobierno a tenor de la célebre tipología aristotélica. La dictadura es una categoría política forjada por el Derecho público romano... La propia noción de racionalidad tiene tras de sí el espesor de una larga tradición filosófica occidental que desemboca en las dos críticas kantianas, que constituyen uno de los signos emblemáticos de la modernidad.

Es cierto que a esa noción eurocéntrica occidental cabe oponer otras versiones de racionalidad, de forma que se pueda tener presente la denominada «racionalidad del otro» (Dussel, 1992, 17 ss. y 95 ss.). Pero al admitir esto se corre el riesgo de confundir la propia idea de racionalidad, al hacer inciertos y vagos sus perfiles hasta el punto de que no se sepa muy bien de qué tipo de «racionalidad» estamos hablando. El pluralismo cultural, o sea, el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales, no debe confundirse con el relativismo cultural, es decir, con el mito de que todas las formas culturales poseen idéntico valor. Constituye una evidencia histórica insoslayable que no todas las culturas han contribuido en la misma medida a la formación, desarrollo y defensa de los valores de la humanidad (*vid.*, sobre todo ello: Bueno, 1996, 171 ss.; Sebreli, 1992, 23 ss.).

No huelga advertir que las expresiones «cultura occidental» y «eurocentrismo», poseen una inevitable carga de ambigüedad y, en cierto modo, de ambivalencia. A Europa y Occidente, junto con su contribución innegable a la causa del humanismo, les incumbe una responsabilidad directa en episodios nada edificantes. La quema de herejes, la explotación de mujeres y niños durante la primera revolución industrial, la segregación y discriminación raciales, o el Ku-Klux-Klan son productos genuinamente occidentales; como fueron experiencias trágicas europeas Auschwitz y Dachau. Por eso no todo lo occidental y europeo ha contribuido a forjar o fundamentar los derechos humanos, muchos de los cuales surgieron, precisamente, como respuesta a determinadas negaciones de la libertad occidentales o europeas. Ahora bien, existe una tradición humanista occidental que culmina en la modernidad y que es un ingrediente insoslayable de la idea de universalidad de los derechos humanos y, en consecuencia, un elemento conformador del espíritu de la Declaración Universal de la ONU.

3) Por último, en cuanto a las críticas jurídicas a la universalidad, debe señalarse que en buena parte de ellas, se desliza la confusión entre las categorías de los derechos humanos y la de los fundamentales. Estas dos categorías de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los

derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundadora del orden jurídico de los Estados de derecho (Pérez Luño, 1995, 29 ss; *id.*, 1995, 43 ss.).

De esta distinción se desprende que no todos los derechos humanos son objeto de una recepción en los ordenamientos jurídicos estatales, ni siquiera en los Estados de derecho. Es más, incluso los derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales pueden gozar de distintos mecanismos de garantías. Por eso, el carácter de la universalidad se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no de los derechos fundamentales.

Frente a las críticas y reservas jurídicas contra la universalidad, cabría también aducir la distinción entre dos posibles formas de predicarla respecto a los derechos humanos: como universalidad *en* los derechos humanos; y como universalidad *de* los derechos humanos. La primera, en sentido extensivo y descriptivo haría referencia a si los derechos humanos son universales, porque han sido acogidos en todos los ordenamientos jurídicos. La segunda, en sentido intensivo y prescriptivo, plantearía si la universalidad es un rasgo inherente o constitutivo del concepto de los derechos humanos. A tenor de esta distinción se puede precisar y clarificar el significado de las críticas jurídicas, ya que éstas tienen sentido cuando cuestionan la universalidad *en* los derechos humanos, pero sigue manteniendo intacta validez el carácter necesariamente universal *de* los derechos humanos (se ha referido a la distinción entre: universalidad *en* el Derecho y la universalidad *del* Derecho, aunque con un alcance y en un contexto de investigación diverso de esta exposición, Di Lucia, 1997, 9 ss).

## 5. CONCLUSIÓN: LA UNIVERSALIDAD COMO PRINCIPIO Y COMO RESULTADO

Los debates actuales sobre la universalidad no pueden ser considerados estériles u ociosos. Gracias a ellos puede percibirse mejor su sentido y el plano orbital de su relevancia para el concepto de los derechos humanos.

Quienes, con razón advierten del peligro de hipostasiar la universalidad para convertirla en una mera justificación de intereses políticos, o en una pantalla encubridora de discriminaciones o desigualdades fácticas, han contribuido en forma muy positiva a clarificar el discurso actual sobre la universalidad.

La universalidad no puede ser un dogma o un mero principio apriorístico ideal y vacío, de contornos tan etéreos que terminen por no significar nada. En este punto, entiendo que no está de más recordar una anécdota que narra Ortega, sin insistir demasiado sobre la realidad del hecho. Refiere Ortega que, al celebrarse el jubileo de Víctor Hugo, se organizó una fiesta en el palacio del Elíseo, a la que concurrieron representantes de diversas naciones para participar en el homenaje.

Los embajadores culturales iban ofreciendo sus presentes, atendiendo a la voz estentórea de un ujier, que los anunciaba:

«—*Monsieur le représentant de l'Angleterre!*

Y Víctor Hugo, con voz de dramático trémolo, poniendo los ojos en blanco, decía:

—*L'Angleterre! Ah, Shakespeare!*

El ujier prosiguió:

—*Monsieur le représentant de l'Espagne!*

Y Víctor Hugo:

—*L'Espagne! Ah, Cervantes!*

El ujier:

—*Monsieur le représentant de l'Allemagne!*

Y Víctor Hugo:

—*L'Allemagne! Ah, Goethe!*

Pero entonces llegó el turno a un pequeño señor, achaparrado, gordinflón y torpe de andares. El ujier exclamó:

—*Monsieur le représentant de la Mésopotamie!*

Víctor Hugo que hasta entonces había permanecido impertérrito y seguro de sí mismo pareció vacilar. Sus pupilas ansiosas, hicieron un gran giro circular como buscando en todo el cosmos algo que no encontraba. Pero pronto se advirtió que lo había hallado y que volvía a sentirse dueño de la situación. En efecto, con el mismo tono patético, con no menor convicción, contestó al homenaje del representante diciendo:

—*La Mésopotamie! Ah, L'Humanité!*» (Ortega y Gasset, 8, 19-20).

Determinadas apelaciones actuales, tan solemnes como retóricas, a la universalidad suscitan la inquietud de si su significado no será tan inane como la apelación a la humanidad en el relato orteguiano. Para evitarlo, será necesaria completar la dimensión deontológica de la universalidad, en cuanto ingrediente básico del concepto de los derechos humanos, con el compromiso para su vigencia a través de la comunicación y el consenso entre hombres y pueblos. La universalidad no puede quedar relegada a la esfera de los postulados ilusorios, reclama un esfuerzo constructivo tendente a su realización. Para ese empeño constructivista, la universalidad constituye una tarea a cumplir en ámbitos de debate policéntricos multinacionales y multiculturales. Si bien, para eludir el riesgo del relativismo, convendrá puntualizar que el coro plural de voces culturales no significa que todas las voces posean la misma intensidad y eco. Una de las voces cantantes de ese coro plural deberá ser, sin resquicio a dudas, la que corresponde al humanismo cosmopolita, que halló su expresión definida en el proyecto ilustrado de la modernidad.

Tiene razón Habermas cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado, y que en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad (Habermas, 1988, 279 ss.). Sigue, por tanto, en pie el reto de fun-



damentar los ordenamientos internos y las relaciones internacionales en valores éticos compartidos, es decir, universales, porque como advierte Hans Küng «sin un talante ético mundial, no hay orden mundial... Si queremos una ética que funcione en beneficio de todos, ésta ha de ser única. Un mundo único necesita cada vez más una actitud ética única. La humanidad posmoderna necesita objetivos, valores, ideales y concepciones comunes» (1991, 52-53).

Desde la génesis de los derechos humanos en la modernidad a su actual significación que se desprende de la Declaración de la ONU, la universalidad es un rasgo decisivo para definir a estos derechos. Sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de la etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente el gran avance de la modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad. A partir de entonces la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como un atributo básico inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento.

Por eso, sigue siendo actual la dimensión de universalidad de los derechos humanos, que ha sido reafirmada en el Acta Final de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena, así como a la Resolución de la Asamblea General de la ONU que crea la figura del Alto Comisionado para la protección de los Derechos Humanos (Cfr. Carrillo Salcedo, 1996), en ambos textos, que datan de 1993, se reafirma el carácter «universal e indivisible» de los derechos humanos. Esta misma exigencia fue reconocida en el Seminario de Lund convocado por el Instituto Raoul Wallenberg celebrado en diciembre de 1997 sobre «Derechos Humanos y Derecho Humanitario», en el que se consideró que tal universalidad debería ser el fruto de un diálogo abierto entre las distintas culturas. También representa un reconocimiento de la universalidad de los derechos la creación en Julio del año en curso del Tribunal Penal Internacional, para sancionar los crímenes más graves contra los derechos humanos.

Concluyo, los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS, J. (1989), *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid.
- BUENO, G. (1996), *El mito de la cultura*, Prensa Ibérica, Barcelona.

- CARRILLO SALCEDO, J. A. (1984), *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid.
- (1995), *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid.
- (1996), «El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos: una visión crítica», en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- DE CASTRO CID, B. (1995), «La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?», en *Derechos y libertades*, núm. 5, pp. 385-404.
- DE LUCAS, J. (1992), *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid.
- (1994), *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid.
- DE MAISTRE, J. (1797), *Consideraciones sobre Francia*, se cita por la trad. cast. de C. GUTIÉRREZ DE GAMBRA, con Estudio preliminar de R. GAMBRA, Rialp, Madrid, 1955.
- DENNINGER, E. (1996), «Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno», en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- DI LUCIA, P. (1997), *L' universale della promessa*, Giuffrè, Milano.
- DUSSEL, E. (1992), *1492 El encubrimiento del otro (Hacia el origen del «mito de la Modernidad»)*, Antropos, Santafé de Bogotá.
- ECO, U. (1978), *Il superuomo di massa*, Bompiani, Milano, 2.<sup>a</sup> ed.
- ESPADÁ RAMOS, M. L. (1997), *¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada.
- HABERMAS, J. (1988), «La modernidad: un proyecto inacabado», en su vol. *Ensayos políticos*, trad. cast. de R. GARCÍA COTARELO, Península, Barcelona.
- HEGEL, G. W. F. (1821), *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, ed., a cargo de K. H. ILTING, se cita por la trad. cast. de C. DÍAZ, Libertarias, Madrid, 1993.
- HOHFELD, W. N. (1991), *Conceptos jurídicos fundamentales*, ed. cast. a cargo de G. Carrió, Fontamara, México.
- IMBERT, P. H. (1989), «L'universalité des Droits de l'Homme», en *Actas del «Colloque sur l'universalité des Droits de l'Homme, dans un monde pluraliste»* (Estrasburgo, 17-19 de abril de 1989), Conseil de l'Europe, Strasbourg.
- KANT, I. (1784), *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, cito por la trad. cast. de C. ROLDÁN y R. RODRÍGUEZ ARAMAYO, Tecnos, Madrid, 1987.
- (1785), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cito por la trad. cast. de M. GARCÍA MORENTE, Espasa-Calpe, 1996.
- (1795), *La paz perpetua*, cito por la trad. cast. de J. Abellán, con Presentación de A. Truyol y Serra, Tecnos, Madrid, 1985.
- KÜNG, H. (1991), *Proyecto de una ética mundial*, trad. cast. de G. Canal, Trotta, Madrid.
- LÉVY, B. H. (1978), *La barbarie con rostro humano*, trad. cast. de E. SIMONS, Monte Ávila, Caracas.
- LÓPEZ CALERA, N. (1995), *El nacionalismo, ¿culpable o inocente?*, Tecnos, Madrid.
- LYOTARD, J. F. (1988), *La diferencia*, trad. cast. de A. BIXIO, Gedisa, Barcelona.
- (1989), *La condición postmoderna*, trad. cast. de M. Antolín, Cátedra, Madrid.

- ORTEGA Y GASSET, J. (1983), *Obras Completas*, Alianza Editorial y Revista de Occidente, Madrid, 12 vols.
- PECES-BARBA, G. con la colaboración de DE ASIS, R.; FERNÁNDEZ LIESA, C. R., y LLAMAS, A. (1995), *Curso de derechos fundamentales, (I). Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1991a), «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, pp. 203-217 (trad. ita. «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, pp. 139-155).
- (1991b), «¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho», en *Sistema*, núm 102, pp. 83-97.
- (1993), *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla.
- (1994), *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2.<sup>a</sup> ed.
- (1995a), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 5.<sup>a</sup> ed.
- (1995b), *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 6.<sup>a</sup> ed.
- (1995c), *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed ( existe trad. alem. a cargo de R. ZIMMERLING, *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Duncker y Humblot, Berlín.
- (1996), *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona.
- POPPER, K. (1967), *La sociedad abierta y sus enemigos*, ver. cast. de E. LOEDEL, Paidós, Buenos Aires, 2 vols.
- PUREZA, J. M. (1996), «¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia en la posguerra fría», en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- RAMÓN CHORNET, C. (1995), *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho Internacional*, Trotta, Madrid.
- RAWLS, J. (1993), «The Law of Peoples», en *Critical Inquiry*, vol. 20, núm. 1.
- SEBRELI, J. J. (1992), *El asedio a la modernidad*, Ariel, Barcelona.
- SOMMERMANM, P. K. (1996), «El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración universal de 1948», en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- TOMUSCHAT, Ch. (1985), «Human Rights in a World-Wide Framework Some Current Issues», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, núm. 45/3, pp. 547-584.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1981), «Théorie du Droit International Public. Cours général», en *Recueil des cours de la Académie de Droit International*, 1981-IV, tomo 173.
- (1996), «La idea europea de género humano», en el vol. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.

## Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad

(Un poco de clarificación) \*

Por JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA

Universidad Complutense

Con frecuencia los estudiosos de los derechos humanos dicen que este término tiene una «significación equívoca y vaga». Uno de ellos (Ignacio Ara) ha recogido de otras expresiones como éstas: «una realidad polivalente», «paradigma de equivocidad», noción «tan raramente elucidada como frecuentemente utilizada»... Él por su parte añade que es «uno de los conceptos más oscuros y tenebrosos que han ido apareciendo a lo largo de la historia del pensamiento jurídico». (Suponemos que lo de tenebroso ha de entenderse sólo en el sentido estricto de tinieblas, es decir, de oscuridad, de falta de luz).

Desde luego, estas observaciones suelen ser el preámbulo de un nuevo intento por parte de cada uno de ellos de contribuir a su esclarecimiento. Yo también voy a hacer el mío. Puede parecer falta de modestia, pero no puedo renunciar a decir que espero que sea más esclarecedor. Mi propuesta es muy sencilla: el término «derechos humanos» es tan equívoco, confuso y oscuro, porque se ha convertido en objeto de propaganda y (lo que es peor a efectos de claridad) en medio de propaganda para otros fines o ideales distintos de los de los propios derechos humanos. Comprenderán ustedes que si no confiara en que mi intento va a ser más esclarecedor que los anteriores no me atrevería a hacer una propuesta de este tipo.

---

\* Texto de una conferencia dada en la UIMP-Valencia, el 20 de mayo de 1998. El título fue propuesto por los organizadores del Seminario sobre «El sujeto de los derechos: del individualismo a la responsabilidad». El subtítulo es añadido.

En principio la propaganda no tiene nada de malo o de peyorativo. Significa lo que se ha de propagar, lo que se debe propagar, lo digno de ser propagado. Eso es la verdad. El que se siente en posesión de la verdad considera bueno propagarla, comunicársela a los demás. Si, como pensaba Sócrates, la verdad es al mismo tiempo el bien, o, de otro modo dicho, el bien no es más que un aspecto de la verdad, es natural, es lógico que ésta engendre un deber, un apremio o urgencia de actuar a su favor, a favor de su difusión y de su triunfo. El problema comienza cuando no identificamos todo el bien, toda la bondad, toda bondad, con la verdad, y, sobre todo, cuando empezamos a preguntarnos escépticamente «¿qué es eso de la verdad?», y, por consiguiente, el bien lo ponemos en otra cosa. Porque, como ya dijo Aristóteles, el bien es lo que todos buscamos, lo que todos procuramos, por lo que todos nos movemos. Si el bien se pone en otra cosa distinta de la verdad, en esa dirección iremos, en esa dirección nos moveremos.

En la doctrina de los derechos humanos hay desde luego un núcleo que parece dar consistencia a la denominación y ser la base de alguno de sus rasgos más persistentes. Ese núcleo a que me refiero es que el individuo es antes que el Estado, que el Estado es por el individuo, para el individuo, y no el individuo por el Estado. Esto a su vez puede tener una clara fundamentación. Si al individuo se le concibe como capaz de una unión con Dios que comienza en esta vida y se prolonga en la eternidad, esa fundamentación es desde luego clara. Y si al individuo se le concibe como sujeto de la moralidad, como un ser capaz de moralidad, y ésta a su vez se entiende como la fuente de la dignidad humana, en el sentido de que ésta no tiene precio o posible cotización en el mercado, sino que es un valor superior a todo lo demás, entonces todavía se sigue comprendiendo que el individuo sea superior al Estado; puesto que éste no puede dar ese supremo valor, puesto que se mueve en otro nivel inferior. Si los derechos humanos se entienden como la aplicación de esta doctrina, como su desenvolvimiento o desarrollo, no tienen nada de oscuros. Cualquiera los puede entender. Sus definiciones serán tautológicas, sí, pero porque en realidad no necesitan definiciones: son los que corresponden al hombre en cuanto hombre, por ser hombre, al margen de cualquier otra consideración, al margen de cualquier concesión por parte del Estado o de quien sea. Sólo Dios, en la concepción religiosa, sólo la moralidad, en la concepción subrogada o paralela, pueden contar como puntos de referencia definitiva para determinar lo que corresponde al hombre en cuanto hombre, al margen y por encima del Estado o de cualquier otra instancia.

Me imagino que a más de uno estos planteamientos le sonarán a retrógrados, a intentos de restaurar la concepción ahistórica y desfada del Derecho natural a la base de los derechos humanos. Sin embargo, la verdad es que hasta ahora no he dicho nada en el sentido de querer instaurar o reinstaurar nada. El núcleo de la concepción de los derechos humanos a que me he referido depende de unos supuestos que expresamente he mencionado. Y esos supuestos no sólo pienso que no son universal o generalmente compartidos, sino también que no se

puede tratar de convencer de ellos en una sesión o algo por el estilo. Por lo tanto, no se trata de querer instaurar o reinstaurar esa concepción. De lo que sí se trata es de pedir para ella una atención y una consideración que apenas sí se le presta. Y esa atención y esa consideración se pide simplemente en nombre de su poder de clarificación de ciertos rasgos más o menos permanentes de los derechos humanos, y en especial de su denominación.

También he dado a entender que en la historia de los derechos humanos no todo es afán de clarificación. Y en cierto modo he venido a indicar que eso es inevitable, pues suponer lo contrario sería tanto como suponer que había estado presidida por la idea socrática de identificación de la bondad, de toda la bondad, con la verdad; lo cual no ocurre, ni en la historia de los derechos humanos, ni en cualquier otra historia. Con lo cual mi propuesta, de clarificar la concepción de los derechos humanos a partir del influjo de los factores de propaganda, contando al mismo tiempo con un fondo o núcleo persistente, pero que se mantiene más o menos oculto, podría no pasar de ser una perogrullada, al menos por lo dicho hasta ahora. Si quiero evitar que así sea, lo que tendré que hacer es mostrar qué rasgos en el modo de entender los derechos humanos se deben a esa orientación propagandística, y en qué sentido.

Con esto no pretendo ninguna descalificación o enjuiciamiento condenatorio de la historia de los derechos humanos. En la medida en que ésta pueda producirse, desde luego parcial y secundaria, eso dependería del grado en que compartamos la idea socrática de identificación de la bondad con la verdad. Habrá quien, después de conocer el influjo del elemento propagandístico en el modo de entender los derechos humanos, siga pensando, no sólo que eso es inevitable, sino que eso es lo bueno y eso es lo que hay que hacer; y que pretender otra cosa implica frialdad ante el sufrimiento ajeno e indiferencia ante los ideales que representan los derechos humanos. Por consiguiente, tampoco pretendo la descalificación moral o política de sus actuales tratadistas. Simplemente me dirijo a los que sientan ante todo el afán de clarificación: espero que ellos me comprendan, y espero serles útil en algo.

El primer rasgo en la historia de los derechos humanos que da lugar a confusión y que se debe a razones tácticas o de eficacia (propagandísticas) es precisamente la ocultación o disimulo de esa fundamentación religiosa o metafísica, o de concepción del mundo, que justifica su denominación. No me refiero ahora a los casos en que esa fundamentación se niega o se quiere sustituir por otra (de éstos trataré más adelante). Me refiero a los casos en que se la admite o no se la discute, pero se la quiere eludir, no se la quiere discutir. El caso más notable (probablemente el más influyente) es el de la Declaración de independencia de Estados Unidos. La fundamentación religiosa de los derechos humanos estaba expresamente aludida en el borrador de Jefferson; éste, después de afirmar que los hombres han sido «creados libres e independientes», proseguía diciendo que «de esta creación igual (los hombres) derivan derechos». Esta frase se borró, se tachó, en las reu-

niones que Jefferson mantuvo con John Adams y Benjamin Franklin, miembros, como él, del comité de redacción. Se la sustituyó por la de que los hombres «están dotados por su Creador con derechos», derechos que, lo mismo antes que después de las modificaciones, se calificaban de «inalienables». Como consecuencia de que se suprimía toda alusión a que estos derechos se derivaban o deducían de otra verdad anterior (la igual creación), ahora todas estas «verdades» (incluida la de que los hombres están dotados de derechos) se declaraban «evidentes por sí mismas», no ya sólo «indudables», como en el borrador de Jefferson. La prueba de estos cambios es incontrovertible, porque se conserva el manuscrito, con las modificaciones. Que se debieron a razones prácticas o de eficacia (propagandísticas) es una suposición, que me parece razonable, tratándose de una Declaración de independencia que se orienta a captar la adhesión o aceptación de todos los pueblos, pero en especial de aquel que tenía que hacer la guerra de liberación.

No es extraño que, después de esto, los representantes del pueblo francés (en los que el influjo del ejemplo americano es hoy día indudable) en su Declaración de 1789 se contentaran, como toda prueba de los «derechos del hombre», con declararlos «naturales, inalienables y sagrados». Que cualquier complicación con los supuestos metafísicos o filosóficos en que se apoyaban estas afirmaciones era poco oportuna, con un pueblo en armas por toda la nación, es de nuevo una suposición, que me parece también razonable.

Con respecto a la Declaración Universal de 1948, ya tenemos más documentación. En esta ocasión, sus redactores se repitieron a sí mismos: «estamos de acuerdo tocante a estos derechos, *pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué*». Se trata en realidad de un sofisma, porque si no se está de acuerdo en el «porqué», en el fundamento de los derechos, tampoco se está de acuerdo en el contenido. Por ejemplo, el derecho a la vida: para uno que lo deriva de su concesión por parte de Dios tiene que ser radicalmente distinto que para uno que lo ve como una propiedad suya, de la que puede disponer libremente, como de cualquier otra. Y si no, si no se ve esto claro, piénsese en cómo enfocarán uno y otro los casos de suicidio, eutanasia, aborto. Por consiguiente, cuando se decía que había acuerdo «acerca de los derechos», lo que se quería decir en realidad era que se podían poner de acuerdo en ciertas fórmulas vagas y poco claras, que disimularan sus profundas diferencias y divergencias. Y asimismo estaban de acuerdo en la oportunidad o conveniencia de proclamar solemnemente esos derechos en esa ocasión, después de terminar una guerra contra los fascismos que los habían negado: en esto era en lo que estaban de acuerdo.

Caben, pues, muy pocas dudas de que para hacer la Declaración había razones prácticas, de oportunidad, políticas, propagandísticas (tómese esta palabra en este caso en su mejor sentido). Tampoco caben dudas con respecto al hecho de que esas razones fueron también las decisivas para evitar entrar en complicaciones con los fundamentos; puesto que la consideración de esos fundamentos hubiera impedido, hubiera hecho imposible la Declaración. Que asimismo este modo de

proceder se presta a confusión, podemos confirmarlo por el hecho de que los teóricos lo tomaron como base para prescindir también ellos de la consideración de los fundamentos. Así Norberto Bobbio afirmaba que «después de esta Declaración el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes están actuando de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo».

Esta postura puede resultar chocante, porque precisamente hemos dicho que en los fundamentos de los derechos humanos los redactores de la Declaración de 1948 renunciaron a ponerse de acuerdo. Pero es posible que las razones a que se refiere Bobbio sean muy distintas de los fundamentos que tenían en cuenta los redactores de la Declaración. Éstos se referían a fundamentos religiosos y metafísicos. Las razones de Bobbio pueden ser de otro tipo. Dada la insistencia, tanto por su parte, como por parte de los que podemos considerar como sus discípulos o continuadores, en el carácter histórico y en la fundamentación histórica de los derechos humanos, puede ser que a lo que se refieran sea a las causas y condiciones que explican el origen, escalonado, de los diversos derechos humanos: según las circunstancias que impulsaron o posibilitaron que se formara la conciencia de su necesidad y que se produjera de hecho su reconocimiento. No cabe duda de que al menos en parte esto es lo que ocurre en alguno de los discípulos o continuadores a que estoy aludiendo. En la medida en que esto ocurra, lo que tendríamos sería una explicación histórica, desde luego, pero no una fundamentación de la validez, y menos del valor, del carácter valioso de los derechos humanos. Cuando se insiste en «las dimensiones concretas de la realidad», en el «contexto económico, social, político y jurídico», en los «intereses» de las luchas políticas... parece que eso es efectivamente lo que está ocurriendo. Y si además vemos que la «fundamentación ética» se contrapone como un «porqué abstracto» a esa reflexión histórica, aunque sea como su complemento, se nos afianza esa impresión, de que los factores históricos están actuando como medios de *explicación* (histórica), no como verdadera fundamentación de los derechos humanos. Pero no es ése el caso de Bobbio. Cuando éste se remite a la Declaración de 1948 busca una prueba de la validez de los derechos humanos, porque la apoya en la validez de los valores; y ésta a su vez en la que, según él, es «la única prueba en la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado...: esta prueba es el consenso general acerca de su validez». «La Declaración Universal de Derechos Humanos puede ser aceptada –según él– como la mayor prueba histórica que nunca haya existido del *consensus omnium gentium* acerca de un determinado sistema de valores».

Entonces, en definitiva ¿Bobbio está proponiendo un consenso que nunca existió? Tampoco es exactamente eso. Porque en lo que no hubo acuerdo con ocasión de la Declaración de 1948 fue en los presupuestos religiosos y metafísicos, en la concepción de la vida humana o del mundo que pudiera servir de base a los derechos humanos. Pero sí estaban de acuerdo en la oportunidad o conveniencia de proclamar solemne-



mente esos derechos, después de terminar una guerra contra los fascismos, que los habían conculcado y menospreciado. E indudablemente estaban también de acuerdo en múltiples puntos de actuación práctica, en especial aquéllos más directamente opuestos a los del enemigo derrotado. Dentro de éstos estaría, claro está, la concepción democrática de la política y asimismo, como especialmente aptos para proclamarse e inculcarse, los mismos derechos humanos (tal como estaban de acuerdo en formularlos). Esto es lo que Maritain designó como «comunidad de un pensamiento práctico».

El acierto de Bobbio consiste en haberse fijado en los «valores» que se pueden presuponer a la base de estos derechos; porque, de acuerdo a los más destacados teóricos de la axiología, Scheler y Hartmann, los valores permiten una fundamentación de la actuación práctica al margen de concepciones religiosas y metafísicas.

En una memorable reunión de filósofos para tratar precisamente el tema de «El fundamento de los derechos humanos», Javier Muguerza, que encabezó las actuaciones, advirtió que la postura de Bobbio, de apoyarse en el consenso de las Naciones Unidas, no satisfacía las exigencias de la ética comunicativa. Podía haber añadido que no satisfacía tampoco las exigencias de ninguna auténtica o verdadera ética, en el sentido de teoría de la moral propiamente dicha. Porque ¿qué clase de moral puede ser ésa que se apoya en el consenso de otros, por muy ilustres y respetables que sean, como el conjunto de las Naciones Unidas? Desde luego no una moral en el sentido propio de actitud, disposición de ánimo, de adhesión personal a lo que se considera bueno. El consenso de otros puede fundamentar la actuación política, el Derecho, los usos sociales, pero no la moral, que es personal (y, si se quiere el chiste, también intransferible). De nuevo el acierto de Bobbio al referirse a los valores es que éstos permiten fundamentar, no sólo la moral, sino también el Derecho y la política. Y ésta es la clave de la cuestión. Los derechos humanos tal como fueron propuestos y proclamados por las Naciones Unidas valen como solución política y, si se quiere, también jurídica. Pero, tal como se propusieron y proclamaron, pocas aspiraciones pueden tener a ser también una solución ética o moral. Las actitudes de este tipo se toman o se adoptan por razones muy distintas de esa clase de proclamaciones o declaraciones: entre otros, son muy determinantes los motivos religiosos o de concepción del mundo, de los que precisamente esa Declaración quiso prescindir. Naturalmente que puede haber múltiples casos en los que las actitudes morales (personales) coincidan con la aceptación de esos derechos; pero lo moral, lo personal, la íntima adhesión (en la que hemos dicho que consiste lo propiamente moral) difícilmente vendrá de ese tipo de declaraciones.

Si no se ha aclarado todo esto, si no se han hecho estas distinciones, creo que, al menos en gran parte, es por motivos propagandísticos. Porque no se quiere renunciar a ese halo de prestigio ético que da a los derechos humanos su núcleo persistente (al que nos referimos al principio) de fundamentación religiosa y/o metafísica. Pero, si se ha renunciado a ésta, debe decirse claramente, y renunciar claramente a lo que

se deriva de ella. Claro que pedir esto a quienes se está atribuyendo actuar propagandísticamente tal vez sea pedir demasiado. Porque la esencia de la propaganda consiste precisamente en eso: en presentar las cosas bajo el aspecto que puede resultar más favorable. Unas veces se procura directamente; otras veces con insinuaciones o incitaciones a que los demás las entiendan así; otras dejando simplemente que los demás las sigan entendiendo de esa manera.

A este último propósito sirve admirablemente el término de derechos *humanos*. Como indicamos al principio, la explicación, y justificación, de esta denominación proviene de lo que venimos designando como el núcleo persistente, el referente a un fundamento religioso-metafísico. Éste es el que incita a la gente, a mucha gente, a pensar que de hecho los derechos humanos se siguen entendiendo así: como algo que les corresponde a los hombres, a todos los hombres, simplemente por serlo, independientemente de las concesiones y decisiones de otros hombres. Indudablemente esto resulta muy halagador; y hace falta poco esfuerzo para que mucha gente siga pensando así, que se los ha de entender así, y que de hecho se los sigue entendiendo así. Lo que resulta duro y costoso es advertirles que la mayor parte de los teóricos de los derechos humanos ya no los siguen entendiendo así. Y éstos dan el pretexto para la confusión, al seguir utilizando una terminología con la que en el fondo no están de acuerdo.

Otro de los rasgos más llamativos de la historia de los derechos humanos, que da lugar a confusión y que no se entiende si no se tienen en cuenta sus elementos propagandísticos, es el de que los derechos aparezcan solos, sin sus obligaciones o deberes correspondientes. La opinión general, no sólo entre los juristas, sino también entre los teóricos de la moral, es que no puede haber derechos sin sus deberes correspondientes, al menos el deber general, aunque sea sólo negativo, de respetar el derecho. Las apariencias de lo contrario provienen del cruce o confusión de diversos niveles o aspectos que deben mantenerse diferenciados. Así, lo que es un derecho reconocido por un Ordenamiento jurídico positivo, puede encontrarse con una falta de reconocimiento, por parte de un sistema moral, del deber correspondiente, incluso el deber general y negativo de respetarlo; y, a la inversa, lo que se considera un derecho desde el punto de vista moral, puede no encontrar su correspondiente deber en el campo estrictamente jurídico; pero al menos la moral que proclama el derecho tiene que reconocer al mismo tiempo un deber, al menos el general y negativo de respetarlo.

Los intentos de algún teórico por demostrar lo contrario parecen sofisticos. Así el de Hart, que pone el ejemplo de dos que caminando juntos por la calle ven caído en el suelo un billete de banco. Los dos, dice Hart, tienen derecho al billete, pero ninguno de los dos tiene el deber de respetar el derecho del otro. Sin embargo, como ya advirtió entre nosotros Liborio Hierro, en realidad ninguno de los dos tiene derecho al billete hasta que no lo haya cogido. Entonces el otro tiene ya el deber de respetar ese derecho. Mientras tanto, lo que tienen cada

uno es el derecho de correr para cogerlo, y ese derecho sí va acompañado del correspondiente deber de respetar la carrera del otro, sin acudir a procedimientos sucios, como zancadillas o empujones.

Sin embargo, cuando oímos hablar de los derechos humanos, parece que estamos en una maravillosa tierra, de derechos, sin obligaciones. En la doctrina de Locke, que puede considerarse como el antecedente más noble, al menos entre los inmediatos, de los derechos humanos tal como hoy los conocemos, no ocurría así. Locke no sólo habla de deberes, al mismo tiempo que de derechos, sino que deriva éstos de aquéllos. Así, por ejemplo, cuando dice: «El estado de naturaleza tiene una ley (natural) que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla que, siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno *debe* dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones». «Iguales e independientes», recuerden que era similar la fórmula empleada por Jefferson para derivar a continuación, de esa «igual creación», directamente los derechos, sin pasar por las obligaciones (como en cambio hacía Locke): esos derechos de vida y libertad, y el equivalente a posesiones, que es el de la búsqueda de la felicidad. Como ya vimos anteriormente, los revisores del texto de la Declaración de Independencia no se conformaron con eso, con afirmar solamente los derechos, sino que además suprimieron cualquier rastro de derivación, deducción o argumentación: ya no la necesitaban, puesto que los derechos no sólo estaban otorgados directamente a los hombres («están dotados por su Creador con derechos» es la fórmula definitiva), sino que además esto era declarado una verdad evidente por sí misma. No cabe duda de que esa fórmula definitiva ganaba eficacia y atractivo frente a la de Jefferson, pero sobre todo frente a la de Locke, y era más apropiada para una Declaración de independencia y una llamada a una guerra de liberación.

No se puede decir que la fórmula escogida se debiera solamente a razones de brevedad. En el antecedente inmediato de esa brevísima declaración de derechos, en la «Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia», los deberes también brillan por su ausencia. Sólo en el último artículo, el XVI, se mencionan, incidentalmente, los «deberes que tenemos para con nuestro Creador», para afirmar el igual derecho de todos los hombres al libre ejercicio de su religión; y luego, finalmente, se menciona un deber bastante difuso y que desde luego no puede ser jurídico, el «deber recíproco de todos» de «practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo». Se puede pensar que, como aquí los redactores no podían expresar bajo la fórmula de un derecho su idea, de recomendar al «buen pueblo de Virginia» que practicasen entre ellos la paciencia, el amor y la caridad, no tuvieron más remedio que expresarla bajo la fórmula de un deber. Hubiera quedado bastante rara la proclamación de un derecho a la paciencia, el amor y la caridad cristiana.

Las cosas están más claras en cuanto a las razones políticas que determinaron la primera y más importante Declaración de derechos de

la Revolución francesa, la de 1789, y el desdibujamiento en ella de las obligaciones o deberes. Se sabe que los constituyentes franceses dudaban y discutían sobre la conveniencia de hacer la Declaración de derechos por separado del resto de la Constitución y sobre la de hacerla o no conjuntamente con una declaración de deberes. Estas dudas y discusiones se acabaron el 4 de agosto, cuando llegaron a París las noticias de que la revolución campesina se estaba imponiendo por toda Francia. Esa misma noche se procedió de urgencia a la abolición del régimen feudal, y se acordó acelerar la Declaración de derechos, sin esperar a proclamarla junto con el resto de la Constitución, ni hacerla acompañar de una declaración de deberes. Así, aun cuando unos y otros se mencionan en la introducción, lo que encontramos en los diecisiete artículos proclamados veintidós días después, el 26 de agosto, son sólo derechos. Tan sólo el artículo 13 se refiere a que, «para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración», es *indispensable* una contribución general. Como se ve, una manera bastante tímida de enunciar un deber tan importante.

Un rubor semejante frente a los deberes se mantiene en la Declaración Universal de 1948. Los deberes para «con la comunidad» (se sobrentiende que será fundamentalmente la estatal) se declaran así de vagamente: «Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad». Y alegando a continuación una razón justificatoria: «puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad». Como deber particular solamente se menciona uno: el de «educación elemental»; que es a la vez un derecho, y que no es especialmente gravoso, puesto que esa educación también se declara que «*debe* ser gratuita». Fuera de esto, tenemos en el artículo 1 un deber semejante al que encontrábamos al final de la Declaración de Virginia: el deber de que «Todos los seres humanos... deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

Nuestra Constitución de 1978 puede decirse que sigue el modelo de estas dos últimas Declaraciones que acabamos de mencionar. Como la francesa, se refiere al «deber de defender a España» (art. 30) y a que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos» (art. 31). Como la Declaración Universal, se refiere a que «La enseñanza básica es obligatoria y gratuita» (art. 27.4). Añade por su cuenta otro deber, que es también un derecho: «el deber y el derecho al trabajo» (art. 35). Y no recoge en cambio un deber semejante al del artículo 1 de la Declaración Universal (y al del último de la de Virginia). Tal vez porque nuestros constituyentes estaban de vuelta de ese tipo de preceptos, después del célebre artículo 6 de nuestra Constitución de Cádiz («El amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, el ser justos y benéficos»).

Pocas dudas pueden haber sobre el sentido *político* de esas actitudes, así como sobre las situaciones excepcionales que las motivaron o propiciaron. En concreto, para las Declaraciones americanas y la francesa, una revolución; para la de las Naciones Unidas, una guerra mundial contra los regímenes fascistas o autoritarios; para la de la

Constitución española, la instauración de una democracia largamente deseada y esperada. Desde esa perspectiva, las comprendemos y aprobamos. Pero que deban convertirse en punto de referencia permanente para la formación de la opinión pública y en modelo de educación perfecta o ideal, ya me parece más problemático. Recientemente, el profesor y Magistrado del Tribunal Constitucional, Jiménez de Parga, en un artículo de *ABC* (28 de abril de 1998) se ha referido a la «Función pedagógica de la Constitución». En el punto concreto a que él se refiere especialmente, estoy de acuerdo, e incluso le aplaudo. Pero en cuanto a la exposición de derechos, a la que también alude en su aspecto pedagógico, me permito expresar mis dudas. Y para que estas dudas se tomen más en serio, voy a recoger la opinión de una de las personalidades a las que consultó la UNESCO en la fase previa de preparación para la Declaración de las Naciones Unidas. Con respecto al memorándum que se sometió a su consideración, su opinión era: «Los textos no subrayan lo bastante que los derechos no existen sino mediante obligaciones correlativas... una relación (entre derechos y obligaciones) sin la cual los derechos constituyen un peligro público».

Sin embargo, entre nosotros parece que el hablar sólo de derechos es señal de progresismo, y hablar de deberes síntoma de ser reaccionario. Tal vez por eso se habla tanto de los primeros y tan poco de los segundos. Esto se está poniendo especialmente de manifiesto con ocasión de los nuevos derechos, de los llamados de la tercera y aun de la cuarta generación. Podía ser ésta una buena ocasión para hablar de deberes, no sólo de los poderes públicos, sino también de los particulares. Porque difícilmente se entiende el desarrollo, la paz, la protección del medio ambiente, sin un esfuerzo de cooperación de unos y otros. Sin embargo, parece que hay obsesión por presentarlos ante todo como derechos, como derechos humanos, hablando para ello de una tercera generación, de una cuarta y de cuantas hagan falta.

En esto se está yendo más allá del texto constitucional, que encuadra los llamados derechos económicos y sociales y la protección del medio ambiente en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», y los diferencia claramente de los «Derechos y libertades» del capítulo II. Aun cuando luego a algún redactor se le fue la mano y habla una y otra vez en el articulado del «derecho a la protección de la salud», del «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado», del «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». No voy a insistir ahora en que ninguno de éstos puede ser concebido propiamente como un derecho (entre otras razones, porque ya he tratado este tema en alguna otra ocasión). Lo que sí voy a hacer es referirme a que en todo caso no serán homogéneos con los derechos de la primera generación, que son en realidad los que dieron lugar a la denominación de «derechos humanos». Y lo voy a hacer sirviéndome de las palabras de un autor bien conocido y al que ya hemos citado anteriormente: Norberto Bobbio. Dice así: «Todas las declaraciones recientes de los derechos humanos comprenden, ade-

más de los tradicionales derechos individuales, que consisten en *libertades*, los considerados derechos sociales, que consisten en *poderes*. Los primeros requieren por parte de los otros (incluidos los órganos públicos) obligaciones puramente negativas de abstenerse de determinados comportamientos; los segundos pueden ser realizados sólo si vienen impuestas a otros (incluidos los órganos públicos) un cierto número de obligaciones positivas. Son antinómicos en el sentido de que su propio desarrollo no puede realizarse paralelamente: la realización integral de los unos impide la de los otros. Cuanto más aumentan los poderes de los individuos más disminuyen las libertades de los mismos. Se trata de dos situaciones jurídicas tan distintas que los argumentos hechos valer para sostener la primera no sirven para sostener la segunda».

Y sin embargo, posteriormente Bobbio ha dicho, no sólo con respecto a estos derechos económicos y sociales, sino también con respecto a los de la tercera y cuarta generación, que darles el nombre de «derechos» sirve «para atribuirles un título de nobleza»; y parece dar el visto bueno a este lenguaje, porque dice que «tiene sin duda una gran función *práctica*, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de las nuevas necesidades materiales y morales». En sentido parecido, Peces-Barba ha dicho que el término «derecho» sirve «para reforzar la presión de la pretensión moral y su vocación de ser “Derecho positivo”».

Pero eso es lo que yo desde el principio de mi intervención vengo designando como propaganda y como causa de confusión: presentar las cosas bajo un aspecto favorable, o dejando que se entiendan en un sentido favorable, aun cuando se sepa (o se piense) que eso es una deformación de la realidad. Esto es aplicable, no sólo a la utilización de la palabra «derechos», cuando se reconoce que no es apropiada, sino también a la calificación añadida de «humanos», cuando se ha dejado de reconocer el fundamento que explica y justifica esta denominación, tal como indicábamos ya anteriormente. Pero es asimismo aplicable a esta nueva calificación que los presenta como expresión de «necesidades morales», o de una «pretensión moral». Porque, como ya queda explicado, el intento de Bobbio de remitir la fundamentación de los derechos humanos a la Declaración de las Naciones Unidas tiene muy poco que ver con la moral. Ni satisface las exigencias de la ética comunicativa, ni tiene sentido con una interpretación de la moral que la entienda como algo personal, de actitud, de adhesión o convicción. Podrá decirse entonces que su sentido es referirse a una moral doctrinal, es decir, a una ética, de signo objetivista. Pero, ¿a cuál? Que se diga claramente. Porque, de esas éticas objetivistas, la marxista y la utilitarista (a la que es equiparable la ética de la responsabilidad de Max Weber) se han destacado precisamente por feroces ataques a los derechos humanos. Y no es que se trate de caprichos de Marx o de Bentham. Eso es lo que se deriva ineludiblemente de sus respectivas doctrinas (la marxista o la utilitarista), como he expuesto ya en alguna ocasión.

Entonces ¿qué sentido tiene ahora hablar de «necesidades morales», o de «pretensión moral»? Acaso el de referirse a la que se ha llamado «moral social», o «moral positiva». Pero también esto hay que explicarlo. Y habrá que explicar asimismo si el apelativo se ha de entender como lo que la moral impone o exige, o bien simplemente lo que permite o no condena. Este segundo sentido parece que se está difundiendo hoy mucho; y es natural que así sea, si lo que se entiende por progresista, es decir, por expresión de lo bueno, son solamente los derechos, sin mención de los deberes. Si lo que se proclama como máxima virtud es la tolerancia, e incluso, mejor, la libertad, sin distinción de campos ni de aspectos, es lógico que la moral sólo interese en cuanto permite, no en cuanto que exija o imponga algo. ¿Es esto lo que se quiere decir con expresiones como las de «necesidades o pretensiones morales»? De nuevo insisto: que se diga claramente. Porque de lo contrario estamos jugando al juego de la propaganda: dando a entender o dejando que se entienda una cosa, cuando en realidad se está pensando otra.

Y termino así, reiterando lo que desde el principio ha sido el objeto principal de toda mi intervención: pidiendo claridad y sinceridad en una materia que ya las va necesitando urgentemente, prioritaria e ineludiblemente. Porque, si no las logramos, será inútil todo lo que hablemos y escribamos, si ni siquiera nos entendemos.

# Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad

Por ÁNGELES SOLANES CORELLA

Universitat de València

SUMARIO: 0. *Introducción*.—I. *Relación entre inmigración y racismo*: 1. ¿Qué es la inmigración y cómo se articula? 2. ¿Qué es el racismo y cómo se articula?—II. *La interculturalidad como alternativa*: 1. ¿Por qué no multiculturalismo? 2. ¿Qué supone la interculturalidad?

## 0. INTRODUCCIÓN

El hecho de que en España se haya producido un rápido crecimiento de la presencia extranjera en los últimos años, uniéndose así a los Estados considerados tradicionalmente como receptores de dicha población, ha hecho que surja una especial preocupación por el fenómeno migratorio en los más diversos ámbitos, desde el social hasta el económico, pasando por el jurídico y el político.

Como consecuencia de ello asistimos a la modificación de las legislaciones de extranjería en distintos países europeos (entre ellas quizás una de las que mayor polémica ha suscitado ha sido la francesa), que constatan la preocupación por controlar una cuestión que escapa de las tradicionales estructuras del Estado-nación y exige respuestas distintas a las puestas en práctica hasta el momento.

Especial atención requieren, sin embargo, las distintas medidas que al respecto se han adoptado en un intento de coordinar la cultura ya existente con la que aporta aquel que parte de esquemas distintos a los nuestros, en principio difícilmente aceptables por la «sociedad civilizada» paradigma de perfección, y por ello es considerado



como «el otro» al que hay que cambiar o adaptar, olvidando a menudo que, como señala Todorov <sup>1</sup> «el progreso cultural consiste en el ejercicio de la transvaloración».

Lo que ahora nos proponemos es, a partir de una observación de lo que la inmigración implica, analizar cómo una de las respuestas que suele darse frente a la misma es la racista y cómo debemos optar por propuestas distintas a las planteadas hasta el momento para intentar superarla.

Nos centraremos, en primer lugar, en las implicaciones de los términos que vamos a tratar, especialmente el de inmigración y racismo que a menudo son utilizados, impropriamente, asociándolos a prejuicios que no se encuadran en la raíz de su significado sino que son producto de la desvirtuación propia de la repetición infundada de los mismos. Para proponer una forma de superación de dichos estereotipos es necesario, primero, ser conscientes de su existencia.

El rechazo del extranjero suele obedecer a ideas, a menudo erróneas, relacionadas con el temor al cambio o con ataque a estructuras que consideramos básicas en nuestro sistema, de forma que se convierte al inmigrante en un enemigo generando su discriminación.

Establecidas las nociones básicas nos ocuparemos de concretar las distintas conexiones existentes entre las mismas justificando nuestra tesis según la cual el multiculturalismo no puede tomarse como vía de solución para evitar los conflictos entre distintas culturas, sino únicamente como realidad social, de forma que se hace necesaria otra alternativa que evite el racismo ante una sociedad que ha dejado de ser homogénea.

La interculturalidad aparece, así, a nuestro entender, como una de las mejores formas de arbitrar la convivencia pacífica de pueblos en principio diferentes. De todos modos, admitimos, ya desde el principio que también esta propuesta suscita inconvenientes, aunque creemos que menores, especialmente los derivados de su articulación práctica.

## I. RELACIÓN ENTRE INMIGRACIÓN Y RACISMO

Si los movimientos migratorios implican el desplazamiento de sectores importantes de una población dentro de un mismo país o hacia otro Estado, en ambos casos puede surgir el rechazo de la población ya afincada en el lugar de recepción, es entonces cuando las asimetrías existentes entre ambos entran en juego.

A partir de este momento la figura del inmigrante nos conduce a la del racista que es el que, en realidad, hace que la diferencia (cultural, religiosa, etc.) de éste sea más relevante, ambos se han convertido ya en términos inseparables.

---

<sup>1</sup> TODOROV, T., «Le croisement des cultures» en TODOROV y otros, *Le croisement des cultures*, Ed. Seuil, París, 1986, pp. 9-31, versión española «El cruzamiento de culturas» en *Cruce de culturas y mestizaje cultural*, Ed. Júcar Universidad, Madrid, 1988.

Conviene que dejemos claro, desde aquí, que vamos a utilizar los términos de extranjero e inmigrante apelando a las características comunes existentes entre los mismos, puesto que las diferencias no resultan ahora relevantes, ya que, nos ocupamos de la inmigración básicamente económica y en este campo los inmigrantes son ante todo extranjeros y pobres.

### 1. ¿Qué es la inmigración y cómo se articula?

Según Malgesini <sup>2</sup> «la inmigración es el acto de inmigrar, es decir de entrar o residir temporal o permanentemente en un país distinto al de origen». Esta actuación, a su vez se incluye dentro de la globalización de los procesos culturales y económicos y, aunque se refleja en decisiones individuales, obedece a razones que superan las circunstancias personales que en principio la motivan.

Existe una tendencia al aumento de las desigualdades entre los distintos países que hace que sociedades enteras sean desplazadas, la cual se une a esa extensión de los sistemas de producción que conlleva la mundialización. Esa globalización es la encargada de abrir el círculo de la exclusión. Nos encontramos en una época en la que asistimos a la liberalización de los bienes y del capital mientras que sus autores siguen teniendo problemas para moverse.

Pensar en este fenómeno como un hecho aislado que sólo se produce vía Sur-Norte <sup>3</sup> es simplificar la cuestión olvidando que un buen número de movimientos migratorios se produce dentro de nuestro continente y que en ellos se cumple la misma tendencia general a la exclusión.

La situación del migrante implica, por tanto, que a partir de la llegada a un nuevo Estado, dejamos atrás los beneficios que la nacionalidad de nuestro país nos proporcionaba y pasamos a convertirnos en extranjeros, o lo que es lo mismo, cruzamos la frontera detrás de la cual ya no cumplimos la condición necesaria para ser considerados como titulares de derechos, ahora por un simple movimiento geográfico, nos hemos convertido en aspirantes a los mismos <sup>4</sup>.

<sup>2</sup> GIMÉNEZ, C. y MALGESINI, G., *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Ed. La Cueva del Oso, Madrid, 1997, p. 193

<sup>3</sup> Vid. NAÏR, S., «Le déplacement du monde» en LUCAS, J. de y NAÏR, S., *Le déplacement du monde*, Ed. Kimé, París, 1996, pp. 11-22.

<sup>4</sup> No nos ocupamos ahora de las cuestiones que pueden surgir en relación con la ciudadanía, tan sólo queremos resaltar, que ésta es la categoría que se toma como parámetro para permitir el acceso a determinados derechos, especialmente políticos, en este sentido ÁLVAREZ DORRONSORO, I., «Los retos de la inmigración» en *Los retos de la inmigración. Racismo y Pluriculturalidad*, CONTRERAS, J. (compilador), Ed. Talasa, Madrid, 1994, pp. 25-55, señala que «ser ciudadano de un país del Primer Mundo supone, en principio, tener un derecho de acceso a prestaciones sociales y oportunidades educativas y económicas que están vedadas a los no ciudadanos, sean éstos extranjeros a los que se impide el acceso al país, o inmigrantes a los que se niegan los derechos sociales y políticos más o menos estrechamente asociados al acceso a la ciudadanía», p. 32.

Resulta un tanto contradictorio apreciar, ahora que se cumple el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>5</sup> y se dice que éste es el año de los derechos, que muchos de los incluidos dentro de aquellos que deben considerarse universales sólo se respetan cuando se consideran convenientes pero ceden ante casos como la extranjería<sup>6</sup>.

Además, dentro de este supuesto también se configuran a su vez distintos escalones que establecen un trato desigual entre el extranjero rico (ej., jeque árabe) y el pobre que a menudo se asocia con la imagen del inmigrante<sup>7</sup>. Es en esta asociación de ideas donde encontramos la raíz a partir de la cual crece el racismo.

Situados ante la expectativa del inmigrante básicamente económico su situación es la siguiente: sin la posibilidad de acceso a un permiso de residencia estable, puesto que las políticas de extranjería cada vez establecen mayores trabas al respecto, por un período razonable de tiempo que le permita participar en los distintos aspectos que constituyen la vida dentro de una sociedad<sup>8</sup> y, teniendo en cuenta que está condicionado por las oportunidades de trabajo<sup>9</sup> que la sociedad receptora pueda ofrecerle, es fácil comprender que a menudo acaba en un sector «condenado a quedar encerrado en el círculo de la pobreza y la marginación social»<sup>10</sup>.

La necesidad de tener que justificar su permanencia regular y estable suele utilizarse precisamente como justificación, en caso de incumplimiento, para limitar los derechos del extranjero<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Vid. SUTCLIFFE, B., «Un derecho a desplazarse», ALVITE, J. P. (coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Ed. Tercera prensa-Hirugerren Prentsa, Donostia, 1995, pp. 15-30, asegura que «Según esta declaración de derechos tenemos un derecho humano universal para salir pero no un derecho para entrar. La entrada se considera un privilegio que cada estado nación, implícitamente, tiene derecho a negar o conceder dependiendo de la conveniencia política o de algún otro criterio que no es el de los derechos humanos», p. 17.

<sup>6</sup> BELLO, G., «Extranjería y supervivencia», *Claves de la razón práctica*, núm. 43, 1994, pp. 8-15, destaca que desde 1991 asistimos «a la sustitución sistemática de la relación de ciudadanía... por la relación de extranjería».

<sup>7</sup> Este ejemplo lo utiliza VIDAL GIL, E. J., «Los derechos de los extranjeros en España. Un análisis crítico de la legislación y la jurisprudencia», *Revista de Serveis Socials*, núm. 1, enero-abril de 1995, pp. 121-146, señalando que los artículos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, relativa a la protección de la seguridad ciudadana, se aplican mayoritariamente a los inmigrantes considerados marginales.

<sup>8</sup> Vid. WIHTOL DE WENDEN, C., *Les immigrés et la politique*, Ed. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, París, 1988.

<sup>9</sup> Vid. COLECTIVO IOE, «La inmigración extranjera en España: sus características diferenciales en el contexto europeo», CONTRERAS, J. (comp.), *op. cit.*, pp. 83-119, ofrece una panorámica de la actividad económica de los extranjeros en nuestro país y de su coincidencia en el mercado de trabajo nacional. Al respecto también puede consultarse IZQUIERDO ESCRIBANO, A., *La inmigración inesperada. La población extranjera en España (1991-1995)*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pp. 183 y ss.

<sup>10</sup> ÁLVAREZ DORRONSORRO, I., *op. cit.*, p. 36.

<sup>11</sup> MODERNE, F., «Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia», en BIGLINO, P., *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y derecho comparado*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 5-38.

Los inmigrantes aparecen así dentro de la lógica de la marginalidad <sup>12</sup> que definirá su situación en la sociedad y conducirá a sentimientos de rechazo en la mayoría que crean estereotipos asociando al extranjero con imágenes negativas (ladrones, estafadores, traficantes, etc.).

A partir de este momento estas imágenes prefijadas, con cierto fundamento real pero desviadas, pueden ser propagadas atendiendo a los intereses que se quiere favorecer, es aquí, precisamente cuando la cuestión migratoria se politiza y comienza a convertirse en un problema. El hecho de que hoy muchos extranjeros no quieran asimilarse y reivindicuen sus diferencias influye sobre la opinión pública y sobre el legislador de tal forma que el factor sociológico o la forma en que éste es percibido acaba determinando muchas de las medidas políticas <sup>13</sup>.

Como señala Winthol de Wenden <sup>14</sup>, poco a poco el debate político va fabricando fobotipos, haciendo que determinadas poblaciones queden encerradas dentro de categorías a las cuales se les asigna identidades exclusivas y reductivas. Se cierra así el círculo de la exclusión.

Los poderes públicos intentan hacer ver que adoptan políticas diferentes que permiten un mejor análisis de la cuestión, pero en realidad, la posibilidad de actuación es poca si continuamente se parte de la necesidad de control del extranjero y no de una política que permita la conjunción de valores de las distintas culturas.

Blanco <sup>15</sup> resalta como la finalidad de las mismas es, básicamente actuar como muro de contención que deja en cualquier caso la posibilidad de pequeñas filtraciones controladas que son funcionales para las economías receptoras.

Entendemos que si se permite la entrada anual de un número determinado de extranjeros no es porque nuestro país, o el resto de los países de la Unión, quieran actuar solidariamente sino porque en realidad hay un sector del mercado encaminado a ellos y es conveniente para la economía capitalista internacional esa explotación <sup>16</sup>.

A la destrucción de la lógica negativa que se propaga en la sociedad a partir de casos específicos de extranjeros que tiende a generalizarse, deben encaminarse las campañas destinadas a combatir la xenofobia, así es como puede solucionarse en el propio terreno el racismo.

<sup>12</sup> Vid. DUBET, F., «Immigrations: marginalité et minorités» en *L'Europe et ses immigrés*, dossier de *L'événement européen*, núm. 11, Ed. Seuil, París, 1990, pp. 155-163.

<sup>13</sup> BIGLINO, P., *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y derecho comparado*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>14</sup> WINTHOL DE WENDEN, C., «L'immigration, objet du débat politique», *Confluences. Méditerranée*, núm. 14, Ed. L'Harmattan, París, primavera de 1995.

<sup>15</sup> BLANCO, C., «El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativas», ALVITE, J. P. (coord.), *op. cit.*, pp. 31-60.

<sup>16</sup> Al respecto LUCAS, J. de, «El buen antirracista», *Claves de razón práctica*, núm. 67, Madrid, octubre 1997, pp. 36-43, sitúa la trampa de las políticas migratorias en el hecho de que se acepte a los inmigrantes cualificados «utilizando los cupos en cumplimiento de un mecanismo perverso de ley de oferta y demanda... Eso significa que, como mercancías sujetas al vaivén del mercado, son utilizados para hacer bajar el coste de la mano de obra», p. 40.

Por otra parte, tal como advierte Nair<sup>17</sup>, quizá una de las vías de solución pase por otorgar un nuevo enfoque a la inmigración concibiéndola como alternativa que suponga una ayuda real para el país de origen y una posibilidad de elección para los propios inmigrantes, para ello es necesario liberalizar el estatuto del inmigrante haciendo posible su integración. Esta alternativa resulta mucho más realista que proponer una apertura de fronteras de par en par. Así, Álvarez Dorronsoro<sup>18</sup> asegura que esa apertura de fronteras en el improbable caso de que se llevara a la práctica, produciría consecuencias tales como una desarticulación aún mayor del tejido social interno y, seguramente la bancarrota del Estado Providencia.

Se hace necesaria la regulación de un estatuto de extranjería que, a diferencia del existente, se adapte a los cambios de mentalidad y responda a las necesidades sociales<sup>19</sup>. La globalización nos obliga a repensar la noción de frontera cuando se trata de derechos.

## 2. ¿Qué es el racismo y cómo se articula?

El racismo puede ser definido como una ideología o como una práctica que se plasma en medias discriminatorias, en ambos casos, su reflejo viene a ser de establecer diferenciaciones *a priori* injustificables desde otra perspectiva.

Si bien es cierto que el racismo implica, desde su definición, una discriminación por motivos diversos, conviene distinguir entre el racismo que se ha dado a lo largo de la historia y aquel que ahora se nos presenta.

Ya en el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965, en su artículo 1.1, se ofrecía una noción clásica de racismo según la cual éste sería: «toda discriminación, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

Esta definición, aunque no exenta de defectos, tiene como principal virtud, como destaca De Lucas<sup>20</sup>, el hecho de que se refiere al

<sup>17</sup> NAIR, S., *Contre les lois Pasqua*, Ed. Arléa, París, 1997, p. 84.

<sup>18</sup> Vid. ALVAREZ DORRONSORO, I., «Estado-nación y ciudadanía en la Europa de la inmigración», AAVV, *Extranjeros en el paraíso*, Ed. Virus, Barcelona, 1994, pp. 219-233.

<sup>19</sup> Vid. KRISTEVA, J., *Extranjeros para nosotros mismos*, Ed. Plaza y Janes, Barcelona, 1991, p. 119 y ss.

<sup>20</sup> LUCAS, J. de, «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», *Sistema*, núm. 106, Madrid, enero 1992, pp. 13- 28, y también en *Europa ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 38 y ss.

prejuicio étnico como base del racismo de forma que éste es constituido poniendo de relieve su carácter psicológico y social <sup>21</sup>.

Como acertadamente recuerda Giménez <sup>22</sup>, la discriminación se vertebraba de forma diferente en cada época, de tal manera que hemos pasado de un «viejo» racismo al «nuevo» <sup>23</sup>. El primero se basaba en las diferencias raciales o biológicas <sup>24</sup>, estableciendo a partir de las mismas diferentes jerarquías, en cambio el racismo de hoy pone el acento en las diferencias étnicas y en la imposibilidad de conjugar la convivencia entre distintas culturas. Es en la década de los ochenta donde parece que este nuevo racismo comienza a imponerse, aunque resulta evidente que está influido por los antecedentes existentes.

La evolución de un racismo a otro conlleva una cierta transformación, tal como recoge Balibar <sup>25</sup>, que básicamente se resume en dos ideas:

— la noción de raza utilizada para fundamentar las antiguas discriminaciones deja ahora paso a la de etnia que a su vez lleva implícita la idea de cultura. Afirma Moreno <sup>26</sup>, en este sentido, que la palabra raza se ve desplazada por la de etnia siendo ésta mucho más ambigua «término que cuenta entre sus referentes tanto con las viejas nociones maquilladas (raza-pueblo) como con la abstracción más purificada de la esencia: la etnicidad».

Hoy puede hablarse de un «racismo sin razas» donde lo fundamental es la imposibilidad de superar las diferencias culturales, de armonizar formas de vida y tradiciones, en definitiva nos encontramos ante lo

---

<sup>21</sup> Cfr. TAGUIEFF, P. A., *La force du préjugé. Essais sur le racisme et ses doubles*, Ed. La Découverte, París, 1988 y «Las metamorfosis ideológicas del racismo y la crisis del antirracismo», Alvite, J. P. (coord), *op. cit.*, pp. 143-204. Este autor remarca el carácter equívoco que puede darse a la noción de racismo porque históricamente ya ha sido utilizada con cierta confusión, que ha aumentado con el sobreempleo polémico que a menudo se hace de él, p. 151.

<sup>22</sup> MALGENSI, G. y GIMÉNEZ, C., *op. cit.*, p. 268.

<sup>23</sup> Cfr. FLECHA, R. y GÓMEZ, J., *Racismo: no, gracias. Ni moderno, ni postmoderno*, Ed. El roure, Barcelona, 1995, utilizan los términos de racismo moderno y posmoderno para referirse al viejo y nuevo racismo analizando su relación con corrientes del pensamiento tales como el etnocentrismo o el posmodernismo.

<sup>24</sup> HIDALGO TUÑÓN, A., *Reflexión ética sobre el racismo y la xenofobia*, Ed. Popular, Jóvenes contra la Intolerancia, Madrid, 1993, p. 7, define el racismo desde un punto de vista biológico en los siguientes términos: «clase de determinismo que atribuye los caracteres intelectuales y morales de un grupo a su patrimonio genético o como una valoración discriminatoria de ciertas cualidades físicas visibles de unos grupos sociales respecto a otros para justificar segregaciones, agresiones o simples prejuicios».

<sup>25</sup> BALIBAR, E. y WALLERSTEIN, I., *Race, nation et classe. Les identités ambiguës*, Ed. La Découverte, 1988, p. 27 y ss., existe una versión en español en Ed. Iepala, Madrid, 1991; BALIBAR, E., «Lo stesso a l'altro? Per un analisi del razzismo contemporáneo», *Crítica Sociológica*, núm. 87, abril-junio 1989, pp. 5-38.

<sup>26</sup> MORENO FELIÚ, P., «Cerraduras de sombra: racismo, heterofobia y nacionalismo», CONTRERAS, J. (comp.), *op. cit.*, pp. 217-245. Respecto a qué podemos entender por etnia o grupo étnico y a las repercusiones de estos términos puede consultarse HUTNIK, N., *Ethnic Minority Identity*, Ed. Oxford University Press, New York, 1991, especialmente los conceptos teóricos, pp. 17-24.

que este autor denomina «racismo diferencialista», un racismo «de segunda posición», que aparece como una teoría que permite explicar la agresividad social en determinados supuestos.

— el racismo que pretendía basarse en diferencias científicamente demostrables es sustituido por otro de carácter social e institucional. Para Giménez<sup>27</sup> las prácticas que éste conlleva se unen a las tradicionales discriminaciones llevadas a cabo por la sociedad civil.

Es aquí donde el racismo puede resultar más grave, cuando es recogido y camuflado en leyes que deberían de tener por objetivo el perseguirlo, concienciando a la población de los peligros que entraña. Wieviorka<sup>28</sup> resalta la importancia de esta vertiente y reconoce que sólo las presiones externas, sociales o políticas, pueden luchar contra él, en el sentido de que el antirracismo sólo se hace real cuando los dirigentes de las instituciones asumen un compromiso que se traduce en objetivos concretos más allá de las meras propuestas electoralistas.

Este neorracismo es consecuencia, en parte, de la descolonización, de la inversión de los flujos migratorios entre las antiguas colonias y las metrópolis; según Balibar, es producto de la política impositiva practicada en dichas colonias que hoy presenta como contrapartida el hecho de que muchos argelinos, por ejemplo, tengan un dominio de la lengua anglófona igual al de cualquier francés, de forma que están, en este sentido, preparados para competir con los franceses en el mercado laboral.

Sin embargo, no puede afirmarse que la colonización sea la única causante de estas actitudes de exclusión, tan sólo que es un punto de influencia. Además para que se produzca el rechazo en los términos más amplios entran en juego otros factores, principalmente, el temor de invasión de lo propio (trabajo, cultura, etc.). La lucha contra este racismo no puede quedarse en una mera proclamación de los valores universales, sino que además es necesaria la reforma de los espacios políticos y sociales en pro de una verdadera adjudicación de derechos<sup>29</sup>.

Lo dicho hasta aquí demuestra que existe una vinculación directa entre la presencia de inmigrantes y los brotes racistas. Si se concibe lo extranjero como peligro en el imaginario común parece que el rechazo ya está justificado, la necesidad de proteger lo propio parece suficiente para responder con la discriminación.

Se justifica así la ecuación «Racismo y Xenofobia = Inmigración = Políticas restrictivas»<sup>30</sup>, de forma que se desplaza el debate del racismo como forma de exclusión a la inmigración como elemento explicativo del mismo. Según Alvite la propia designación de los términos recoge

<sup>27</sup> GIMÉNEZ, C. y MALGESINI, G., *op. cit.*, p. 243.

<sup>28</sup> WIEVIORKA, M., «Antirracismo, democracia e identidades», ALVITE, J. P. (coord.), *op. cit.*, pp. 205-223, en concreto p. 222.

<sup>29</sup> Vid. TOURAINE, A., *Critique de la modernité*, Ed. Fayard, París, 1992, y «Le racisme aujourd'hui», WIEVIORKA, M. (direc.), *Racisme et modernité*, Ed. La Découverte, París, 1993, pp. 23-41.

<sup>30</sup> ALVITE, J. P., «Racismo e inmigración», ALVITE, J. P. (coord.), *op. cit.*, pp. 89-121, en concreto p. 117.

el carácter que se les intenta atribuir: mientras que los dos primeros son considerados fenómenos, el segundo es denominado como problema y el tercero como mecanismo de solución.

Para romper la relación directa entre racismo e inmigración proponemos el recurso a la interculturalidad en los términos que a continuación exponemos.

## II. LA INTERCULTURALIDAD COMO ALTERNATIVA

Varias son las propuestas que se han realizado para intentar superar las barreras racistas que surgen como consecuencia de la incorporación a nuestras sociedades de elementos extranjeros, entre ellas vamos a centrarnos básicamente en dos: la multiculturalidad y la interculturalidad. Tal como anunciábamos al principio, nosotros optamos por esta segunda alternativa pero creemos necesario analizar los distintos elementos que nos apartan de la primera.

### 1. ¿Por qué no multiculturalismo?

A menudo es propuesto como una vía de solución de las circunstancias especiales que se generan a raíz de la inmigración<sup>31</sup>. El multiculturalismo implica el respeto a las diversas culturas y la organización social de forma que existan las mismas posibilidades para participar por parte de sus miembros integrantes.

Para Lamo de Espinosa<sup>32</sup>, nos referimos a «un conjunto de fenómenos sociales que derivan todos ellos de la (difícil) convivencia y/o coexistencia de personas con distintos bagajes culturales» de forma que debe darse el respeto a las identidades culturales que sólo es posible a través de la total aceptación del otro.

Se trata de adoptar un punto de partida en el que «el otro» es aceptado como interlocutor válido y, a partir de este momento, puede hablarse de una nueva cultura mezcla de las existentes. Implica la superación de obstáculos tan determinantes como la negación de participación en los derechos políticos a los inmigrantes más allá del mero relativismo cultural, sin distinguir las distintas aportaciones de cada cultura.

Si postula el respeto a la cultura mayoritaria junto a las minoritarias intentando superar las desigualdades potenciando la convivencia, ¿por

---

<sup>31</sup> Vid. VERGOTTINI, G. de, «Multiculturalismo, minoranze linguistiche e immigrazione», BONAZZI, T. y DUNNE, M., *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 237-254.

<sup>32</sup> LAMO DE ESPINOSA, E., «Fronteras culturales», LAMO DE ESPINOSA, E. (edit.), *Culturas, estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Ed. Alianza, Madrid, 1995, pp. 13-79.



qué no lo aceptamos como mecanismo de solución a los conflictos que generan los choques culturales?, es decir, ¿por qué no lo consideramos una respuesta al racismo que surge en el caso de la inmigración? La respuesta a estas preguntas la encontramos en las distintas críticas de que ha sido objeto.

El multiculturalismo para existir en los términos que venimos manteniendo debería potenciar la creación de estructuras que permitieran la representación colectiva de esas distintas culturas, es decir, debería traspasar la realidad de la cual surge para ofrecer respuestas, no se trata de aceptar lo que la realidad nos ofrece sino de mejorarla. Es por ello que se le critica desde distintos puntos de vista, tal como recoge Giménez<sup>33</sup>, especialmente desde una perspectiva conceptual o ideológica y desde otra política.

Desde un punto de vista ideológico ha sido criticado porque en realidad se limita a aceptar la convivencia de las distintas culturas pero sin potenciarla, ello provoca que en dicha sociedad sigan existiendo lo que Rex<sup>34</sup> denomina «dos ámbitos culturales independientes», uno relativo a la cultura política dentro del dominio público y, otro, el de las diversas culturas de ámbito privado. El concepto de multiculturalismo puede ser utilizado aunque se considere en situación de inferioridad a los grupos minoritarios.

El hecho de que nos encontremos en una situación de multiculturalidad no asegura que necesariamente los miembros de las distintas culturas tengan que dejar de potenciar individualmente sus intereses; como recuerda el mencionado autor pueden incluso existir razones por las que se crea deseable el mantenimiento de comunidades independientes, es entonces cuando el esquema que el multiculturalismo supone comienza a fallar.

En la vertiente política, Kymlicka<sup>35</sup> parece indicar que el multiculturalismo puede ser utilizado tanto en defensa de los derechos de las minorías, exigiendo que sean consideradas en condiciones de igualdad, como para potenciar los de la sociedad receptora, que intenta hacer valer su identidad frente a los extranjeros inmigrantes. Según este autor otro problema puede añadirse al mencionado: la posibilidad de que se intente generalizar hasta tal punto que se lleguen a ignorar las diferencias entre los distintos grupos y se desvirtúen sus reivindicaciones<sup>36</sup>.

Concluimos, por tanto, que el multiculturalismo, en sí mismo, no implica una solución a los problemas derivados de la coexistencia de diversas culturas sino que se limita a reflejar esa realidad, aceptándola con los defectos que puede implicar, la interculturalidad en cambio no sólo acepta esa realidad sino que influye en ella solucionando los posibles conflictos.

<sup>33</sup> GIMÉNEZ, C. y MALGESINI, G., *op. cit.*, pp. 234-235.

<sup>34</sup> REX, J., «La metrópoli multicultural: la experiencia británica», LAMO DE ESPINOSA, E. (edit.), *op. cit.*, pp. 197-224.

<sup>35</sup> KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996, p. 33 y ss.

<sup>36</sup> KYMLICKA, W., *op. cit.*, p. 25.

## 2. ¿Qué supone la interculturalidad?

Se trata de un término cuyo origen se sitúa en el campo de la educación aunque posteriormente ha sido utilizado en muchos otros ámbitos sin que pueda decirse que su significado está generalmente aceptado.

La diferencia entre este término y el de multiculturalismo pone de relieve las connotaciones que la interculturalidad lleva implícitas. Tal como apoyan De Lucas o Giménez<sup>37</sup>, la multiculturalidad hace referencia a un hecho social, a la realidad de la coexistencia de culturas con códigos distintos de forma que aparecen nuevos elementos de conflicto, mientras que la interculturalidad supondría una respuesta normativa frente a esa realidad existente, de este modo no tiene sentido proponer la multiculturalidad como una meta a alcanzar en el caso de convivencia de diversas culturas porque ésta no tiende a la solución de conflictos que puedan surgir, para ello es necesario acudir al Derecho y, precisamente, es ahí cuando entra en juego la interculturalidad.

Durante la década de los setenta se impuso la noción de multiculturalismo utilizándola como sinónimo de pluralismo de forma que podía atribuírsele, en principio, connotaciones positivas, ya en los ochenta comienzan a concebirse estas nociones de distinto modo de forma que el pluralismo se convierte en una categoría más amplia.

Así, dentro del paradigma pluralista se afirma que no existe una única orientación sino que cabe distinguir diversas modalidades, entre ellas, una sería la del multiculturalismo y otra la del la interculturalidad, de tal forma que ésta segunda se concebiría como una de las alternativas por las que puede optarse en el modelo pluralista<sup>38</sup>.

Nuestra propuesta gira en torno a la idea de que el conflicto que la convivencia de distintas culturas genera entre los distintos elementos de la sociedad debe dejar de percibirse como destructor para lo cual es necesaria una respuesta normativa distinta a la mera asimilación o segregación: que vaya más allá de los meros planteamientos teóricos.

El campo de actuación para la verdadera consecución de la interculturalidad es diverso, ya que, para que ésta sea efectiva debe incidir en factores diversos. Giménez lo concreta en cuatro aspectos: la educación, comunicación, mediación intercultural y proyecto socio-político.

Nos centramos en este último factor que resulta especialmente interesante puesto que es el relativo a la configuración de la sociedad desde el pluralismo cultural, utilizándolo como ideal societario, para ello según el mencionado autor<sup>39</sup> son necesarios los siguientes elementos:

---

<sup>37</sup> Vid. LUCAS, J. de, «Tolerancia ¿hasta cuándo? (Reflexiones intempestivas en el año internacional de la tolerancia)», *Revista de Serveis Socials*, núm. 1, Valencia, 1995, pp. 11-33, en concreto en p. 15, o «Estudio introductorio» en *Ciudadanos de Babel*, Ed. Talasa, Madrid, 1996, pp. 5-16, y GIMÉNEZ, C. y MALGESINI, G., *op. cit.*, p. 235.

<sup>38</sup> GIMÉNEZ, C. y MALGESINI, G., *op. cit.*, p. 235.

<sup>39</sup> GIMÉNEZ, C., «La integración de los inmigrantes y la interculturalidad. Bases teóricas para una propuesta práctica», *Arbor*, 607, 1996, pp. 119-147.

1) Dimensión política del proyecto. Para la verdadera aceptación del pluralismo se requiere una reforma de la normativa actual encargada de regular, por ejemplo, la presencia de extranjeros en España de modo que éstos puedan pasar a formar parte de la nueva unidad social que se propone, ello exige la reformulación de las políticas propuestas hasta el momento.

2) Respeto y asunción de la diversidad preexistente. Este respeto entendemos que va más allá de la mera tolerancia fruto de la superioridad de una de las partes implicadas. No se trata de conseguir una homogeneidad sino de construir una sociedad diversa hasta el punto de aceptar la diferencia como tal.

3) La recreación de las culturas en presencia, todas las que conviven son aceptadas en igualdad de condiciones, prescindiendo de las estructuras basadas en grupos dominantes y dominados.

4) La emergencia de una nueva síntesis. Es aquí donde ya anunciábamos al principio que pueden surgir complicaciones porque dicha síntesis sigue siendo hoy una mera propuesta teórica que en su articulación práctica puede generar problemas, puesto que, en la mayoría de ocasiones la interacción cultural se conjuga partiendo de los sistemas de diferenciación preexistentes basados en la distinción no sólo cultural sino también de clase y género.

Esta síntesis exige la superación de los fobotipos ya arraigados en la sociedad de forma que ésta surja de la igualdad entendida en un sentido estricto y real.

Como conclusión, podemos afirmar que si consideramos la interculturalidad como una alternativa para la coexistencia de diversas culturas es porque permite la asunción del derecho a la diferencia al mismo tiempo que parte de la superación de políticas asimilacionistas o de segregación, sin necesidad de que ello implique la pérdida de los elementos caracterizadores de cada cultura sino su unión para la configuración de un nuevo modelo. Todavía queda por ver cómo se genera esa nueva síntesis, pero al menos las pautas para su inicio quedan ya marcadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DORRONSORO, I.: *Diversidad cultural y conflicto nacional*, Ed. Talasa, Barcelona, 1993.
- «Los retos de la inmigración», CONTRERAS, J. (compilador), *Los retos de la inmigración. Racismo y Pluriculturalidad*, Ed. Talasa, Madrid, 1994, pp. 25-55.
- «Estado-nación y ciudadanía en la Europa de la inmigración», AAVV, *Extranjeros en el paraíso*, Ed. Virus, Barcelona, 1994, pp. 219-233.
- ALVITE, J. P., «Racismo e inmigración», ALVITE, J. P. (coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Ed. Tercera prensa-Hirugarren Prentsa, Donostia, 1995, pp. 89-121.
- BALIBAR, E., «Lo stesso a l'altro? Per un analisi del razzismo contemporáneo», *Crítica Sociológica*, núm. 87, 1989, pp. 5-38.

- BALIBAR, E. et WALLERSTEIN, I., *Race, nation et classe. Les identités ambiguës*, Ed. La Découverte, 1988. Existe una versión en español: *Raza, nación y clase*, Ed. Ipala, Madrid, 1991.
- BELLO, G., «Extranjería y supervivencia», *Claves de razón práctica*, núm. 43, 1994, pp. 8-15.
- BIGLINO, P., *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y comparado*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- BLANCO, C., «El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativas», ALVITE, J. P. (coord), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Ed. Tercera prensa-Hirugarren Prentsa, Donostia, 1995, pp. 31-60.
- Colectivo IOE, «La inmigración en España: sus características diferenciales en el contexto europeo», CONTRERAS, J. (comp.), *Los retos de la inmigración. Racismo y Pluriculturalidad*, Ed. Talasa, Madrid, 1994, pp. 83-119.
- DUBET, F. «Immigrations: marginalité et minorités» en *L'Europe et ses immigrés*, dossier de *L'événement européen*, núm. 11, Ed. Seuil, París, 1990, pp. 155-163.
- FLECHA, R. y GÓMEZ, J., *Racismo: no, gracias. Ni moderno, no postmoderno*, Ed. El roure, Barcelona, 1995.
- GARZÓN VALDÉS, E., «El problema ético de las minorías étnicas», GARZÓN VALDÉS, E. (comp.), *Derecho, ética y política*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 519-540.
- GIMÉNEZ, C., «La integración de los inmigrantes y la interculturalidad. Bases teóricas para una propuesta práctica.», *Arbor*, 607, 1996, pp. 119-147.
- GIMÉNEZ, C. y MALGENISI, G., *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Ed. La cueva del oso, Madrid, 1997.
- HIDALGO TUÑÓN, A., *Reflexión ética sobre el racismo y la xenofobia*, Ed. Popular, Jóvenes contra la intolerancia, Madrid, 1993.
- HUTNIK, N., *Ethnic minority identity*, Ed. Oxford University Press, New York, 1991.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, A., *La inmigración inesperada. La población extranjera en España (1991-1995)*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.
- KRISTEVA, J., *Extranjeros para nosotros mismos*, Ed. Plaza y Janes, Barcelona, 1991.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.
- LAMO DE ESPINOSA, E., «Fronteras culturales», LAMO DE ESPINOSA, E. (edit.), *Culturas, estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Ed. Alianza, Madrid, 1995, pp. 13-79.
- LUCAS, J. de: «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», *Sistema*, núm. 106, Madrid, 1992, pp. 13-28.
- *Europa ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- «Tolerancia ¿hasta cuándo? (Reflexiones intempestivas en el año internacional de la tolerancia).», *Revista de Serveis Socials*, núm. 1, Valencia, 1995, pp. 11-33.
- «Estudio introductorio», *Ciudadanos de Babel*, Ed. Talasa, Madrid, 1996, pp. 5-16.
- «El buen racista», *Claves de razón práctica*, núm. 67, Madrid, 1997, pp. 36-43.
- LUCAS, J. de y NAÏR, S., *Le déplacement du monde. Immigration et thématiques identitaires*, Ed. Kimé, París, 1996.
- MODERNE, F., «Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia», en BIGLINO, P., *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y derecho comparado*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 5-38.

- MORENO FELIÚ, P., «Cerraduras de sombra: racismo, heterofobia y nacionalismo», Contreras, J. (comp.), *Los retos de la inmigración. Racismo y Pluriculturalidad*, Ed. Talasa, Madrid, 1994, pp. 217-245.
- NAIR, S., *Contre les lois Pasqua*, Ed. Arléa, París, 1997.
- REX, J., «La metrópoli multicultural: la experiencia británica», LAMO DE ESPINOSA, E. (edit), *Culturas, estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Ed. Alianza, Madrid, 1995, pp. 197-224.
- SUTCLIFFE, B., «Un derecho a desplazarse», ALVITE, J. P. (coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Ed. Tercera prensa-Hirugarren Prentsa, Donostia, 1995, pp. 15-30.
- TAGUIEFF, P. A.:
- *La force du préjugé. Essais sur le racisme et ses doubles*, Ed. La découverte, París, 1988.
  - «Las metamorfosis ideológicas del racismo y la crisis del antirracismo», ALVITE, J. P. (coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Ed. Tercera prensa-Hirugarren Prentsa, Donostia, 1995, pp. 143-204.
- Todorov, T., «Le croisement des cultures», Todorov, T. y otros, *Le croisement des cultures*, Ed. Seuil, París, 1986, pp. 9-31, existe una versión en español «El cruzamiento de culturas», TODOROV, T. y otros, *Cruce de culturas y mestizaje cultural*, Ed. Júcar Universidad, Madrid, 1988.
- TOURAINÉ, A.:
- *Critique de la modernité*, Ed. Fayard, París, 1992.
  - «Le racisme aujourd'hui», WIEVIORKA, M. (direc.), *Racisme et modernité*, Ed. La découverte, París, 1993, pp. 23-41.
- VERGOTTINO, G. de, «Multiculturalismo, minoranze linguistiche e immigrazione», en BONAZZI, T. y DUNNE, M., *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 237-254.
- VIDAL GIL, E. J., «Los derechos de los extranjeros en España. Un análisis crítico de la legislación y la jurisprudencia», *Revista de Serveis Socials*, núm. 1, Valencia, 1995, pp. 121-146.
- WIHTOL DE WENDEN, C.:
- *Les immigrés et la politique*, Ed. Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, París, 1988.
  - «L'immigration, objet du débat politique», *Confluences Méditerranée*, núm. 14, Ed. L'Harmattan, París, 1995.
- WIEVIORKA, M. «Antirracismo, democracia e identidades», ALVITE, J. P. (coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Ed. Tercera prensa-Hirugarren Prentsa, Donostia, 1995, pp. 205-223.

**II**  
**ESTUDIOS**



## 2.1 ESTUDIOS DE TEORÍA DEL DERECHO





# Ortega y el Estado

Por XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO

Universidad de Oviedo

**RESUMEN:** En el presente trabajo se aborda, en el sentido más bucanero de la palabra, la teoría orteguiana del Estado. Para ello habrá que enfrentarse con dos ideas que tradicionalmente han malinterpretado el pensamiento orteguiano al respecto. Por un lado, la idea que entronca a Ortega con la corriente liberal «antiestatalista»; por otro, la visión de Ortega como filósofo puro, alejado de contaminantes veleidades políticas. Mantendremos en consecuencia dos tesis. La primera afirma la existencia en la obra orteguiana de una auténtica reivindicación de la institución estatal como elemento yugulador de la sociedad. La segunda defiende la consideración de Ortega como filósofo políticamente implantado, en continua reflexión sobre la realidad circundante. Ortega no se planteó el problema del Estado al modo de una recreación conceptual que pretendiese aprehender la realidad. Muy al contrario, en toda su obra las categorizaciones políticas van siempre teñidas de una clara impronta política que pretende ya no describir, sino perpetuar, modificar o subvertir la existencia de una determinada realidad. Así las cosas, intentaremos detallar el tenor de la defensa de la institución estatal que subyace en la obra de Ortega a la par que mostraremos las consideraciones políticas de más alcance que fuerzan a Ortega a la solución estatalista. En suma, el Estado es en Ortega, paradójicamente, un concepto fundamental –por cuanto vertebra toda su filosofía política– y, a la vez, postizo –por cuanto sirve de velo teórico a preocupaciones de índole ideológica–.

La filosofía política de Ortega, de la misma manera que H. Settani (1993, 24) pudo decir de la de Hegel, entre otras muchas cosas que ciertamente es, es una filosofía de la unificación; más concretamente, es una filosofía del centralismo. Si para Ortega la calamitosa amenaza que se cernía sobre la patria era la presencia del particularismo nacionalista, en perfecta coherencia con su admonición previsoramente se incardina el desenlace centralista por él defendido. El logro de un Estado poderoso y capaz de modernizar la estructura social, en la órbita de una regeneración burguesa y capitalista, había de ser el método elegido para dar satisfacción a la reorganización global de la nación y al mismo tiempo erradicar, pues de hecho era la causa de la catástrofe, el avance del particularismo. La presencia de la articulación del nacionalismo periférico en el panorama político español en las postrimerías de la primera década del siglo constituye la realidad emergente que, a nuestro juicio, ha posibilitado la formulación teórica de Ortega que desemboca en el estatalismo. Veamos cuál ha sido la evolución que el pensamiento orteguiano ha experimentado en torno a la idea del Estado.

Ciertamente, antes de la década de los 20, Ortega, aunque desencantado con la situación política, se halla en una etapa de afirmación vitalista caracterizada por una extraña mixtura de socialismo utópico<sup>1</sup>, fruto de su relación con Maeztu, y aristocratismo nietzschiano, en la que su categorización del concepto estatal todavía no se ha desarrollado. Durante el período de 1907 a 1914 Ortega se define como socialista y «acude a sus reuniones y congresos, escribe y da conferencias para ellos y, en fin, representan los socialistas para él el partido político de mayor honestidad del momento» (F. López Frías 1985, 92). «Frente a los equívocos poco elegantes de los partidos vigentes, dirá Ortega en 1908, aparece la emergencia magnífica del ideal socialista» (t. X, 38).

Ahora bien, el socialismo orteguiano no era ni mucho menos ortodoxo, menos aún partidista<sup>2</sup>. Al lado de declaraciones entusiastas como las pronunciadas en 1910 con motivo de la elección de diputado por Madrid de Pablo Iglesias —«(...) hoy el socialismo se ha apoderado de nosotros, domina nuestros razonamientos, orienta nuestros instintos municipales, constituye el fondo de todas nuestras combinaciones ideológicas. Hoy ya quien no sea socialista se halla moralmente obligado a explicar por qué no lo es o por qué no lo es sino en parte» (t. X, 141)— se encuentran otras más acordes con la línea seguida en su posterior

<sup>1</sup> Es lo que Elorza llama fase de «regeneracionismo sansimoniano» en Ortega (1984, 21).

<sup>2</sup> La visión de la historia como lucha de clases —precisamente la percepción que Ortega quería evitar en su anhelo de «comunidad nacional»— y el contenido marxista que el PSOE de aquellos tiempos incorporaba —y no «razones de índole personal e individual» como señala G. Morón (1960, 13)— evitaron la afiliación de Ortega: «Yo no sé si esto os extraña: a vosotros se os ha enseñado que la fórmula central del socialismo es la lucha de clases. Por ello yo no estoy afiliado a vuestro partido, aun siendo mi corazón hermano del vuestro. Sólo un adjetivo nos separa: vosotros, sois socialistas marxistas; yo, no soy marxista... El partido no puede, por ahora, aceptar a quien no reduzca sus interpretaciones históricas y políticas del mundo al socialismo. He aquí por qué gentes que somos también socialistas no podemos pertenecer a ese partido» (t. X, 120-200).

trayectoria política: «yo soy socialista por amor de la aristocracia<sup>3</sup>» (t. X, 239). En cualquier caso, es importante insistir en el hecho de que en este período la adscripción orteguiana a una línea más o menos socializante –complejo híbrido de falansterio y club de oficiales– como programa que posibilitase la reforma política, dejaba de lado una toma de postura teórica acerca de la cuestión estatal. Del socialismo tomará principalmente, y en consonancia con su primera fase más regeneracionista<sup>4</sup>, sus elementos de nutriz renovación histórica y cultural<sup>5</sup>; sin embargo, rechazará de plano la concepción internacionalista<sup>6</sup> de la sociedad, precisamente por carecer de una dimensión que hiciese posible la articulación de la reforma deseada a un nivel nacional: «El marxismo conduce fatalmente a esta fórmula: la táctica de puro internacionalismo, es decir, de pura lucha de clases, tiene que estar en razón directa de la potencia económica y moral de las naciones; o lo que es lo mismo: los partidos socialistas tienen que ser tanto más nacionales cuanto menos construidas estén sus respectivas naciones» (t. X, 206).

El socialismo elitista que encontramos en estos primeros tientos modernizadores está basado en la confianza que Ortega deposita en los trabajadores, guiados por la mano rectora de la minoría ilustrada, como fuerza capaz de aportar una coordinación al entramado organizativo nacional y erigirse en agente de modernización del país (M. Bizcarrondo 1992, 341). Desde su perspectiva de regeneración económica que caracteriza esta primera etapa «la función del socialismo consiste en incorporar el componente activo que representan los trabajadores a la construcción nacional» (Elorza 1984, 61), sin por ello profundizar en los componentes más radicales que se extraerían de sus principios: «Respetemos, compañeros intelectuales, la rudeza y el dogmatismo del naciente partido [socialista]: veamos en él nuestra mascota política. Y al aproximarnos hagámoslo con cuidado, no sea que la trepidación avenge los fecundos rescoldos, según suele ocurrir con los cuerpos hechos ceniza de las ruinas de Pompeya» (t. X, 90). De hecho, para Ortega, el socialismo no es más que «la continuidad del antiguo liberalismo<sup>7</sup>» (t. X, 69).

<sup>3</sup> Acierta E. Subirats al decir que «Ortega invocó más bien un aristocratismo *sui generis* que, por todo principio de integración social de las masas, presumía una noción jerárquica, un principio arcaico de <<ejemplaridad>> y <<docilidad>>» (1993, 184).

<sup>4</sup> «El problema español es un problema educativo...» (T. I, 84)

<sup>5</sup> «Socialización de la cultura, comunidad del trabajo, resurrección de la moral, esto significa para mí democracia. En una sola voz: socialismo, humanización» (T. X, 126).

<sup>6</sup> «Hay un elemento, sobre todo, que cierra para mí, y creo que para muchos, las puertas de la comunicación socialista. Me refiero a la interpretación que se da al internacionalismo (...) El día que los obreros españoles abandonaran las palabras abstractas y reconocieran que padecen, no sólo como proletarios, sino como españoles, harían del partido socialista el partido más fuerte de España. De paso harían España. Esto sería la nacionalización del socialismo; quiero decir, el socialismo concreto frente a un socialismo abstracto que sólo es eficaz cuando se confunde con los confusos movimientos radicales» (t. X, 201 y 206).

<sup>7</sup> De ahí la duda de Pallotini al tratar de incardinar esta etapa orteguiana: «Ortega cultivó en fase juvenil una posición agregativa que no sabe uno bien si definir de liberalismo o de socialismo liberal» (1994, 73).

Ortega ve en el socialismo –en su caricatura– el único movimiento capaz de generar la capacitación y adecuación para las exigencias políticas que reclama de la sociedad. La existencia de esta visión de regeneración nacional aderezada con dijes de socialismo (Ortega hablaba de una España reconstituida mediante un «Pueblo de trabajadores») cerraba por completo el paso a una reflexión teórica sobre el Estado como línea vertebradora de la modernización. De otra parte, la orientación utopista que Ortega desarrolla en su formulación de una modernización integradora e integral estaba demasiado inserta en una alternativa de futuro conciliador y urgente reconstrucción nacional como para plantearse otro tipo de salida a la crisis que no fuera la de la refundición social a través de la unidad cultural y económica: «La España futura, señores, ha de ser esto: comunidad, o no será <sup>8</sup>. Un pueblo es una comunión de todos los instantes en el trabajo, en la cultura; un pueblo es un orden de trabajadores y una tarea. Un pueblo es un cuerpo innumerable dotado de una única alma».

La esperanza que Ortega había depositado en esa comunión social española para que fundase las bases de la regeneración pronto se ve truncado por la evolución continuista que adopta el sistema político y económico del país y propicia el abandono de anteriores creencias <sup>9</sup> –pues el socialismo fue en Ortega no una ideología política, sino eso, una creencia <sup>10</sup>– al hilo que despunta con más vigor que nunca soluciones elitistas que antes estaban tan sólo en esbozo: «yo ahora no hablo a las masas; me dirijo a los nuevos hombres privilegiados de la injusta sociedad –a los médicos e ingenieros, profesores y comerciantes, industriales y técnicos–; me dirijo a ellos y les pido colaboración» (t. I, 286); «para nosotros, por tanto, es lo primero fomentar la organización de una minoría encargada de la educación política de las masas. No cabe empujar a España hacia ninguna mejora apreciable mientras el obrero en la urbe, el labriego en

<sup>8</sup> Es precisamente la admiración por lo colectivo, por lo comunal e integrador, lo que hace que Ortega se decante en esta época por el ideal socialista: «Tiene el grupo de Pablo Iglesias virtudes únicas, hondas y genuinamente socialistas, que faltan a los españoles cultos y en él habremos de aprender o en parte alguna. Aunque sólo fuera por su religiosidad de lo colectivo, bastaría para que cuidásemos de conservarlo intacto» (t. X, 90).

<sup>9</sup> «Tampoco el credo socialista es suficiente –en diversos lugares alude Ortega al socialismo como credo (t. X, 122)–. Dejando a un lado sus utópicos ademanes, y la rigidez de sus dogmas, que la corriente revisionista del partido obrero en otros países condena, no dudaríamos en aceptar todas sus afirmaciones prácticas... pero no podemos coadyuvar a sus negaciones» (t. I, 303).

<sup>10</sup> «El socialismo (...) habrá de hallar, en lo poco o mucho de emoción liberal que en nuestra tierra existe hoy y pueda existir mañana, el vehículo providencial capaz de extender sobre el pueblo la nueva unción política» (t. X, 69). Credo, providencia unción... –es de señalar que cuando G. Morón reproduce el texto anteriormente citado transcribe <<emoción política>> en vez de <<unción política>>, tergiversando el sentido original y dando pie a una explicación falsa del socialismo orteguiano (1960, 58)–, todo parece señalar que el socialismo del filósofo madrileño tenía raíces más fideístas que verdaderamente políticas.

el campo (...) no hayan aprendido a imponer la voluntad áspera de sus propios deseos, por una parte; a desear un porvenir claro, concreto y serio, por otra» (t. I, 302).

Después del asesinato de Canalejas en noviembre de 1912, los dos últimos gobiernos anteriores a la Primera Guerra Mundial estuvieron formados por lo que quedaba de los viejos partidos de turno: el conde de Romanones entre los liberales y Dato con los conservadores anti-mauristas. Ambos fueron blanco de los ataques despiadados de un Ortega: «el partido conservador es un peligro nacional; el liberal es un estorbo», –decía– que ensayaba ya por aquel entonces una crítica no tanto regeneracionista como deliberadamente antiparlamentaria. Resulta curioso observar el hecho de que incluso ante la apertura hacia la izquierda que experimentó el gobierno de Romanones cuando ingresa en su gabinete Santiago Alba, político de tradición regeneracionista en la más clásica línea de Costa <sup>11</sup>, la actitud de Ortega, y la del resto de republicanos no socialistas, continúa siendo adversa (Carr 1983, 115). La reforma general en la agricultura y en la industria que pretendía Alba, y que en su época «socialista» posiblemente hubiera suscrito el mismo Ortega <sup>12</sup>, pasaba por una financiación basada en la reducción del aparato burocrático y en el endurecimiento del sistema tributario. Este programa de realizaciones será una proposición poco atractiva para la burguesía media en la que Ortega depositaba, ahora ya desde una perspectiva genuinamente liberalista, las esperanzas de cambio. No es pues de extrañar el acercamiento de Ortega al recién fundado partido reformista del abogado asturiano Melquíades Álvarez <sup>13</sup>, en el que Ortega cifraba sus esperanzas de cambiar los partidos monstruosos que representan a la España oficial, «inmenso esqueleto de un organismo evaporado, desvanecido, que queda en pie por el equilibrio material de su mole, como dicen que después de muertos continúan en pie los elefantes» (t. I, 272). Desde la creación del partido reformista hasta 1923 hay toda una serie de esfuerzos llevados a cabo por el sector de la burguesía al que representa Ortega con el intento de desplazar a la oligar-

<sup>11</sup> Su política para la modernización de España basada en la máxima «influencia de los productores en detrimento del proletariado de abogados» recuerda en grado sumo las posiciones que otrora adoptara el «aragonés de hierro». El reconocimiento de la política seguida por S. Alba, asediado más tarde por la dictadura de Primo de Rivera, tuvo que esperar bastantes años hasta ser elogiado en aquel célebre discurso de Unamuno, a la vuelta del exilio francés, en el frontón *Ramuntxo*.

<sup>12</sup> Disentimos aquí del parecer de Elorza que estima en esta época orteguiana «una sintetización de los planteamientos de los primeros años, sin alteraciones de relieve... Ortega va en pos de la tecnificación de España, de sus campos e industrias, impulsando la <<España vivaz>>...» (1984, 74). El giro radical con respecto al socialismo declarado que supone «hallar ligada la suerte de España al avance del liberalismo» (t. I, 302), con el consiguiente papel ancilar que adjudica al movimiento obrero en favor de la preponderancia de un protocapitalismo burgués, produce un auténtico «corte epistemológico» en la obra política de Ortega. Erró Ortega, a nuestro parecer, cuando en 1913 afirmaba: «... nuestra Asociación (La Liga de Educación Política) marchará junto al socialismo sin graves discrepancias» (t. I, 303).

<sup>13</sup> Para un estudio más detallado de la «vecindad al reformismo» de Ortega y su posterior ruptura *vid.* ELORZA (1984, 71 y ss.) y M. TUÑÓN DE LARA (1981, 218 y ss.).

quía y tomar el poder asumiendo la hegemonía nacional, presentando como identificados los intereses nacionales y los de la gran burguesía emprendedora, dispuesta a romper con el bloque oligárquico. A partir de este momento «la obra y la actividad orteguiana se inscriben dentro de la tentativa de legitimación del indeciso movimiento de la burguesía liberal española en busca del espacio social, económico y político en que desarrollar su hegemonía» (F. Ariel del Val 1984, 32).

Posiblemente sea 1914 el año que marca la definitiva ruptura de Ortega con sus antiguos ideales socializantes y su adscripción a postulados más bien emparentados con el liberalismo <sup>14</sup> que lo llevarán a apartarse definitivamente tanto del Partido Socialista <sup>15</sup> como del Reformista de Melquíades Álvarez <sup>16</sup>. Cuando Ortega y Azaña crean la

<sup>14</sup> La definición de Ortega como pensador liberal —«La posición de Ortega puede ser definida sencillamente como liberal» (J. TUSELL y G. QUEIPO DE LLANO 1990, 104); «Ortega... es, realmente, un liberal» (F. López Frías 1985, 93)— debe ser convenientemente matizada. En un sentido muy amplio —«Es un liberal todo el que acepta por principio el mejoramiento indefinido del hombre y la emancipación de la conciencia personal», según declaraba M. Azaña— no cabe duda de la incardinación de Ortega en esta etiqueta. Sin embargo, la utilización que el propio Ortega hacía del término liberalismo como una ideología de cambio frente a estructuras políticas inmovilistas —en este sentido decía que «los partidos liberales son partidos fronterizos a la revolución o no son nada» (t. X, 34)— y su reacción frente «al angostamiento de la idea de libertad que la doctrina y la propaganda liberales han ocasionado» (t. VI, 72) alejan al filósofo madrileño de un liberalismo ortodoxo —en su artículo *La reforma liberal* (t. X, 31 y ss.) encontramos una completa y reveladora revocación del mismo—. Más tarde tendremos ocasión de precisar cuáles son las enmiendas que Ortega opone a los dogmas del liberalismo, sobre todo en relación con su concepción del Estado.

<sup>15</sup> El corolario del paulatino abandono de su ideología socializante se produce en 1934, con ocasión del prólogo a la 4.<sup>a</sup> edición de la *España invertebrada*. Allí, como ponen de manifiesto J. F. FUENTES y M. MÁRQUEZ (1994, 155), Ortega cuestiona el derecho de las masas a devenir dueñas de su propio destino: «anuncio (...) que cuanto acontece en el planeta terminará con el fracaso de las masas en su pretensión de dirigir la vida europea. Es un acontecimiento que veo llegar a grandes zancadas. Ya a estas horas están haciendo las masas —las masas de toda clase— la experiencia inmediata de su propia inanidad. La angustia, el dolor, el hambre y la sensación de vital vacío las curarán de la atropellada petulancia que ha sido en estos años su único principio animador (...) La exaltación de las masas nacionales y las masas obreras, llevada al paroxismo en los últimos treinta años, era la vuelta que ineludiblemente tenía que tomar la realidad histórica para hacer posible el auténtico futuro...» (ORTEGA 1983, 20-21). En el contexto inmediato de los sucesos de la Revolución del 34, tan miserable y torticeramente interpretados por S. de MADARIAGA (1978, 362 y ss.), esta declaración suponía toda una afrenta al socialismo democrático —la lectura del trabajo de P. PRESTON (1976, 95 y ss.) aclara por completo el sentido de lo que decimos—, lo que provocó una agria contestación de Araquistáin en la revista *Leviatán* y supuso la ruptura de éste con su maestro.

<sup>16</sup> El alejamiento del Partido Reformista vino motivado precisamente por no obedecer al espíritu de reforma liberal que en principio inspiraba su ideario. La aproximación de Melquíades Álvarez al Gobierno de Romanones, al que ofreció colaboración en un discurso leído en 1915 en Granada, fue el detonante de la ruptura. Como recuerda J. MARICHAL (1994, 151), dos semanas más tarde del susodicho discurso del político asturiano «apareció en el semanario *España*, fundado y dirigido por Ortega, un artículo suyo muy crítico con Melquíades Álvarez, <<Un discurso de resignación>>. Tras preguntarse —<<¿Es que ha perdido Melquíades Álvarez la fe en una España posible>>? —escribía Ortega—: «Tal vez... porque si no, no se comprende que haya iniciado al Partido Reformista hacia una colaboración con los llamados liberales, con el viejo partido asmático y caduco que ha extirpado de la conciencia pública casi todas las esperanzas».

Liga de Educación política –que no dura ni dos años, al haber sido absorbidos sus miembros por socialistas y radicales–, «puede creerse que el reformismo hará que cristalice el esfuerzo político de esa «otra burguesía» y su hegemonía sobre las clases medias» (Tuñón de Lara 1981, 219). Su crucial conferencia *Vieja y nueva política*<sup>17</sup>, pronunciada en el Teatro de la Comedia el 23 de marzo de 1914, constituye el hito fundamental que fijará las bases programáticas seguidas en los años siguientes, al tiempo que servirá de preclaro distanciamiento respecto a su período anterior. Dos palabras definirán la nueva política preconizada por Ortega: «Liberalismo y nacionalización propondría yo como lemas a nuestro movimiento» (t. I, 299). Ambos conceptos concurrirán a lo largo de todo el discurso orteguiano formando un binomio que explicará el porqué de la ausencia de una auténtica teorización sobre el Estado en este período. Por una parte, la nacionalización que obsesivamente se propone<sup>18</sup> tiene como sustento la «colaboración de hombres de buena voluntad» en un proyecto que en principio se plantea en claro antagonismo entre la «España oficial», identificada genéricamente con el poder público del Estado (t. I, 276) «que se obstina en prolongar los gestos de una edad fenecida» y esa «otra España aspirante, germinal, una España vital<sup>19</sup>, tal vez no muy fuerte, pero vital, sincera, honrada, la cual, estorbada por la otra, no acierta a entrar de lleno en la historia» (t. I, 273). Si el meollo de la renovación de España se hace radicar en una modernización y rehabilitación global de la sociedad española, el Estado como tal pasa a tener una importancia marginal: «Lo malo es que no es el Estado español quien está enfermo por externos errores de política sólo; que quien está enferma, casi moribunda, es la raza, la sustancia nacional, y que, por tanto, la política no es la razón suficiente del problema nacional porque es éste un problema histórico» (t. I, 276). Con razón afirma G. Morón refiriéndose al Ortega de esta época que «el problema nacional le obsesiona» (1960, 162). Este problema de España como nación integral<sup>20</sup> capaz de «articular una nueva política que tiene que ser una actitud histórica» desplaza así a cualquier posible solución que tenga presente la realidad del Estado como base de la vertebración.

Por otra parte, «el impulso genérico del liberalismo» (t. I, 308), catalizador que Ortega intentará utilizar para la organización de España,

<sup>17</sup> A decir de J. Iriarte «en la conferencia sobre vieja y nueva política se ha consagrado Ortega como hombre público.» (1942, 71).

<sup>18</sup> «Nacionalización del ejército, nacionalización de la monarquía, nacionalización del clero (no puedo detenerme en esto), nacionalización del obrero; yo diría que hasta nacionalización de esas damas que de cuando en cuando ponen sus firmas detrás de unas peticiones cuya importancia y trascendencia ignoran...» (t. I, 209).

<sup>19</sup> Es importante recordar que «la España vital de Ortega no es una simple especulación intelectual, sino todo el símbolo de ese sector de la burguesía que tenía prisa por acceder al poder antes de que fuese demasiado tarde.» (TUÑÓN DE LARA 1981, 220).

<sup>20</sup> De hecho, el alejamiento de su inicial planteamiento socialista se debe en gran parte a esta cosmovisión atravesada por la primacía de lo nacional: «Para nosotros existe el problema nacional; más aún: no acertamos a separar la cuestión obrera de la nacional.» (t. I, 308).



obturará igualmente la presencia primordial de la categoría estatal para servir de principio ordenador de la nueva disposición armónica nacional que pretende. El Estado no tendrá, desde esta atalaya liberalista, una consideración independiente de la que le merece el corrupto sistema de la Restauración. Existe una confusión entre el concepto de Estado y el órgano político que detenta su dirección, consumándose así la identificación del aparato del Estado con el sujeto real que actúa tras él. De esta forma, la crítica al Estado es en el fondo crítica al gobierno. «He insistido en que no vamos a servir al Estado español sino a la nación española, y cuando sea preciso, a ésta contra aquél», decía Ortega en una carta de 1914 a Castrovido (cit. B. Fonck 1994, 130). Es significativo que estas palabras hayan sido escritas como defensa contra la invectiva de T. Sanz cuando consideraba a Ortega como persona tendente a aceptar los hechos consumados <sup>21</sup> y a gobernar con la Monarquía sin otra condición que la enunciada en el vago término «nacionalización». La oposición Estado *vs.* nación se articula entonces como un enfrentamiento entre Monarquía y política restauradora, de un lado, y nación, colectividad nacional, de otro.

La típica oposición liberalista entre la sociedad civil y el Estado, aquí identificado con el régimen, como relación entre compartimentos estancos, y la defensa de la virtualidad natural de la primera frente a la artificiosidad opresiva de la segunda, se reproduce en esta época con una claridad y un vigor que recuerda formulaciones más propias de Locke: «Intentemos que la nación española vuelva las espaldas al Estado español, como a un doméstico infiel. Que dejen de ser las funciones del Estado lo sustantivo (...) Aprendamos a esperar todo de nosotros mismos y a temerlo todo del Estado. En suma, política de nación frente a política de Estado. ¿Se quiere un maestro y una orientación? Inglaterra, donde el Estado y sus instituciones son un adjetivo y nada más de la nación». De modo palmario concluye Ortega defendiendo «la organización de los españoles frente al Estado español» (t. X, 280). Para Ortega existe una diferencia esencial entre Estado y sociedad que se reconduciría a la representación antagónica del rígido formalismo que encarnaría el uno y la vitalidad espontánea que implicaría la otra. La valoración en este punto es clara: «El Estado español y la sociedad española no pueden valernos igualmente lo mismo, porque es posible que entren en conflicto, y cuando entren en conflicto es menester que estemos preparados para servir a la sociedad frente a ese Estado, que es sólo como el caparazón jurídico, como el formalismo externo de su vida» (t. I, 276).

En suma, la nación como agrupación espontánea de individuos, es decir, como sociedad civil, será el eje del discurso político orteguiano de 1912 a 1917, y su consideración de aglutinante comunitario que posibilitaría la regeneración patria hace que cualquier categoría que se le

<sup>21</sup> En este sentido apostilla irónicamente G. Morón que «si Ortega en 1914 era monárquico porque la situación así lo indicaba, en 1923-1928 era dictatorial por lo mismo. Aplica al pie de la letra su doctrina de lo circunstancial» (1960, 120).

podiera oponer fuera rechazada de antemano: «nadie está dispuesto a defender que sea la Nación para el Estado y no el Estado para la Nación, que sea la vida para el orden público y no el orden público para la vida» (t. I, 278); aunque es necesario señalar que el rechazo al Estado no significa rechazo al concepto mismo de Estado, como se ha querido ver (J. Hierro, 62; L. Díez del Corral 1956, 51; J. Marichal 1994, 152), sino a su papel dentro de la organización del país, que Ortega juzgará en principio secundario: «Hay que exigir a la máquina del Estado mayor, mucho mayor rendimiento de utilidades sociales que ha dado hasta aquí; pero aunque diera cuanto idealmente le es posible dar, queda por exigir mucho más a los otros órganos nacionales que no son el Estado, que no es el gobierno, que es la libre espontaneidad de la sociedad» (t. I, 277).

Así pues, asistimos a una reivindicación de lo nacional en detrimento de lo estatal fundamentada en la oposición de la pétrea y antediluviana España oficial, identificada con el Estado, a «la libre espontaneidad de la sociedad», a «las vitalidades nacionales, que son los torrentes». La impertinencia de la alternativa estatal como principio de organización económica y política se mostraba además en la inadecuación que su entrada en acción representaba para el pretendido programa liberalista de capitalismo nacional. El impulso hacia la modernización no será posible con la injerencia de un Estado que coarte la libre pugna de las fuerzas productivas: «un pueblo donde no abunden los ambiciosos de dinero que vayan frenéticamente empujados por una sed individual de oro, será siempre un pueblo mendigo <sup>22</sup>» (t. X, 397).

Sin embargo, la postura de Ortega respecto al Estado variará ostensiblemente su rumbo. Del rechazo radical a la intervención estatal en el proyecto de «transustanciación» nacional, se pasará a la defensa incondicional de la misma. Los condicionamientos político-económicos de la época no fueron ajenos a esta mutación ideológica –por supuesto, y en contra de las posiciones mantenidas por aquéllos que ven en los escritos políticos de Ortega, es el caso de J. Marías (1983) y F. López Frías (1985), algo así como una insignificante secreción de su pensamiento filosófico–.

Aunque en principio la neutralidad mantenida en la Gran Guerra fue beneficiosa para la economía española, por cuanto potenció un aumento de la exportación y dio a la balanza comercial un signo favorable, la euforia originada por ello no fue en absoluto justificada. En conjunto, los primeros años del conflicto europeo crean una situación artificialmente benigna para la economía española. Los beneficios de ciertas empresas a menudo se tradujeron en una sustancial elevación de los salarios obreros, que mejoraron claramente en relación con los

---

<sup>22</sup> De hecho, la europeización que postularon inicialmente los noventaiochistas estuvo siempre influida por el fasto y el oropel que la imagen de la Europa capitalista destilaba. «Los hombres de presa y de botín», «la epopeya del dividendo y del negocio», «la belleza de las calles rectas, y de la fábrica, y de la máquina, y de la bolsa» de los que hablaba Maeztu, serán el espejo en el que España se debería mirar. Ortega no es ajeno a este anhelo.

sueldos de la clase media. Desde finales del año 1916 los precios subieron vertiginosamente y la carestía de la vida afectó sobre todo a los obreros y a las clases medias con que Ortega contaba para la rehabilitación nacional. Las grandes huelgas de los años 1910-1914 se reanudan ahora con una frecuencia que atestigua la inquietud de la población y la fuerza de sus reivindicaciones. La indudable mejora que se apunta en los primeros años de posguerra únicamente afecta a las grandes ciudades, en buena parte debido a la especulación financiera de la oligarquía terrateniente más que a la industriiosidad de las empresas. España sufre simultáneamente la huida de la mano de obra, ante la maldición del subempleo, y la hemorragia de las riquezas mineras explotadas por el capital extranjero y en beneficio de la industria inglesa, belga o alemana (E. Témime *et al.*, 1982, 215 y ss.).

El intento de nacionalización económica ha fracasado por completo y ni siquiera las posibilidades ofrecidas por las inversiones extranjeras son aprovechadas satisfactoriamente. De nuevo se frustran las expectativas de regeneración nacional. Sólo en regiones como Cataluña y el País Vasco se experimenta una industrialización favorable a un enriquecimiento local, lo que fomenta en estas regiones heredadas de tradiciones regionalistas la aparición de una élite obrera más sensible a las desigualdades características del capitalismo naciente y la aparición de un potente movimiento autonomista, ambos contrarios a un Estado autoritario y centralizador. De hecho, el movimiento asambleísta de 1917 en que se pedía el fin del turno de partidos y la convocatoria de unas nuevas Cortes Constituyentes fue la culminación de la protesta, malograda por la huelga general de agosto, de la izquierda catalanista. La cuestión catalana se planteó nuevamente con gravedad en 1918 con motivo del Estatuto de Autonomía presentado al Gobierno por una comisión de parlamentarios y defendido sin éxito por Cambó. El acuerdo con el gobierno no se produjo y la minoría catalana se retiró de las Cortes.

En esta situación percibe Ortega «la manifestación más acusada del estado de descomposición en que ha caído nuestro pueblo» (1983, 46). El movimiento autonomista —el particularismo, en palabras de Ortega— adquiere una potencia y un apoyo popular tal, que fuerza a Ortega a admitir su gran peso y por ende su peligro: «... me parece una frivolidad juzgar el catalanismo y el bizcaitarrismo como movimientos artificiosos nacidos del capricho privado de unos cuantos» (1983, 46). La maniobra que Ortega ideó para castrar ese vigor autonomista fue precisamente su disolución en un movimiento de más alcance —el panespañolismo— y su aseguramiento mediante la concesión de descentralización, según hemos visto. Para lograr ambos efectos se mostraba absolutamente necesario el recurso a una institución que, por una parte, sirviese para agrupar y unificar, tanto de hecho como simbólicamente, la comunidad amenazada y, por otra, garantizase verticalmente la inanidad real de la administración política de las autonomías.

Será en el Estado donde Ortega descubra esta institución que al mismo tiempo encubra y amalgame. Probablemente sea en esta fase de

su elaboración doctrinal donde con más fuerza aparezca el influjo genuinamente lassalliano que Elorza sitúa, a nuestro entender de manera extemporánea, en su etapa «socialista» desarrollada durante la primera década del siglo (1984, 61). Para Lassalle existe un principio del Estado tan sólo realizable cuando sea dirigido por el «estamento del trabajo» a la vez que éste sólo puede actualizar sus intereses por mediación del Estado. La función histórica del Estado será la de liberar al ser humano de las múltiples servidumbres a las que se ha visto sometido desde el comienzo de la historia y multiplicar, por la unión de los individuos, las potencialidades humanas elevando al hombre a una forma superior de existencia en cuanto a educación, poder y liberación de la coerción exterior, que los hombres aisladamente serían incapaces de realizar (García-Pelayo 1977, 84). Esta naturaleza moral del Estado típicamente hegeliana, de talante soteriológico y en clara oposición a la idea de Estado-guardián característica del liberalismo clásico, y su instrumentación mediante el estamento del trabajo (lo que Lassalle llamaba *Arbeitsstand*), pasarán a integrar el grueso de la argumentación proestatalista orteguiana <sup>23</sup>.

Así pues, su anterior juicio acerca del Estado varía diametralmente. La función netamente subordinada y aun diríamos opuesta a la sociedad, se transforma en primordial, y de ella se hará depender el futuro de la nación: «La restauración de España tiene que comenzar por una reorganización del Estado, que es el gran aparato mediante el cual se puede operar sobre un pueblo» (t. XI, 93); «la tarea enorme e inaplazable de remozamiento técnico, económico, social e intelectual que España tiene ante sí no se puede acometer si no se logra que cada español dé su máximo rendimiento vital. Pero eso no se logra si no se instaure un Estado...» (t. XI, 126). La razón por la que Ortega opta por la alternativa estatal, en contra de su anterior elaboración, tiene su fundamento en el poder estabilizador y diluyente de toda especificidad que acompaña al Estado, característica idónea para anular la amenaza particularista.

En el período republicano la fuerza del nacionalismo periférico y el afloramiento de la cuestión regional se formulan con tal contundencia que obligan a que las posiciones de Ortega, antes sólo latentes y larvadas, se muestren con crudeza. El proceso de radicalización en las expectativas de la alternativa federalista alcanza en esta época su punto culminante. Como certeramente sintetiza L. Parejo, «el advenimien-

<sup>23</sup> «Creo haber sido uno de los primeros (...) en haber proyectado, en esta etapa de la vida española, sobre la conciencia pública española, la fórmula, el lema de que era preciso organizar a España en un pueblo de trabajadores» (t. XI, 391). «La organización de la sociedad en pueblos de trabajadores, para mí, es algo que por lo pronto no roza la cuestión económica, no plantea siquiera el problema de capitalismo o socialismo, sino que es moral (...) Obreros españoles, os engañan los que os ocultan que la primera condición para que la economía sea socializada (...) es que se aumente el volumen de la riqueza española. Esto es lo que tenéis que pedir enérgicamente: que el Estado empuñe el gobierno de la producción dirigiéndola en sus grandes líneas (...) Sólo en la medida en que esto se haga sería posible la socialización a que aspiráis» (t. XI, 308 y 310).

to del nuevo régimen político señala la hora del replanteamiento del problema regional, obligadamente latente durante el período dictatorial; replanteamiento que se hace ahora no ya sobre la base de las aspiraciones a una autonomía política y económica que al movimiento regionalista en períodos anteriores había impreso la alta burguesía conservadora, sino sobre nuevos principios nacionalistas más radicales asumidos por amplias capas de las clases medias (...) De otro lado, las reivindicaciones de autonomía regional quedan planteadas en términos de gran fuerza, toda vez que son formuladas por las capas y fuerzas sociales que sostienen al propio régimen» (1977, 160). El nacionalismo, además –y a diferencia de anteriores períodos de intencionalismo testimonial– se traduce en hechos: el mismo día 14 de abril de 1931 en el que se proclama la II República, Companys y Maciá proclaman la República catalana como Estado integrante de la Federación ibérica. La reacción de Ortega ante una «Cataluña que se había declarado república y reclamaba no sólo autonomía, sino independencia, la separación de que habló su presidente F. Maciá» (G. Morón 1960, 172) no podía ya velar sus argumentos.

Que la aparición de los nacionalismos de signo disgregador ha sido el detonante que ha condicionado la mutación respecto a la función estatal en la teoría orteguiana se aprecia, por una parte, en la elección de la terminología empleada al efecto de caracterizar la causa de decadencia nacional. Y es que el «particularismo», tal es el vocablo elegido, a pesar de que se intente camuflar en un movimiento de más alcance que abarca todo aquello que aísla los intereses particulares del bienquisto procomún, coincide sospechosamente con el término que V. Almirall proponía como sustituto de federalismo y que habría de prefigurar el nacionalismo catalán ulterior (J. Solé Tura 1986, XXIII). Por otra parte, la etiología de la reformulación orteguiana también se muestra en el trasvase retórico que se produce en la línea crítica que desarrolla Ortega en relación con las posibilidades de renovación nacional. El marcado dualismo que con anterioridad caracterizaba la visión orteguiana estaba bipolarizado entre la España oficial, gubernamental, y la España vital; entre la España parlamentaria y la no parlamentaria; entre la artificialidad de los partidos y el organismo espontáneo de la nación (t. I, 271); entre la España tradicional y la nueva (t. I, 273); entre esa España cadavérica y esa otra germinal y vital (t. X, 266). En suma, la dicotomía que constituye el eje de la crítica regeneracionista se articulaba a través de una oposición de carácter político. Sin embargo, cuando surgen los movimientos periféricos vindicativos y Ortega acomete su ataque contra la desmembrada situación del momento señalando las pautas de actuación para solventarla, utiliza un nuevo tipo de estructura antagónica. Ahora la perspectiva bifronte estará delimitada por el enfrentamiento entre la España arisca y la España dócil, entre la doméstica y la levantisca, entre la España centrípeta –«la verdadera España, nuestra España», dirá Ortega– y la España centrífuga, formada «por dos o tres regiones semiestados». La

oposición, entonces, se torna de cariz territorial, ya no vinculada a la beligerancia del Estado (Gobierno) contra la sociedad civil, sino de las provincias insurrectas contra el resto del territorio. Aciertan doblemente J. Tusell y G. Queipo de Llano al señalar, por un lado, la decisiva importancia de los acontecimientos de los años 1930-31 en la formulación política de Ortega, por otro, al subrayar el transvase de sus categorías del ámbito político al propiamente territorial: «Ortega lanzó si no exactamente un proyecto político o partidista, sí por lo menos unas ideas básicas acerca del Estado español. Lo que hizo Ortega fue dar nueva forma a las ideas contenidas en *Vieja y Nueva Política*» (1990, 103).

Mientras que hasta la eclosión del nacionalismo periférico la clave del planteamiento político de Ortega se basaba en una exaltación de la nación <sup>24</sup> (concepto utilizado de forma equivalente a la suma vital de individuos reunidos en la sociedad civil y en esta época todavía sin perfilar, pues fue preciso que surgiera precisamente el concepto de lo estatal como categoría autónoma para que la Nación adquiriera asimismo la autonomía conceptual delimitada que Ortega finalmente le asigna), en este período de afianzamiento de las fuerzas tendentes a la disgregación la piedra de toque del discurso orteguiano se hará radicar en la idea de la formación de un Estado. La contraposición entre la nación, como sociedad civil, y el Estado se resuelve de manera clara en favor de este último, «el producto más visible y notorio de la civilización» (1968, 182).

Las descalificaciones que el Estado había sufrido por mor de su incauta equiparación con el gobierno de la Restauración desaparecen ahora al alcanzar el Estado especificidad teórica y virtud terapéutica, a la par que se trasladan a la sociedad nacional, en que antes ciegamente se confiaba, las críticas al Estado: «... es el mayor *quid pro quo* que cabe cometer imaginarse el caso de España como el de un país donde una sociedad sana sufre los vicios y errores de unos cuantos gobernantes, de suerte que bastaría con desterrar a éstos para que las virtudes nacionales den su lúcida cosecha. Desgraciadamente el caso español es más bien el inverso. Con ser detestables los «viejos políticos», son mucho peores los viejos españoles, esa gran masa inerte y maldiciente sin ímpetu ni fervor ni interna disciplina <sup>25</sup>» (t. XI, 31). España, dirá G. Morón reproduciendo el pensamiento orteguiano, «estaba incapacitada para un régimen distinto al que en ese momento se sufría. Los polí-

<sup>24</sup> Posiblemente sea en *Vieja y nueva política* donde se muestre esto con mayor insistencia. No obstante, las alusiones a la nación comienzan mucho antes; así, en 1906 afirma «todas nuestras acciones tienen una dimensión común: lo nacional (...) El individuo no ha existido nunca: es una abstracción. La humanidad no existe todavía: es un ideal. En tanto que vamos y venimos, la única realidad es la nación, nuestra nación...» (t. I, 39).

<sup>25</sup> La comparación de este texto, que no es sino uno de entre los muchos semejantes que a partir de aquí verán la luz, con el tono general de su conferencia «Vieja y nueva política» –posiblemente donde mejor se refleje la esperanza en la reforma a través de la actuación de la sociedad civil «tal vez no muy fuerte, pero vital, sincera y honrada»– es del todo esclarecedora.

ticos no llevaron a la Nación a ese Estado de debilidad de todos sus miembros; las mayorías españolas serían las culpables» (1960, 118).

Un reflejo de este radical trastrueque de expectativas podemos observarlo en la diferente valoración del orden público, que Ortega identifica con la manifestación más clara del poder del Estado. En 1914 podíamos leer: «Y si fuera, como es para el Estado español, como para todo Estado, lo más importante el orden público, es menester que declaramos con lealtad que no es para nosotros lo más importante el orden público, que antes del orden público hay la vitalidad nacional (...) Con esto está dicho que el Estado español, es decir, el buen compás jurídico, el formalismo oficial, el orden público, en una palabra, no es precisamente a quien nosotros deseamos servir en última instancia» (t. I, 276). Más tarde, en 1922, Ortega revisa su análisis plenamente liberalista del orden público y estima que «la causa de la parálisis política, de la desorganización el Estado que hoy padece España, no es otra cosa que la inexistencia del poder público. El poder público es una función orgánica sin la cual no puede vivir una sociedad nacional. No consiste en una concentración de fuerzas sino en una concentración de autoridad. En España se ha volatilizado el poder público (...) Hay que estabilizar la vida pública, y esto no se consigue más que con un Estado. Un Estado es, ante todo, un poder público respetable, y porque respetable, respetado» (t. XI, 11 y 420). Su estatalismo es ahora tan marcado que irradia también al campo de lo económico y choca con sus anteriores principios netamente liberales, a tal extremo que podríamos concluir, con Elorza, que Ortega «adopta una actitud pre-keynesiana, de intervencionismo y ordenación de la economía desde el Estado» (1984, 205): «yo propongo un régimen que pueda llamarse de la economía organizada, es decir, que en vez de dejar a la total libertad de los individuos el movimiento de la producción, intervenga en ella el Estado mismo, como si la nación fuera una única y gigantesca empresa» (t. XI, 442).

De otra parte, la revalorización del papel del Estado encuentra pleno acomodo doctrinal en los planteamientos políticos hacia los que el filósofo madrileño se había deslizado hacia finales de la década de los 20. «Lo significativo en la posición de Ortega –apunta F. Ariel del Val (1984, 46)– consiste en que partiendo de una posición liberal, en cuanto a la forma política de la legitimación del sistema del poder social, en la que la hegemonía burguesa corresponde, sin ninguna duda a la burguesía industrial (...) su liberalismo se desdibuja, sobre todo a medida que la crisis social española avanza». El aristocratismo social de Ortega, ahora ya desprovisto de su barniz socialista o liberalizante, se transforma en un alegato claramente antidemocrático <sup>26</sup> y antiparla-

<sup>26</sup> En su artículo *Democracia morbosa*, de 1917, podemos leer: «La democracia en el corazón y en la costumbre es el más peligroso morbo que puede padecer una sociedad (...) Nace [la democracia] como noble deseo de salvar a la plebe de su baja condición. Pues bien, el demócrata ha acabado por simpatizar con la plebe, precisamente en cuanto plebe, con sus costumbres, con sus maneras, con su giro intelectual» (t. II, 135-137). El «plebeyismo» que se esconde en las proclamas democráticas es el «mecanismo con que

mentario –«las derechas e izquierdas son garrambainas impropias de la crítica altura en que se encuentra el sino europeo (...) ni libertad, ni Monarquía, ni República pueden hoy definir una política» (t. XI, 272-54)– que explica tanto la inicial aquiescencia al régimen dictatorial de Primo de Rivera <sup>27</sup> como su crítica al sistema republicano y posterior legitimación de la insurrección franquista. Lo que en las postrimerías de la etapa dictatorial prerrepública se hallaba en estado germinal –el artículo *Organización de la decencia nacional*, publicado el 5 de febrero de 1930, es una buena muestra de las nuevas directrices filofascistas <sup>28</sup> de Ortega, según señala G. Morón (1960, 127-128)– se consolidará durante la pronta oposición orteguiana a la República. La normal transmutación de los contenidos propios de la ideología burguesa en categorías centrales del fascismo, asumiendo lo dicho por L. Winckler (1979, 124), se habría dado ejemplarmente en la obra de Ortega (F. Ariel 1984, XXII).

La preeminencia del Estado frente a la nación, cuya función será la de fortalecer la organización del primero, es algo que en esta etapa no deja lugar a la duda <sup>29</sup>. De hecho, este giro radical no pasará desapercibido a sus secuaces en las filas de la reacción, que de inmediato se

---

funciona la política degenerada: Nietzsche le llamó <<ressentiment>> (...) Lo que hoy llamamos opinión pública y democracia no es en gran parte sino la purulenta secreción de estas almas rencorosas» (t. II, 138-139).

<sup>27</sup> El parabién al recentísimo régimen fue una actitud generalizada entre la intelectualidad hispana. Como recuerdan J. TUSELL y G. QUEIPO DE LLANO (1990, 11 y ss.), frente a un Unamuno que pronto mostró su rechazo –su confinamiento en Fuerteventura fue su resultado–, Pérez de Ayala o Azaña, la actitud mayoritaria de los intelectuales que tanto habían denostado el período de la monarquía saguntina fue el de inicial apoyo al régimen. No sólo Maeztu y D'Ors, ya por aquel entonces pertinentemente reciclados, también Azorín y Ortega –«que trató de inspirar la obra política de la dictadura, precisamente porque consideraba que la vuelta al pasado no sería una fórmula apropiada para España» (1990, 11)– prestaron sus armas intelectuales a la incipiente dictadura. El cambio de actitud hacia la dictadura riverista vendría dado no tanto por el desacuerdo con el desarrollo político de la misma –«sobre todo que no se reforme nada», decía Ortega en 1925 (t. XI, 50)– como por la frustración que supuso el que el dictador hiciese caso omiso de las sugerencias del filósofo madrileño. Ortega, así lo afirman los autores precitados, «persistía en prodigar sus consejos a Primo de Rivera sin que éste le prestara la más mínima atención» (1990, 12). Mucho más dudosa es la interpretación paralela que lleva a cabo G. Morón en relación con el distanciamiento de Ortega respecto a la República: «Ortega no quería colaborar más con la República a la que ayudó, por haberse apartado ésta de su tipo ideal, o por el fracaso de su gestión personal en las aspiraciones políticas. Hubo, sin duda, un momento en que pensó ser presidente de la República» (1960, 143). Más que a razones estrictamente personales, parece que el desacuerdo se debió a motivos de desavenencia política de fondo. Ortega, cuya máxima de acción se resumía en «no hay más política que la de la oportunidad», no lo olvidemos, fue republicano sólo por accidente.

<sup>28</sup> Es aquí donde propone «por encima de derechas e izquierdas (...) un enorme partido arrollador (...) vayamos a un gigantesco partido nacional que por lo pronto se proponga sólo nacionalizar definitivamente el Estado español» (t. XI, 272).

<sup>29</sup> El discípulo de Ortega, R. Ledesma Ramos no supo apreciar la verdadera genealogía y virtualidad de la teoría orteguiana del Estado. En una crítica al libro *La redención de las provincias*, en el que reprocha a su maestro el no haber captado el moderno sentido del Estado fascista, dice: «Ortega y Gasset no ha conseguido desprenderse en política del viejo concepto de Estado (...) El Estado no es, pues, un marco externo que se le coloca a un pueblo desde fuera, sino algo que nace de él, se nutre de él y sólo en él tiene



hacen con las nuevas categorías orteguianas. Siguiendo el análisis de A. Elorza, «es como si la plataforma crítica de Ortega frente al régimen [republicano] fuese transferida a la actitud estrictamente reaccionaria, demagógica, que acaba desembocando en la exaltación del pasado de unidad católica en la contrarreforma, como contrapunto de la negatividad de los mundos definidos por el capitalismo liberal y el marxismo. Visión arcaizante, unitarismo a ultranza, antiparlamentarismo y recurso a las esencias nacionales completan un discurso cuyo balance final se sitúa muy lejos del punto de partida en Ortega, definiendo casi punto por punto los rasgos del nacional catolicismo de la siguiente década» (1984, 222).

Después de analizar esta evolución particular del pensamiento de Ortega, parece en extremo desafortunado afirmar de manera genérica la existencia en el pensamiento orteguiano de una actitud «abiertamente contraria al estatismo» (Hierro 1965, 62). En la misma línea generalizadora se sitúa Díez del Corral, siguiendo las consignas de una preocupadísima «Escuela de Madrid» –sus tristes resultados nos permitirían hablar con más propiedad de una «Secuela de Madrid»– desvelada por enturbiar todo lo que no sea pura filosofía en la obra del maestro, cuando habla del «vigoroso ataque de que Ortega hace objeto al Estado (...) a través de diversos escritos, en su filosofía de la razón vital, que constituirán una posición de arranque cada vez más sólida, distinta y crítica para el examen de la realidad estatal» (1956, 51).

Hemos visto cómo la teorización acerca del Estado varía en función de los intereses políticos que en cada momento considere preponderantes, y a partir de 1922 el mantenimiento de la integridad territorial de España, con la consiguiente defensa del valor supremo del Estado, deviene ya no interés preponderante, sino obsesivo. La anatematización del Estado que Hierro hace extensiva indiscriminadamente a toda la producción filosófica del filósofo madrileño –«para Ortega el Estado constituye una amenaza para la sociedad» (1965, 71)– tiene una obligada reconducción, en un principio, a la crítica contra la política de la Restauración, identificada con la institución del Estado. Es cierto que con posterioridad a la década de los veinte, en la que fijaríamos el hito de su «conversión estatalista», Ortega mantiene posturas, simultáneas a sus alegatos proestatales, que podrían hacernos pensar que en realidad su primitiva visión liberal contraria a la presencia del Estado en la formación de la sociedad continúa vigente. Es sobre todo en *La rebelión de las masas* donde los ataques al Estado son más claros y se muestran con más acuidad, favoreciendo la interpretación que tiende a refugiarse en el bálsamo de la paradoja, que sin

---

sentido (...) triunfa hoy en el mundo el nuevo Estado, cuyo precursor más pulcro es Hegel. El Estado es ya eso que hace posible el que un pueblo entre en la Historia y lleve a efecto grandes cosas. Pueblo y Estado son algo indisoluble, fundido, cuyo nombre es un designio gigantesco» (R. LEDESMA 1939, 86-87). Ésta es, rigurosamente, como luego tendremos ocasión de ver con más detenimiento, la posición que Ortega adopta al respecto de la función del Estado en relación con el Pueblo.

embargo, y de nuevo, es tan sólo aparente. Díez del Corral (1956, 57) es consciente de esta contradicción doctrinal y apunta que cuando Ortega aborda una supuesta teoría del Estado «sus capítulos aparecen tratados con frecuencia como si fuesen opúsculos independientes y a veces contradictorios». Ciertamente sí existe independencia, mejor diríamos variabilidad, pero en modo alguno contradicción, al menos en un sentido estricto.

En la citada obra, Ortega se plantea dos objetivos paralelos que requieren el concurso de la opción antiestatal y que no dicen en absoluto relación antitética con la finalidad de unificación territorial que hay tras el discurso que legitima la vía estatalista. Estos dos objetivos son la creación de una Europa unida jurídicamente, para lo cual la consolidación de la categoría de Estado como Estado-nacional se convertiría en un claro estorbo, y el distanciamiento del comunismo y del fascismo, que harían del elemento estatal emblema básico de sus consignas. Los objetivos políticos que sustentan las diferentes concepciones valorativas del Estado que se dan en efecto en Ortega, no son antagónicos; es más, se muestran dialécticamente implicados. La «apuesta por Europa», latiguillo, por cierto, inscrito en el libro de estilo del común de los políticos actuales, supone correlativamente la hipoteca de las estrategias nacionalistas, de tal manera que denostando al Estado se acaba por reforzarlo en última instancia. No hay antagonismo alguno en la simultánea tarea de ataque y defensa al Estado por la sencilla razón de que lo atacado y defendido, si bien responden nominalmente a un mismo término, son de contenido muy diverso. Mientras que en la justificación de la primordial presencia del Estado éste se concibe como respeto a un *quid divinum* forjado en las naciones y materializado en una determinada realidad territorial plasmada en la historia, en las invectivas que dirige al Estado no entra en juego jamás la dimensión territorial de la nación.

La «integración europea» de la que habla Ortega (1985, 17) no supone remoción de las fronteras para la creación de un Estado superior común. Ortega distingue, y a ello dedica especial empeño, entre conciencia cultural europea y unidad de Europa<sup>30</sup> y especifica que «ha existido siempre una conciencia cultural europea y sin embargo no ha existido nunca una unidad de Europa (...) Europa como cultura no es lo mismo que Europa como Estado» (Ortega 1985, 23). Consciente de que «la unidad de Europa, en el sentido que hoy tiene esa expresión (...) se refiere a formas estatales» no puede admitir que en el pasado hubiera tenido lugar tal unidad. Sin embargo, adaptando en este punto su teoría de los usos<sup>31</sup>, Ortega lanza la siguiente hipótesis, que servirá

<sup>30</sup> «Pero, repito, importa mucho que no confundamos la cuestión de la unidad europea con la pregunta por el estado actual de la conciencia europea» (ORTEGA 1985, 25).

<sup>31</sup> «El carácter general de uso consiste en ser una norma de comportamiento que se impone a los individuos, quieran éstos o no. El individuo podrá a su cuenta y riesgo, resistir al uso; pero precisamente este esfuerzo de resistencia demuestra mejor que nada la realidad coactiva del uso, lo que llamaremos su vigencia» (t. IV, 297). Como posterior especificación, Ortega distingue la categoría de «usos fuertes», entre los que se contaría de modo paradigmático el Derecho, caracterizados por constituir formas de com-

para explicar lo que entienda, en relación con la construcción europea, como Estado: «1. Los pueblos europeos han convivido siempre. 2. Toda convivencia continuada engendra automáticamente una sociedad, y sociedad significa un sistema de usos que es válido, o lo que es igual, que ejerce su mecánica presión sobre los individuos que conviven. 3. Si lo anterior es cierto, han tenido que existir siempre usos generales europeos, tanto intelectuales como morales; tiene que haber habido una opinión pública europea. Ahora bien, la opinión pública crea siempre, indefectiblemente, un poder público que da a aquella opinión carácter impositivo» (Ortega 1985, 23). Es decir, y dado que para Ortega «decir “poder público” es como decir Estado» (1985, 23), la conciencia cultural europea, por medio de los usos que originan la aparición de un poder público, habría posibilitado la creación de un sistema similar, por cuanto coercitivo, al de un Estado.

La unidad europea existía a pesar de que jurídicamente no hubiese un Estado desde el punto de vista técnico: «había, pues, un poder público europeo y había un Estado europeo. Sólo que este Estado no había tomado la figura precisa que los juristas llaman Estado, pero que los historiadores, más interesados en las realidades que en los formalismos jurídicos, no deben dudar en llamarlo así» (1985, 24-25). El Estado europeo al que aspira Ortega, y que según él estima se dio en el pasado, cuando del influjo de la conciencia cultural surgió el poder público —el Estado—, no precisa una estricta unión jurídica<sup>32</sup> ni por supuesto una modificación de las fronteras<sup>33</sup>. De hecho, cuando Ortega habla de la «superior unificación de las naciones europeas» en la «gran mansión común», deja bien clara su postura respecto del papel que jugaría la actual disposición nacional del territorio y advierte: «Claro que esto supone estar de acuerdo sobre un principio básico. Sobre éste: que los pueblos, que las naciones existen. Ahora bien: el viejo y barato «inter-

---

portamiento tan ejemplares —añadiendo así un plus de ejemplaridad al uso en general, que de por sí lleva ínsita tal nota— que su práctica es inexcusable para la supervivencia de la sociedad y por ello su incumplimiento pone en marcha la coacción extrema, rápida y violenta (t. IV, 299).

<sup>32</sup> Conviene insistir en que nos referimos a un tipo de juridicidad formalista, propia de la precisión de los juristas técnicos, que implicaría una centralización comunitaria de los núcleos de imputación de poder. Por el contrario, cuando Ortega afirma que «la unidad de Europa (...) es una cuestión política y de formas jurídicas, de acuerdos precisos» (1985, 25) considera factible esa unidad jurídica con el logro de un poder público, ciertamente indeterminado, que devendría de una no menos indeterminada coercibilidad de los usos generales europeos; es decir, cuando esos usos se conviertan en «usos fuertes» —respaldados por la coacción— estaríamos en presencia de una unidad jurídica europea. El poder público en que se fundamenta el Estado no necesita para existir y ser ejercido eficazmente de órganos especializados a su servicio, sino que, al igual que acontecía en las sociedades primitivas, puede ser ejercido por los individuos en general, ya que no es otra cosa sino emanación de la opinión pública (HIERRO 1965, 62).

<sup>33</sup> Por si su postura no estuviera lo suficientemente matizada y fuera malinterpretada en un sentido próximo al de la defensa de un macro-estado que supusiera la pérdida de la Soberanía —«atributo principal del Estado»— aclara: «Por tanto, los pudores que hoy algunos pueblos sienten o fingen sentir ante todo proyecto que limite su soberanía no están justificados y se originan en lo poco claras que están en las cabezas las ideas sobre la realidad histórica» (1985, 25).

nacionalismo», que ha engendrado las presentes angustias, pensaba, en el fondo, lo contrario. Ninguna de sus doctrinas y actuaciones es comprensible si no se descubre en su raíz el desconocimiento de lo que es una nación y de que eso que son las naciones constituye una formidable realidad situada en el mundo y con la que hay que contar. Era un curioso internacionalismo aquel que en sus cuentas olvidaba siempre el detalle de que hay naciones <sup>34</sup>» (1985, 116). El concierto europeo se había de construir con los pilares inalienables de los Estados nacionales <sup>35</sup>. Ya en *La rebelión de las masas*, su obra más genuinamente europeísta, mostraba Ortega —«Decano de la idea de Europa», como gustaba llamarse— una especial prevención hacia el europeísmo indiscriminado que desembocaba en el olvido de la especificidad nacional para construir *ex nihilo* la unidad europea. A juicio de Ortega, la construcción de Europa no debía significar jamás una exclusión de los caracteres definitorios —límites territoriales incluidos— de las naciones-Estado que la habían de constituir. De esta forma, el verdadero europeísmo «se nutre no de la exclusión de las diferencias nacionales, sino, al revés, del entusiasmo hacia ellas» (1968, 268).

Es muy significativo que Ortega, a la hora de perfilar su postura, no hable de una integración europea por medio de la formación de un supra-estado, sino de una «supra-nación» (1985, 17) o una «realidad ultracional» (1985, 100) que origine no más que el indispensable «fondo común europeo» (119) preceptivo para la institucionalización de los usos. Es más, cuando Ortega habla de la construcción ideal de Europa adopta como modelo la concepción europeísta de Niehbur, que estimaba la oportunidad de «una colectividad de Estados europeos, aunque no [estuvieran] dirigidos por ninguna efectiva federación y en la que cada Estado tenga el deber de intervenir en lo que a Europa importa» (1985, 100). Sin duda la unión europea exige la existencia de un Derecho común, pero éste, en las coordenadas de la teoría orteguiana, no precisa en absoluto del aparato estatal. El Derecho y el Estado no llegarán jamás a confundirse <sup>36</sup>. La falta de Estado no cons-

<sup>34</sup> Este texto, perteneciente a *De Europa meditatio quaedam*, repite literalmente un pasaje del *Epílogo para ingleses* de *La rebelión de las masas* (1968, 304). La idea de que el europeísmo ha de contar siempre con la realidad nacional, sin traspasarla, subsiste en concepciones político-territoriales tan disímiles, luego tendremos ocasión de examinarlo, como las que ofrecen las dos obras precitadas.

<sup>35</sup> A mayor abundamiento, Ortega cita con admiración la formulación de Meinecke en relación con su construcción del espacio europeo, que estaba basada fundamentalmente en la preeminencia de «la nación alemana como la más pura noción del espíritu y la cultura» y en la creación de una «liga universal de Estados europeos». Estas posturas, añade Ortega, «son nacionalistas porque son cosmopolitas y universales» (1985, 119). Europeísmo y nacionalismo de Estado se dan la mano en este proyecto de unificación europea. Ya en 1912 podía decir Ortega: «todas las gentes de Europa van hacia una internacional bienaventuranza; pero cada cual ha de echar a andar sobre el pie y desde el sitio en que le coja. Lo internacional no excluye lo nacional, lo incluye» (t. X, 206).

<sup>36</sup> Siguiendo en este punto a Hierro, conviene recordar que la especialización de los órganos generados por los usos sociales «pertenece a un momento posterior en que la vida social de la colectividad ha alcanzado un grado de complejidad tal que necesita dedicar parte de sus fuerzas a la creación y mantenimiento de un aparato que haga funcionar

tituye obstáculo para la existencia del Derecho –«el Derecho existe sin el Estado y su actividad estatutaria», dirá Ortega (1968, 24)–, de tal forma que la integración de Estados no atenta en absoluto al capital problema de la soberanía ni afecta a los límites del Estado nacional, «no se trata de laminar las naciones, sino de integrarlas (...) El descarrío metódico que representa el internacionalismo impidió ver que sólo al través de una etapa de nacionalismos exacerbados se puede llegar a la unidad concreta y llena de Europa» (Ortega 1968, 305). Como acertadamente apunta Hierro, el Estado europeo «es muy distinto del de las naciones, primitivo si se quiere en comparación con ellas desde el punto de vista de su organización y eficacia particular, pero no menos real» (1965, 129). La concepción idealista del derecho que Ortega sustenta <sup>37</sup>, posibilita que se pueda hablar de «Estado europeo» y de «Derecho europeo» sin renunciar por ello a la independencia y soberanía de los distintos Estados-nación. De esta forma, las relaciones entre una Europa unida y los diversos Estados nacionales –mejor diríamos entre una sociedad europea y las sociedades nacionales– no entrarían jamás en conflicto, dada la diferente condensación que caracteriza a ambas categorías: «La sociedad europea no es, pues, una sociedad cuyos miembros sean las naciones. Como en toda auténtica sociedad, sus miembros son hombres, individuos humanos, a saber, los europeos, que *además de ser europeos son ingleses, alemanes, españoles*» (1968, 286).

Así las cosas, no parece desacertado afirmar que la significación del término «Estado» se desdobra según sea utilizado como realidad jurídica que garantiza la integridad del territorio de una nación ya constituida –en cuyo caso se defiende– o como símbolo de «las puras manías acumuladas por el azar», de «folklóricos prototipos de lo casero» que impiden la génesis de una conciencia cultural europea –y en este caso se combate–. Cuando Ortega afirma: «Éste es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estratificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social por el Estado; es decir, la anulación de la espontaneidad histórica que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destinos humanos» (1968, 183), debemos interpretar tal diatriba en este sentido de protección al incipiente europeísmo en el que la retórica estatalista «produciría el cierre de las vías circulatorias por donde discurre la savia de la vida histórica y social <sup>38</sup>» (Díez del Corral 1956, 49). Pero, insistamos en ello, la con-

---

al Poder Público, esto es, al Estado. Las posibilidades de eficacia que el Estado añade al derecho, la perfección con que le permite cumplir su función, no implica que éste no exista sin el primero» (1965, 80).

<sup>37</sup> Cuando Ortega habla del Derecho como sistema de usos fuertes aclara el verdadero sentido idealista de su concepción: «No importa que no haya legislador, no importa que no haya jueces. Si aquellas ideas –dice, refiriéndose a los usos– señorean de verdad las almas, actuarán inevitablemente como instancias para la conducta a las que se puede recurrir. Y ésta es la verdadera sustancia del Derecho» (1968, 276).

<sup>38</sup> Es de notar que el razonamiento de Ortega en apoyo de la creación de la unidad europea es el mismo que el seguido por Nietzsche en su crítica a lo estatal en el *Ecce Homo*: «Cuando una nación avanza y crece, por fuerza tiene que romper el cinturón que

cepción segunda de lo que es el Estado, la concepción *ad extra*, redundante en un apoyo implícito de aquella otra que estaba forjada en la fragua del antinacionalismo periférico. Una sólida imagen de Europa (y decimos bien: imagen, pues no necesita transustanciarse en realidad jurídica, sino en idea objetivada por los usos) constituida por las ya establecidas naciones-estado, representa el más firme aliado para hacer frente a cualquier pretensión que intente cuestionar la validez misma de la legitimación histórico-territorial del Estado <sup>39</sup>. Por otra parte, el discurso «antiestatalista» del europeísmo infiltra una nada despreciable dosis de anticuerpos a sus tesis de refutación del nacionalismo desintegrador, que de esta manera ve cercenada la posibilidad de crítica a una argumentación que reconoce, al menos formalmente, la aguda autocensura a la que ella misma somete el concepto de Estado, que es punto nodal en las reivindicaciones de aquel tipo de nacionalismo <sup>40</sup>. Difícil es reprender al que se adelanta con fingida contrición.

En contra de nuestra tesis, que no ve en la obra de Ortega cambio en la consideración del papel que corresponde al Estado, sino aplicación en un mismo concepto de diversos contenidos perfectamente identificables y de correlato compatible –a tal punto que su discurso admite que la defensa del Estado y su simultánea invectiva sean coadyuvantes entre sí–, las «contradicciones» de Ortega en orden a su distinto parecer respecto al valor de lo estatal vendrían explicadas, según Díez del Corral (1956, 63), por una consciente cuestión de estilo que favorecería la aparición de unas «páginas varias, vivas, tornasoladas»; la cuestión del Estado estaría tratada de «manera sesgada, marginal, irrespetuosa, moviéndose como pequeños pájaros entre una fresca floresta». Aún reconociendo que su peculiar modo de escribir ha influido en la inteligencia de muchos de sus escritos –de tal manera que lo dicho por Ortega en referencia a E. Renan bien pudiera aplicársele a él mismo: «acaso dañó un poco la literatura a la integridad de su conciencia científica» (t. I, 89)–, no es probable que el estilo literario, del cual el propio L. Díez del Corral sí parece ser deudor a través del infla-

---

hasta entonces le dio prestancia nacional. Si permanece estacionaria o empieza a decaer, un nuevo cinturón apretará su alma; y al endurecerse cada vez más, el caparazón irá formando una cárcel, por así decirlo, cuyos muros serán cada vez más altos».

<sup>39</sup> Hecho éste que no escapa a la visión práctica de los actuales príncipes de la política. Estadista tan afamado como F. González ha llegado a afirmar, en un discurso leído con motivo de la concesión en Aquisgrán del premio Carlomagno, que «la unión europea nos asegurará un futuro estable frente al riesgo siempre latente del nacionalismo desintegrador» (*El País*, 21 de mayo de 1993, 1). En este sentido, y siguiendo lo que M. Watson llama «política entrópica» en la superación del nacionalismo particularista (1990, 211), Europa propicia la virtualidad del segundo principio de la termodinámica: en el caos alcanza estabilidad el desorden. Las reivindicaciones cifradas en el diferencialismo se disuelven en la unidad heterogénea.

<sup>40</sup> Valga como muestra de esta estrategia el elogio que J. Pradera dedica al ingreso de España en la CEE: «La integración de España en Europa en 1986 ha restado dramatismo a las emociones independentistas catalanas y vascas al remitir sus reivindicaciones a las perspectivas de una futura Europa de las regiones donde los Estados perderían su razón de ser» (1993, 26).

mado manierismo con que adorna su teoría, sea explicación suficiente para esas extrañas fluctuaciones de Ortega <sup>41</sup>. Lo ratifica el hecho de observar cómo despreciaba Ortega la liviandad en los escritos que precisaban de hondura. Así, en polémica con Maeztu, le reprocha su preferencia por la vaguedad ante la precisión (P. Cerezo Galán 1994, 16), al tiempo que le advierte de los peligros del «método literario»: «Anda en juego nada menos que la cultura, en lo que ésta tiene de más esencial. Cultura es el mundo preciso (...) O se hace literatura, o se hace precisión, o se calla uno» (t. I, 112-113).

No hay florilegio en el tratamiento de asunto tan severo como el del Estado. En el fondo, en esta oscilación doctrinal pendula un badajo mucho más prosaico.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIEL DEL VAL, F. (1984), *Historia e ilegitimidad. La quiebra del Estado liberal en Ortega*. Madrid, Editorial de la Universidad Complutense.
- BLAS GUERRERO, A. de (1989), «Sobre el nacionalismo español». Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos y Debates*, núm. 15.
- BIZCARRONDO, M. (1992), «Enanos y gigantes: el socialismo español. 1835-1936». En: F. VALLESPÍN (ed.), *Historia de la Teoría Política*. Madrid, Alianza Editorial. T. IV, 1992.
- CARR, R. (1983), *España: de la Restauración a la democracia, 1875-1980*. Barcelona, Ariel.
- DÍEZ DEL CORRAL, L. (1956), «Ortega ante el Estado». En L. DÍEZ DEL CORRAL (1956).
- ELORZA, A. (1984), *La razón y la sombra. Una lectura política de Ortega y Gasset*. Barcelona, Anagrama.
- FONCK, B. (1994), «Tres textos olvidados de Ortega sobre el intelectual y la Política». En: *Revista de Occidente*, núm. 156.
- FUENTES, J. F. y MÁRQUEZ, M. (1994), «Cartas inéditas de Araquistáin a Ortega». En: *Revista de Occidente*, núm. 156.
- GARCÍA PELAYO, M. (1977), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad.
- HIERRO PESCADOR, J. (1965), *El Derecho en Ortega*. Madrid, Revista de Occidente.
- IRIARTE, J. (1942), *Ortega y Gasset. Su persona y su doctrina*. Madrid.
- LEDESMA RAMOS, R. (1939): «Sobre un libro político de Ortega y Gasset». En: J. APARICIO (1939).
- LÓPEZ FRÍAS, F. (1985), *Ética y política. En torno al pensamiento de J. Ortega y Gasset*. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias.

<sup>41</sup> No obstante, es de agradecer que al menos se haya ensayado una explicación que intente dar razón de la «paradoja del Estado» en Ortega, pues hay quien elude el problema concluyendo que «el ansia de claridad de Ortega no alcanza el éxito al enfrentarse a problema tan arduo» (BLAS GUERRERO 1989, 67). Si el conocido brocárdico *in claris non fit interpretatio* conserva su validez tras siglos de variados glosadores, se debe en gran parte a su obligada lectura *sensu contrario*; es decir, en ausencia de una intención clara se precisa la interpretación obligadamente.

- MADARIAGA S. de (1978), *España, ensayo de Historia contemporánea*. Madrid, Espasa Calpe.
- MARÍAS, J. (1982), *Cinco años de España*. Madrid, Espasa Calpe.
- (1983): ORTEGA. *Las trayectorias*. Madrid, Alianza Universidad.
- MARICHAL, J. (1994), «Azaña y Ortega: el designio de una República». En: *Revista de Occidente*, núm. 156.
- MORÓN, G. (1960), *Historia política de José Ortega y Gasset*. México, Oasis.
- ORTEGA Y GASSET, J., *Obras Completas (XI Tomos)*: I y II, 1966; III, 1966; IV, V, VI, 1955; VII, 1969; VIII, 1970; IX, 1971; X, XI, 1969. Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente.
- (1968), *La rebelión de las masas*. Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente.
- (1983), *España invertebrada*. Madrid, Revista de Occidente en Alianza Editorial.
- (1985), *Europa y la idea de nación*. Madrid, Revista de Occidente en Alianza Editorial.
- PALLOTINI, M. (1994), «Ideas sobre Ortega y Gasset y el ocaso del marxismo». En: *El Basilisco*, segunda época, núm. 16.
- PAREJO ALFONSO, L. (1977): «La región y la legislación histórica del régimen local». En: VV AA, *Las autonomías regionales*.
- PRADERA, J. (1993), «La liebre y la tortuga. Política y Administración en el Estado de las Autonomías». En *Claves de Razón Práctica*, núm. 38.
- RIPALDA, J. M. (1978), *La nación dividida*. Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- SETTANI, H (1992), *Five philosophers: How their lives influenced their thought*. Lanham, University Press of America.
- SOLÉ TURA, J. (1986), *Introducción a Pi i Maragall, Las nacionalidades*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- SUBIRATS, E. (1993), *Después de la lluvia. Sobre la ambigua modernidad española*. Madrid, Temas de hoy.
- TÉMIME, E. et al. (1982), *Historia de la España contemporánea, desde 1809 hasta nuestros días*. Barcelona, Ariel.
- TUÑÓN DE LARA, M. (1981), *Estudios sobre el siglo XIX español*. Madrid, Siglo Veintiuno.
- TUSELL, J. y QUEIPO DE LLANO, G. (1990), *Los intelectuales y la República*. Madrid, Editorial Nerea.
- WATSON, M. (1990), *Conclusions: the 1970s, 1980s and beyond*. En: M. WATSON (ed.) *Contemporary Minority Nationalism*. London, Routledge, 1990.
- WINCKLER, L. (1979), *La función social del lenguaje fascista*. Barcelona Ariel.





# El pluralismo jurídico en Carbonnier

Por NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE

Universidad de León

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. «*El derecho es complejo*»: 1. La noción de sistema jurídico para Carbonnier. 2. El sistema jurídico como unidad de espacio y de tiempo.— III. El «estallido» del sistema jurídico: 1. La hipótesis del pluralismo jurídico: A) Diversidad de fenómenos. B) La adecuada fórmula del pluralismo jurídico para Carbonnier. 2. Lo infra-jurídico: A) El derecho folclórico. B) El derecho infantil. C) El derecho vulgar.—IV. *Los encuentros entre sistemas jurídicos*: 1. Las interacciones entre sistemas jurídicos. 2. La aculturación jurídica.— V. *Conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Jean Carbonnier, en su faceta de sociólogo del derecho, opta, sin afirmarlo expresamente <sup>1</sup>, por una concepción amplia de la sociología jurídica, opción que le lleva necesariamente a tomar en consideración el llamado *Lebensrecht* que los partidarios de la concepción restrictiva sólo consideran con desconfianza. Esta actitud de gran apertura corresponde a una hipótesis inicial fundamental, la opción resuelta por el pluralismo jurídico: pero ¿qué es, para él, el pluralismo jurídico? y ¿cuáles son sus implicaciones?

---

<sup>1</sup> Cfr. ARNAUD, A. J., *Critique de la raison juridique- Où va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981, 466 pp., pp. 211-212.

## II. «EL DERECHO ES COMPLEJO»<sup>2</sup>

Carbonnier –como jurista que es– no desconoce el hecho de que, por su complejidad<sup>3</sup>, el derecho desafía el deseo de unidad del derecho dogmático; afirma que si bien los juristas reconocen la existencia de esta característica del derecho positivo, no ven en ella una fatalidad, sino una enfermedad de nuestra época y cultivan el ideal de una vuelta a la «sencillez». Los sociólogos, por el contrario, tendrían la virtud de constatar, sin formular juicios de valor, lo que no sería más que «una diversidad un poco atormentada en esto»<sup>4</sup>.

El derecho, tal y como lo estudia la teoría dogmática –«a pesar de las decepciones que le inflige»<sup>5</sup>– se presentaría como una entidad coherente y monolítica que la sociología acostumbraría a pulverizar «en una infinidad de átomos»<sup>6</sup>, de combinaciones aleatorias. Siendo el átomo, para el autor estudiado, el fenómeno jurídico como variedad de fenómeno social. La palabra fenómeno recuerda que la investigación, desde un punto de vista socio-jurídico, se sitúa en el terreno de las apariencias, sin pretender alcanzar la realidad ontológica del derecho<sup>7</sup>. A pesar de ello, estima que, en nuestro tiempo, han surgido nuevas tendencias en las que se puede percibir una cierta nostalgia por la teoría del derecho. Sin abandonar los fenómenos, los sociólogos habrían vuelto a descubrir un interés por reagruparlos para formar conjuntos. Así es como la noción de sistema jurídico se habría implantado cada vez más en el corazón de la sociología. Para Carbonnier, no sería un error considerar que «el todo» tiene un significado sociológico distinto del de las partes; sin embargo, en su opinión, habría riesgo de «antisociología», si el «gran Todo», amparándose en la filosofía, acabara por erigirse en una entidad autónoma, una «hipóstasis invisible».

Los sociólogos, Durkheim en cabeza, hablaban indistintamente de hechos sociales y de fenómenos sociales. Pero Carbonnier tiene la virtud de advertir –sin duda fruto de su voluntad de que los juristas no den

<sup>2</sup> Con este revelador título comienza Jean Carbonnier el capítulo segundo de la tercera parte de la última edición de su *Sociologie juridique*, también muy significativa por su título: CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, 1.<sup>a</sup> ed. Quadrige/PUF, 1994, 415 pp., pp. 331 ss.

<sup>3</sup> En efecto, para él, el derecho «es demasiado humano para pretender al absoluto de la línea recta. Sinuoso, caprichoso, incierto, [...] durmiendo y eclipsándose, cambiando pero por casualidad, y a menudo rechazando el cambio esperado, tan imprevisible [...] ¡Flexible derecho! Para quererlo hay que empezar por desnudarlo. Su rigor, sólo lo tenía por afectación o por impostura»: CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une Sociologie du Droit sans rigueur*, Paris, LGDJ-EJA, 8.<sup>a</sup> ed., 1995, 441 pp., p. 6.

<sup>4</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 331 ss.

<sup>5</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 331.

<sup>6</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 331.

<sup>7</sup> Cfr. ARNAUD, A. J., *Critique de la raison juridique...*, cit., p. 24.

la espalda a este modo de abordar el derecho que es la sociología jurídica<sup>8</sup>— que la expresión «hecho jurídico» debe ser evitada,<sup>9</sup> A pesar de sus esfuerzos, este jurista y sociólogo del derecho cree que los juristas se vieron algo «sorprendidos» porque partía de una sociología que veía el derecho como un fenómeno<sup>10-11</sup>.

### 1. La noción de sistema jurídico para Carbonnier

Es ésta una noción que Carbonnier considera necesario desarrollar en mayor medida en la última edición de su *Sociologie juridique*<sup>12</sup>, una noción que ya estaba presente en él, más que en otros, pero que habría que completar<sup>13</sup>.

Utiliza un concepto de sistema jurídico en cierta medida semejante al del derecho comparado, aunque precisa que la extensión de éste no es la misma en las dos disciplinas. Para él, es el derecho de una sociedad global<sup>14</sup>. Insiste en que se tenga en cuenta la importante idea que, según él, subyace bajo esta noción: saber que un derecho es un conjunto, que los elementos que lo componen<sup>15</sup> lejos de estar agrupados de manera fortuita, están ligados entre sí por relaciones necesarias. Considera que mucho antes de que el estructuralismo<sup>16</sup> hubiese extendido sus tesis, los comparatistas habían insistido en la coherencia interna de todo sistema jurídico, en la interdependencia que solidifica sus partes, en la rigidez, incluso la inmovilidad que de ello resulta; aunque reconoce que, en realidad, tenían a la vista estructuras lógicas más que sociológicas.<sup>17-18</sup> Evidentemente, considera que la sociología del derecho no debe retomar el concepto de sistema jurídico bajo este aspecto principalmente formal; para describir la fisonomía propia de cada sistema, debe atender ante todo a su fondo sociológico. Pero, sí cree Carbonnier que debe conservar, de la misma manera que lo hace el derecho comparado, una hipótesis que no estaría exenta de importan-

<sup>8</sup> Cfr. ARNAUD, A. J., ANDRINI, S., *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline. Entretiens et pièces*, Paris, LGDJ-EJA, 1995, 210 pp. (Colección Droit et Société, 12), p. 67.

<sup>9</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 332.

<sup>10</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 13 ss.

<sup>11</sup> Cfr. ARNAUD, A. J., ANDRINI, S., *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit...*, cit., p. 45.

<sup>12</sup> CARBONNIER, J., *op. cit.*, nota 2.

<sup>13</sup> ARNAUD, A. J., ANDRINI, S., *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit...*, cit., p. 57.

<sup>14</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 346.

<sup>15</sup> Piensa sobre todo en las reglas y en las instituciones.

<sup>16</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 136-138.

<sup>17</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 347.

<sup>18</sup> CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Mayenne, Forum-Flammarion, 1997, 276 pp., p. 16.

tes consecuencias: que, forma o fondo, la totalidad de un derecho tiene una existencia distinta de la de sus partes constitutivas –distinta y más duradera–.

El Decano piensa que si la teoría del sistema jurídico se hubiese limitado a la afirmación de una unidad interna del conjunto considerado, muchos no se habrían fijado en ella: no hubiera sido más que la representación gráfica de una exigencia de coherencia generalmente enseñada en derecho dogmático (incluso si esta exigencia maltrata a menudo, en su opinión, la diversidad de los estratos históricos que el azar ha podido reunir en una legislación). Pero algunos teóricos, como Niklas Luhmann, a esta afirmación *ad intra*, han añadido otra *ad extra*: la autonomía absoluta del sistema jurídico<sup>19</sup> (de hecho, quizás simple subsistema en el seno del sistema social). Decretan la clausura del sistema sobre sí mismo: impermeable a toda acción exterior, estaría abocado a no poder más que auto-reproducirse. «Este endurecimiento de la tesis atrajo las críticas. Se le reprocha: su antropomorfismo (el eterno Leviatán); su antihumanismo (el individuo ya no tiene nada que hacer dentro de la máquina, que parece funcionar sola); sus consecuencias para la propia sociología del derecho (ésta tenía por misión estudiar las relaciones del derecho con la sociedad; ¿no pierde así su razón de ser si la posibilidad misma de estas relaciones es negada?)»<sup>20</sup>.

## 2. El sistema jurídico como unidad de espacio y de tiempo

Carbonnier cree que se imprime más fuerza a la idea de sistema jurídico relacionándola con datos observables tales como el espacio y el tiempo. Es la unidad de espacio y de tiempo la que haría el sistema.

En cuanto al espacio, piensa que se puede hablar de espacio jurídico de la misma manera que se habla de espacio social, aunque no desde un punto de vista estrictamente material. No duda de que el espacio jurídico tenga como soporte natural un territorio, una porción de «tierra» que está delimitada y marcada por una afectación. Lo que es natural no sería, sin embargo, siempre necesario<sup>21</sup> y el espacio jurídico sería, en realidad, una construcción psicológica: estaría constituido por una red de relaciones de derecho. Más que el territorio, serían los hombres los que serían necesarios para la formación de un espacio jurídico: no, ciertamente, individuos aislados, sino hombres reunidos, agrupados.

<sup>19</sup> Cfr. LUHMANN, N., «L'unité du système juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, 1986, pp. 163-188; GARCÍA AMADO, J. A., «Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann», *Droit et Société*, 11-12, 1989, pp. 15-52; ARNAUD, A. J. y GUIBENTIF, P., *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 251 pp. (Colección Droit et Société, 5).

<sup>20</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 348.

<sup>21</sup> En efecto, en su opinión, una tribu de gitanos, absolutamente nómada, constituye un espacio jurídico sin soporte territorial, mientras que otras formas de nomadismo (mongoles, beduinos) incluyen una cierta noción de territorio en tanto que áreas de recorrido.

La agrupación sociológica por excelencia, sería la sociedad global. El sistema jurídico tendría, en principio, como campo espacial, el conjunto de la sociedad: más allá se extenderían otros sistemas jurídicos.<sup>22</sup> El Decano mantiene que entre el individuo y la sociedad global se interponen, concurriendo a componer el espacio social, lo que la sociología llama<sup>23</sup> grupos o agrupaciones particulares<sup>24</sup>. Los juristas, normalmente, hacen coincidir el espacio jurídico con la sociedad global, en términos modernos con el Estado; niegan, en consecuencia, que pueda existir generación espontánea del derecho en las agrupaciones particulares. Por lo contrario, los sociólogos del derecho tienden a admitir que las agrupaciones particulares tienen, en sí, un poder de creación jurídica; más generalmente, segmentan y diversifican el espacio jurídico: tal es el sentido que hay que atribuir, según Carbonnier, a la conocida hipótesis del pluralismo –más precisamente, del pluralismo jurídico–<sup>25</sup>.

En cuanto a las relaciones entre el derecho y el espacio<sup>26</sup>, este autor piensa que pueden ser abordadas tanto desde un punto de vista positivo como desde un punto de vista negativo: así, cree que los fenómenos de derecho, tal y como los determina el sistema jurídico de un país dado, se producen necesariamente en un espacio definido; pero entiende que pueden existir, dentro de este espacio, porciones que estén vacías de derecho<sup>27</sup>. Y que si el espacio es una dimensión del derecho, el derecho puede, a su vez, ser una dimensión del espacio; cita, en este punto, el ejemplo del papel de la propiedad inmobiliaria y de instituciones satélite, como el deslinde y amojonamiento o el catastro<sup>28</sup>.

Por otra parte, el sistema jurídico ocupa un lapso de tiempo. Dura, incluso si en su interior sufre transformaciones mientras que los subsistemas<sup>29</sup> que podrían existir en el seno del sistema jurídico recortarían, en el tiempo, paneles particulares de la vida social.

<sup>22</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 349.

<sup>23</sup> Lo que la ciencia política clásica llamaba, al menos en algunos casos, los cuerpos intermedios.

<sup>24</sup> Carbonnier las describe como agrupaciones de formas y de volúmenes muy distintos, que van desde la pareja hasta el clan, desde el municipio hasta la región, que comprenden tanto las clases sociales como las clases de edad, tanto las corporaciones como las asociaciones, etc. La sociología general se suele ocupar de ellos: propone sus tipologías; de manera más penetrante, se esfuerza por descubrir las leyes psicológicas que rigen su vida interna. El interés de la sociología del derecho por este tipo de agrupaciones respondería a la voluntad de saber si un grupo particular, que forma un espacio social, forma también un espacio jurídico, o si esto es una prerrogativa reservada a la sociedad global.

<sup>25</sup> Cfr. CARBONNIER, J., «Les phénomènes d'internormativité», *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, pp. 42-44, acerca del pluralismo normativo, distinto del pluralismo jurídico.

<sup>26</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 353.

<sup>27</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 26-81, y «L'État dans une vision civiliste», *Droits*, 15, 1, 1992, pp. 33-37.

<sup>28</sup> Sin embargo, reprocha a los sociólogos el que omitan a menudo, en su investigación, la dimensión jurídica.

<sup>29</sup> Carbonnier menciona como ejemplo el del sistema monetario francés y sus francos sucesivos.

Si la dogmática y la sociología del derecho tienen en común su objeto <sup>30</sup>, el derecho, la primera se ocuparía de un objeto parado, petrificado en el instante de la positividad, mientras que la segunda consideraría un objeto *in transitu*, llevado por el flujo de la evolución o del cambio. Dos circunstancias, según Carbonnier, habrían impedido, durante mucho tiempo, que los juristas admitieran estos conceptos: en primer lugar, la prodigiosa supervivencia del derecho romano en las sociedades occidentales, supervivencia que «parecía provenir de la propia eternidad» <sup>31</sup>; en segundo lugar, la fuerza de las doctrinas del derecho natural, con todo su poder persuasivo para situar al derecho fuera del tiempo, poder persuasivo que, según él, parecen haber tomado prestado de la religión o de la metafísica.

Para los sociólogos del derecho, por el contrario, el evolucionismo <sup>32</sup> habría sido, desde el principio, una filosofía latente y quizás más un postulado que una verdad demostrada. Habría sido también una manera de distanciarse del derecho dogmático. El Decano no olvida que, durante un tiempo, el estructuralismo pareció contradecir al evolucionismo <sup>33</sup>. En todo caso, el postulado del evolucionismo habría sido, en su opinión, un postulado muy necesario, aunque no fuese más que por imperativos metodológicos, puesto que el empleo del método comparativo en el tiempo está condicionado por la movilidad supuesta del derecho <sup>34</sup>. Recuerda que el evolucionismo, de todos modos, se corrigió, pasando de ser categórico y unilineal a ser flexible y multilineal suponiéndole al derecho una tendencia general antes que una progresión continua. A pesar de lo cual no habría superado la subjetividad etnocéntrica que le sostiene: en efecto, descansaría en un juicio de valor, que lo moderno es *a priori* superior a lo primitivo. Aunque Carbonnier sostiene que a la mitología del progreso, no conviene oponer la del declive que en ciertas épocas habría obsesionado a numerosos dogmáticos <sup>35</sup>.

Sin embargo, una vez aceptada la idea de que el sistema jurídico es un campo sujeto a transformaciones, se plantea cuál es el sentido de este devenir. Si muchos abogan por un progreso lineal del derecho (más seguridad, más justicia, más verdad, etc.), representación optimista que hoy se encontraría en el arsenal propagandístico de todos los servicios legislativos, este autor, al igual que otros sociólogos, sin negar el movimiento, piensa que no es un movimiento sin vueltas atrás, sin «ricorsi» en el sentido de Vico. La evolución del derecho, para el autor estudiado, se cumpliría por ciclos, aunque se pregunta si es realmente necesario encontrar un sentido a la evolución del derecho. En el fondo, piensa que es muy posible que desde un punto de vista humano, este

<sup>30</sup> Cfr. CARBONNIER, J., «La sociologie juridique en quête de ses frontières», *Sociologia del Diritto*, I, 1974, pp. 15-18.

<sup>31</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 350.

<sup>32</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 10-16.

<sup>33</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 354.

<sup>34</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 351.

<sup>35</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 355.

devenir no lleve a ninguna parte <sup>36</sup> y que quizás lo importante sea poder encontrar respuestas a la pregunta de cómo va a reaccionar el derecho frente a las demandas de una sociedad en profunda mutación, y sobre todo, en mutación acelerada según un ritmo sin precedentes.

### III. EL «ESTALLIDO» DEL SISTEMA JURÍDICO

Carbonnier considera que la sociología del derecho no puede dejar de intentar captar los sistemas jurídicos no tanto en su movimiento, sino abstracción hecha de éste <sup>37</sup>. Como una hipótesis de estructura, habría que suponer la inmovilidad de un sistema y tratar de descubrir, en su naturaleza, en un momento dado, rasgos esenciales, caracteres que serían como llaves para la comprensión sociológica de los fenómenos de derecho.

El sistema jurídico, tal y como es descrito por los sociólogos contemporáneos –un monolito constituido por auténtico derecho– presenta una firmeza de contornos que se debe más, según él, al razonamiento filosófico que a la observación sociológica. En el terreno de los hechos, observa que el bloque, a menudo, parece agrietarse, lo que habría dado lugar a la hipótesis del pluralismo jurídico.

#### 1. La hipótesis del pluralismo jurídico

Cuando los juristas de un país consideran su sistema jurídico nacional, hacen de él una presentación monista: el derecho sería un todo homogéneo, un bloque sin fisuras y es que lo identifican con el Estado; por otra parte, en un territorio dado, en un momento dado, no parece que quepa más de una soberanía. Si se manifiestan excepciones a esta unidad del sistema jurídico, procurarán hacerlas volver al lugar que les parece que les corresponde suponiendo que los derechos aparentemente distintos sólo son realmente eficaces por una delegación que el Estado ha consentido de su monopolio legislativo. Así es como explicarán que una ley extranjera pueda venir a hacer la competencia a una ley nacional <sup>38</sup>, o que los estatutos de una asociación puedan regir la vida de la agrupación como una especie de ley interna. Estos fragmentos de derecho no estatal sólo tendrían fuerza derivada.

La sociología jurídica, para Carbonnier, debe proceder desde un punto de vista del todo opuesto en virtud del cual el derecho es esencialmente múltiple y heterogéneo. Se ha de considerar que en el mismo momento, en el mismo espacio social, pueden coexistir varios

<sup>36</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit, p. 351.

<sup>37</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 16 ss.

<sup>38</sup> Lo que sucede a menudo por aplicación de los principios del derecho internacional privado.



sistemas jurídicos: el sistema estatal, ciertamente, pero otros con él, independientes de él, eventualmente sus rivales. Es, para este autor, la hipótesis del pluralismo jurídico. Hipótesis ante todo científica, que se quiere constatación de los hechos, que puede ser entendida también como una doctrina de política legislativa que critica el monopolio del Estado en la formación del derecho y reclama una descentralización de la actividad legislativa, una multiplicación de las fuentes. Pero Carbonnier prefiere ignorar <sup>39</sup> estas implicaciones políticas <sup>40</sup> aunque hayan podido contribuir a dar un impulso a la teoría <sup>41</sup>.

Carbonnier resume la tesis de Gurvitch –quien habría construido sistemáticamente el pluralismo en Francia– recordando que, según éste, el monismo de los dogmáticos habría correspondido a una situación política contingente, la creación de los grandes Estados nacionales desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII: se habría implantado en la doctrina occidental como un reflejo de la monarquía absoluta, y se habría consolidado luego como una proyección del gobierno jacobino y de la centralización napoleónica. De lo que se deduce que nada hay en ello que tenga que ver con la esencia misma del derecho, deducción que vendría confirmada por el largo periodo pluralista <sup>42</sup> que habría conocido Europa con anterioridad. Y en el siglo XX, de nuevo, aunque no en las mismas direcciones que en el pasado, la unidad instaurada por el racionalismo de las codificaciones habría «estallado».

Por lo tanto, siguiendo a Gurvitch, habría que admitir, como una hipótesis fundamental, que *a priori*, en un territorio dado, no hay un solo derecho que sería el estatal, sino una pluralidad de derechos concurrentes, estatales, infra-estatales, supra-estatales; si el admitirlo supone ya estar de acuerdo con una forma bastante acentuada <sup>43</sup> de pluralismo jurídico, según Carbonnier, la sociología jurídica puede, hoy, ir más lejos, tratando de demostrar que no hay un pluralismo jurídico, sino más bien fenómenos de pluralismo jurídico, fenómenos múltiples, pertenecientes a categorías diversas, y que conviene distinguir, aunque

<sup>39</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 356.

<sup>40</sup> Implicaciones políticas que se pueden observar en Gurvitch en particular, «cuya fe pluralista se fortificaba», CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 357; cfr. GURVITCH, G., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du 19<sup>e</sup> siècle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, 710 pp., y *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Éditions A. Pédone, 1935, 299 pp., ver también: CARBONNIER, J., «Gurvitch et les juristes», *Droit et Société*, 4, 1986, pp. 347-351.

<sup>41</sup> CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit...*, cit., p. 10.

<sup>42</sup> Carbonnier nos recuerda que en la Edad Media, de la misma manera que en el mismo territorio circulaban varias monedas, cada espacio social era una mezcla de sistemas jurídicos: costumbres, locales o generales, derecho romano y derecho canónico, estatutos municipales, estatutos de las corporaciones, tantos sistemas concurrentes.

<sup>43</sup> Cfr. BELLEY, J. G., «L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, 1, abril de 1986, pp. 11-32.

una consecuencia común derive de ellos: «el derecho estatal deberá sufrir la competencia»<sup>44</sup>.

#### A) *Diversidad de fenómenos*

Para Carbonnier, considerando el pluralismo sólo como un asunto de fuentes, y por así decirlo, de derecho constitucional, no se agotan todas sus posibilidades<sup>45</sup>. En realidad no existiría «un pluralismo» sino «fenómenos de pluralismo», de una extrema diversidad, que habría que intentar clasificar.

Varias clasificaciones son, para él, posibles, que pueden, de hecho, entrecruzarse: en primer lugar, existirían *fenómenos colectivos* y *fenómenos individuales* de pluralismo. Desde el primer punto de vista, el pluralismo<sup>46</sup> consistiría en la práctica, por un grupo particular, de un derecho diferente del derecho estatal. Precisa que poco importa que se trate de una agrupación organizada<sup>47</sup> o de una agrupación inorganizada e incluso inestable<sup>48</sup>. Por otra parte, mantiene que el pluralismo también puede manifestarse como fenómeno individual; en este caso residiría en la conciencia individual, en el individuo que experimenta el sentimiento de pertenecer cumulativamente a dos órdenes jurídicos. Sería el caso de aquel que se siente dependiente, en cuanto al matrimonio, del derecho canónico como católico, del derecho civil como ciudadano<sup>49</sup>.

También se darían *fenómenos de concurrencia* y *fenómenos de recurrencia*: los teóricos del pluralismo piensan en los primeros. En efecto, al derecho actual del Estado, oponen otros derechos igualmente actuales: habría una simultaneidad de mandatos, conflicto posible<sup>50</sup>. Pero puede ocurrir y Carbonnier piensa que no se debe olvidar, que el conflicto sea engendrado por una sucesión de las normas en el tiempo, el mandato desaparecido volviendo a las actitudes colectivas o a las conciencias individuales. En otros términos, cree que no se debe confundir la derogación dogmática con la derogación sociológica: la ley derogada en los textos puede, en su opinión, sobrevivir en los hechos durante más o menos tiempo<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., p. 18.

<sup>45</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 358.

<sup>46</sup> Ésta es la forma en que se pensaría primero.

<sup>47</sup> Por ejemplo, las reglas de estacionamiento de un municipio, el código de deontología del Colegio de Abogados.

<sup>48</sup> Como una cola de espera que aplicaría espontáneamente la máxima *prior tempore potior iure*.

<sup>49</sup> En cambio, Carbonnier piensa que la objeción de conciencia no parece *a priori* suponer un pluralismo jurídico, porque la ley estatal entra en conflicto con una prescripción puramente espiritual, pero cree que puede suceder que la religión confiera el alcance de una regla de derecho a algunas de estas prescripciones: como es el caso del derecho canónico.

<sup>50</sup> Así, los inmigrantes que siguen observando, incluso después de su naturalización, reglas de su derecho originario, compatibles o no con el derecho del país de acogida.

<sup>51</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 359: Es este pluralismo de «supervivencia» el que se habría constatado, incluso en nuestra época, en algunas partes del país

Los fenómenos de pluralismo también podrían ser, según el autor estudiado, *categoricos* o *difusos*: el pluralismo sería cuando el orden jurídico que coexiste con el derecho del Estado forma, como él, una categoría de contornos definidos, lleva los rasgos indubitables de un derecho positivo <sup>52</sup>. En cambio, algunos fenómenos como los llamados fenómenos de mercado negro, economía sumergida, etc., serían de naturaleza diferente. En efecto los usuarios del mercado negro se autojustificarían invocando contra la legalidad vigente un orden jurídico que juzgan anterior y superior a los textos del momento.

#### B) *La adecuada fórmula del pluralismo jurídico para Carbonnier*

No niega todo lo que la hipótesis del pluralismo haya podido tener de estimulante, ni la utilidad de su función crítica en relación con una concepción demasiado unitaria del derecho. Sin embargo, plantea, por su parte, la necesidad de considerar lo equívoco de algunas fórmulas. En efecto, uno puede caer en la tentación de encerrar la hipótesis del pluralismo en un dilema: los fenómenos descritos como constitutivos de otro derecho son tomados en consideración por el sistema jurídico global, por lo tanto, enlazados con él, integrados en él de un cierto modo, y la unidad es restaurada a través de este sistema global que asume el conjunto; o los fenómenos del pretendido otro derecho permanecen fuera, no integrados en el sistema, en estado «salvaje» y no pueden ser calificados de derecho, todo lo más de infra-derecho. Ahora bien, piensa que lo jurídico y lo infra-jurídico no pueden formar un conjunto, porque no tienen idéntica naturaleza.

Para algunos de los fenómenos descritos como fenómenos de pluralismo jurídico entiende que la integración es manifiesta. «Si, por ejemplo [...] en Francia, la ley canónica puede aplicarse en concurrencia con el derecho laico, en la medida en que no lo contradice, es que encuentra en este derecho mismo una regla de no-intervención, de desinterés bajo los auspicios del principio de laicidad [...]; utilizando el principio, toma la atadura, sin que lo parezca, del sistema jurídico del que emana. La prueba está en que los interesados podrán obtener, ante los tribunales civiles, consecuencias jurídicas –de derecho laico– de la situación creada por las disposiciones canónicas» <sup>53</sup>.

---

vasco francés o del Béarn: el principio de la igualdad entre herederos, tal y como fue instituido por el «Código Napoleón», tuvo que luchar durante mucho tiempo, y debe luchar aún contra la recurrencia de las antiguas costumbres y del privilegio del hijo mayor.

<sup>52</sup> A modo de ejemplo, Carbonnier se refiere al hecho de que después de que la revolución hubiese abolido las rentas feudales o cuasi-feudales, numerosos colonos, sobre todo en el oeste de Francia, siguieron pagándolas durante mucho tiempo todavía. Los dos derechos que se habían sucedido –el feudal y el revolucionario– eran, en su opinión, muy reconocibles en tanto que derechos: este pluralismo por recurrencia sería un pluralismo categórico.

<sup>53</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 360.

Otros ejemplos, sin embargo, no podrían ser explicados a través de la integración. Así, en Francia, el derecho anterior a 1945 preveía entre propietarios y aparceros un reparto de los frutos por mitad. El estatuto de 1945 lo sustituyó por una regla imperativa según la cual sólo debía ser entregada una tercera parte al arrendador. A pesar de todo en algunos lugares, los interesados siguieron, durante mucho tiempo dividiendo los frutos por mitad. De la misma manera, algunos inmigrantes musulmanes siguen practicando el repudio de la mujer, en contra de la concepción de orden público internacional del país de acogida. Para Carbonnier está claro que, en estos casos, el sistema jurídico nacional global no integra estos disidentes: cuando no les condena, es que se le han «escapado». Esto significaría que, en casos semejantes, las normas que hacen actuar a los interesados –incluso si éstos las creen jurídicas– no lo son. Es evidente que no lo son según el derecho dogmático; pero no lo serían más desde el punto de vista de la sociología del derecho. Ya que cualquiera que sea el criterio de la juridicidad <sup>54</sup> que uno adopte, este criterio faltaría. Todo lo más, se podrían entrever formas borrosas, «embrionarias»: una presión psicológica que provendría del entorno, una esbozo de consulta familiar.

En realidad, siguiendo al Decano, las cosas no ocurrirían «derecho contra derecho», y si los fenómenos infrajurídicos se parecen a los jurídicos, sostiene que son sustancialmente diferentes <sup>55</sup>.

El verdadero pluralismo jurídico, para Carbonnier, bien podría encontrarse más allá «en el espesor de los hechos», cuando, dejando de oponer reglas entre sí, se opone, para una misma regla, diferentes maneras de aplicarla. Esta reflexión lleva al observador desde la regla de derecho hacia la sentencia. Si el Juez crea derecho, la multiplicidad de los Jueces en el seno de un sistema sería susceptible de engendrar fenómenos de pluralismo jurídico. A lo que los juristas dogmáticos pueden objetar que pocos son los países en los que, precisamente para evitar este riesgo de pluralismo, no hayan sido organizados mecanismos para asegurar la unidad de la jurisprudencia. Carbonnier opina que es cierto, pero que las disidencias jurisprudenciales, incluso aunque sean anormales, son realidades con las cuales una sociología del derecho ha de contar. Aún más, existiría un pluralismo judicial que tendría de alguna manera, un carácter estructural: el que resultaría del llamado «poder soberano de apreciación de los jueces». Afirma que según la manera en que este poder es utilizado, se puede llegar a derechos prácticos muy diferentes <sup>56</sup>. Cuando la diversidad judicial –ya sea de interpretación o

<sup>54</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 305-330.

<sup>55</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 361.

<sup>56</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 361-362; Carbonnier menciona los siguientes ejemplos: el que una misma herida no sea indemnizada de la misma manera en todos los lugares; el que el interés de la familia, que condiciona el cambio de régimen matrimonial, se conciba de manera más estricta en París que en Burdeos; el que las probabilidades (por otra parte débiles) de perder en una demanda de divorcio se multipliquen por dos o más, hace veinte años, si se emigraba al «Poitou».

de apreciación— traduce sólo el humor individual, aunque sea el habitual, de un Juez, este autor es consciente de que puede parecer que no concierne un análisis sociológico que se quiere objetivo; aunque cree que, a menudo, las actitudes originales de una jurisdicción están determinadas por condiciones objetivas —las condiciones históricas o geográficas, económicas o culturales del medio social particular sobre el cual tiene competencia—; incluso si los magistrados no se reclutan en este medio, piensa que se puede suponer que están particularmente influenciados por las corrientes de opinión que los rodean. El particularismo local o regional en el manejo de las leyes nacionales adquiriría entonces bastante estabilidad y una naturaleza lo suficientemente colectiva para que esta situación pueda ser descrita como la creación de un subsistema de derecho.

Por otra parte, el Decano recuerda que la aplicación de las leyes no siempre depende de los jueces, sino que puede depender también de los justiciables o de sus asesores. Así, si la mayoría de los contratantes, en un determinado lugar, recurre a un tipo contractual que no suele ser utilizado en otra parte, se dibujaría un derecho diferente. Si una población siente, de una provincia a otra, de una clase a otra, una propensión (o una repugnancia) desigual a practicar tal o cual comportamiento jurídico, se va a constituir un mosaico de derecho <sup>57</sup>.

En resumen, siguiendo a Carbonnier, habrá pluralismo cuando, colectivamente e individualmente, se practique un derecho diferente del derecho estatal; cuando fenómenos de concurrencia hagan surgir, en oposición al derecho en vigor, mandatos simultáneos. Aunque si la hipótesis del pluralismo sólo tiene sentido en la medida en que los fenómenos que constituyen un conjunto de reglas contrarias, no son tomadas en cuenta por el sistema jurídico total, no están integradas en él, ¿cuáles son estas reglas.

## 2. Lo infra-jurídico

La observación de los diferentes fenómenos de pluralismo jurídico nos ha revelado ya una parte de lo que constituye, para Carbonnier, lo infra-jurídico. Sin embargo, éste considera que merece ser estudiado por la sociología del derecho en profundidad y de manera independiente, ya que puede encontrarse también fuera de toda rivalidad con un orden jurídico de Estado.

Ante la posible objeción de que es ésta una noción que no tiene consistencia alguna, puesto que se podría considerar que ya está necesariamente comprendido lo infra-jurídico dentro de lo social no jurídico, en la «masa» de los usos sociales, el Decano contesta que, entre todos los fenómenos de los que aquí se trata «sacan de su proximidad, de su parecido con el derecho, una cierta peculiaridad. Y precisamente

---

<sup>57</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 362.

de este parecido con el derecho se derivaría el interés científico de su estudio, ya que se podría esperar de él que arrojara “una luz analógica”»<sup>58</sup>. En realidad, no pretende, con el uso de esta expresión, determinar un ámbito que se situaría por debajo del derecho. Se trataría de una expresión útil para designar algo que hasta entonces carecía de nombre, precisamente porque los juristas no estaban interesados en ello: «Del mismo modo que el infrarrojo no tiene nada que ver con el rojo, pero permite situar un color inexistente (el infrarrojo) respecto a un color conocido (el rojo), el término infra-derecho [permitiría] ubicar una realidad (aquellos fenómenos que no forman parte del derecho, pero que dependen de las relaciones sociales próximas al derecho) con referencia a otra realidad (la del derecho en sentido estricto)»<sup>59</sup>.

Carbonnier piensa que, sin duda, la ausencia o la presencia de la juridicidad marca una diferencia capital entre las dos series de fenómenos. Sin embargo, para él, no es imposible aislar, en la formación compleja de una regla o de un comportamiento jurídico, algunas fases de desarrollo que se sitúan más allá de la sanción legal. Son estas fases del desarrollo las que podría ser fructífero superponer a fases similares de lo infra-jurídico<sup>60</sup>.

Para él, los fenómenos infra-jurídicos tienen normalmente como sede no la sociedad global, sino fracciones de población, grupos más o menos extendidos. Un cierto aislamiento del conjunto social sería necesario para que un sistema autónomo de reglas y de conductas pueda constituirse y para que puedan conservarse estas subculturas que los sociólogos contemporáneos habrían aprendido a observar en el seno de las más modernas sociedades. Lo infra-jurídico, al menos en muchas de sus manifestaciones, sería, en el fondo, un derecho de las subculturas y, por efecto reflejo, una subcultura. De ahí, una cierta torpeza, algo de rudimentario y de bárbaro en lo que sería un «calco» del derecho.

Encerrado generalmente en un medio estrecho y popular, lo infra-jurídico sería un sistema de normas y de juicios *a priori* incapaz de poseer una técnica y técnicos. Aunque este contraste con el derecho no se refiera más que a la forma, Carbonnier opina que es considerable. Lo infra-jurídico sería, además, algo muy variado, en la medida en que las agrupaciones que le sirven de soporte también lo son: clases sociales y clases de edad, «islotos» geográficos y minorías étnicas, familias y oficios.

A primera vista, nada tienen en común, a pesar de ello, algunas manifestaciones de lo infra-jurídico habrían dado lugar al nacimiento de categorías, incluso de disciplinas autónomas: el derecho folklórico, el derecho infantil y el derecho vulgar.

<sup>58</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 365.

<sup>59</sup> ARNAUD, A. J. y FARIÑAS DULCE, M.<sup>a</sup> J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1996, 335 pp., p. 161.

<sup>60</sup> Así, estima que no sería absurdo intentar captar lo que es el sentimiento de la responsabilidad por daños en los bienes antes de toda sanción, observándola comparativamente en el adulto expuesto a la demanda de indemnización (jurídica) y en el niño sometido a la disciplina familiar (infra-jurídica).

### A) *El derecho folclórico*

El objeto del folclore jurídico <sup>61</sup> –como rama especial del folclore entendido como ciencia de las tradiciones populares– serían fragmentos de derecho antiguo (a menudo muy antiguo) que sobreviven en los medios populares en estado de costumbre orales, locales, sin muchas más sanciones que las satíricas. Derecho de supervivencia y derecho popular, tal sería la doble esencia del derecho folclórico, según Carbonnier. De ahí se deduce que no pertenece al orden jurídico del Estado, que no es un derecho verdadero, sino sólo un conjunto de fenómenos infra-jurídicos.

El interés del folclore jurídico, de acuerdo con él, residiría en que, a menudo, parece ocuparse, mucho más que de las propias instituciones jurídicas, de las fiestas, las ceremonias, los ritos que las rodean <sup>62</sup>; en efecto, el Decano –como civilista que es– no olvida que la forma es una dimensión necesaria del derecho y que, por otra parte, los usos ceremoniales permiten a menudo penetrar en el fondo mismo de las instituciones.

Advierte que no se debe tomar por derecho folclórico toda supervivencia sociológica de una ley antigua mal derogada. Las huellas de la positividad anterior deben ser todavía identificables, aún cuando la positividad de un derecho folclórico se pierda «en la noche de los tiempos» <sup>63</sup>. El objeto propio del folclore jurídico sería el resurgimiento, en las sociedades modernas, de un derecho muy arcaico.

Por definición, el derecho folclórico tiene como medio, no la sociedad globalmente considerada, sino solamente la parte «popular» de ésta. Pero, más precisamente, se conservaría mejor en el campo que en la ciudad, sería más activo en la juventud que en la edad madura. Para Carbonnier, este último rasgo es importante <sup>64</sup>, en efecto, tal y como subsisten entre nosotros, los fenómenos del folclore jurídico evocarían una actividad gratuita de juego <sup>65</sup>, más que el mecanismo utilitario que acostumbramos a buscar en el derecho.

### B) *El derecho infantil*

En los grupos de niños <sup>66</sup> o incluso en este grupo complejo que nace del contacto de los niños con ciertos adultos, se manifestarían fenóme-

<sup>61</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 366-368 y 373.

<sup>62</sup> Por la palmada que acompaña a la venta de ganado, por las arras desembolsadas para solemnizar un matrimonio.

<sup>63</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 367.

<sup>64</sup> Carbonnier se refiere en este punto a una hipótesis plausible, que habría que relacionar con la teoría de Shurz sobre las clases de edad, y que presentaría algunos fenómenos del folclore jurídico como una especie de derecho autónomo de la juventud, supervivencia de una época primitiva donde los adolescentes, constituyendo su propio grupo aparte de la sociedad adulta, podían ejercer contra ella derechos singulares; ver también CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., pp. 373-374.

<sup>65</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit*, cit., pp. 364-436.

<sup>66</sup> Cfr. JAKUBOWSKA, I., «Droit et justice chez les enfants et les adolescents», *Droit et Société*, 19, 1991, pp. 287-295.

nos normativos y de conducta parecidos a los fenómenos de derecho que constituirían uno de los aspectos de lo infra-jurídico. Carbonnier opina que la sociología del derecho no ha sacado todo el partido posible de la observación de este campo de lo infra-jurídico.

Se plantea si está legitimada, desde un punto de vista práctico, la inducción de las observaciones que pueden ser hechas sobre los grupos de niños a los fenómenos jurídicos de la sociedad de adultos. Existe, en este campo, una hipótesis «obsesiva»<sup>67</sup> que Haeckel habría formulado en términos de biología: «la ontogénesis resume la filogénesis». Moreno la habría retomado en términos de psicología: la organización espontánea de los grupos de niños o de adolescentes se desarrollaría de año en año pasando sucesivamente por fases de integración análogas a las de las sociedades ancestrales en el transcurso de su evolución histórica. Si fuera cierto, sólo tendríamos que mirar cómo viven —y sobre todo juegan— los grupos de niños para descubrir el pasado profundo de las instituciones jurídicas; e incluso podríamos, actuando sobre ellos, hacer cómodamente experiencias de sociología jurídica, mientras que toda experimentación directa sobre la sociedad adulta es muy difícil. Carbonnier piensa que sería peligroso admitir que el niño no es más que un primitivo, pero también cree que sería un error dejar de hacer algunas aproximaciones sugestivas.

Lo que se entiende por derecho infantil presenta diferentes aspectos y, dependiendo del predominio, en la determinación de estas normas y de estas conductas, de los factores externos ( las influencias de la sociedad adulta) o internos (propios del propio grupo infantil), se podrá hablar de derecho o de derecho «espontáneo».

Bajo una primera forma, el derecho infantil adoptado puede ser un derecho que es impuesto al niño por la sociedad adulta, en la familia primero y sobre todo, pero también en el colegio, incluso en la calle: el niño que se somete a estas consignas, es, como lo subraya Piaget, porque respeta a los «mayores»<sup>68</sup>. Ahora bien, para Carbonnier, este respeto por los mayores, los ancestros, es el mismo mecanismo elemental que funda la fuerza obligatoria de la costumbre, prototipo de la regla de derecho. El derecho infantil, por otra parte, puede adoptar la forma de la «imitación», la del derecho infantil imitado. Los niños imitan en sus juegos los juegos jurídicos de sus padres. Es un derecho de caricatura, pero la exageración derivada de la caricatura facilitaría la observación. A veces, por lo demás, la imitación se complicaría con la tradición: el calco se habría hecho antiguamente, luego se habría conservado a través de las generaciones por medio del singular folklore infantil. De manera que los niños de hoy podrían dar a conocer una cierta imagen del derecho arcaico, a menos que en realidad cada generación hubiese dado cada paso por sí misma.

En efecto, mantiene que, colocados frente a una situación determinada, los niños son muy capaces de responder a ella por el mismo razo-

<sup>67</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 369.

<sup>68</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 369.



namiento legislativo que los adultos: así se crearía el derecho infantil espontáneo, y esta creación ingenua podría proyectar algunas luces sobre la formación de los mecanismos similares en derecho adulto. La comparación sería convincente sobre todo para los fenómenos jurídicos más elementales. Carbonnier piensa que es muy posible que a nuestras teorías sobre el origen del derecho de propiedad, por ejemplo, les falte haberse basado en la observación científica de la génesis de la apropiación en el niño <sup>69</sup>.

### C) *El derecho vulgar*

Según el Decano, la sociología del derecho emplea la expresión «derecho vulgar» en un sentido un tanto alejado del que le prestaban los romanistas alemanes. El *Vulgärrecht* era esta mezcla de costumbres locales y de derecho romano, clásico o imperial, más o menos degenerado, deformado, que, en el Bajo Imperio, se aplicaba de hecho en las provincias, al menos en las clases populares. Detrás del hecho histórico preciso, se vuelve a descubrir una constante sociológica: la tendencia de los medios no técnicos a constituirse una especie de derecho inferior, combinando con usos autónomos elementos sacados del orden jurídico del Estado. Considerar que las normas y las conductas que se derivan de ellas, so pretexto de que permanecen por debajo de la sanción legal, son sólo simples usos sociales, equivaldría, para nuestro autor, a desconocer todo lo que les aporta la proximidad con el derecho; en su opinión, se trata de una nueva zona de lo infra-jurídico, y hay que insistir sobre la relación dinámica –otros dirán dialéctica– que mantienen con el sistema de derecho positivo, sobre los movimientos de flujo y de reflujo que se producen entre ellos.

«A veces el derecho vulgar corromperá al derecho culto; otras veces, el derecho culto intentará, con mayor o menor éxito, hacer retroceder al derecho vulgar a golpe de nulidades y de penas; otras veces incluso, se establecerá un compromiso, estimando el derecho culto que es más conveniente desde el punto de vista político incorporarse una dosis de derecho vulgar» <sup>70</sup>. Carbonnier observa que incluso en nuestras sociedades de tipo legalista, una enorme franja de derecho vulgar está presente y se desarrolla paralelamente al sistema jurídico positivo. A los ojos de los juristas, es «hecho» y no «derecho» y es inútil prestarle atención. Menos en ocasiones, si sucede que este derecho vulgar, encubierto por alguna cláusula general del derecho «culto» intenta obtener el reconocimiento de los tribunales, a fin de obtener el benefi-

<sup>69</sup> En este sentido, Carbonnier cita a Piaget, que demostró operando sobre las reglas del juego de canicas, que el niño, a diferentes edades, no percibía de manera idéntica el carácter obligatorio de la regla; que partiendo, hacia los siete u ocho años, de la convicción de que en ello sólo había un decreto arbitrario de los niños mayores, llegaban, después de los diez años, a ver en ello un libre convenio entre jugadores: el sentimiento que una sociedad adulta tiene del carácter obligatorio de sus costumbres (*opinio necessitatis*) podría pasar por las mismas fases de evolución.

<sup>70</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 371.

cio de la sanción estatal. Es el problema de las llamadas situaciones de hecho y de su paso al derecho. La unión libre, al margen del matrimonio, la separación de hecho, al margen de la separación legal y del divorcio, serían sus aspectos más visibles. Se ha dicho a menudo que estos fenómenos están en fase de expansión <sup>71</sup>. Aunque pocos son los fragmentos de derecho vulgar que pasan al estado contencioso.

Carbonnier cree que una forma de derecho vulgar merece especial atención: es aquella en la que, paradójicamente lo infrajurídico se constituye a partir de una intervención del Estado. Este fenómeno es de siempre: una vez que el poder ha instituido órganos propiamente jurídico, de estilo técnico, y en particular estos órganos jurídicos por excelencia que son los órganos judiciales, encargados de cumplir el derecho por la vía intelectual y ritual del proceso y de la sentencia, nace espontáneamente la necesidad de tener otros canales de comunicación entre el derecho y la masa –menos formalistas, más accesibles, más expeditivos, más «toscos». Así se va a implantar, y primero para el uso de las clases inferiores, una especie de subjusticia, destinada a hacer efectivo al menos un cuasi-derecho <sup>72</sup>. Al final, estos procedimientos infra-jurídicos, siendo más activos, suelen sustituir a los jurídicos <sup>73</sup>. Aunque lo importante, para el autor en cuestión, es ver cómo el derecho vulgar vive entre nosotros. No estaría ausente del derecho «culto», ni siquiera del derecho civil, el más técnico de todos; si queremos saber cómo volver a instaurar la paz entre coinquilinos, cuál es el primer recurso del esposo abandonado o de los padres del niño que se ha fugado, etc., la respuesta estaría en las comisarías de policía o en los cuartelillos de la guardia civil. En ellos se ejercería toda una jurisdicción sumaria de derecho vulgar, una infra-jurisdicción mezcla de derecho y de hecho.

#### IV. LOS ENCUENTROS ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS

Carbonnier reflexiona acerca del hecho de que ningún sistema jurídico ha estado solo en el planeta: ni siquiera el derecho romano, el que más se acercó a la universalidad ignoraba que existían leyes bárbaras más allá de sus fronteras; hoy en día, la O.N.U. emite textos con pretensión universal <sup>74</sup>, pero sólo son *ratione materiae* parcelarios, no forman por lo tanto un sistema de derecho; Europa tampoco, en sus diversas encarnaciones, ha llegado a alcanzar «la totalidad jurídica». De

<sup>71</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 371.

<sup>72</sup> En Roma, la *cognitio extra ordinem* de los funcionarios administrativos por debajo del *ordo* del Pretor; en Francia, la investigación oficiosa de la policía por debajo de la instrucción reservada al Juez.

<sup>73</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 372.

<sup>74</sup> La declaración de los Derechos del Hombre de 1949, el Convenio de 1989 sobre los Derechos del niño.

hecho, el derecho de cada pueblo tiene una singularidad histórica que le opone a todos los demás y que, en combinación con otros elementos –en particular, la lengua– concurre a componer una cultura. Si una cultura propia de un pueblo entra en contacto con la cultura de un pueblo diferente, surgen fenómenos que no se pueden determinar de antemano. Si, como consecuencia este contacto intercultural o de una manera independiente, un sistema jurídico se manifieste en el área, el espacio de otro, se pueden esperar interacciones de varios tipos. Según él, uno de estos tipos ha adquirido una particular importancia: la aculturación jurídica que por otra parte, sería un fenómeno de pluralismo jurídico «de grupo»<sup>75</sup>.

### 1. Las interacciones entre sistemas jurídicos

En cuanto a las interacciones entre sistemas jurídicos, la etnología y la historia han observado toda una gama de actitudes posibles de la sociedad autóctona, descubriendo lo extranjero extraño a su derecho.

En las sociedades tradicionales, una reacción frecuente sería la de cerrarse sobre sí misma. El espíritu de la tribu cuidaría el «tesoro» de las costumbres como un tesoro cuyo conocimiento y aplicación deben ser reservados a los nativos. Estas costumbres sacarían su autoridad de haber sido reveladas a un gran antepasado: los descendientes se expondrían a desgracias si dejaran que los extranjeros penetrasen en la herencia. Pero también existe la actitud diametralmente opuesta: la apertura al extranjero, la hospitalidad, la atracción del viaje, el gusto por el exotismo y la comunicación. Lo mismo sucede para el derecho y para el resto –el ornato, las técnicas, los usos sociales–. El derecho venido de otro lugar sacaría de su carácter extranjero, de su «misterio», un «plus» de autoridad.

En las sociedades modernas, según Carbonnier, la apertura es en ellas, a menudo, el rasgo característico de algunas élites. «Sin embargo, en estas sociedades, la actitud a tomar hacia el extranjero y su derecho es ante todo una *res politica*, a su vez atravesada por el fenómeno del nacionalismo. El nacionalismo es un fenómeno social total en el cual están implicadas múltiples variables, los usos sociales tanto como la fuerza militar, la economía tanto como la música»<sup>76</sup>. Una de sus facetas sería el nacionalismo jurídico. Este autor mantiene que su táctica puede ser puramente defensiva: cierra el sistema nacional a la influencia de los sistemas extranjeros; aunque este nacionalismo proteccionista también podría ir acompañado por un nacionalismo de conquista. Opina que los juristas son los primeros en mostrarse expansionistas para su propio derecho: los Jueces llamados a dirimir un conflicto en derecho internacional privado, harán prevalecer tendenciosamente la *lex fori*; los representantes de los diferentes países en la

<sup>75</sup> Cfr. CARBONNIER, J., *Flexible droit...*, cit., pp. 18-19.

<sup>76</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 376 y p. 384.

preparación de un tratado, sólo concebirán el acuerdo sobre la base de su propio derecho. Sin embargo, detrás de las actitudes de los técnicos, podría esconderse una estrategia de hombres de Estado, ya que existen casos en los que el derecho es el vehículo de ideas y de fuerzas políticas <sup>77</sup>.

## 2. La aculturación jurídica

Forjada en 1880 por el etnólogo americano Powell, la palabra aculturación entró en el vocabulario de los sociólogos franceses <sup>78</sup>. Por aculturación, en efecto, hay que entender, según Carbonnier, todo «injerito» de una cultura sobre otra. El término *contacto cultural* que se usó a veces, sería menos significativo: un contacto puede establecerse sin penetración; ahora bien, si dos culturas se ponen en contacto sin penetrarse, aún no habría aculturación. Puesto que toda cultura contiene derecho, se ha llegado fácilmente a la idea de una aculturación jurídica, a la idea de que un sistema jurídico podía incorporarse a otro, por causas y con efectos que serían de la incumbencia de la sociología del derecho.

Sin embargo, cree que la aculturación no es un mecanismo irresistible. Integrar derecho extranjero no sería una situación natural. En la medida misma en que el sistema autóctono ya es sentido por sus propios sujetos como una fuerza eventualmente agobiante, incluso hostil, sería tranquilizador para ellos comprenderlo, por lo que, en cuanto al proceso de aculturación, no faltarían las resistencias, los roces –más o menos importantes según su fuente: la autoridad pública o las fuerzas privadas–.

En cuanto a la aculturación jurídica que procede de la autoridad pública, ésta podría ser más o menos amplia. En las reformas históricas, la intención al menos, solía ser que la aculturación fuera total. En nuestras sociedades, es más frecuente que se lleve a cabo a través de pequeñas «pinceladas», tomando un elemento aislado de una legislación extranjera después de sopesar sus ventajas y sus inconvenientes. La aculturación global sería, desde un punto de vista sociológico, la más significativa, porque, a través de ella, se llevaría a cabo una verdadera mutación cultural. Carbonnier considera que, lógicamente, la aculturación parcial debería ser condenada incluso *a priori* por una concepción estructuralista del derecho: al presumir ésta el equilibrio del sistema, remover una parte, equivaldría a amenazar el todo de derrumbamiento. Los hechos prueban sin embargo que existen «imi-

<sup>77</sup> Carbonnier nos recuerda que Napoleón contaba con su Código civil para acabar con los regímenes feudales en los países satélite. Más tarde, el «trasplante» del sistema jurídico europeo en los países de ultramar fue un instrumento de la colonización: era la política de *asimilación*. Los soviéticos, por su parte, habían conseguido temporalmente incrementar su dominación sobre los países vecinos haciendo de su sistema jurídico el modelo de toda una familia de derechos, llamados *derechos socialistas*.

<sup>78</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 377.

taciones fragmentarias» que tienen éxito: «Todo lo que se puede decir, es que, cuando tienen por objeto una institución esencial –en particular una de las que afectan a lo más íntimo de la personalidad del sujeto de derecho (si por ejemplo la poligamia es sustituida por la monogamia en un país africano)– por una serie de reacciones en cadena su alcance real podría al final superar con mucho su alcance aparente y primario»<sup>79</sup>.

Entre los actos de la autoridad pública que pueden servir de vehículo para una aculturación jurídica, el más visible sería la ley; sería también el que por su solemnidad, su efecto de dramatización, puede contribuir mejor a asegurar el éxito de la operación; sin embargo, la aculturación jurídica, puede ser tanto judicial como legal.

Por lo que se refiere a la aculturación jurídica que procede de las fuerzas privadas, Carbonnier ve en el contrato un instrumento eficaz, sin embargo, considera que no es siempre una voluntad consciente la que opera. Sucede que las fuerzas privadas pueden crear un clima, que será favorable a la penetración de las instituciones extranjeras. El cosmopolitismo jurídico ha tenido aspectos famosos, como la «anglomanía» de los filósofos. Pero, aunque menos brillante, porque menos literaria, restringida al pequeño mundo de los juristas, una influencia como la de las universidades italianas al final de la Edad Media, fue tan importante como la romanización de los derechos occidentales que de ella se siguió. La aculturación jurídica a menudo ha circulado a través de canales doctrinales. El «derecho popular» en cambio, no se internacionaliza tan fácilmente.

En cuanto a los efectos posibles de la aculturación, Carbonnier destaca que: «Nunca se encuentran dos sistemas jurídicos»<sup>80</sup>. De este encuentro resultan efectos que afectan tanto a las *instituciones* como a los *individuos*. Se producen múltiples fenómenos de psicología social<sup>81</sup>, que para nuestro autor, son también fenómenos jurídicos.

En cuanto a los efectos que pueda tener sobre las instituciones, el principal se referiría al destino del elemento extranjero una vez introducido en el sistema autóctono: ¿habrá éxito o fracaso? Por lo que se refiere a la aculturación en general, muchos sociólogos estarán de acuerdo en que nunca podrá existir un éxito perfecto. Tendrán esta opinión por partir de un presupuesto determinista: si todo viene determinado por el medio social, no hay trasplante fuera del medio social que no sea una aventura y que no deba, al menos, saldarse por una deformación del elemento trasplantado. Quizás la aculturación jurídica se prestará a una apreciación más matizada ya que todo en el derecho no está determinado, y no se puede eliminar la parte que la voluntad y la coacción –la coacción lograda– pueden tomar en ella. Lo que es cierto, para Carbonnier, es que, en la aculturación jurídica no menos que en

<sup>79</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 378.

<sup>80</sup> CARBONNIER, J., *Sociologie...*, cit., p. 380.

<sup>81</sup> Cfr., Munné, F., «Sobre Carbonnier. Delimitación conceptual de la psicología social del derecho», *Sociología y Psicología Jurídicas*, Anuario 1979, pp. 21-31.

las otras clases de aculturación, hay que desconfiar de los éxitos teóricos; si la introducción de las instituciones extranjeras se limita a una modificación de los textos autóctonos sin acompañarse de *efectividad* en la aplicación, no tendrá, según él, valor sociológico. Incluso observando esta precaución parece que se pueda encontrar en la historia—sobre todo en la historia moderna— ejemplos perfectos de aculturación jurídica: el contrato de seguros, la sociedad anónima, funcionan a la europea, sin alteraciones sensibles, en las tierras del Islam donde han sido importados; pero también hay rechazos célebres y casos intermedios. El mestizaje del derecho es un fenómeno que bastaría con constatar; sobre todo cuando se refiere a un sistema jurídico entero, tendría esta amoralidad que hay que reconocerles a las grandes transformaciones históricas.

Si, en el campo de la sociología jurídica el efecto principal a observar es el del trasplante sobre el propio objeto trasplantado, no hay que excluir la eventualidad de efectos secundarios que se manifestarían alrededor, propagándose en el conjunto del cuerpo social receptor. En este cuerpo social, la aculturación jurídica puede determinar confusiones, rupturas de equilibrio, que van mucho más allá de la «prótesis» operada por el legislador. Secuelas patológicas de este tipo le habrían sido imputadas, en particular, al viento de Oeste que, en el siglo pasado, sopló sobre el derecho privado de las naciones balcánicas, después de que hubiesen reconquistado su independencia.

En lo que se refiere a los efectos sobre los individuos, según una opinión defendida en sociología general, sólo habría verdadera aculturación en la medida en que la personalidad de los individuos se ve transformada desde el interior. Para aplicar este criterio a la aculturación jurídica, habría que admitir que el derecho tiene su propio papel en la formación de la personalidad. De hecho, Carbonnier admite que si el sistema jurídico nacional contribuye a modelar lo que se llama la psicología de un pueblo, es razonable suponer que la importación de una institución extranjera se traduce siempre por un cierto cambio en las actitudes mentales de los autóctonos. La dualidad de modelos normativos podría someter al individuo a una especie de «esquizofrenia» si no encontrara en su «propio instinto de supervivencia»<sup>82</sup> reacciones de defensa: eliminando el modelo exótico o reteniendo solamente de él un medio para reinterpretar y, por lo tanto, perpetuar el modelo autóctono.

Por lo tanto, siguiendo a Carbonnier, los fenómenos de aculturación jurídica se traducirán sociológicamente por un pluralismo jurídico. En efecto, en su opinión, habrá siempre una especie de conflicto, a nivel institucional o individual, entre las reglas autóctonas y las reglas de origen extranjero. Sociológicamente, los dos órdenes que se encuentran, sean o no órdenes de derecho positivo, tendrán el mismo valor.

---

<sup>82</sup> Carbonnier habla de «vouloir-vivre».

## V. CONCLUSIÓN

El concepto de pluralismo jurídico en la teoría iussociológica de Carbonnier es pues un concepto totalmente desvinculado de cualquier intencionalidad de carácter político. Para él, esta «hipótesis» no tiene más finalidad que la de ayudar a descubrir la realidad jurídica que no sólo descansa en los dictados del Estado, con el fin de proceder mejor a su estudio, estudio que a su vez puede ser de gran utilidad para la actividad legislativa del propio Estado. Es también un concepto descriptivo, realista y plural y en ello reside la originalidad de su teoría. Con lo que queda claro que este autor propone una investigación socio-jurídica como ciencia de la sociedad captada desde las categorías ordenadoras del sistema jurídico, pero siguiendo las técnicas de investigación sociológicas. Carbonnier es, por otra parte, prudente; en sus escritos, no ha dejado de recordar que la sociología jurídica, útil para conocer tanto los deseos de una sociedad como la efectividad y la eficacia de las normas jurídicas, no puede pretender mucho más. En su opinión, se trata de una disciplina auxiliar, útil, a menudo necesaria, pero cuyo único papel consiste en ofrecer datos al Legislador o al Juez, que, aún considerando estos datos, actuarán como les parezca adecuado según lo dispuesto en la Constitución o el derecho en vigor. Según el Decano, si el sociólogo jurista razona en términos de jurista, se verá obligado, para introducir aquello que no es estrictamente de derecho positivo, a adoptar como objeto de estudio una materia jurídica que englobe elementos que no son reconocidos por los juristas positivistas como pertenecientes a su ámbito. Por tanto, admitirá que la sociología interviene para hacer conocer lo que sucede al margen del derecho o cuando las normas jurídicas entran en *conflicto* con otras normas. Como sociólogo del derecho cuya formación fue principalmente jurídica, se percibe en él una propensión a conferir un estatuto superior al derecho del Estado en relación con los demás «órdenes jurídicos» y una tendencia a restringir el interés científico de la noción de pluralismo jurídico a su aportación para una comprensión crítica del derecho estatal concebido como objeto de estudio privilegiado de la sociología del derecho. A la vez que reconoce el pluralismo jurídico como una hipótesis fundamental de la disciplina, duda en hablar de pluralismo jurídico cada vez que nos encontramos en presencia de un marco de derecho correspondiente a un grupo particular, ya que los «órdenes jurídicos menores» serían generalmente tenidos en cuenta, sino autorizados o creados por el derecho estatal. El verdadero pluralismo jurídico se encontrará más bien, según él, en sus diferentes manifestaciones.

# Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido»

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA

Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. *Defensa del principio de permisión*: 1. Perspectiva de la lógica deóntica: 1. 1. Interdefinibilidad de los operadores Prohibido y Permitido. 1. 2. Negación de la distinción entre Permisi3n débil y Permisi3n fuerte. 2. Perspectiva de la teor3a de la norma y del Ordenamiento jur3dico: 2. 1. Teor3a imperativista de las normas. 2. 2. La plenitud del ordenamiento jur3dico.-II. *Cr3tica principio de permisi3n*: 1. Perspectiva de la l3gica de3ntica. Distinci3n entre Permisi3n débil y Permisi3n fuerte. 2. Perspectiva del ordenamiento jur3dico. 3. Limitaci3n del principio al 3mbito sancionador (penal y administrativo).-III. *Bibliograf3a citada*.

El Principio de Permisi3n seg3n el cual «Lo no prohibido est3 permitido» es admitido en nuestra cultura jur3dica a modo de metanorma del ordenamiento jur3dico (en la medida en que estos s3lo no pueden restringir nuestra libertad natural si lo hacen de manera expresa). En virtud del mismo, la importancia de los eventuales vac3os del ordenamiento se desvanece puesto que cualquier acci3n no regulada resulta (en aplicaci3n de dicho principio) permitida. El Principio de Permisi3n, a la vez de responder a un razonamiento intuitivo, se apoya en una determinada concepci3n de la norma y del ordenamiento jur3dico, de un lado, y en una determinada interpretaci3n de los principios de la l3gica de3ntica, de otro. El objeto de estas l3neas es, en primer lugar, mostrar las razones que justifican dicho principio, y en un segundo momento exponer los motivos por los que el mismo no puede mantenerse m3s que en un 3mbito limitado como es el del derecho sancionador.



## I. DEFENSA DEL PRINCIPIO DE PERMISIÓN

### 1. Perspectiva de la lógica deóntica

#### 1. 1. *Interdefinibilidad de los operadores Prohibido y Permitido*

Desde la perspectiva de la lógica deóntica la defensa de este principio <sup>1</sup> se basa en la interdefinibilidad (a través de la negación) de los operadores deónticos «Prohibido» y «Permitido». Como señala Von Wright (1981, p. 4) «La interdefinibilidad significa que uno puede tomar *uno* de los conceptos como básico o primitivo y a través de un proceso de «doble negación» definir o engendrar los otros conceptos de la tríada. El concepto que de los tres se considere como *Grundbegriff* es indiferente».

Después de que Leibniz estableciera las relaciones de interdefinibilidad entre las tradicionales modalidades aléticas, von Wright establece, del siguiente modo, las analogías entre las modalidades aléticas y las deónticas: <sup>2</sup>

es posible, M  
 es imposible, I = -M  
 es necesario, N = I - = -M-  
 está permitido, P  
 está prohibido, F = -P  
 es obligatorio, O = F- = -P-

De acuerdo con una extendida opinión extendida se considera que el concepto de «obligación», o los de «obligación» y «prohibición», son los conceptos deónticos fundamentales o primarios, mientras que la permisión puede definirse en función de los anteriores operadores, lo que la convierte en una categoría derivada <sup>3</sup> (hasta el punto de que la lógica

<sup>1</sup> Este principio es denominado de manera diversa: así, GIOJA, A. L. 1954 y ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 177, y se refieren a él como Principio de Prohibición; MOORE, R. 1973 y ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 216, como Tesis Refleja, y Von WRIGHT, G. H. 1951 a), p. 9, como Principio de Permisi6n.

<sup>2</sup> Cfr. los primeros sistemas de lógica dándose (Von WRIGHT 1951 a) y 1951 b) y las analogías entre los operadores modales aléticos de posibilidad y necesidad (M y N) los operadores deónticos permitido y obligatorio (P y O), y lo mismo vale para muchos sistemas posteriores. Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 51; OPALEK, K. y WOLENSKI, J. 1973, p. 169.

<sup>3</sup> Así, ROSS, A. 1971, p. 114, señala que: «Entre estas cuatro modalidades (se refiere a obligaci6n, permiso, pretensi6n y no pretensi6n), distinguimos la modalidad de obligaci6n como fundamental, pues expresa de modo inmediato el operador directivo específi-co que, cuando el directivo es una norma, tiene su base existencial en el sentimiento de validez. La especial posici6n de la modalidad de obligaci6n resulta del hecho de que, mientras que es concebible un sistema que contenga solamente normas afirmativas de obligaci6n, no podemos decir otro tanto respecto de la modalidad de permiso... De lo cual se sigue que, en un lenguaje formalizado necesitamos sólo un símbolo, irreducible, para el elemento directivo de las normas, y que es natural que ese símbolo represente la obligaci6n».

deóntica ha sido denominada lógica de la obligación (Castañeda, H. N. 1950, pp. 62-75). En cualquier caso se acepta la interdefinibilidad de los operadores «prohibido» y «permitido», de forma que «no prohibido» significa «permitido», estableciéndose las siguientes equivalencias:

$$\begin{aligned} Op &= \neg P \neg p. \\ Pp &= \neg O \neg p. \\ Fp &= \neg Pp = O \neg p. \end{aligned}$$

De otro lado, uno de los axiomas de la lógica deóntica estándar es el Principio de Permisión (genéricamente Principio del tercero excluido) según el cual:

$$Pp \vee P \neg p$$

esto es, para todo acto  $p$ , o  $p$  o  $\neg p$  está permitido <sup>4</sup>.

Este principio implica que todo acto (estado de cosas) está normado (como permitido o como prohibido) y todo sistema es cerrado (carente de lagunas). Según Von Wright (1968) todo sistema normativo sería trivialmente cerrado, pues todas las conductas son deónticamente caracterizadas por todo sistema normativo <sup>5</sup>. Así, Von Wright (1981, p. 25), refiriéndose a la ausencia de propiedades  $F$ ,  $O$  y  $P$ , señala lo siguiente: «Que a una acción *le falte* la propiedad de estar prohibida significa que no está prohibida pero es u obligatoria o (en el sentido fuerte) permitida. Que a una acción *le falte* la propiedad de ser obligatoria significa que no es obligatoria pero es o permitida o prohibida. Que a una acción *le falte* la propiedad de estar permitida, por último, significa que no está permitida pero es o prohibida u obligatoria. Así, tenemos las siguientes identidades:

---

En este sentido, por ejemplo, Opalek y Wolenski sostienen: «En particular, permisión tratado como no prohibición o no obligación es suficiente para definir otros operadores. Lo mismo se aplica para obligación y prohibición. Por tanto, dentro del fin del análisis lógico sólo los conceptos interdefinibles pueden ser tratados en pie de igualdad. De otro lado, de acuerdo con una opinión extendida, obligación y prohibición son conceptos más naturales y primarios que permisión. Ésta es la razón por la que permisión resulta una categoría normativa derivada e incluso superflua». Como consecuencia de esto, señalan que: «toda concepción de la lógica en la que se acepta que la permisión tiene un carácter normativo en el mismo sentido que obligación y prohibición implica una confusión entre el uso y la mención de las normas», OPALEK, K. y WOLENSKI, J. 1973, pp. 169, 182.

En el primer sistema de lógica dándose de Von WRIGHT, G. H. 1951 a), la permisión es la noción dándose primitiva; Cfr. también Von WRIGHT, G. H. 1968, pp. 82-85, y FOLLESDAL, D. e HILPINEN, R. 1981, pp. 1-35.

CONTE, A. G 1962, pp. 1-27, por su parte asume como modalidad primitiva la Permision.

<sup>4</sup> Cfr. Von WRIGHT 1951 a), p. 9; 1981, p. 5; 1997, p. 49; FOLLESDAL, D. e HILPINEN, R. 1981, pp. 9-13; BULYGIN, E. 1995, p. 138.

<sup>5</sup> Cfr. también ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 172, y 1991, p. 216.

$$[-F] x = \text{df} - [F] x \ \& \ ([O] x \vee [P] x)$$

$$[-O] x = \text{df} - [O] x \ \& \ ([P] x \vee [F] x)$$

$$[-P] x = \text{df} - [P] x \ \& \ ([F] x \vee [O] x)$$

Para Von Wright los actos que no han sido sometidos a norma han de considerarse permitidos puesto que siempre habrá un gran número de actos de cuyo *status* normativo jamás se ocupará. «Por eso es razonable, dada una autoridad de normas, dividir los actos humanos en dos grupos principales; a saber, actos que han sido y actos que no han sido (todavía) sometidos a norma por esta autoridad. De los actos que han sido sometidos a norma, algunos son permitidos, otros prohibidos, otros mandados. Aquellos actos que no han sido sometidos a norma son *ipso facto* no prohibidos. Si un agente hace tal acto, el legislador no puede acusarle de violar la ley. *En este sentido*, tal acto puede decirse que está 'permitido'»<sup>6</sup>.

Ross, por su parte, señala que las normas de permiso tienen la función normativa de indicar, dentro del sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación de aquél; de lo cual infiere que en un lenguaje formalizado, necesitamos solamente un símbolo, irreducible, para el elemento directivo de las normas, y que es natural que este símbolo represente la obligación. «Hablando formalmente es un problema de definición. Tal y como en la tabla precedente he definido 'permiso' esta expresión es idéntica a la negación de obligación... El permiso en sentido débil es idéntico a nuestro concepto de permiso; significa simplemente que el acto no está prohibido (porque el legislador no ha decidido su actitud hacia él)»<sup>7</sup>. Como justificación de lo anterior Ross señala: «Nunca he oído de ninguna ley que se apruebe con el propósito de declarar una nueva forma de conducta (por ejemplo, escuchar la radio) permitida. Si un legislador no encuentra razón para interferir produciendo una prescripción obligatoria (mandato o prohibición) simplemente guarda silencio. No conozco ninguna regla jurídica permisiva que no sea lógicamente una excepción modificativa de una prohibición y, por tanto, interpretable como la negación de una obligación»<sup>8</sup>.

Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 233-234) reconstruyen el argumento de Ross como sigue:

- 1) Si no hay normas permisivas no hay permisos fuertes.
- 2) Todas las normas permisivas son reducibles a normas que establecen obligaciones.
- 3) Normas de permisión sólo tienen la función de indicar, dentro de algún sistema, cuáles son las excepciones de las normas del sistema.
- 4) No hay normas permisivas.

<sup>6</sup> Von WRIGHT, G. H. 1970, p. 101.

<sup>7</sup> ROSS, A. 1971, p. 115.

<sup>8</sup> ROSS, A. 1971, pp. 115-116.

- 5) No hay permisos fuertes.
- 6) Todos los permisos son permisos débiles, esto es, no prohibiciones.

## 1.2. Negación de la distinción entre Permisi6n débil y Permisi6n fuerte

El mantenimiento del mencionado principio lleva consigo negar la distinción entre permisi6n fuerte y permisi6n débil <sup>9</sup>.

1. 2. 1. Una de las críticas a esta distinción gira en torno a la idea de que todos los permisos pertenecen a la esfera normativa. Estas premisas son las que llevan a Opalek y Wolenski (1973, pp. 180-181) a sostener que la distinción entre el permiso fuerte y el permiso débil está basada en dos supuestos: (a) la existencia de normas permisivas como una categoría diferente de las normas de prohibici6n, y (b) la divisi6n del universo de actos humanos en dos esferas: la normativa y la extranormativa. Para los filósofos polacos ambos supuestos carecen de justificaci6n. Respecto del primero señalan que siendo el permiso fuerte una contrapartida l6gica de las normas permisivas «la introducci6n de la esfera del permiso fuerte en el universo de la regulaci6n normativa da por resultado que el permiso fuerte se convierte en algo así como una indiferencia fuerte... Desde este punto de vista el concepto de permiso fuerte es inútil. Respecto del segundo, rechazan la idea de una esfera extranormativa sobre la base de que este concepto es derivado del de sistema normativo, por lo que el concepto de «esfera extranormativa» debería sustituirse por el concepto (normativo) de «indiferencia» <sup>10</sup>.

1. 2. 2. Una segunda vía para rechazar la distinción entre la permisi6n fuerte y débil se basa en la falta de distinción de fuerza normativa entre ambos tipos de permisiones <sup>11</sup>. Raz (1991, p. 98), después de señalar que la distinción es de gran importancia y que no está claro ni el significado ni la relevancia de la misma, afirma que la distinción

<sup>9</sup> Como refieren ALCHOURR6N, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 217, esta distinción fue introducida por primera vez por Von WRIGHT, G. H. 1959, pp. 26-27. Alchourr6n, C. E. y Bulyigin, E. comienzan empleando estas expresiones para sustituirlas después por permisi6n positiva y permisi6n negativa. Sobre las razones de este cambio de denominaci6n *vid.* BULYGIN 1995, p. 13, nota 7.

La distinción realizada por COSSÍO, C. 1944, entre permisi6n originaria y permisi6n normativa corresponde a la distinción que hace Von Wright entre permisi6n fuerte y permisi6n débil, *Cfr.* ALCHOURR6N, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 247.

<sup>10</sup> *Cfr.* la crítica que realizan ALCHOURR6N, C. E. y BULYGIN, E. 1991, pp. 227-231.

<sup>11</sup> RAZ, J. 1991, p. 98, define ambos tipos de permisi6n como sigue: «Se dice a menudo que un acto está permitido en sentido fuerte sólo si su permisi6n está implicada por una norma. Está permitido en el sentido débil si la permisi6n no está implicada por ninguna norma existente sino que es simplemente una consecuencia de que no haya normas que prohiban la realizaci6n de la acci6n».

(entre permisiones fuertes y débiles) tal y como se traza generalmente tiene poco sentido. «Parece razonable conjeturar, sin embargo que al menos algunos de los filósofos interesados en la distinción han sido motivados por la opinión de que las permisiones basadas en normas son un tipo de permisión diferente de las permisiones 'débiles', y en particular que las primeras tienen una mayor fuerza normativa (Esto es muy claro en el caso de Von Wright en *Norm and Action*, pp. 85-89). Pero estos filósofos no han logrado identificar la manera en que una permisión fuerte difiere de una permisión débil en lo que respecta a su fuerza normativa. En un análisis final las permisiones fuertes y débiles son permisiones exactamente en el mismo sentido que difieren únicamente en su fuente. Los intentos de encontrar la diferencia en las normas sobre lagunas o en los poderes de las autoridades subordinadas están necesariamente abocados a fracasar, puesto que dependen de la existencia contingente de diversas normas que distingan entre diversas permisiones. Pero éstas son normas adicionales, cuyas condiciones de aplicación dependen de la existencia de permisiones de una clase u otra. Estas normas no afectan al carácter normativo de las propias permisiones.

Es parcialmente porque no se ha establecido una distinción sustantiva entre permisiones fuertes y débiles por lo que es difícil saber qué norma establece una permisión fuerte y cuál no. Dado que no hay diferencia entre la fuerza normativa de las permisiones uno se ve forzado, para trazar la distinción, a apoyarse en criterios lingüísticos y formalistas carentes de cualquier fundamento racional. Una vez que se establece el diferente sentido de los diferentes tipos de permisión la cuestión de si una norma establece uno u otro tipo de permisión se transforma en un problema ordinario de interpretación; esto es, si hay razones para considerar que el Derecho pretende alcanzar el resultado que se trata de obtener por medio de una permisión débil o por medio de una permisión fuerte. Con frecuencia será difícil de decidir. Pero al menos se sabrá cuál es el problema, y por qué es importante» (Raz, J. 1991, p. 101).

Sin embargo, el mismo autor (1991, p. 101) sostendrá que sí hay un sentido en el que se puede considerar a algunas permisiones como basadas en normas que conceden permisiones, y que es diferente del sentido de todas las permisiones débiles mencionadas antes: las permisiones excluyentes. Este sentido de permisión señala «es muy diferente del sentido generalmente asignado a las permisiones fuertes, pero puede ser que explique una de las intuiciones fundamentales que hay detrás de muchos de los escritos sobre permisiones fuertes, a saber, que hay normas permisivas (es decir, normas que confieren permisiones) y que las permisiones basadas en tales normas difieren de las otras permisiones en cuanto a su fuerza normativa»<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Las permisiones excluyentes son permisiones fuertes. «No son meramente el resultado de ausencia de razón en contrario. Dado que permiten no tomar en cuenta razones concluyentes para abstenerse de una acción, no pueden darse por concedidas. Requieren siempre una justificación» (RAZ, J. 1991, pp. 102-103).

1. 2. 3. Una tercera manera de justificar la irrelevancia de la distinción entre permisos fuertes y débiles es entender, como Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 121-154), que el concepto de permisión fuerte puede ser sustituido por el de cancelación o derogación de una prohibición. Así, estos autores señalan que los actos que consisten en otorgar un permiso para realizar la acción *p* pueden explicarse de dos maneras: (a) describiéndolos como una derogación de la prohibición de *p*, o (b) aceptando un nuevo tipo de acto normativo, el acto de permitir u otorgar un permiso; esto último sería tanto como admitir que hay dos tipos de normas, normas imperativas y normas permisivas. Pues bien, los iusfilósofos argentinos se preguntan: «¿son estos dos análisis realmente distintos? ¿Cuál es la diferencia, si hay alguna, entre promulgar una permisión y derogar una prohibición? (...) Uno tiene la impresión de que los dos análisis son sustancialmente equivalentes en el sentido de que representan dos distintas descripciones de la misma situación... El concepto de norma permisiva resultaría teóricamente superfluo: se podría prescindir de él. Esto justificaría la posición de aquellos expresivistas que sólo aceptan normas imperativas, con la condición de que acepten la noción de derogación» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, pp. 146-149) <sup>13</sup>.

## 2. Perspectiva de la teoría de la norma y del ordenamiento jurídico

### 2.1 Teoría imperativista de las normas

El Principio de Permisi3n es asimismo mantenido por la teor3a imperativista de las normas <sup>14</sup> para la cual s3lo hay un tipo de acto normativo, el de ordenar, y por consiguiente s3lo hay normas imperativas que establecen obligaciones y prohibiciones. La permisi3n es una noci3n puramente negativa; se trata de la ausencia de prohibici3n. *Las permisiones son reducibles a normas de obligaci3n (por lo que no figuran entre las entidades asumidas como primitivas por la teor3a de la norma)* (Capella, J. R. 1970, p. 243) <sup>15</sup>; de ah3 que todo ordenamiento normativo puede ser expresado de manera que las normas de comportamiento contenidas en 3l tengan todas car3cter obligatorio (Scarpelli, U. 1959, p.

<sup>13</sup> Cfr. el comentario de ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. R. 1994, p. 827.

<sup>14</sup> Cfr. AUSTIN, J. 1885; THON, A. 1951; JHERING, R. von 1961; CARNELUTTI, F. 1946; VECCHIO, G. Del 1953; BOBBIO, N. 1979, pp. 213-230; SAN MIGUEL, L. G. 1962, pp. 190-195; GAVAZZI, G. 1993, pp. 324-330. Basten como ejemplo de la referida teor3a las palabras de Del VECCHIO (1953, p. 230) seg3n las cuales: «Important3simo y car3cter esencial de la norma jur3dica es la imperatividad. No podemos concebir una norma que no tenga car3cter imperativo, aunque sea bajo determinadas condiciones. El mandato (positivo o negativo) es un elemento integrante del concepto de derecho porque... pone siempre enfrente a dos sujetos, atribuyendo a uno una facultad o pretensi3n, e imponiendo al otro un deber, una obligaci3n correspondiente».

<sup>15</sup> La tesis de la eliminabilidad de las permisiones –dice Capella– se afirma respecto de la teor3a general de la norma, no respecto de especialidades como la teor3a de la norma jur3dica o la teor3a de la norma moral. Lo que vale para lo general, empero, vale

205). Ello no excluye que pueda haber estados de cosas permitidos, pero no hay ni actos de permitir ni normas permisivas (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, p. 216).

En consonancia con lo anterior, se consideran excluidos del concepto de norma los enunciados no imperativos, como por ejemplo, las normas declarativas y permisivas (Austin, J. 1885; Del Vecchio, G. 1953)<sup>16</sup>. Así, «para atribuir permisos no son necesarias normas jurídicas permisivas expresas, en cuanto que el Ordenamiento jurídico se basa en el postulado fundamental según el cual *está permitido todo lo que no está obligado ni prohibido*» (Bobbio, N. 1979, p. 220); o en palabras de Del Vecchio (1969, pp. 348-349) «el permiso de por sí, no requiere ser pronunciado por el Derecho, porque por regla general es jurídicamente lícito todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Por ende, una norma jurídica permisiva, no tiene razón de ser, ni es pensable *por sí misma*: mas puede en cambio tener sentido con respecto a otras normas de carácter imperativo, cuya esfera de aplicación restrinja o limite en cierto modo»<sup>17</sup>.

En consonancia con la mencionada teoría, las normas permisivas son «normas» dependientes de las normas de obligación y prohibición; concretamente se trata de normas cuya función es excluir, limitar o excepcionar normas obligatorias. Esta postura es compartida, entre

---

también para lo particular; sin embargo, si quisiéramos incluir la tesis dentro de la teoría general del derecho habría que decir aún que las normas jurídicas de obligación tienen por contenido descripciones de acción más generales que las descripciones contenidas en normas formuladas permisivamente, bien que el cuerpo de normas jurídicas es de algún modo heterónomo respecto de alguna otra entidad (CAPELLA, J. R. 1970, p. 244). No obstante, en otro lugar (CAPELLA, J. R. 1968, p. 225) parece sostener el carácter prescriptivo de las permisiones fuertes, al decir que: «Las permisiones tienen carácter prescriptivo, al parecer, en el caso de que sus contenidos sean descripciones a satisfacer por acciones que satisfacen también descripciones más generales contenidas en normas de obligación. No queda decidido si cabe atribuirles carácter prescriptivo cuando las acciones que satisfacen la descripción en ellas contenidas no satisface ninguna otra descripción contenida en normas».

<sup>16</sup> La presencia de normas permisivas no se considera un argumento contra la imperatividad del derecho (BOBBIO, N. 1958 *a*), pp. 154-155; 1979, p. 220). Ello porque la función de las normas permisivas es restringir un imperativo en determinadas circunstancias o con referencia a determinadas personas, y por tanto las normas permisivas presuponen las normas imperativas. Allí donde no se presupone un sistema normativo imperativo, las acciones permitidas son aquellas que no requieren ninguna norma para ser reconocidas, desde el momento que vale el postulado «todo lo que no está prohibido está permitido». Donde intervienen normas permisivas es signo de que existe un sistema normativo imperativo que sufre excepciones en determinados casos y que por tanto el postulado del que se parte es el opuesto al precedente: «Todo está prohibido u obligado excepto aquello que está (expresamente) permitido» [BOBBIO, N. 1958 *a*), p. 152].

«Sólo las expresiones llamadas en la tradición teórica legal obligaciones y prohibiciones deben considerarse normas. Expresiones del tipo 'está libre (permitido) que *p*' (en el sentido de *p* está no-prohibido) no son normas» (OPALEK, K. y WOLENSKI, J. 1973, p. 169). Cfr. en sentido crítico SAN MIGUEL L. G. 1962, pp. 190-195.

<sup>17</sup> «La expresión 'norma permisiva' es superflua —dice ZIEMBINSKI, Z. 1976, p. 176— porque uno puede, sin especial dificultad, eliminar dicha expresión, formulando de una manera más precisa normas prohibitivas, o formulando más explícitamente normas obligando al destinatario a someterse a la competencia (poder) de alguien (OPALEK, K. y WOLENSKI, 1973, p. 169. Cfr. también ZIEMBINSKI, Z. 1976, p. 172).

otros, por Del Vecchio (1969, p. 350), Ross (1971, p. 114), Bobbio (1958 a) p. 153), Scarpelli (1959, p. 128) y Kelsen (1985, p. 162).

La función de las normas permisivas se circunscribe a: a) restringir una norma precedente en el tiempo (*norme abrogante*), b) restringir un imperativo contemporáneo (*norme deroganti*) (Bobbio [1958 a), p. 153], y c) impedir la promulgación en el futuro de normas obligatorias (Scarpelli (1959), p. 204)<sup>18</sup>. Para Bobbio (1980, p. 892) una prueba de la subsidiariedad de las normas permisivas es que son posibles sistemas normativos compuestos sólo por normas imperativas o positivas o negativas, mientras no hay sistemas normativos compuestos sólo por normas permisivas. Ello depende del hecho de que los sistemas del primer tipo no excluyen comportamientos que no sean ni obligatorios ni prohibidos porque vale siempre la máxima general de que todo lo que no está prohibido ni es obligatorio está permitido (en el sentido débil de la palabra); y esta máxima vale siempre porque no se da el hecho, y es difícil concebir, de un sistema normativo en el que todos los comportamientos posibles sean obligatorios o prohibidos.... «Un ordenamiento –dice– en el que todo lo que no está prohibido es obligatorio o viceversa, es el ideal límite (negativo) del Estado omnipotente, omnicompreensivo, total, objeto de sátira o de triste conjetura por su absurdidad... Para que se pudiera dar un sistema normativo compuesto sólo de normas permisivas haría falta imaginar un Ordenamiento en el que la norma general exclusiva fuese más bien «Está permitido todo lo que no está prohibido», «Está prohibido todo lo que no está permitido»... Si existiera un Ordenamiento de este tipo, al lado de la distinción entre permiso fuerte y permiso débil, existiría también la distinción entre obligación fuerte y obligación débil. Pero esta distinción no se ha hecho nunca y nunca será hecha porque no es necesaria. No es necesaria porque las obligaciones son siempre fuertes, es decir existen sólo si están previstas expresamente por una norma. La cuestión puede ser planteada también en estos términos: mientras, como se ha dicho, la función principal de las normas permisivas es de anular o limitar normas imperativas, no vale la afirmación inversa de que la función principal de las normas imperativas sea la de anular o limitar las normas permisivas. Aun cuando se pueda dar el caso de que una norma sea introducida para desarrollar esta función, se trata de una función secundaria (Bobbio, N. 1980, p. 893).

<sup>18</sup> «Para que la clasificación sea exhaustiva [se refiere Scarpelli a la clasificación de Bobbio], a las dos clases hay que añadir la de las normas permisivas con la función de impedir que las normas de obligación existan en el futuro (*norme precludenti*). Tales son por ejemplo las normas permisivas contenidas en una Constitución, dirigidas a impedir que en un Ordenamiento jurídico entren normas obligatorias restrictivas de ciertas libertades. La función de las normas permisivas es en general la de negar normas obligatorias: se conecta con esta función que puedan ser canceladas de todo discurso normativo en el que figuran, modificando convenientemente las normas de carácter obligatorio. Una vez eliminada la norma obligatoria la norma permisiva puede caer...» (SCARPELLI, U. 1959, p. 204).



Una perspectiva diferente en el análisis de este tipo de normas lo realizan Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 146-149) al cuestionarse de qué manera puede esta teoría (imperativista) dar cuenta de los actos que consisten en otorgar un permiso o una autorización. Los autores señalan dos vías. Una consiste en describir ese acto como un acto de levantar una prohibición, es decir como una derogación de la prohibición de  $p$ ; lo que implica aceptar un nuevo tipo de acto normativo: el acto de rechazo. La segunda vía es, aceptar un nuevo tipo de acto normativo, el acto de permitir u otorgar un permiso. Si se acepta esta segunda vía, entonces ha de ser aceptado también que hay dos tipos de normas (en el sentido en que un expresivista usa el término «norma»), normas imperativas y normas permisivas. «Una norma permisiva es –como la norma imperativa– una oración significativa en su uso particular, esto es, uso permisivo. De tal manera, el acto de otorgar un permiso, puede ser descrito como el acto de promulgar una norma permisiva» (1991, p. 146).

Pues bien, la postura de Alchourrón y Bulygin no es del todo clara a este respecto. Así, sostienen que ambos análisis son equivalentes pues no hay diferencia entre promulgar una permisión y derogar una prohibición. «Cuál es la diferencia entre el acto de permitir  $p$  y el acto de rechazar  $-p$ ?». En su opinión, «ambos análisis son sustancialmente equivalentes en el sentido de que representan dos distintas descripciones de la misma situación», y que «el concepto de norma permisiva resultaría teóricamente superfluo: se podría prescindir de él. Esto justificaría la posición de aquellos expresivistas que sólo aceptan normas imperativas, con la condición de que acepten la noción de derogación» (1991, pp. 148-149).

Sin embargo, afirman a la vez que «la función que cumplen los actos de permisión no se agota en la eventual derogación de prohibiciones anteriores: puede tener perfecto sentido el acto de permitir una acción que no está prohibida», y que sin la distinción entre permisión originaria y permisión normativa (o sobreviviente) este agregado no se puede dar cuenta de muy importantes fenómenos normativos como la derogación de normas o la realización de actos permisivos (o, si se quiere, la existencia de normas permisivas). «Sólo a costa de dejar fuera de consideración estos fenómenos puede mantenerse la ilusión de un único concepto de permisión. Pero una teoría general de las normas no puede dejar de lado estos temas y para su tratamiento la distinción entre permisión fuerte y permisión débil o, si se quiere, entre permisión originaria y permisión normativa es de capital importancia» (1991, pp. 242-247).

## 2.2 *La plenitud del Ordenamiento jurídico*

Los autores que sostienen el Principio de Permisi3n parten de que los ordenamientos jurídicos son completos, ya sea porque regulan todas las acciones posibles, o porque aquéllas no reguladas son indiferentes

para el derecho. En uno u otro caso las acciones no reguladas están permitidas, ya se trate de una permisión jurídica o una permisión de hecho (indiferencia, libertad, etc.).

El sostenimiento del Principio de Permisión se ha basado, ya en consideraciones de índole ontológico, ya en su consideración como principio del derecho.

2. 2. 1. Para algunos autores dicho sistema constituye un *prius*, que refleja la libertad natural del hombre que, en principio, el derecho debe respetar, y que sólo puede ser limitada por normas jurídicas. Ésta es en el fondo la idea que subyace a la teoría del espacio jurídico vacío<sup>19</sup>.

Para Cossío (1944, p. 213 y 1947, p. 351), el principio «todo lo que no está prohibido está permitido», que es sintético y necesario (*a priori*) «expresa que la libertad metafísica del hombre es un *prius* en la experiencia jurídica, en el sentido que enuncia una juridicidad natural de la libertad como base de toda ulterior determinación jurídica y como punto de partida de una sistematización integral del derecho»; «es una norma necesaria; su contenido es así y no puede ser de otra manera, hasta el punto de que sin semejante norma el Ordenamiento jurídico resulta algo impensable».

García Máynez por su parte (1977, pp. 237-238) sostiene que el principio según el cual «lo no prohibido está permitido» es un principio de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica. «En diversos trabajos hemos sostenido que no se trata de *normas* – explícitas o implícitas – sino de enunciados que expresan determinadas conexiones de orden formal entre lo jurídicamente prohibido y lo jurídicamente permitido y, *eo ipso* asumen el mismo carácter *analítico* de todos los integrantes de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica. Se trata de principios que no son normas, pese a los cuales se imponen a los legisladores y a los jueces, en la medida en que expresan una serie de conexiones necesarias entre las diversas clases de comportamiento jurídicamente regulado y los preceptos integrantes de cada sistema. En tanto que los normativos confieren derechos o estatuyen obligaciones, los otros dan expresión a verdades universales de naturaleza apriorística. Por ello hemos sostenido que la forma en que se imponen al legislador o al magistrado «no es la de las reglas normativas, sino la peculiar e irresistible de las verdades de razón» (García Máynez, E. 1977, p. 240 y 1959, pp. 279-299)<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Vid. BOBBIO, N. 1958 a) p. 158, 1958 b), pp. 142-148; SEGURA ORTEGA, M. 1989, pp. 290-293; ITURRALDE SESMA, V. 1989, pp. 152-159.

<sup>20</sup> GARCÍA MÁYNEZ, E. 1977, p. 240, distingue así los principios generales de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica de los principios axiológicos de que el juez puede servirse para la integración de lagunas. La diferencia reside en que los últimos tienen carácter normativo, en tanto que los primeros son *enunciados* que expresan conexiones de índole formal entre las diversas especies de la conducta regulada por el derecho. Mientras los de índole axiológica se hallan *implícitos* en las disposiciones vigentes o pueden ser *incorporados*, como pautas integradoras, a los Ordenamientos legales, los *ontológico-jurídicos* y *lógico-jurídicos*, precisamente porque no son normas, no forman parte de esos Ordenamientos, pese a lo cual se imponen a los legisladores y a los Jueces.

Estas ideas han sido expresadas como indiferencia normativa (doble libertad de hacer y no hacer). La indiferencia –escribe Ziembinski 1976, p. 177– es una cualificación deóntica «natural» de todo acto humano antes de promulgar o antes de aceptar de otra forma una norma prohibiendo u ordenado este acto. La libertad no necesita ser probada –se debe probar que hay una norma en vigor imponiendo un deber de hacer o no hacer algo–. No es necesario formular una «norma permisiva» para probar la libertad <sup>21</sup>.

2. 2. 2. Para otros, se trata de un principio deducible del ordenamiento. Así, se ha dicho que es una «una regla general negativa que por sí misma se sobrentiende sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especialmente aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización» (Zitelmann, E. 1922, pp. 554-555), o que del complejo de disposiciones particulares que prevén determinados casos y establecen para ellos la existencia de determinadas limitaciones, se deriva una norma de este contenido «en todos los demás casos no hay ninguna limitación» (Donati, D. 1910, pp. 35-36).

S. Romano (1969, pp. 171-185, *vid.* Chiassoni, L. 1997, pp. 333-334) utiliza el siguiente argumento:

- 1) los comportamientos humanos, antes de que intervenga alguna reglamentación jurídica, son libres: se trata, no obstante, de «una simple libertad de hecho, no permitida, y por tanto, ni lícita ni ilícita».
- 2) toda norma jurídica limita dicha originaria libertad de hecho, puesto que vincula a un comportamiento alguna consecuencia o cualificación jurídica.
- 3) el derecho es intrínsecamente limitado: no pretende regular todos los posibles comportamientos humanos, todas las posibles situaciones relevantes para los individuos, sino sólo disciplinar aquellos comportamientos y aquellas situaciones sobre las que versan, expresa o implícitamente, las normas jurídicas: el derecho positivo «es aquel que es, comprende en su ámbito las materias que comprende, sin que por tal exclusión pueda decirse incompleto».
- 4) el derecho estatal –todo derecho estatal– entendido como «sistema de normas» es, por tanto, necesariamente completo, en virtud del «principio» según el cual todo lo que no está expresa o implícitamente regulado, es jurídicamente irrelevante.

Por último, para Kelsen, se trata de un «principio técnico de derecho positivo». Kelsen sostiene que «el principio consiste en que el legislador permite un determinado comportamiento humano sólo con no prohibirlo, sin necesidad de expedir una disposición constitutiva de la permisión o, lo que es igual, sin necesidad de enlazar a ese compor-

<sup>21</sup> Como señala BOBBIO N. 1958 *a*), p. 155, a muchas de estas concepciones subyace la idea del paso del estado de naturaleza al estado liberal, transición que sólo puede hacerse a través de la limitación de la esfera de libertad natural del hombre.

tamiento ninguna conducta sancionadora. Este 'hallarse permitido' tiene la misma significación de un 'no hallarse prohibido'. La permisión jurídica de una conducta no puede describirse por referencia a una función permisiva del derecho; sólo se puede describir negativamente por referencia a la función ordenadora y prohibitiva, esto es, prescriptiva de éste. Como el 'estar permitido' es idéntico al 'no estar prohibido' la conducta no prohibida está permitida, y la no permitida está prohibida» (Kelsen, H. 1953, p. 174)<sup>22</sup>. En el caso de que el ordenamiento no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado, ésta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Cuando el Ordenamiento jurídico obliga a una conducta, no sólo contiene la proposición de que se está obligado a la misma sino también aquella según la cual «se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado». «Frente aquel que pretende de otro una conducta no estatuida por el orden jurídico vigente, tiene este último un «derecho» concedido el orden jurídico a la omisión de esa conducta; «derecho» en el sentido de libertad jurídicamente garantizada» (Kelsen, H. 1981, pp. 138-139)<sup>23</sup>.

## II. CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE PERMISIÓN

### 1. **Perspectiva de la lógica deóntica. Distinción entre permisión débil y permisión fuerte**

La elaboración de la lógica deóntica se ha llevado a cabo en base a las analogías, puramente formales, con la lógica modal. Pues bien, el énfasis puesto en dicha analogía, a menudo ha hecho olvidar que los principios lógicos no son aplicables sin más al terreno jurídico.

En la literatura jurídica es frecuente la apelación a «la lógica» para mostrar el carácter avalorativo de la «ciencia» del derecho y la neutralidad de cualquier operador jurídico excepción hecha del legislador. Consecuencia de lo anterior ha sido la utilización (con un significado

<sup>22</sup> Aunque para Kelsen «permitir» tiene dos sentidos: *a)* no prohibido, y *b)* autorizar o facultar a alguien para producir una consecuencia jurídica. Para que haya permisión en el sentido (*b*) es indispensable una determinación positiva del legislador, lo que no ocurre en el sentido (*a*). De otro lado, a este sentido de permisión no le es aplicable el postulado «lo que no está prohibido está permitido».

<sup>23</sup> En sentido similar a Zitelmann y Donati, KELSEN 1985, pp. 204-205, señala que «Si se distingue (...) una reglamentación positiva y una negativa del comportamiento humano por parte del Ordenamiento jurídico, todo comportamiento humano, sometido a un Ordenamiento jurídico, está regulado jurídicamente sea de manera positiva o negativa. En este sentido se puede hablar de una completitud (*Geschlossenheit*) del Ordenamiento jurídico», e indica que un comportamiento puede estar permitido por el derecho de manera negativa, en cuanto que jurídicamente no está ni prohibido ni prescrito, y por tanto es jurídicamente libre».

eminentemente emotivo) del término «lógica»<sup>24</sup> a análisis que poco tenían que ver con ésta, así como la aplicación indiscriminada de sus principios al ámbito jurídico.

Como señala Vernengo (1989, p. 299), ha sido una idea reciente en la teoría jurídica que la lógica puede actuar como una especie de piedra de toque universal acerca de la corrección o adecuación de teorías en derecho. Es generalmente admitido que la lógica –o alguna de sus múltiples variantes– es una condición necesaria de la validez teórica de cualquier (toda) teoría, jurídica o no, una creencia que puede parecer más bien trivial ya que las teorías deben parecer lógicas *ex principio*, como condición de su aceptabilidad. Sin embargo, hoy en día parece más bien absurdo discutir si una teoría u otra depende, para su validez teórica, de la aceptación de unos u otros principios lógicos, especialmente desde que hay muchas propuestas lógicas disponibles.

Pues bien, los principios de la lógica deóntica estándar no siempre pueden ser aplicados al derecho. Una muestra de ello es que los juristas que defienden el principio «Lo no prohibido está permitido» en criterios de orden lógico, no están dispuestos, aplicando esos mismos principios lógicos, a aceptar el principio inverso («Lo no permitido está prohibido»)<sup>25</sup>.

Si partimos de las definiciones de Obligación, Permisión y Prohibición:

$$\begin{aligned} Pp &= - O - p. \\ Fp &= - Pp = O - p. \end{aligned}$$

y del principio del tercero excluido ( $Pp \vee P - p$ ;  $Op \vee O - p$ ;  $Fp \vee F - p$ ), por el cual todo comportamiento tiene que estar deónticamente determinado. Si a esto añadimos el hecho de existencia de una laguna en el derecho<sup>26</sup> (esto es, que hay comportamientos ( $p$ ) que no son ni obligatorios, ni están permitidos ni prohibidos), llegamos a las conclusiones siguientes:

<sup>24</sup> «Si volviéramos sobre la literatura filosófica sobre el derecho anterior a 1950..., nos encontraríamos con abundantes referencias a la lógica y al derecho. Sin embargo, tanto han cambiado las ideas y las palabras que apenas veríamos algo de común entre lo que Kelsen entendía entonces por lógica, o lo que, en nuestros países, C. Cossío, E. García Máynez, L. Legaz y Lacambra o L. Recaséns Siches escriban bajo esa denominación, con los asuntos que preocupan hoy a las lógicas normativas» (VERNENGO, R. J. 1987, p. 304).

<sup>25</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 216.

<sup>26</sup> Dada la pluralidad de significados del término laguna [vid. BOBBIO N. 1958 b) pp. 157-165; SEGURA ORTEGA, M. 1989, pp. 287-290, CHIASSONI, L. 1997, pp. 336-346; ITURRALDE SESMA, V. 1989, pp. 147-151], entiendo por laguna: (a) la ausencia de una norma cuya validez dé la condición de eficacia de otra (es lo que CONTE, A. G. 1962 p. 43, denomina laguna técnica), lo que se produce en aquellos supuestos en que falta la regulación global de una determinada materia, como (b) la ausencia en el ordenamiento de una norma que establezca una solución o regulación para un determinado caso individual (éste es, ampliado, el concepto de laguna normativa de ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, pp. 37-38, 48-49 y 58). Concepto que coincide en lo fundamental con el de SEGURA ORTEGA, M. (1989, p. 289) cuando señala que «una laguna es la ausencia de regulación por parte del Derecho (podría decirse mejor del Ordenamiento jurídico... de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico...».

- Fp = Pp (Lo no prohibido está permitido).
- Pp = Fp (Lo no permitido está prohibido).

La aproximación modal estándar a la lógica deóntica ha sido criticada porque sobrevalora la analogía entre los modos aléticos y los modos deónticos y tiende a desconocer los rasgos peculiares que distinguen los modos deónticos de los otros modos (Hilpinen (1981, p. XI). Aquí voy a limitarme al operador deóntico Permitido, poniendo de relieve la necesidad de distinguir dos conceptos de Permisi3n, pero tambi3n (como se ver3 en el apartado siguiente) dos conceptos de Obligaci3n y Prohibici3n.

La distinc3n entre Permisi3n d3bil y fuerte fue iniciada por Von Wright y ha sido desarrollada posteriormente por los iusfil3sofos Alchourr3n y Bulygin.

Von Wright modifica su posici3n inicial respecto de la identificaci3n entre «Prohibido» y «no Permitido», y se3ala la necesidad de introducir dos conceptos de permisi3n. «La opini3n de que un permiso de hacer un determinada cosa –escribe– es lo mismo que la ausencia o falta de prohibici3n de hacer dicha cosa es bastante com3n. Yo mismo la he aceptado en anteriores publicaciones. Me parece, sin embargo, que esta opini3n es un serio error por varias razones. Aqu3 expondr3 s3lo una de ellas» (Von Wright, G. H. , 1970, p. 101).

Para evitar la interdefinibilidad de prohibido y permitido distingue dos tipos de permiso (permiso d3bil y permiso fuerte) que define como sigue:

df 1 = «Un acto se dir3 que est3 permitido en el sentido fuerte, si no est3 prohibido, pero ha sido sometido a norma. Los actos que est3n permitidos en sentido fuerte lo est3n tambi3n en sentido d3bil pero no necesariamente viceversa», a lo que a3ade:

df 2 = «Un acto est3 permitido en sentido fuerte si la autoridad ha considerado su estado normativo y decide permitirlo. Pero esto no debe entenderse que significa que la autoridad es necesariamente de haber permitido el acto. El permiso puede tambi3n ser una *consecuencia l3gica* de las normas que ha emitido» (Von Wright, G. H. 1970, p. 101) <sup>27</sup>. A su vez distingue varias especies de permiso fuerte: permiso

<sup>27</sup> Von WRIGHT, G. H. (1981, p. 25), define tambi3n la permisi3n fuerte como sigue: «El operador «fuertemente permitido» lo podemos definir como sigue: «La (en sentido fuerte) acci3n individualmente permitida no cae bajo ninguna clase de acci3n prohibida pero cae al menos bajo una (en sentido fuerte) permitida».

ALCHOURR3N, C. E. y BULYGIN, E. (1991, pp. 215-238) critican la duplicidad de definiciones dadas por Von WRIGHT en la medida en que ambas no son equivalentes, por lo que se plantean la pregunta de cu3l de las dos ha de ser considerada como la definici3n de permiso fuerte. En efecto la *df 1* requiere dos condiciones: (a) un acto no ha de ser prohibido y (b) debe estar «sometido a norma», esto es, debe ser o bien permitido o bien obligatorio. En cambio la *df 2* exige una sola condici3n: el acto debe ser (expresa o impl3citamente) permitido. Esta segunda condici3n es id3ntica a (b). «Supongamos ahora –prosiguen los autores– que una autoridad normativa decide permitir un acto que est3 prohibido (tal vez sin haberse percatado de este hecho). ¿Ser3a este acto considerado como permitido en el sentido fuerte? Conforme a (i) la respuesta ser3a negativa, pues el acto est3 prohibido; de acuerdo a (ii) la respuesta ser3a positiva, pues el acto est3 expl3citamente permitido» (p. 217).

como tolerancia, permiso como derecho en relación con los sujetos de la prohibición, y permiso como habilitación (Von Wright, G. H., 1970, pp. 104).

Para Von Wright la razón de que el permiso no se pueda definir en términos de obligación y prohibición radica en que hay un elemento en los permisos que no es reducible a los otros caracteres normativos, elemento que denomina «tolerancia». «Para ver si un permiso es un carácter irreducible de las normas o no debemos examinar la noción de tolerancia». «... si hay un elemento en los permisos que no es reducible a los otros caracteres normativos, este elemento es idéntico a lo que llamamos tolerancia. Así, lo que es característicamente «permisivo» de los permisos sería la declaración por la autoridad de la norma de su tolerancia de una determinada conducta por parte del sujeto o sujetos de la norma (Von Wright, G. H. 1970, p. 105).

Alchourrón y Bulygin ahondan en la distinción realizada por el lógico finés partiendo de la distinción entre normas y proposiciones normativas y poniendo de relieve el diferente significado de la permisión en uno y otro caso <sup>28</sup>.

En la terminología de estos iusfilósofos las *normas* son enunciados prescriptivos que se usan para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas. Las *proposiciones normativas* son enunciados descriptivos que se usan para informar acerca de las normas o acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 173).

La interdefinibilidad de los tres caracteres normativos (obligatorio, prohibido, permitido) significa que las *normas* «Permitido *p*», «No prohibido *p*» y «No obligatorio *no p*», son lógicamente equivalentes y significan lo mismo. También son lógicamente equivalentes las normas «Prohibido *p*», «No permitido *p*» y «Obligatorio *no p*».

En el plano de las proposiciones normativas son necesarios dos conceptos de permisión <sup>29</sup>: la permisión débil y la permisión fuerte, que se definen como sigue:

- Definición de *permisión fuerte*: *p* está permitido en sentido fuerte en el caso *q* en el sistema *a* = Df. De *a* se infiere una norma que permite *p* en el caso *q*.

<sup>28</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1996, pp. 140-143.

<sup>29</sup> «Es precisamente la posibilidad de sistemas normativos incoherentes e incompletos lo que hace necesario distinguir entre los permisos fuertes y débiles. Con respecto a sistemas completos y coherentes la distinción se esfuma: si un sistema es completo todos los estados de cosas relevantes están regulados, sea como prohibidos, sea como permitidos en sentido fuerte, de manera que no existen estados de cosas permitidos en el sentido débil (es decir, no prohibidos) que no están a la vez permitidos en el sentido fuerte» (ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 220. Vid. también BULYGIN, E. 1995, pp. 129-141).

Cfr. la crítica que ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991, p. 237, realizan a la historia que relatan ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG (1980) según la cual no tendría sentido distinguir entre permisos fuertes y débiles.

- Definición de *permisión débil*:  $p$  está permitido en el sentido débil en el caso  $q$  en el sistema  $a = \text{Df.}$  Entre las consecuencias de  $a$  no existe una norma que prohíba (= no permita)  $p$  en el caso  $q$ .

Si bien permitido y prohibido como caracteres de las normas son dos conceptos contradictorios (permitido equivale a no prohibido y viceversa); la permisión fuerte y la prohibición fuerte, en cuanto caracteres de las conductas, no son contradictorias pues cabe una tercera posibilidad, a saber, que del sistema no se pueda inferir ni la permisión ni la prohibición de la conducta  $p$ . Así, ocurre justamente cuando entre las consecuencias del sistema no figura ninguna norma que permita y tampoco hay una norma que prohíba  $p$  (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 175).

Para Alchourrón y Bulygin la *versión fuerte* del Principio de Permisión (denominado por ellos Principio de Prohibición) según la cual «para toda conducta  $p$  y para todo caso  $q$ , vale que si de  $a$  no se infiere la prohibición de  $p$  en  $q$ , entonces de  $a$  se infiere la permisión de  $p$  en  $q$  (o lo que es lo mismo, «Todo lo que no está prohibido en el sentido fuerte, está permitido en el sentido fuerte), no es verdadera (a menos que todos los sistemas normativos sean (absolutamente) cerrados, es decir, completos respecto de cualquier Universo de Casos y en cualquier Universo de Soluciones). En efecto, «del solo hecho de que una cierta norma (la que prohíbe  $p$ ) no pertenezca al sistema, no se puede inferir que otra norma distinta (la que permite  $p$ ) forme parte del mismo, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autorice a efectuar la inferencia» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 179).

De otro lado, las definiciones anteriores no son circulares porque los términos «permitido» y «prohibido» tienen distintos significados en el *definiendum* y en el *definiens*. Así, los términos, «permite» y «prohíbe» que figuran en el *definiens* se refieren a los *caracteres de las normas*; mientras que cuando dichos términos figuran en el *definiendum* son caracteres de las conductas reguladas por la norma. «Los *caracteres de las conductas* son elementos de las proposiciones normativas en el mismo sentido que los caracteres normativos son elementos de las normas» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 174). «La distinción entre los caracteres de las normas y los caracteres de las conductas es fundamental, pues gran parte de las dificultades que surgen de la interpretación del Principio de Prohibición se deben precisamente a la confusión de estos conceptos». (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 175).

Los filósofos argentinos resumen su posición llamando la atención sobre la ambigüedad del principio «Lo que no está prohibido está permitido»; ambigüedad que ponen de manifiesto mostrando las tres maneras en que el mismo puede interpretarse:

a) Si «permitido» expresa el concepto prescriptivo, entonces el principio es una norma, a saber, «una norma permisiva con un contenido especial» (Von Wright, p. 87). Esta norma permite todos los



actos o estados de cosas que no han sido prohibidos por otras normas del sistema; si una norma de tal tipo es agregada a un conjunto de normas, el sistema resultante es completo o cerrado. Pero la cuestión de saber si una norma de clausura de este tipo pertenece o no a un sistema es una cuestión contingente, que nada tiene que ver con la lógica.

*b)* Si «permitido» significa «permiso fuerte», entonces el principio es una proposición contingente acerca de un sistema normativo. Ser verdadero si el sistema en cuestión es completo y falso, si no lo es. Por lo tanto, en esta versión el principio no puede ser invocado como una razón para sostener que todos los sistemas normativos son completos.

*c)* Si «permitido» significa «permiso débil», entonces el principio es analítico (respecto de la definición de «permiso débil»), pero como tal es vacío y nada dice de ningún sistema normativo. Por consiguiente no excluye la posibilidad de que haya lagunas, esto es, estados de cosas no regulados, porque un estado de cosas no regulado es justamente el que no está prohibido (es decir, permitido en sentido débil y no permitido en el sentido fuerte) (*cfr.* Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, p. 221).

En el sentido *a)* «permitido» expresa el concepto prescriptivo de «permisión», mientras que en las acepciones *b)* y *c)* «permitido» expresa conceptos descriptivos (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, p. 219).

Partiendo de la importancia y necesidad de distinguir entre estos dos conceptos de «permisión» hay que señalar lo siguiente. De un lado, el concepto de «Permiso débil» no es un concepto descriptivo sino valorativo, puesto que (a diferencia de la «permisión fuerte») implica una determinada valoración del Ordenamiento jurídico según la cual a falta de una norma que otorgue una cualificación normativa a una conducta ésta debe entenderse permitida.

De otro lado, los iusfilósofos argentinos no llevan el argumento hasta sus últimas consecuencias, esto es, a admitir, los conceptos de «Obligación débil» y «Prohibición débil». Puesto que, cuando definen los mismos lo hacen en un plano teórico, sin considerar que aquéllos puedan tener alguna virtualidad en los Ordenamientos jurídicos. Así, Alchourrón y Bulygin escriben que la noción de «prohibición débil» es muy poco usada: «sólo en circunstancias muy especiales una conducta se calificaría como prohibida por el mero hecho de que no estuviera expresamente permitida. Menos usual todavía es la noción de «obligación débil» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 177, nota 12).

## 2. Perspectiva del Ordenamiento jurídico

Las razones en contra del mantenimiento en nuestro Ordenamiento, con alcance general, del principio según el cual «Lo no prohibido está permitido», pueden reconducirse a las siguientes:

1) No hay en nuestro Ordenamiento jurídico una norma expresa ni implícita que exprese dicho principio general <sup>30</sup>.

Para que una norma forme parte de un Ordenamiento jurídico o bien tiene que haber sido emanado por algún órgano competente para ello (norma expresa), o tiene que ser consecuencia de otras normas (norma implícita) <sup>31</sup>. Pues bien al menos en el derecho español no hay una norma de ese tipo. En palabras de Ruíz Miguel (1983, p. 252 y 1993, p. 162), «tampoco es posible encontrar la norma general excluyente permisiva en un hipotético derecho general a la libertad de carácter jurídico, pues, que yo sepa, ni está reconocido legal y judicialmente en toda su extensión en parte alguna, ni sería razonable reconocerlo».

De otro lado, tampoco constituye una condición *sine qua non* de los actuales ordenamientos jurídicos, puesto que (como veremos más adelante) en aquellos ámbitos en que el legislador ha querido establecer dicha norma de clausura lo ha realizado expresamente.

2) La aplicación de este principio puede dar como resultado un conflicto de derechos.

A diferencia de lo que ocurre en la lógica deóntica donde suele afirmarse que los permisos nunca se contradicen entre sí <sup>32</sup>, en el ámbito jurídico la permisión concedida a una persona puede excluir la permisión de otra cuando ambas tiene por objeto la realización simultánea de una misma acción o estado de cosas <sup>33</sup>. Veamos algunos ejemplos.

- El Código Civil no establece nada respecto a la duración de la pensión compensatoria que, en virtud del artículo 90 E) del Código Civil uno de los cónyuges debe abonar al otro en caso de nulidad, separación o divorcio. En un determinado proceso judicial en que se discute esta cuestión, aplicando el principio de permisión resultaría que ante la pretensión del cónyuge A (deudor

<sup>30</sup> El concepto de laguna (en cuanto ausencia en un Ordenamiento jurídico de respuesta a un determinado caso), remite al problema de la identificación de dicho ordenamiento, esto es, a la determinación de las fuentes de derecho, cuestión que va más allá de este trabajo.

Únicamente tengo que precisar que cuando utilizo la expresión «norma jurídica» lo hago en un sentido amplio como «todo enunciado que, independientemente de su forma y de su objeto, es reconocible como perteneciente a un sistema normativo» (*cfr.* GUASTINI, R. 1987, p. 4, y TARELLO, G. 1980, pp. 61-62). De otro lado, utilizo «norma» como equivalente a «enunciado normativo» (a diferencia de enunciación normativa y de proposición normativa).

<sup>31</sup> GUASTINI, R. 1982, pp. 11-13, y 1990, pp. 122-124, emplean la expresión «norma implícita»; ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 396, así como Von WRIGHT, G. H. 1970, pp. 165-168, «normas derivadas», WROBLEWSKI, J. 1984, pp. 7-9, y PRIETO SANCHÍS, L. 1992, p. 141, «principios implícitos». Más allá de la terminología lo importante es la idea de que, en palabras de PRIETO SANCHÍS, «es una norma que no puede ser considerada como el significado de una determinada disposición normativa, sino que se supone constituye casos de aplicación o especificación de dicho principio».

<sup>32</sup> Von WRIGHT, G. H. 1970, p. 155. No obstante hay quienes, como PEÑA, L. y AUSÍN, F. J. 1995, pp. 228-232, reconociendo la posibilidad de conflicto entre permisiones aceptan el Principio de Permision.

<sup>33</sup> *Cfr.* A. RUIZ MIGUEL 1983, pp. 254-255.

de la pensión) de limitar su alcance durante por ejemplo cinco años la respuesta sería afirmativa, como lo sería también ante la demanda del cónyuge B (acreedor de la pensión) acerca de si puede cobrar la pensión indefinidamente. Resulta obvio que ambas soluciones («Al cónyuge A le está permitido pagar la pensión sólo durante cinco años» y «Al cónyuge B le está permitido cobrar la pensión indefinidamente») son incompatibles.

- El artículo 122. 3 CE dejó una laguna al no indicar a propuesta de quién o qué órgano debían ser elegidos los doce miembros del Consejo General del Poder Judicial de procedencia judicial. Desde la entrada en vigor de la Constitución hasta la aprobación en 1980 de la Ley del Consejo General del Poder Judicial había una laguna. Pues bien si nos atenemos al principio «Lo no prohibido está permitido», tenemos que:

«Está permitido que los doce miembros sean nombrados a propuesta de los Jueces y Magistrados».

«Está permitido que los doce miembros sean nombrados a propuesta del Parlamento».

Pues bien, es patente que ambas permisiones no pueden llevarse a cabo simultáneamente.

- En aplicación del artículo 61 de la Ordenanza Laboral para la Pesca Marítima de Buques Arrastreros al Fresco (aprobada por Orden de 31 de julio de 1976, y legislación válida y aplicable al caso) el 9 de diciembre de 1986 J. A. N. es cesado en su empleo sin indemnización alguna puesto que la norma citada no reconoce dicho derecho. Supongamos (aunque sería discutible) que estamos en presencia de una laguna. ¿Tiene J. A. N. derecho a indemnización en la medida que la Orden citada no lo prohíbe? ¿Tiene el empresario derecho a despedir a J. A. N. sin indemnización? (por la misma razón que antes).

Aplicando el principio de permisión, las respuestas a ambas cuestiones tendrán que ser afirmativas («A J. A. N. le está permitido cobrar una indemnización» y «Al empresario le está permitido despedir a J. A. N. sin indemnización»), lo que resulta contradictorio.

3) La aplicación de dicho principio conduce a soluciones no contradictorias pero jurídicamente inviables.

Una vez renovado en Congreso (art. 99 CE) ¿qué plazo hay para que el Rey, a través del Presidente del Congreso, proponga un candidato a la presidencia del Gobierno? ¿Qué plazo tiene el Rey para promulgar y ordenar la inmediata publicación de las leyes, una vez aprobadas por el Parlamento»? (art. 62 CE).

En casos como éstos nada se resuelve con la aplicación del principio de permisión, pues resulta absurda la interpretación según la cual el Rey puede (en tanto que no está prohibido) emplear tanto cinco o veinte días, como cinco o veinte años.

4) Hay ocasiones en que la solución de un caso no regulado se resuelve por aplicación de la analogía, los principios generales del derecho, los principios constitucionales, etc. Esto puede conducir a que una conducta no prohibida resulte prohibida como consecuencia de la aplicación de dichos medios de integración.

- En la STC 123/1992, de 28 de septiembre se planteó la cuestión de si el empresario puede sustituir a los trabajadores en huelga por otros de la misma empresa que no la secundan, situación no contemplada expresamente por norma alguna. Pues bien, aunque las normas referidas a la materia parecían sugerir una respuesta afirmativa <sup>34</sup>, el Tribunal Constitucional estableció que «no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el artículo 37 de la Constitución» <sup>35</sup>.
- En la STC 103/1990 de 4 de junio (en la que se resuelve el ejemplo antes citado) el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que a pesar de no estar prevista la indemnización en caso de despido en la Ordenanza de Trabajo de 31 de julio de 1976 aplicable al caso, la conducta del empresario de despedir sin indemnización está prohibida, puesto que, «en nuestro actual

---

<sup>34</sup> Pues el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 señala que: «En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que *no estuviesen vinculados a la empresa* al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado siete del presente artículo», y el artículo 8.10 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, tipifica como infracción grave «los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores por otros *no vinculados al centro de trabajo* al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el Ordenamiento».

<sup>35</sup> El Tribunal Constitucional (S 103/1990, de 4 de junio), decidió la cuestión en el sentido de que: «La interpretación *a contrario sensu* de esta prohibición [la del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 y del art. 8.10 de la Ley 8/1988] parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración, sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la sentencia que es objeto de este proceso (FJ 2)», para continuar señalando que el derecho de huelga (art. 28 CE) goza de una situación de preeminencia respecto al derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE), así como que «la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi...*, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el Ordenamiento jurídico». «En consecuencia –concluye el Alto Tribunal–, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, en su proyección sobre la situación concreta que es objeto de este proceso, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el artículo 37 de la Constitución» (FJ 5).

derecho positivo, existe una *regla general* mediante la cual a falta de una norma que expresamente disponga lo contrario, el cese del empleo por voluntad del empresario sin justa causa lleva consigo, como mínimo, el abono de una indemnización, cualquiera que sea la naturaleza, común o especial de la relación laboral» (FJ 4) (la cursiva es mía).

- La misma solución (de prohibición) ha dado el Tribunal Supremo, por ejemplo a la cuestión de la *inmisio in alienum*. ¿Está en nuestro ordenamiento prohibido cualquier tipo de inmisión perjudicial o nociva?, teniendo en cuenta que la única prohibición existente es la establecida en el artículo 1908 del Código Civil relativa a supuestos concretos. Pues bien, el Tribunal Supremo ha establecido la prohibición general de todo tipo de inmisiones <sup>36</sup>.
- Otro tanto puede decirse del enriquecimiento sin causa, supuesto no contemplado con carácter general en nuestros textos legales (la única mención se encuentra entre las normas del derecho internacional privado del Título Preliminar del Código Civil), respecto del cual la jurisprudencia <sup>37</sup> ha establecido su prohibición.

5) Un caso genérico no regulado, puede tener como solución la prohibición o la permisión según el caso individual al que se aplique.

- A este respecto resulta significativo el problema de la admisión o no en nuestro ordenamiento del «derecho al suicidio». La conclusión a que llegó el Tribunal Constitucional (S 120/1990, de 27 de junio) al hilo del recurso del amparo planteado por tres miembros de los GRAPO mientras cumplían condena, fue (en lo que a nosotros nos interesa) que hay que distinguir entre «quien asume el riesgo de morir en una situación que sólo a él afecta», en cuyo caso se trata de acto de libertad y respecto del cual sería ilícita la asistencia médica obligatoria; y «la decisión de quienes, hallándose en una relación de sujeción especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le con-

<sup>36</sup> El razonamiento del TS (S 12 de diciembre de 1980) es el siguiente: «si bien el C. C. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina jurisprudencial y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 y de las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtiene por generalización analógica de los artículos 590 y 1908, pues es regla fundamental que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina, a lo que cabe añadir disposiciones de otra índole como son el Reglamento de 30 de noviembre de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y el artículo 5, número 2, de la ley de 19 de noviembre de 1975, sobre desechos y residuos sólidos».

<sup>37</sup> STS 23 de marzo de 1966, 27 de enero de 1975, 1 de diciembre de 1980, 12 de diciembre de 1984, 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987 y 30 de marzo de 1988.

fiere el Ordenamiento jurídico» en cuyo caso es lícita la asistencia médica obligatoria.

Como puede apreciarse en este caso el suicidio está prohibido o permitido según la situación en la que se encuentre el sujeto.

- En nuestro derecho no está regulada con carácter general la autocontratación (esto es la posibilidad de que el mismo sujeto establezca una relación obligatoria entre su patrimonio y otro sobre el que acta por representación legal o voluntaria, o bien entre dos patrimonios ajenos de los que es administrador). Imaginemos que el representante, encargado de vender una finca, quiere comprarla para sí y el representado se opone. Aplicando el principio de «Todo lo que no está prohibido está permitido» tendríamos que responder afirmativamente a la pregunta de si el representante, encargado de vender una finca, puede comprarla para sí. Pues bien, la jurisprudencia, lejos de establecer esta libertad general, ha señalado que la respuesta es positiva o negativa en función de la existencia o no de conflicto de intereses entre representante y representado. Así, la respuesta negativa se ha basado en los supuestos contemplados en los artículos 1459, 1 y 2, 163, 299, 1 del Código Civil y 267 del Código de Comercio. De ellos puede inferirse lógicamente –dice la jurisprudencia– una prohibición de la autocontratación, dado que tienden a evitar el conflicto de intereses que se produce entre los propios y personales del afectado y los de los otros por los que ha de velar en virtud de la posición jurídica que ostenta. En aquellos casos en que no exista colisión de intereses porque, por ejemplo, ha sido superada por el propio titular del interés afectado dando licencia para el autocontrato, está permitida (SSTS de 5 de noviembre de 1956, 27 de octubre de 1966 y 30 de septiembre de 1968).
- Otro tanto se puede decir respecto de la admisión de la objeción de conciencia. Ante el silencio de la CE el Tribunal Constitucional se pronunció no en el sentido de admitirla con carácter general (lo que sería consecuencia del principio de «Lo no prohibido está permitido»), ni de su total exclusión (en razón de que el art. 30. 2 CE sólo la reconoce en un determinado supuesto), sino que estableció en un determinado supuesto (la objeción de conciencia de los médicos a realizar abortos) está permitida (STC 53/1985, 11 abril, FJ 14), mientras en otros (la objeción de conciencia fiscal) está prohibida (STC 161/1987, 27 octubre, FJ. 3) <sup>38</sup>.

<sup>38</sup> La STC 53/1985 reza así «... cabe señalar, por lo que se refiere a la objeción de conciencia [de los médicos a realizar abortos] que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas

Las anteriores razones muestran que no puede mantenerse como principio general (esto es, aplicable a todo el Ordenamiento) el Principio de Permisi3n.

As3, y frente a lo que es opini3n com3n <sup>39</sup>, paralelamente a los conceptos de Permisi3n fuerte y Permisi3n d3bil puede hablarse de Obligaciones fuertes y d3biles y Prohibiciones fuertes y d3biles. Los ejemplos indicados muestran c3mo conductas no expresamente prohibidas ni obligatorias, pueden estar prohibidas o ser obligatorias en sentido d3bil. De aqu3 que las normas permisivas tengan un lugar tan importante en el sistema jur3dico como las obligaciones y prohibiciones (Ruiz Miguel, A, 1988 *a*), p. 290).

### 3. Limitaci3n de dicho principio al 3mbito sancionador (penal y administrativo)

Indicadas las razones por las que en nuestro derecho no es v3lido con alcance general el Principio de Permisi3n, hay quienes han intentado justificarlo reduciendo su 3mbito de aplicaci3n. As3, Bobbio [1958 *a*], pp. 159-160] considera que la aplicaci3n o no de dicho principio est3

---

ocasiones, la Constituci3n es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»; y la STC 161/1987, se3ala: «La objecci3n de conciencia con car3cter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no est3 reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significar3a la negaci3n misma del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto. Y esto es lo que hizo el constituyente espa3ol, siguiendo el ejemplo de otros pa3ses, al reconocerlo en el art3culo 30 de la Norma suprema, respecto al deber de prestar el servicio militar obligatorio».

<sup>39</sup> *Cfr.*, p. ej., BOBBIO, N. 1980, p. 893: «Esta distinc3n (entre obligaci3n fuerte y obligaci3n d3bil) no ha sido nunca hecha y nunca ser3 hecha porque no es necesaria. No es necesaria porque las obligaciones son siempre obligaciones fuertes, s3lo existen si son expresamente previstas por la norma»; SOETEMAN, A. 1989, p. 150: «En el caso de ausencia de normas jur3dicas es posible hablar de permisi3n en sentido d3bil»; ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. 1994, p. 832, despu3s de negar la existencia de conductas indiferentes se3alan: «aqu3 cabr3a decir que –en virtud de la competencia materialmente ilimitada que los sistemas jur3dicos como tales reclaman para s3– todo lo no prohibido est3 permitido»; «En forma an3loga podr3amos definir tambi3n la noci3n de prohibici3n d3bil, como la ausencia (en *a*) de una norma que permita *p*. Pero esta noci3n es muy poco usada: s3lo en circunstancias muy especiales una conducta se calificar3a como prohibida por el mero hecho de que no estuviera expresamente permitida. Menos usual todav3a es la noci3n de obligaci3n d3bil» (ALCHOURR3N, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 177, nota 12); «Para asegurar la regulaci3n de todas las conductas posibles, es suficiente con incluir entre sus normas una cl3usula de cierre del sistema, o norma de cierre por la cual se prev3 por adelantado el r3gimen aplicable a las conductas no expresamente previstas. El principio de prohibici3n puede ser justamente una norma de este tipo. Mejor, puede hacerse que este principio sea la 3nica norma aparentemente justa y bastante simple con la que es posible clausurar un sistema normativo: basta observar que una norma alternativa simple, como el principio: «Todo lo que no est3 permitido est3 prohibido», no s3lo parece injusta e irrealizable por razones practicas, sino a3n no ser3a de ninguna utilidad para la clausura l3gica del sistema, puesto que la no permisi3n

en función de la esfera del derecho (privado o público). En todo Estado –señala– hay situaciones que corresponden a la primera fórmula (Todo está permitido excepto lo que está prohibido) en la que el presupuesto es la libertad natural y situaciones correspondientes a la segunda (Todo está prohibido excepto lo que está permitido) en la que el presupuesto es la falta de libertad. «Esta diferencia de situaciones corresponde *grosso modo* a la tradicional distinción entre la esfera del derecho privado y la del derecho público. Cuando leemos el Código Civil lo leemos teniendo en mente el presupuesto de que todo lo que no está previsto en él está permitido; cuando leemos el texto de una Constitución leemos teniendo *in mente* que todo lo que no está expresamente autorizado está prohibido. Diremos, en otras palabras, que en la esfera de la reglamentación de la autonomía privada vale el postulado de que todo está permitido excepto aquello que está prohibido, mientras que en la esfera de la reglamentación de los órganos públicos vale el postulado opuesto de que todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido. La distinción no tiene valor puramente teórico: en caso de laguna, si un sistema imperativo se rige por el primer postulado deriva que el comportamiento no previsto debe considerarse permitido, si se rige por el segundo el comportamiento no previsto debe considerarse prohibido». Para Kelsen (1934, p. 290) la diferencia reside en el sujeto, así «El hombre puede hacer todo lo que no le está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico; pero el Estado, o mejor, el hombre investido de la calidad de órgano estatal, sólo puede hacer lo que le está permitido jurídicamente».

En mi opinión dicho principio es válido en nuestro ordenamiento únicamente respecto de aquellas actos o estados de cosas cuya consecuencia es una sanción penal, administrativa, o medida de seguridad <sup>40</sup>,

---

de una acción y de su omisión implicaría la prohibición de una y otra conducta, lo que sería contradictorio» (RUIZ MIGUEL, A. 1988 b), p. 325; «... las permisiones tienen un *status* normativo distinto de las obligaciones y de las prohibiciones. La permisión de *p* está dada por la ausencia de un cierto acto (ausencia del acto de prohibir *p*...), mientras que la prohibición (u obligación) requiere la existencia de ciertos actos normativos» (ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 131. *Cfr.* también PRIETO SANCHÍS, L. 1990, pp. 153-166).

<sup>40</sup> En este sentido se pronuncia RUIZ MIGUEL, A. (1983, p. 252) para quien «en efecto, como norma jurídica no suele existir más que en Derecho penal y el intento de encontrarla para todo el Derecho está abocado al fracaso. No puede hallarse en la prohibición general de las coacciones porque el hecho de que una conducta no pueda ser coactivamente exigida no siempre significa que está permitida». En otro lugar la extiende al ámbito tributario: «Hay dos sectores, sin embargo, en los que los principios de legalidad formal y de prohibición de analogía *in malam partem* convalidan la existencia constitucional de una norma general excluyente en relación con las acciones de los ciudadanos: el Derecho penal y el tributario. «La operatividad de la norma general excluyente en estos sectores procede no tanto de esa norma como tal, sino, de un lado, de su rango constitucional y, de otro, de la reserva legal y de la exigencia de taxatividad o concreción que la acompañan, que permite formularla como «Lo que está *legal* y *taxativamente* prohibido está permitido para el ciudadano» o «Lo que no está establecido expresa y concretamente por ley como tributo no obliga al ciudadano» (RUIZ MIGUEL, A. 1993, p. 163).



y podría formularse como «Toda acción u omisión cuya consecuencia no constituya delito, falta, medida de seguridad o infracción administrativa según la legislación vigente en el momento de su comisión, no puede ser sancionada con ninguna de esas consecuencias».

Ello se infiere de una interpretación conjunta de los artículos 25. 1 de la CE, 1. 1 y 2, 2. 1 y 10 del Código Penal, artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y artículo 129. 1 y 2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; así como de la prohibición de analogía de los artículos 4.1 del Código Penal y 129. 4 de la Ley 30/1992 citada <sup>41</sup>.

El Tribunal Constitucional interpreta la garantía de legalidad del artículo 25. 1 CE (aplicable tanto de las sanciones penales como de las administrativas) en el siguiente sentido: *a*) prohibición de sancionar a un individuo por comportamientos no previstos como tales en el momento de producirse éstos, *b*) prohibición de imponer sanciones no previstas, *c*) prohibición de irretroactividad de las normas desfavorables, *d*) prohibición aplicación analógica, y *e*) obligación de taxatividad tanto de los comportamientos como de las sanciones correspondientes. A diferencia de lo que ocurre con las cuatro primeras garantías, la exigencia de esta última es más laxa desde el momento que se hace com-

<sup>41</sup> Constitución: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento» (art. 25.1).

Código Penal: «1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no está prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley» (art. 1); «1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración» (art. 2); «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley» (art. 10); «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas» (art. 4. 1).

Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley». «4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica» (art. 129).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...» (art. 15. 1).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional...» (art. 7).

Por lo que se refiere al ámbito militar, el principio de legalidad está plasmado en el artículo 1 del Código Penal Militar («Sólo serán castigadas como delitos militares las acciones y omisiones previstas como tales en este Código»).

Respecto de las sanciones administrativas *vid.* DOMÍNGUEZ VILA, A. (1997), SUAY RINCÓN, J. (1989), GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (1994), CID MOLÍN, J. (1996).

patible con la inclusión de expresiones valorativas y con tipos penales en blanco <sup>42</sup>.

El problema reside en la interpretación del término «sanción», pues el Tribunal Constitucional, si bien parte de un concepto formal, se ve necesariamente abocado a darle un contenido material con el fin de excluir de su extensión determinados supuestos. En principio dicho término lo entiende el Tribunal Constitucional en un sentido formal: «sanción penal» equivale a sanción punitiva impuesta por jueces o tribunales penales y «sanción administrativa» a sanción punitiva impuesta por la Administración. Así, es el criterio del órgano el que el Tribunal Constitucional utiliza como prioritario para establecer las garantías en uno y otro caso <sup>43</sup>. Dicho esto, el Tribunal Constitucional excluye del concepto de sanción la denominada expropiación sanción, las multas coercitivas, los tributos con función extrafiscal y los recargos tributarios. El Alto Tribunal define el concepto de sanción en función de algo tan impreciso como el fin represivo, retributivo o de castigo. Así, por ejemplo, señala que «El recargo no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de finalidad represiva, retributiva o de castigo» y que «el hecho de que el recargo impugnado pueda tener una finalidad disuasoria del pago impuntual no lo convierte en una sanción» (STC 164/1995 (FJ. 4), que «la *intentio legis* del tributo [se está refi-

<sup>42</sup> En cuanto a la garantía de legalidad penal *vid.* SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988, 29/1989, 61/1990, 127/1990, 182/1990, 207/1990, 111/1993, 372/1993, 102/1994, 265/1994 y 120/1996.

Respecto a la aplicación (aunque con matices), de los principios inspiradores del derecho penal sancionador al ámbito administrativo, *cfr.* STC 77/1983, 42/1987, 3/1988, 219/1989 y 89/1993. El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de imponer sanciones e infracciones administrativas por normas de rango reglamentario (*cfr.* SSTC 42/1987, 101/1988 y 29/1989).

En cuanto a la prohibición de irretroactividad *vid.* STC 8/1981 y 15/1981. Por lo que a la prohibición de aplicación analógica de las normas desfavorables respecta, *vid.* STC 74/1984. Respecto de la constitucionalidad (con ciertos requisitos), de las leyes penales en blanco, *cfr.* SSTC 127/1990 y 118/1992.

<sup>43</sup> Como señala CID MOLÍN, J. (1996, p. 135, nota 4), la expresión «sanción penal» es ambigua pues puede utilizarse para designar a aquellas sanciones que imponen los jueces o tribunales penales, con independencia de su contenido o para referirse a aquellas sanciones que, con independencia del órgano que las impone, tienen una determinada gravedad.

Podía haberse adoptado un criterio material o de contenido distinguiendo el tipo de sanción (penal o administrativa) en función de la gravedad de ésta. En este sentido, PRIETO SANCHÍS, L. (1982, pp. 100-101) señala que no hay una diferencia conceptual entre el Derecho penal y el Ordenamiento administrativo sancionador fuera de la competencia en cada caso: «El Derecho Comparado y el histórico ponen de relieve que lo considerado en un Ordenamiento como acción criminal en otro es tratado como delito administrativo..., es una idea quimérica suponer que existen notas internas distintivas para ambos tipos y, con ello, para la demarcación de las esferas respectivas, 'de modo que el Derecho positivo, al repartir la competencia ente los Tribunales y las autoridades administrativas, no haría sino dar satisfacción a una necesidad derivada del hecho sometido, en cada caso, a la sanción penal».

A este respecto, hay que poner de relieve que otro tipo de sanciones (civiles o laborales, por ejemplo) pueden tener más gravedad que una sanción penal.

riendo a tributos con función extrafiscal] no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos sino disuadir a los titulares de propiedades o de empresas agrícolas del incumplimiento de las obligaciones a la función social de la propiedad de la tierra que la propia ley define» (STC 37/1987 FJ. 13); que «las multas coercitivas no se inscriben en el ejercicio «de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración» (STC 239/1988 (FJ. 2), y respecto de la expropiación-sanción que «no estamos ante 'sanciones', sino ante un instrumento de acción pública en pro del cumplimiento de la función social de la propiedad».

Para finalizar hay que destacar dos aspectos importantes de este tema. De un lado, que en este ámbito sancionatorio la permisión no lo es respecto a los *comportamientos*, sino a las *consecuencias* de los mismos. Con esto quiero decir que el hecho de una acción u omisión no tenga una sanción penal ni administrativa no excluye una consecuencia de otro tipo (civil, laboral, etc.).

De otro lado, lo dicho hasta ahora no significa que el derecho penal (ni el administrativo sancionador) sean sectores del ordenamiento sin lagunas. Así, por ejemplo, nada dice el Código Penal en cuanto a cómo opera la prescripción cuando estamos ante delitos conexos (¿se aplica por separado a cada uno de ellos o deben considerarse como una unidad?) o, desde cuándo comienza a correr el plazo de prescripción si no se conoce el día en que se cometió la infracción punible?, etc.

Escribe Von Wright (1997, p. 33) que «la cuestión de las lagunas no es una cuestión de lógica. Es más bien una cuestión de aceptación o no aceptación de determinadas metanormas». La cuestión es que en los estados de derecho en los que el principio de legalidad es una de las piedras de toque difícilmente pueden aceptarse metanormas (mientras sólo sean esto).

### III. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E.: (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- (1991): *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1996): «Norma jurídica», Grazón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.) *El derecho y la justicia*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 133-147.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. R.: (1994): «Sobre permisos en el derecho», *DOXA*, 15-16, pp. 815-843.
- AUSTIN, J. (1885): *Lectures on Jurisprudence*, John Murray, London.
- BOBBIO, N.: (1958): *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino.
- (1960): *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- (1979): *Il Positivismo Giuridico*, Giappichelli, Torino.
- (1980): «Norma», en *Enciclopedia Einaudi*, vol. 9, pp. 876-907.

- BULYGIN, E. (1995): «Lógica deóntica», ALCHOURRÓN, C. E. (ed.) *Lógica*, Trotta-Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. 129-141.
- CAPELLA, J. R.: (1968): *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona.
- (1970): «Una investigación acerca de la ontología presupuesta por la teoría de la norma: la cuestión de la norma permisiva», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XV, pp. 219-247.
- CARNELUTTI, F. (1946): *Teoria generale del diritto*, Foro italiano, Roma.
- CHIASSONI, L. (1997): «Lacune nel diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXVII, núm. 2, pp. 321-363.
- CID MOLINÉ, J. (1996): «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *Revista de Administración Pública*, núm. 140, pp. 131-172.
- CONTE, A. G. (1962): *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappicheli, Torino.
- COSSÍO, C.: (1944): *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1947): *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, Losada, Buenos Aires.
- DOMÍNGUEZ VILA, A. (1997): *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Pons, Madrid.
- DONATI, D. (1910): *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società Ed. Libreria, Milano.
- ECHAVE, D. T., URQUIJO, M. E. y GUIBOURG, R. A. (1980): *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires.
- GAVAZZI, G. (1993): *Studi di teoria del diritto*, Giappicheli, Torino.
- GARCÍA MÁYNEZ, E.: (1959): *Ensayos filosófico-jurídicos 1934/1959*, Universidad Veracruzana, México.
- (1977): *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México.
- GIOJA, A. L. (1954): «El postulado jurídico de la prohibición», *Ideas para una Filosofía del Derecho*, Ed. Sucesión de A. L. Gioja, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (1994): *Las sanciones administrativas en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia*, Actualidad Editorial, Madrid.
- GUASTINI, R.: (1982): *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino.
- (1987): «In tema di abrogazione», en C. LUZZATI (ed.) *Labrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Giuffrè, Milano, pp. 3-31.
- (1990): *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino.
- FOLLESDAL, D. e HILPINEN, R. (1981): «Deontic logic: An Introduction», Hilpinen, R. (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Reidel, Dordrecht, pp. 1-35.
- HILPINEN, R. (1981): «Introduction to the second edition», Hilpinen, R. (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Reidel, Dordrecht, pp. XI-XV.
- ITURRALDE SESMA, V. (1989): *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid.
- JHERING, R. Von (1961): *El fin del derecho*, 2 vols., Cajica, Puebla.
- KELSEN, H.: (1934): *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona.
- (1981): *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México.
- (1985): *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino.
- MOORE, R. (1973): «Legal Permisi3n», *ARSP*, 3, pp. 327-346.

- OPALEK, K.-WOLENSKI, J. (1973): «On weak and strong permissions», *Rechtstheorie*, 2, pp. 169-182.
- PEÑA, L. y DíEZ, F. J. (1995): «Quantificational Entitlements and Relevant Deontic Logic», *Logique et Analyse*, núms. 150-151-152, pp. 209-238.
- PRIETO SANCHÍS, L.: (1982): «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, pp. 99-121.
- (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RAZ, J. (1991): *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ROMANO, S. (1969): «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale» (1925), en *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, pp. 171-185.
- ROSS, A. (1971): *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, A.: (1983): *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1988a): «Permissivité», Arnaud, A. J. (Dtor.) *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, LGLJ, Paris, pp. 287-291.
- (1988 b): «Prohibition», Arnaud, A. J. (Dtor.) *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, LGLJ, Paris, pp. 323-325.
- (1993): «La autonomía individual y derecho a la propia vida», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, pp. 135-165.
- SAN MIGUEL, L. G. (1962): «El problema de la norma permisiva como presupuesto para el estudio del derecho subjetivo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, pp. 178-195.
- Scarpelli, U. (1959): *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Academia delle Scienze, Torino.
- SEGURA ORTEGA, M. (1989): «El problema de las lagunas en el derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VI, pp. 285-312.
- SOETEMAN, A. (1989): *Logic in Law*, Kluwer, Dordrecht.
- SUAY RINCÓN, J. (1989): *Sanciones administrativas*, Colegio Real de España, Bolonia.
- TARELLO, G. (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- THON, R. (1951): *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Cedam, Padova.
- VECCHIO, G. Del (1953): *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano.
- VERNENGO, R. J.: (1987): «Derecho y lógica: un balance provisorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 303-329.
- (1989): «About an Empowerment Theory of Legal Norms and Some Related problems», *Ratio Juris*, vol. 2, n.º 3, pp. 299-303.
- WRIGHT, G. H. von: (1951a): «Deontic Logic», *Mind*, vol. 60, pp. 1-15.
- (1951b): «An Essay in Modal Logic», North-Holland, Amsterdam.
- (1959): «On the Logic of Negation», *Societas Scientiarum Fennica. Commentationes Physico-Mathematicae*, XXII, 4, Helsingfors.
- (1968): «An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action», *Acta Philosophica Fennica*, XXI, Helsinki-Amsterdam.
- (1970): *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid.
- (1981): «On the logic of norms and actions», Hilpinen R. (ed.) *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, pp. 3-35.
- (1997): *Normas, Verdad y Lógica*, Fontamara, México.

- WROBLEWSKI, J. (1984): «Le role des principes du droit dans la théorie et l'ideologie de l'interpretation juridique», *Archivium Iuridicum Cracoviense*, vol. 17, pp. 5-27.
- ZIEMBINSKI, Z. (1976): «On So-Called 'Permissive Norms'», *Archivium Iuridicum Cracoviense*, vol. IX, pp. 169-178.
- ZITELMANN, E. (1922): «Las lagunas del derecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 140, pp. 540-559.



# Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica

Por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS  
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. La complejidad constitutiva del Derecho y la naturaleza de la norma jurídica. 2. El proceso de perfección del Derecho.—II. *La seguridad jurídica y el proceso de perfección formal del Derecho*: 1. La fijación del Derecho. 2. La ordenación del Derecho. 3. La integración del Derecho. 4. La simplificación del Derecho.—III. *La concisión del lenguaje normativo y su incidencia en la estructura y en la forma de la norma jurídica*: 1. Correlación entre la naturaleza de la norma y el lenguaje de la misma. 2. Razones y límites del uso del estilo imperativo en la formulación de la norma jurídica. 3. Incidencia del estilo imperativo del lenguaje legal en la estructura y naturaleza de la norma jurídica: A) Simplificación y estilización de la norma jurídica. B) Permanencia de la naturaleza preceptiva de la norma.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. **La complejidad constitutiva del Derecho y la naturaleza de la norma jurídica**

El Derecho es un fenómeno histórico-cultural (síntesis de valor y realidad) cuya génesis y constitución se desenvuelve a lo largo de un complejo proceso (proceso de la validez jurídica), en el que cabe distinguir, como fases o momentos esenciales del mismo, la legitimidad, la positividad y la eficacia. La *legitimidad* integra la dimensión ideal, axiológica, ético-política y ético-jurídica del Derecho (constituye el momento de su *validez filosófica*). La *positividad* posee un carácter téc-



nico-normativo, en el que los contenidos materiales que integran el momento de la legitimidad son concretados y formulados, por quien tiene autoridad para ello, en normas (se trata del momento de la *validez dogmática* del Derecho). La *eficacia* consiste en la aceptación y obediencia habitual del Derecho por los destinatarios del mismo. Posee una dimensión de carácter fáctico, sociológico y, en cuanto tal, constituye el momento de la *validez sociológica* del Derecho.

La *norma jurídica* participa de la naturaleza plural y compleja de Derecho, estando integrada sustancialmente por las dimensiones de la legitimidad y la positividad. La norma jurídica en cuanto directiva del obrar humano, posee una naturaleza preceptiva, no meramente imperativa, puesto que en ella se integran la legitimidad del Derecho (validez filosófica) y su positividad (validez dogmática). En este sentido la norma no puede ser entendida ni como un mero dictamen o juicio de la razón (*lex indicans*), ni como un mero mandato de la voluntad (*actum imperii*), sino como una síntesis armoniosa de razón y voluntad (*ratio ac voluntas*), como un precepto, en donde se articulan, armonizan y complementan un *acto de la razón o del entendimiento* (*vis directiva* = dictamen o juicio de la razón acerca de lo que es justo y de lo que es injusto) y un *acto o decisión de la voluntad* (*vis compulsiva, vis coactiva*), mediante el cual se ordena hacer lo justo y se prohíbe lo injusto, bajo amenaza de una sanción <sup>1</sup>.

Esta compleja realidad es la que sintetiza la magistral definición de ley dada por Tomás de Aquino («*Lex est ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*») <sup>2</sup>, o la lacónica formulación de Francisco Suárez: «*Lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum*» (La ley es precepto común, justo y estable, suficientemente promulgado) <sup>3</sup>.

## 2. El proceso de perfección del Derecho

El Derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural, se nos presenta como resultado de un complejo proceso que se va realizando y perfeccionando, en el espacio y en el tiempo, bajo el impulso y las exigencias de una pluralidad de factores. Entre estos factores se encuentran las exigencias de la justicia y de seguridad jurídica en cuanto fines del Derecho.

Las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica condicionan e impulsan el proceso de realización y perfeccionamiento del Derecho en una doble dirección o sentido:

<sup>1</sup> CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho civil de España*, 2.<sup>a</sup> edic. Parte general, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, pp. 47 ss. Véase SUÁREZ, F., *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Lib. I, cap. 5, núms. 11 y 12, y Lib. II, cap. 6, núms. 4 y 7.

<sup>2</sup> *Summa Theol.*, I-II. q. 90.a. 4.

<sup>3</sup> SUÁREZ, F., *op. cit.*, Lib. I, cap. 12, núm. 5.

a) En sentido vertical dicho proceso se nos presenta, desde la perspectiva ontológica propia de la Filosofía del Derecho, como un proceso de desarrollo, concreción e integración de elementos del Derecho de significación axiológica (*legitimidad*), técnica y dogmática (*positividad*) y fáctica o sociológica (*eficacia*). Se trata, como hemos indicado ya, del proceso ontológico de la validez del Derecho, de su realización y constitución, en virtud del cual la *legitimidad* (validez filosófica), la *positividad* (validez dogmática) y la *eficacia* (validez sociológica) se configuran como dimensiones esenciales, constitutivas del Derecho, y cuya clave y fundamento último radica en las ideas de justicia y seguridad jurídica.

b) Desde una perspectiva horizontal, el Derecho, en cuanto realidad histórico-cultural, se nos presenta como un fenómeno que se despliega, se realiza y perfecciona en el espacio y en el tiempo. Dicho proceso, impulsado también, junto con otros factores, por las exigencias de la justicia y de la seguridad, se configura como un doble fenómeno de perfección material y formal.

La investigación de dicho proceso llamó ya la atención de G. Del Vecchio quien hizo de su estudio, bajo la denominación de *investigación fenomenológica del Derecho*, uno de los temas centrales de su Filosofía del Derecho <sup>4</sup>.

- Desde el *punto de vista material* el Derecho, en cuanto sistema normativo, ha experimentado, en líneas generales, un largo y lento proceso de depuración y perfeccionamiento ético de sus contenidos. Dicho proceso ha sido el resultado del progresivo descubrimiento, positivación y protección de las exigencias de la justicia y de los derechos fundamentales del hombre. Como consecuencia de ello el Derecho se ha ido haciendo, progresivamente, más justo, más humano, más legítimo.
- Desde el *punto de vista formal* el Derecho ha sufrido, simultáneamente, un proceso de corrección y perfeccionamiento formal, tanto en su estructura como en su forma técnica, cuya clave hay que ver, fundamentalmente, en la idea de seguridad jurídica. En relación con esa perfección formal y técnica que las exigencias de la seguridad jurídica proyectan sobre el Derecho, en cuanto sistema normativo, Pérez Luño, siguiendo a Radbruch, habla de «corrección estructural» del Derecho <sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Para G. del Vecchio la temática fundamental de la Filosofía del Derecho estaba integrada por tres investigaciones: La investigación lógica, la investigación fenomenológica y la investigación deontológica del Derecho. Del VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Trad. esp., 9.ª ed., revisada por L. LEGAZ Y LACAMBRA, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1991, pp. 276 ss.

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 23 ss.

## II. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PROCESO DE PERFECCIÓN FORMAL DEL DERECHO

Las exigencias que la seguridad jurídica proyecta sobre la estructura y la forma técnica del Derecho, con el fin de perfeccionarlo, haciéndolo más seguro, pueden reducirse básicamente a las siguientes tareas: fijación, ordenación, integración y simplificación del Derecho.

Aunque nuestro estudio va a ceñirse a la última de estas tareas, parece conveniente, para no perder la visión de conjunto del problema y fijar mejor la significación y alcance del objeto de nuestra reflexión, hacer un breve esbozo del contenido y de la función de las demás tareas. Así tenemos:

### 1. La fijación del Derecho

Esta tarea comprende, entre otros contenidos, los siguientes:

- El establecimiento de un sistema claro y preciso de fuentes formales del Derecho.
- La positivación de los principios, ideas y valores que constituyen el momento de la legitimidad, en cuanto dimensión constitutiva del Derecho.
- La fijación de las normas positivas mediante la escritura (paso del Derecho consuetudinario al Derecho escrito).
- El empleo en la formulación de la norma de un lenguaje claro, sencillo y preciso que evite, en la medida de lo posible, tanto la ambigüedad (semántica y sintáctica) de los enunciados normativos, como la vaguedad de los conceptos usados, garantizando así la comprensibilidad del texto de la norma.
- La determinación clara y precisa del modo de obligar de la norma (distinción entre *ius cogens* y *ius dispositivum*), así como del grado de intensidad de su fuerza normativa en virtud del lugar o grado jerárquico que ocupa en la estructura del ordenamiento. (Orden de prelación de fuentes en el lenguaje jurídico ordinario).
- Fijación clara y precisa de los ámbitos de validez de la norma jurídica: ámbitos de validez personal (a *quién* obliga), real (*qué* materias regula), territorial (*dónde* obliga) y temporal (desde *cuándo* y hasta *cuándo* obliga).
- La adecuada y suficiente publicación de la norma jurídica.

### 2. La ordenación del Derecho

La ordenación del Derecho supone el paso de la dispersión normativa –tan común en los Derechos antiguos– a la «agrupación y sistematización» de las normas jurídicas, e incluso a su «unificación», para faci-

litar su mejor y más seguro conocimiento y aplicación. Se trata de un proceso lento que se lleva a cabo mediante el empleo de diferentes técnicas. Momentos claves de dicho proceso son los constituidos por las técnicas de la compilación o recopilación y la codificación.

La *compilación o recopilación* no supone la creación de un Derecho nuevo sino la mera ordenación o sistematización de normas jurídicas ya existentes. No obstante, la recopilación puede revestir dos modalidades: la primera modalidad, que es la más simple y menos científica, consiste en la mera ordenación puramente cronológica del material normativo. La segunda, más compleja y científica, combina los criterios sistemático y cronológico, ordenando las normas por materias (según un criterio lógico-científico), respetando siempre el criterio cronológico. Enrique Gil y Robles denomina *Ordenamiento* a esta segunda modalidad de recopilación, reservando el nombre de *compilación* para la primera (la que se atiene sólo al criterio cronológico) <sup>6</sup>.

La codificación constituye una técnica más moderna surgida bajo las ideas del racionalismo y la ilustración. La codificación supone la formulación de una vez (en una ley o cuerpo legal), de un nuevo Derecho. Dicha ley (el código) contiene una regulación sistemática (de acuerdo con criterios y categorías lógico-científicas) y completa de las normas e instituciones de una determinada rama del Derecho. El código es un cuerpo legal que se caracteriza así por la homogeneidad de su materia y por la coherencia y rigor sistemático de la articulación de sus disposiciones <sup>7</sup>. Todo ello dota al código de unidad, claridad, orden y seguridad que contribuyen decisivamente a facilitar la certeza en el conocimiento y aplicación del Derecho <sup>8</sup>.

### 3. La integración del Derecho

La tarea de integrar el Derecho supone una doble exigencia:

- De un lado, y en primer lugar, dicha tarea exige, siempre que la técnica legislativa lo permita, el cumplimiento del principio de *lege plena*, sobre todo en determinados sectores del Derecho, como por ejemplo, el Derecho Penal. Dicho principio supone la eliminación del Ordenamiento jurídico de las normas incompletas (normas con supuestos de hecho en blanco o consecuencia jurídica indeterminada) mediante la precisa y suficiente determinación tanto del supuesto de hecho como de la consecuencia de Derecho de las normas, conforme al principio *nullo crimen nulla poena sine lege*.

<sup>6</sup> Vid. GIL Y ROBLES, E., *Tratado de Derecho Político (Según los principios de la Filosofía y el Derecho cristianos)*, 3.ª ed. T. II, Madrid, Afrodasio Aguado, S. A. Editores Libreros, 1961, pp. 579, 580, 607 y 608.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 580 y 608.

<sup>8</sup> Vid. HASSEMER, W., «Rechtssystem und kodifikation», en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6.ª ed., C. F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, pp. 252 y ss.

- En segundo lugar, la integración del Derecho exige el cumplimiento del principio de *plenitud del Ordenamiento jurídico*, mediante la eliminación de las lagunas jurídicas cuya existencia se haya constatado, y arbitrando los métodos adecuados para integrar las nuevas lagunas que puedan detectarse o sobrevenir<sup>9</sup>.

#### 4. **La simplificación del Derecho**

En su momento señaló Montesquieu la relación existente entre la simplicidad de las leyes y las formas del gobierno, subrayando la necesaria correlación existente entre la simplificación de las leyes y el despotismo. En este sentido decía que «cuando un hombre se hace más absolutista, lo primero que hace es simplificar las leyes»<sup>10</sup>.

Nuestro planteamiento responde a unos supuestos diferentes, en los que para nada cuenta el problema del régimen político, y sí sólo la conveniencia, desde el punto de vista técnico y ético jurídico, de simplificar el Derecho. La simplificación del Derecho obedece al principio de *economía normativa o legal*, en función del cual se pretende eliminar los inconvenientes que, para el conocimiento y la aplicación del Derecho, se derivan de los fenómenos de la profusión normativa y de la extensión y complejidad en la formulación del Derecho. La idea de simplificación supone ir de lo múltiple a lo único, de lo complejo a lo sencillo. Aplicada al Derecho, la idea de simplificación implica las tareas de reducir tanto el número de normas como la extensión de su enunciado.

El principio de economía normativa o legal, que inspira la simplificación del Derecho, comprende a su vez una serie de principios, entre los que cabe destacar:

a) *El principio de eficacia*, que exige la eliminación de las normas innecesarias y las que fácilmente pueden burlarse, pues como indicaba Montesquieu «del mismo modo que las leyes inútiles debilitan las necesarias, las que se pueden eludir debilitan la legislación»<sup>11</sup>.

b) *Los principios de no redundancia y sencillez*. El primero de ellos exige la eliminación en el Ordenamiento jurídico de las normas reiterativas, mera repetición de otras ya existentes. La sencillez supone la austeridad o moderación en el establecimiento de instituciones jurídicas, no creando más que las estrictamente necesarias<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, pp. 24 ss.

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, «De l'Esprit des Lois», *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, vol. II, Ed. Gallimard, 1989, p. 310. Vid. Lib. VI, caps. 1 y 2, pp. 307 ss.

<sup>11</sup> *Ibid.*, Lib. XXIX, cap. 16, p. 880.

<sup>12</sup> Sobre la significación del principio de sencillez en el Derecho romano véase SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, trad. esp. de M. ABELLÁN VELASCO, Madrid, Ed. Cívitas, pp. 89 ss.

c) *El principio de coherencia* implica la compatibilidad lógica entre las normas que integran el Ordenamiento jurídico y, por tanto, la ausencia de antinomias o contradicciones en el mismo. La posible existencia de antinomias en el Ordenamiento pone de relieve que en el mismo hay un exceso de normas; esto es, que existen normas de más (normas que sobran) y que, conforme al principio de coherencia, deben ser eliminadas<sup>13</sup>.

d) *El principio de uniformidad* que supone el paso de la profusión y variedad normativa característica del Derecho antiguo (exceso de normas particulares de carácter casuista, localista y personalista) a la simplicidad y uniformidad normativa propia del Derecho moderno, integrado, fundamentalmente, por normas de carácter general y abstracto<sup>14</sup>.

Esa uniformidad tiene, como advirtió Montesquieu, sus límites racionales<sup>15</sup>, que la prudencia del legislador ha de saber descubrir y fijar en cada tiempo y lugar.

e) *El principio de concisión* en el enunciado de las normas. No basta con que el precepto se exprese en términos generales y abstractos. A la generalidad y a la abstracción ha de sumarse, como regla de oro del lenguaje jurídico, la brevedad, el laconismo, la concisión. Para constatar la evolución y perfección del Derecho en este sentido basta comparar un texto jurídico antiguo, como el Ordenamiento de Alcalá (1348), por ejemplo, con otro moderno. El *Ordenamiento de Alcalá* (1348) contiene (Título XVI, Ley única) un texto casuístico y farragoso de doce líneas que concluye diciendo –y esto es el contenido sustancial del precepto– que «sea valedera la obligación ò el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar à otro ò façer contrato con el»<sup>16</sup>. La premiosidad y extensión de dicho precep-

<sup>13</sup> Vid. BOBBIO, N., *Teoria dell' Ordinamento Giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1960, pp. 82 ss. y 94 ss.

<sup>14</sup> Sobre este tema véase: STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana por W. ROCES, Madrid, Ed. Reus, 1930, pp. 324 ss. MONTORO BALLESTEROS, A., «Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica», *Filosofía y Derecho*, Estudios en honor del prof. José Cortés Grau, Tomo II, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia, 1977, pp. 1 ss.

Sobre la tensión entre casuismo y abstracción en el Derecho Romano, vid. SCHULTZ, F., *op. cit.*, pp. 61 ss.

En el ámbito del Derecho español compárese, por ejemplo, la regulación que el *Fuero Juzgo* (Lib. VIII, Tít. III) establece respecto de los daños que deben ser reparados (la regulación contiene 17 leyes profusas y casuísticas) con la formulación general y abstracta del art. 1902 del *Código Civil*.

Esa necesidad de simplicidad y uniformidad se viene sintiendo con especial intensidad, por razones técnico-jurídicas y económicas, en el ámbito del actual Derecho Mercantil. Desde el recuerdo de los usos mercantiles que rigieron en la Edad Media (*Lex Mercatoria*), el Derecho mercantil se enfrenta con la necesidad de superar el pluralismo legislativo que supuso la nacionalización del Derecho mercantil en la Edad Moderna, por obra de los Estados nacionales soberanos, aspirando a fórmulas unificadoras que simplifiquen, faciliten y agilicen el tráfico jurídico-mercantil internacional. Vid. GARRIGUES, J., *Hacia un nuevo Derecho mercantil* (Escritos, lecciones y conferencias), Madrid, Ed. Tecnos, 1972, pp. 336 ss. y 339 a 344.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, Lib. XXIX, cap. 18, p. 882.

<sup>16</sup> Véase en análogo sentido el precepto contenido en el Título XVII, Ley única del mismo cuerpo legal.

to contrasta vivamente con el laconismo y la claridad del Código Civil al regular dicha materia en los artículos 1254 y 1258.

No basta pues con la generalidad y abstracción en la enunciación de la norma; es preciso también que su formulación sea concisa. Nuestro Gracián vio en la brevedad y laconismo del lenguaje jurídico el modelo del buen decir, cuando aconsejaba: «Hase de hablar como un testamento; que a menos palabras, menos pleitos». Montesquieu, por su parte, insiste en la misma idea: «El estilo de las leyes debe ser conciso. Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión (... Luego añade:) El estilo de las leyes ha de ser sencillo; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión redundante. No hay majestad en las leyes del bajo imperio, pues los príncipes hablan en ellas como retóricos, cuando el estilo de las leyes es ampuloso, se consideran como obras de ostentación»<sup>17</sup>.

La formulación de la norma en términos claros y concisos, evitando todo género de fárragos y disquisiciones, facilita el conocimiento claro y seguro del precepto; pero ello supone, al mismo tiempo, un importante cambio en el estilo del lenguaje normativo: el paso del estilo didáctico y suasorio, propio de las leyes antiguas, al estilo fríamente imperativo del Derecho moderno, el cual afecta directamente a la estructura y forma de la norma jurídica y, al mismo tiempo, suscita no pocas sugerencias e hipótesis acerca de la naturaleza de la misma.

### III. LA CONCISIÓN DEL LENGUAJE NORMATIVO Y SU INCIDENCIA EN LA ESTRUCTURA Y EN LA FORMA DE LA NORMA JURÍDICA

#### 1. **Correlación entre la naturaleza de la norma y el lenguaje de la misma**

El estilo lingüístico mediante el que se formula la norma jurídica no es completamente independiente de la naturaleza de la misma. Entre ambos existe cierta correlación.

En el *estilo suasorio* o de convicción empleado por algunas leyes antiguas (Las Siete Partidas, Ordenamiento de Alcalá...) y también por ciertas leyes de la época del despotismo ilustrado, el legislador, junto a la formulación de su mandato, exponía además la *ratio legis* (las razones que lo fundamentaban) con el fin de persuadir a los destinatarios de las mismas y obtener una obediencia racional de las leyes<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, Lib. XXIX, cap. 16, pp. 876 y 877.

<sup>18</sup> *Vid.* RADBRUCH, G., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de L. RECASÉNS SICHES, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1930, pp. 35 ss.; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de W. ROCES, 4.<sup>a</sup> ed. en español, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, pp. 134 ss.

Ello era una consecuencia lógica de la naturaleza preceptiva –no meramente imperativa– que se le reconocía a la norma jurídica, así como de la función paidética que se le atribuía. Para potenciar esa función paidética, educadora, el legislador buscaba que la norma se obedeciese no tanto por miedo a la sanción como por convicción de la racionalidad de lo prescrito. Por ello, en la formulación de la norma, junto al mandato y a la sanción que originaría su desobediencia el legislador exponía también la *ratio legis*. En este sentido disponía el *Ordenamiento de Alcalá* (Título XXXII, Ley 51): «Establescemos, è mandamos que todos los Navios de otras tierras, ò de otros Regnos que vinieren à los nuestros que trayan mercadería, quier por freytes, quier por suyos, que non sean prendados por ningunas debdas que deban aquellos de cuya tierra son, pues traen mercaderías, è viandas à los nuestros Regnos» (En análogo sentido véase la Ley 54 del mismo Título de dicho Ordenamiento).

El estilo suasorio o de convicción en la formulación de las normas, junto a las razones que lo justifican tiene también sus *inconvenientes*. Entre éstos cabe destacar:

a) La extensión, con frecuencia desmesurada, que alcanza el precepto, lo cual dificulta su lectura y en muchos casos –debido a la prolijidad de sus disquisiciones– su comprensión <sup>19</sup>.

b) La premiosidad y farragosidad que adquiere el lenguaje normativo está en contradicción con la sencillez, claridad y concisión que debe caracterizar al lenguaje del Derecho.

c) Contra la exposición de la *ratio legis* se ha argumentado también que puede debilitar la eficacia del Derecho. Y ello desde una doble perspectiva:

1.<sup>a</sup> Porque parece reducir la fuerza vinculante de la norma. En este sentido escribe Radbruch: «Quien desciende a convencer de la rectitud y oportunidad de sus mandatos, renuncia a la obediencia cuando los destinatarios de éstos no quedan convencidos, con lo cual se rebaja el mandato –obligatorio por razón de su mera existencia– a la categoría de un consejo, eficaz sólo en la medida de su fuerza de convicción» <sup>20</sup>.

En el sentido aquí indicado Platón subrayó la importancia que en las leyes tiene el preámbulo, como parte diferenciada del texto de la ley, así como su función suasoria, pues su finalidad es que «aquel a quien el legislador dicta la ley acepte la prescripción, es decir, la ley, con buena disposición de ánimo, y gracias a ella con mayor docilidad». PLATÓN, *Las Leyes*, edición de J. M. RAMOS BOLAÑOS, Barcelona, Ed. Akal, 1988. Lib. IV, p. 197, véanse también pp. 196 y 197; Lib. IX, pp. 383, 384 y 386 y Lib. X, pp. 425, 431 y 432.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, la desmesurada extensión que en el *Ordenamiento de Alcalá* alcanzan la Ley única del Título XVI y la Ley 54 del Título XXXII.

<sup>20</sup> RADBRUCH, G., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 35 y 36. Véase también en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 135.



2.<sup>a</sup> Porque para quien obra de «mala fe» la exposición de la *ratio legis*, puede facilitar y sugerir motivos para la desobediencia a la norma, así como para interpretaciones torcidas y fraudulentas de la misma: lo que Quevedo denomina darle «malo y torcido a la ley»<sup>21</sup>.

Estos y otros inconvenientes, junto con la exigencia de simplificar el Derecho introduciendo en el mismo sencillez y concisión, llevaron en la formulación de la norma jurídica al desplazamiento y sustitución del estilo suasorio y de convicción por el laconismo del estilo imperativo.

## 2. Razones y límites del uso del estilo imperativo en la formulación de la norma jurídica

El estilo imperativo introduce en la norma la concisión y la frialdad de las leyes científicas que se limitan a formular lo que acontece (lo que «es») sin hacer mención alguna de sus causas. «El lenguaje de la ley moderna (que recaba para sí una obediencia incondicional, adopta, escribe Radbruch), la brusquedad de las Órdenes militares cuya función es ordenar y no razonar»<sup>22</sup>. En otro lugar dice Radbruch: «Los códigos modernos (...) no contienen ni una sola norma que no encierre una orden o un precepto imperativo (...). El lenguaje legislativo huye, asimismo, de la ilación propia del discurso corriente; las distintas normas jurídicas, aparecen en la ley, formuladas de un modo inconexo, y hasta violentamente separadas las unas de las otras, en forma de párrafos o de artículos. La ley renuncia de antemano –añade Radbruch– a la claridad del lenguaje usual y se dirige a oídos finos y aguzados: «*ius vigilantibus scriptum*»<sup>23</sup>.

El estilo imperativo, desde el punto de vista de la perfección formal del Derecho y de las exigencias de la seguridad jurídica, tiene indudables ventajas. Entre ellas cabe reseñar :

- a) La economía de lenguaje que implica su concisión.
- b) La claridad y sencillez con la que se expresa el contenido de la norma, al aparecer el mandado desprovisto de todo ropaje y aliño suasorio o didáctico, circunstancia ésta que puede entrañar ciertos riesgos, como ha observado la metodología jurídica<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> QUEVEDO, F. de, *El alguacil alguacilado*, en *Los sueños*, Círculo de Amigos de la Historia, Genève, éditions de Crémille (sin año), p. 65. Véase también el sustancioso texto de Quevedo en *La hora de todos y la Fortuna con seso*, cap. XXV, en el mismo volumen, p. 263.

<sup>22</sup> RADBRUCH, G., *Introd. a la Fil. del Derecho*, cit., p. 135.

<sup>23</sup> RADBRUCH, G., *Introd. a la Fil. del Derecho*, cit., p. 136.

<sup>24</sup> Observa al respecto Enrique Gil y Robles: «... el moderno lenguaje de la ley que no alecciona con el motivo, ni explica con el ejemplo en elegantes amplificaciones, como las de las *Leyes de Partida*, sino que aspira a encerrar el precepto en fórmula imperativa y categórica de la mayor precisión y concisión posibles, es de suyo, ocasionado a oscuridad y confusión». *Ensayo de Metodología Jurídica*, Salamanca, Imprenta Católica Salmantina, 1893, pp. 190 y 191.

c) La agilidad, precisión e incluso belleza que en virtud de su concisión, conforme a la estilística de Gracián, puede adquirir el lenguaje normativo <sup>25</sup>.

Ahora bien, el estilo imperativo, junto a las ventajas indicadas, no está exento de riesgos. Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho y de la Metodología de su estudio, el riesgo fundamental consiste, a nuestro modo de ver, en que predispone al estudioso del Derecho a centrar su atención en el texto articulado de las disposiciones legales, soslayando u olvidando las razones o motivos (*rationes legum*) que fundamentan dichos preceptos. Ello tiene, a nuestro juicio, dos graves inconvenientes:

- El primero de ellos radica en habituar la mente a una imagen parcial, incompleta y, por ello, falsa del Derecho que reduce la norma al mandato (*voluntas*), olvidándose del dictamen o juicio de razón (*ratio*) que subyace y legitima todo mandato. Se trata de un error análogo al consistente en identificar la sentencia judicial –que como la norma jurídica es un todo de naturaleza preceptiva (ley y sentencia son tablas de la misma madera, aunque de diferente longitud y grosor)– con una de sus partes, el fallo, prescindiendo de los resultandos y considerandos que son también parte necesaria, esencial, constitutiva de la sentencia.
- El segundo inconveniente, íntimamente vinculado al primero, consiste en inducir a una concepción positivista, legalista del Derecho, que ve en la norma jurídica la expresión de un puro mandato (Teoría imperativista de la norma), conforme al proceso intelectual, descrito por Wieacker, que va desde lo que él denominó *positivismo científico* al *positivismo legalista* <sup>26</sup>.

### 3. Incidencia del estilo imperativo del lenguaje legal en la estructura y naturaleza de la norma jurídica

#### A) Simplificación y estilización de la norma jurídica

El paso del estilo suasorio al estilo imperativo tuvo como efecto formal inmediato simplificar la estructura de la norma haciéndola más concisa y funcional. Ello fue resultado de una doble operación simplificadora:

a) De un lado, mediante la *concentración y unificación de los motivos o fundamentos de las normas (rationes legum)*, pasando de la

<sup>25</sup> Recuérdese al respecto la brevedad, claridad e incluso belleza del texto de los artículos 1254 y 1258 del *Código Civil*, frente a la extensión y farragosidad del Título 16, Ley única, del *Ordenamiento de Alcalá*.

<sup>26</sup> Vid. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck y Ruprecht, Göttingen, 1952, pp. 327 ss.

enunciación casuista del Derecho a su formulación en normas generales y abstractas. En un Derecho de estructura casuista existen muchas normas cuya razón o fundamento (*ratio legis*) es la misma, y la cual aparece expresamente enunciada en la formulación de cada una de dichas normas. Partiendo del supuesto de que toda norma resulta de la articulación de dos elementos: la *ratio* (o *vis directiva*) y la *voluntas* (o *vis compulsiva/vis coactiva*), el fenómeno de profusión normativa que implica un Derecho de carácter casuista podría representarse gráficamente en un sencillo diagrama en el que la letra *r* minúscula simbolizaría la *ratio* o *vis directiva* de cada norma y la letra *v* minúscula representaría la *voluntas* o *vis compulsiva/vis coactiva*. La representación gráfica de dicho fenómeno o situación podría ser la siguiente:

$$\begin{array}{l} r + v1 \\ r + v2 \\ r + v3 \\ r + v4 \\ r + vn \end{array}$$

Se trata, como hemos dicho, de una pluralidad de normas cuya *ratio legis* es siempre la misma y en las que sólo varía lo que se manda o prohíbe. El proceso de concentración y unificación de los motivos o fundamentos de la norma se llevaría a cabo mediante un proceso de generalización y abstracción que daría como resultado una norma que, de modo análogo a lo que acontece en el árbol, tiene un único tronco, fundamento o *ratio legis* (que aquí representamos por la letra *R* mayúscula) y una pluralidad de ramas que serían los diversos preceptos que comparten la misma *ratio legis*. El diagrama de dicha norma o cuerpo legal sería el siguiente:

$$R + \left| \begin{array}{l} v1 \\ v2 \\ v3 \\ v4 \\ vn \end{array} \right.$$

b) La segunda operación de simplificación y estilización de la norma consiste en trasladar de lugar la referencia o mención de la *ratio legis*, que fundamenta y legitima las diferentes prescripciones que contiene la ley o texto normativo, de manera que el texto legal aparece ahora integrado por dos partes claramente diferenciadas: En primer lugar, el *preámbulo* o *exposición de motivos*, en donde se exponen las razones o fundamento (*ratio legis*) de lo que prescribe; en segundo lugar, la *parte dispositiva* de la ley en donde se formula de forma concisa, clara y precisa, y en párrafos o artículos separados y numerados, las diferentes prescripciones u órdenes del legislador.

En virtud de esta operación el texto normativo adquiere una forma y una estructura más breve, clara y funcional. Ahora bien, la

separación entre exposición de motivos y texto articulado de la norma, en donde el legislador no razona sino que se limita pura y simplemente a ordenar, dota a la norma, que con frecuencia se suele identificar con la llamada parte dispositiva o texto articulado, de la apariencia de consistir en un puro mandato o imperativo. ¿Realmente es esto así? En virtud del cambio de lenguaje en la formulación de la norma (sustitución del estilo suasorio por el estilo imperativo), ¿pierde la norma jurídica su naturaleza preceptiva quedando reducida a un mero mandato o imperativo, como sostiene un amplio sector de la doctrina?

#### B) *Permanencia de la naturaleza preceptiva de la norma*

Los procesos a los que hemos hecho referencia y que tienen como resultado la simplificación, estilización y funcionalización de la norma jurídica no alteran su carácter preceptivo. Lo que el legislador manda o prohíbe no es mero mandato o imperativo carente de fundamentación racional. La fundamentación racional de lo que se prescribe (*ratio legis*) subsiste y continúa cumpliendo su función legitimadora del Derecho. Lo único que sucede es que ha cambiado de lugar, como hemos indicado, o se da por supuesta cuando resulta obvia por constituir la aplicación o concreción de un principio general del Derecho. Así acontece, por ejemplo, con el enunciado del artículo 1902 del *Código Civil*. La prescripción del Código –al disponer que «el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»– es tan obviamente justa que resulta innecesaria la mención explícita de su fundamento.

El desplazamiento de lugar de la *ratio legis* puede llevarse a cabo en dos direcciones, horizontal y vertical.

- El desplazamiento *horizontal* se da cuando la *ratio legis* aparece expuesta, fuera ya del texto articulado, en el preámbulo o exposición de motivos de la norma.
- El desplazamiento en *sentido vertical* tiene lugar cuando la *ratio legis* de una norma hay que buscarla en otra norma superior de la cual la norma en cuestión es mero desarrollo. De este modo, y en virtud de la estructura jerárquica y unitaria del Ordenamiento jurídico, la indagación, la búsqueda de la *ratio legis* de la norma (legal o reglamentaria) que nos interesa conocer y aplicar, puede llevarnos hasta la norma suprema o Constitución, en cuya parte dogmática se contienen los principios y valores que, de forma inmediata o mediata, fundamentan y legitiman la validez de todas y cada una de las normas que integran el Ordenamiento jurídico.

Ello explica que el proceso de interpretación sistemática de la norma jurídica deba desenvolverse también en una doble dirección, horizontal y vertical. En sentido horizontal, teniendo en cuenta el

contexto normativo integrado por los demás preceptos contenidos en la misma norma y por otras normas del mismo nivel jerárquico que estén en conexión con la norma objeto de interpretación; en dirección vertical porque el sentido de la norma ha de fijarse en armonía con el significado de las normas superiores, encontrando dicho proceso su culminación lógica en la interpretación conforme a la Constitución.

# Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica

Por MARÍA DE LOURDES SOUZA  
Universidad de León

## I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de estas páginas es desarrollar una reflexión, ciertamente parcial y condicionada por la propia economía textual recomendada, de la gran paradoja que implica el cambio de las tesis alternativas (que hicieron historia en los años sesenta-setenta) a la teoría del garantismo (que se afirma como nuevo paradigma en los años ochenta-noventa). Cabe preguntar, en principio, por qué esta transmutación constituye una paradoja. Entendemos que la contradicción está en que estas dos teorías, aunque tengan los mismos progenitores, presentan rasgos fisonómicos y de personalidad tan distintos, que es casi imposible identificar, a simple vista, el grado de parentesco existente. De tal forma que descifrar los elementos enigmáticos determinantes de esa distinta configuración o composición genética es nuestro objetivo principal.

Cabe aducir que no figura como objetivo la reconstrucción hermenéutico-historiográfica de estas dos teorías, ni tampoco escudriñar sus premisas de base, sino que lo que nos interesa es el interludio, o sea, el momento en se produce el cambio de una teoría a otra. Por otro lado, tampoco es nuestra pretensión sopesar y medir, exhaustivamente, las propuestas del uso alternativo del derecho y del garantismo, sino tan sólo buscar los puntos de convergencia y divergencia más resonantes entre ambos paradigmas.

El argumento central que anima la investigación es éste: cómo la idea de «manipulabilidad» judicial de la gramática de los derechos,

auto-justificada en un ideal político de raíz marxista, puede generar, en inmediata conexión, otra idea que, en línea de principio, adopta los valores ideados por la tradición iusfilosófica liberal-burguesa. Así, ¿hay un nexo de sentido que une las dos teorías? o, por el contrario ¿son teorías antitéticas e incompatibles?

En base a lo precedente, la cuestión es precisamente saber cómo se puede responder a esos dos interrogantes, cuál de ellos responde a la verdad. Empero la respuesta no es fácil ni simple, dado, como veremos, que hay elementos y tesis que sostienen tanto la conexión y continuidad entre las dos teorías, como la ruptura o discontinuidad entre las mismas.

La contemplación previa de algunos elementos implicados en la transición del alternativismo al garantismo dejará entrever el grado de complejidad al apuntar una respuesta o hipótesis previa a este dilema. El elemento más significativo e ilustrativo es el de la fuente de alimentación teórico-doctrinal de los proyectos. Así para el uso alternativo del derecho el marxismo (o más precisamente el neomarxismo) es su manantial, mientras el garantismo tiene su oasis en el iluminismo. Estas distintas fuentes de alimentación implican, a su vez, diferentes objetivos así como distintas direcciones estratégicas. El uso alternativo del derecho auto-justifica su proyecto sobre la base de la instrumentalización política del derecho; en tanto que el garantismo se auto-propone como objetivo la instrumentalización de la política por el derecho. Por otro lado, uno utiliza la propia disimetría y aporías de los valores conformadores del mundo jurídico-político como instrumental operativo para cambiarlos y, en última instancia, destruirlos y reemplazarlos por un orden de valores que consideran ideales; y el otro opera con los valores conformadores del orden jurídico-político para combatir las disimetrías y aporías distorsionantes de éstos y, además, los asumen como valores fundamentales e indisponibles de un orden que proponen también como ideal.

Con este marco previo de los elementos paradigmáticos constitutivos de una y otra teoría, podemos dibujar una hipótesis provisional a la paradoja que parece despuntar en esta primera y fugaz aproximación al tema. Entendemos, y ésta será nuestra hipótesis, que hay en principio, una ruptura paradigmática entre el garantismo y el uso alternativo del derecho. Pero esta ruptura, y aquí es donde está la verdadera paradoja, tiene un nexo de sentido y una finalidad bien precisa: se trata de un cambio de estrategia de los propios alternativistas frente a un cuadro histórico (económico, político, jurídico, social e ideológico) alterado o metaforseado en relación con el marco original fundamentador de su proyecto hermenéutico. En este contexto, el deslizamiento de los presupuestos alternativistas hacia el garantismo no constituye, en sí mismo, una gran ruptura con relación a las líneas defendidas en el pasado, sino que se trata simplemente de una alteración requerida por la mutación del cuadro histórico y frente a los nuevos y graves problemas del presente. Un intento de hacer coherente unos presupuestos práctico-teóricos que el cambio de los tiempos convertía en perjudiciales, desventajosos y nocivos para los propios objetivos fijados de antemano.

Consideramos, que la clave explicativa del giro pragmático de las tesis alternativistas a las tesis del garantismo está, precisamente, en la mutación de los factores socio-políticos y socioeconómicos que actuaron como catalizadores del propio movimiento alternativo. En efecto, como intentaremos demostrar, tales procesos de cambio son determinantes tanto de las crisis y devaluación de los paradigmas alternativistas, como de la conversión de éstos al garantismo. Por ello resulta pertinente poner de relieve los elementos básicos implicados en esa transformación social, prestando atención a cómo éstos van, paulatinamente, minando las bases práctico-teóricas alternativistas y forzando su deslizamiento y adaptación al marco teórico del garantismo.

## II. CONSIDERACIONES SOBRE LOS MOTIVOS Y CAUSAS DETERMINANTES DEL GIRO DE LAS TESIS ALTERNATIVISTAS HACIA EL GARANTISMO

Por cuestión de coherencia metodológica haremos primero una alusión a algunos factores específicos implicados en la crisis de la tesis alternativistas y, enseguida, los conectaremos con la óptica de análisis ulteriormente propuesta.

Los primeros síntomas de crisis del paradigma alternativista empiezan a manifestarse a finales de la década de los setenta. Lo curioso es que esta crisis no es provocada por los detractores del movimiento sino por sus propios creadores y defensores. Precisamente en el tercer Congreso de *Magistratura Democratica* (MD) <sup>1</sup>, celebrado en Rimini en abril de 1977, en torno al tema «Crisis institucional y renovación democrática de la justicia», se pone en tela de juicio las estrategias alternativistas que eran el baluarte de esa corriente. Puestos a resumir con brevedad lo acaecido en este Congreso, podría decirse que éste inaugura uno de los períodos más arduos y atormentados en la vida del grupo. Y no sólo y no tanto a causa de los conflictos dialécticos internos, sino sobre todo en razón de enfrentamientos con la cúpula política de la izquierda <sup>2</sup>. El punto central de las discusiones y desavenencias se dan entre aquellos que continúan defendiendo la necesidad de una actuación o mediación política en clave socialista por parte del grupo y aquellos que defendían una actuación desvinculada y autónoma del mismo. Más adelante especificaremos los motivos de este roce, por

---

<sup>1</sup> «Magistratura Democratica» es una corriente de opinión existente en el interior de la «Associazione Nazionale de Magistrati Italiani», configurada como una agrupación de magistrados progresistas, y siendo protagonista por excelencia del movimiento del uso alternativo del derecho.

<sup>2</sup> Cfr. SENESE, S., *Istituzione giudiziaria e difesa della democrazia*, *Quale Giustizia*, n°47-48, 1979, p. 699. Las polémicas suscitadas en este congreso pueden ser encontradas en: MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Crisis istituzionale e rinnovamento democratico de la giustizia. Atti del Congresso de Rimini, aprile de 1977*, Milano, Feltrinelli, 1978.



ahora es suficiente con mencionar que en el centro de esta controversia está la jurisprudencia alternativa, que empieza a encontrar detractores en su propio hábitat.

De hecho los que defendían una retracción del vínculo político con las fuerzas políticas y sociales que actuaban en el área de la izquierda, sostenían la necesidad de una actuación jurisprudencial más rigurosa y prudente, incluso incitando a una cierta recuperación de algunos valores tradicionales de la cultura jurídica, como, por ejemplo, los caracteres del Estado de derecho o ciertos valores de garantía jurisdiccional como la vinculación de juez a la ley (aunque entendida en su dimensión eminentemente constitucional). En definitiva, a partir de este Congreso el grupo de *Magistratura Democrática* comienza a adoptar actitudes explícitamente autocríticas con su programa jurisprudencial alternativo. Tal postura va paulatinamente erosionando las bases de la teoría alternativista hasta su definitivo arrumbamiento<sup>3</sup>.

Pero, tal como ya sostuvimos, esa crisis interna conecta con múltiples y variados fenómenos externos, que actúan como catalizadores de la misma. Entre ellos se puede citar: la consolidación efectiva del proceso democrático, la ya referida crisis de la izquierda, nuevos fenómenos de violencia y delincuencia tanto institucional (corrupción, clandestinidad e ilegalidad político-económica, uso abusivo de las legislaciones de emergencia, etc.) como ciudadana (especialmente la criminalidad organizada – terrorista y mafiosa). A todo ello se suma un desmesurado protagonismo del sector judicial, implicado en un considerable aumento de su espacio de discrecionalidad, combinada con una cierta instrumentalización política del mismo, que empieza a demostrarse, de cierta forma, incontrolable y altamente lesivo y adverso para determinados valores jurídico-democráticos, como es el caso de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Abundaremos en estos puntos en lo que sigue.

Con relación al primero de los factores mencionados –la consolidación efectiva del proceso democrático– interfiere en la jurisprudencia alternativa quitándole parte de su sentido y significado. El argumento esgrimido era más o menos éste: el uso alternativo del derecho era producto de un momento histórico específico, cuya pretensión era favorecer a las clases más débiles y desfavorecidas social y económicamente, ayudándolas a consolidarse como fuerza hegemónica. Este objetivo se realizaba a través de la utilización de las contradicciones de la estructura capitalista, sea para provocar un desequilibrio y desajuste en el armazón de la ideología político-burguesa; sea para la conquista de espacios de poder y, como consecuencia, la afirmación de los intereses y valores de las clases subalternas. Sin embargo, estos objetivos han perdido su sentido en las condiciones actuales, dado que se asiste a una «dilatada hegemonía de los grupos democráticos» que se traduce en la modificación de los aparatos institucionales y en la creación de nuevos

---

<sup>3</sup> Cfr. «La alternativa “tomada en serio”», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 30, 1990, pp. 176-177.

instrumentos capaces de expresar esta hegemonía<sup>4</sup>. De ahí, como dirá Barcellona, que en tal contexto «la referencia a la jurisprudencia alternativa y a la suplencia del juez aparece obviamente inadecuada»<sup>5</sup>.

En suma, los teóricos alternativistas comprenden que el protagonismo judicial ligado a las estrategias revolucionarias/emancipadoras, tan importante en un pasado reciente como táctica de democratización de la sociedad, representaba en aquellos momentos un peligro para la propia democracia y su sistema de garantías legales. Zolo condensa magníficamente este cambio de conciencia de los jueces alternativistas: «Si la racionalidad del derecho moderno es una racionalidad frágil y expuesta a riesgos, la primera tarea de un magistrado y de un jurista «democrático» es, en mi parecer, la de empeñarse en una «lucha por el derecho». Interpretar y aplicar el derecho a la luz de sus valores fundamentales heredados de la tradición iluminista (...) es su verdadero modo de ser democrático y, por así decir, «alternativo»<sup>6</sup>.

De tal forma que una importante parte del aparato doctrinal alternativista entra en crisis a raíz de la efectiva democratización de la sociedad italiana, especialmente aquellos caracteres revolucionario-transformadores de inspiración marxista. Y, para agravar aun más los problemas de los planteamientos alternativistas basados en los presupuestos del marxismo, se instaura una crisis en los propios sectores de izquierda. Ésta en parte esta motivada por el desgaste político sufrido al haberse alzado con el comando político del país, y por otra, por el fracaso de la experiencia de los regímenes comunistas y un, consecuente, declive del marxismo<sup>7</sup>.

Justamente esta crisis de la izquierda es uno de los factores centrales determinantes de la liquidación de las tesis alternativistas. Y esto porque, la «jurisprudencia alternativa estaba inspirada en una hipótesis de transformación en clave marxista: tal posibilidad está definitivamente afectada con la disolución del socialismo real»<sup>8</sup>. Por otro lado, conforme ya mencionamos, hay un enfrentamiento entre los alternativistas y las fuerzas políticas y sociales de izquierda. Como apunta Senese, los alternativistas habían nacido en el interior de la izquierda, de «una izquierda articulada y que aunque dividida estaba aglutinada por contraposición a un adversario común. Hemos crecido bajo las grandes batallas de oposición, comunes a todo el escuadrón de izquierda: la lucha contra la represión en el 69/70; contra los arrestos policíacos del 72/73; a favor del divorcio en el 74»<sup>9</sup>. Pero, continúa el autor, ahora todos estos ideales y luchas parecen desvanecerse, haciendo que

<sup>4</sup> Cfr. BARCELLONA, P.: «Il magistrato, la politica e lo Stato», *Rinascita*, núm. 18, 1977, pp. 4-5.

<sup>5</sup> «Ruolo del giudice e mutamenti sociale», en *Studi in memoria di Mario Condorelli*, vol. III, Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 21.

<sup>6</sup> «Cittadinanza democratica e giurisdizione», en *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, Franco Angeli, 1994, p. 80.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>8</sup> SCARPARI, G., «Crisi della sinistra e prospettive della giurisdizione», *Questione Giustizia*, núm. 1, 1992, p. 188.

<sup>9</sup> «Istituzione giudiziaria...», *cit.*, p. 702.

también la experiencia de la jurisprudencia alternativa sea aniquilada como hipótesis y experiencia de lucha, por la que ayer peleábamos. Éste es el motivo por el que las crisis en las relaciones entre el grupo de *Magistratura Democratica* y las fuerzas de izquierda ponen en peligro la propia existencia de los primeros, dado que ésta siempre fue una relación fundamental y esencial <sup>10</sup>. Empero, dada las circunstancias y por cuestión de supervivencia, urge que se opere una independencia respecto al proyecto político de la izquierda, como única forma de hacer operativa, dar funcionalidad y garantizar una jurisprudencia abierta, promocional y libre que contribuya a una real y verdadera legitimación de la dinámica social y de los proyectos de transformaciones democráticos por ésta gestados <sup>11</sup>.

Pues bien, puede decirse que éste es uno de los factores centrales que aceleran el proceso de crisis de las tesis alternativistas. Efectivamente, la mencionada presencia de un colateralismo partidista que tendía a una instrumentalización político-partidista de lo judicial, era particularmente nociva para los sectores judiciales identificados con la izquierda, como era el caso de los jueces alternativistas, dado, por un lado, que ellos mismos defendían explícitamente un necesario compromiso y/o coligación con las fuerzas de izquierda y, por otro, que las fuerzas políticas de izquierda habían logrado alzarse como poder político. De ahí el dilema, ya que la bandera emblemática de los alternativistas era justamente fomentar que los sectores subalternos lograsen la hegemonía política; pero, por otro, precisamente el hecho de que la izquierda fuese la fuerza gobernante terminaba inevitablemente por denotar y exigir un guiño de complicidad de los jueces alternativistas para con la misma. Y éstos viendo el peligro de esa complicidad, que era como dar un cheque en blanco a las fuerzas políticas, retroceden en la defensa de una jurisprudencia de «signo político clasista».

De ahí, justamente, nace la propuesta de una línea de actuación judicial alejada de todo tipo de injerencia, sea política o social, de izquierda o de derecha, de la mayoría o de la minoría. Una línea, como expresa Senese, «que considera irrenunciable, en el proceso de transformación de la sociedad, aunque sea una sociedad socialista, el mantenimiento de fuertes garantías institucionales en las relaciones entre ciudadanos y aparatos de coerción del Estado, que considera

<sup>10</sup> Es interesante la reflexión de Ferrajoli sobre la influencia que ha ejercido el marxismo en el grupo de «Magistratura Democratica», afirmando que éste «ha contribuido sólo en negativo, en la “pars destruens”, a la cultura de MD: la cual, en sustancia, fue aun en aquellos años una cultura mucho más liberal que marxista, aunque sea un liberalismo “*sui generis*”, que intentaba conjugar garantía de los derechos de libertad y garantía de los derechos sociales y anclar a ambos tipos de derechos al punto de vista de los sujetos débiles...»; «Per una storia delle idee di Magistratura Democratica», en *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1994, pp. 61-63.

<sup>11</sup> «Istituzione giudiziaria...», *cit.*, p. 706. Sobre la crisis de la cultura jurídica de izquierda en el contexto italiano puede consultarse el interesante y sugestivo artículo de Rossana Rossanda, «La política del derecho en la cultura comunista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 30, 1990, pp. 205-220.

que las transformaciones de las relaciones de producción y el acceso de las clases populares a la dirección del Estado no es condición de por sí suficiente para evitar desviaciones y abusos siempre posibles por parte de las instituciones represivas del Estado (...) sólo la salvaguardia de la libertad puede asegurar la crítica y el control de la masa sobre la transformación, la efectividad de la misma. (...) El garantismo para nosotros, en tal caso, no es un momento defensivo contra el Estado omnívoro del capital; aún menos un instrumento puramente táctico usado para derribar este Estado; sino un elemento indefectible de la nueva forma de Estado que queremos construir para el futuro, comenzando a luchar aquí y ahora para afirmar algunos caracteres y salvaguardar otros ya existentes (...) introducidos por la resistencia victoriosa contra el fascismo y por las sucesivas luchas populares»<sup>12</sup>.

Otro de los motivos determinantes de la crisis alternativista, estrechamente conectado con el anteriormente expuesto, es la afloración de fenómenos de ilegalidad y corrupción en el ejercicio del poder político. Dichos fenómenos generan importantes consecuencias y repercusiones en los medios judiciales. Una de ellas es un notable enfrentamiento de la judicatura con las fuerzas políticas, que, conforme lo ya apuntado, supone una ruptura e independencia de los magistrados progresistas con el proyecto político de la izquierda. Otra, es que las vicisitudes (o ilegalidades) políticas van a ser, mayormente, afrontadas judicialmente, dando lugar a fenómenos de espectacularización y protagonismo de este sector.

Estos factores, a su vez, han tenido incidencia en la aparición de un importante y grave fenómeno de degeneración de la legalidad. En efecto, por estos años nace, en Italia, la llamada *cultura della emergenza* basada en una utilización proselitista del proceso penal como instrumento de descalificación de ciertas posiciones políticas<sup>13</sup>. Como explica Pellegrini, «La crisis político-institucional que sigue a la ruptura de la izquierda ha acentuado la separación entre sistema de legalidad y estado de legalidad: sea porque los procesos que ha generado son –de por sí– criminógenos, sea porque la ingobernabilidad lleva a recurrir a formas de intervenciones no políticas (...) sino directamente coactivas. La sanción penal resulta, así, el único instrumento utilizable en el intento de gobierno de la sociedad, se hace a ella un recurso cada vez más amplio; (...) [ocasionando] un proceso de expansión

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 708.

<sup>13</sup> El mismo fenómeno ocurre en España, como resalta Andrés Ibáñez: «En estos años se ha producido una sensible judicialización de la política (...) [que] ha ido precedida de una sensible previa degradación criminal de momentos significativos de aquélla. Esa degradación criminal de momentos significativos del actuar político; la crisis de los controles preventivos internos a los aparatos; la ausencia de controles políticos externos eficaces y el vacío de responsabilidad política (que se contrae a la simple conjugación del verbo “asumir” con tono de jaculatoria de cínico aire penitencial), es lo que ha llevado a la revalorización de la jurisdicción penal como instancia de control»; «Tangentopoli tiene traducción al castellano», en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1966, pp. 107-108.

de la función y del área de incidencia de la norma penal en nuestra organización social»<sup>14</sup>.

Este juego instrumental del proceso penal<sup>15</sup> supuso una elevada restricción del nivel de garantías y de los derechos individuales, tales como el derecho de defensa, la libertad provisional, el secreto del contenido de los actos procesales y la ampliación de las potestades policiales en detrimento de las judiciales, además de un uso abusivo de legislación de emergencia en materia penal<sup>16</sup>.

En este contexto, los propios alternativistas se dan cuenta de que, ante semejante cuadro histórico, ciertos presupuestos tanto teóricos como prácticos de la teoría alternativista se revelaban altamente deletéreos e incluso contraproducentes, dado que se prestaban (aunque de forma indirecta y no intencional) a alimentar y reforzar ciertas distorsiones de la legalidad así como conductas profesionales desviantes. De tal manera que se vieron en el dilema de tener que renunciar, o por lo menos neutralizar, ciertas categorías por ellos defendidas, como única forma de evitar la creciente tendencia degenerativa de la legalidad, y con ello, salvaguardar el derecho y el sector judicial de la «malversación» político-partidista de que estaba siendo objeto. De ahí que abandonen el hogar alternativista<sup>17</sup> y

<sup>14</sup> «Crisi política ed economica, tutela della legalità, compiti della magistratura», *Questione de Giustizia*, núm. 4, 1983, pp. 985-987.

<sup>15</sup> Este fenómeno se da, básicamente, en tres tipos de procesos penales: 1) Los procesos contra los terroristas de izquierda, donde se dan resultados muy espectaculares y donde se empieza a usar con excelentes efectos la figura del «arrepentido». 2) Los procesos contra la criminalidad organizada, que en algunos casos supusieron la utilización de métodos no del todo legales. Esos casos fueron ampliamente explotados por los medios de comunicación y dieron una imagen a la opinión pública de que la Justicia, aunque luchaba contra los criminales, lo hacía con métodos ilegales. 3) Por último, los procesos contra los políticos por crímenes de corrupción y por posibles vinculaciones con organizaciones criminales. Cfr. GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1996, pp. 223-224.

<sup>16</sup> Cfr. BERGALLI, R., «Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho”», *El Otro Derecho*, vol. 4, núm. 1, marzo de 1992, p. 23. Sobre el tema, *vid.* también «Stato di diritto, caratteri dell'emergenza e cultura della trasformazione. (7 tesi per il VI Congresso Nazionale di Magistratura Democratica)», *Questione Giustizia*, núm. 3, 1983, p. 636; MARTINELLI, P. y ROPPO, E., «Magistratura e proceso penal nella crisi del sistema político», *Democrazia e Diritto*, núm. 3, 1982; VVAA, «Giurisdizione, garantismo, proceso penal», *Poteri e giurisdizione (Atti del Sesto Congresso Nazionale)*, Napoli, Jovene Editori, 1985, pp. 51-178; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El papel de la justicia penal en el estado de crisis», *Jueces para la Democracia*, núm. 10, 1990, pp. 6-8.

<sup>17</sup> Es interesante observar que incluso autores tan comprometidos con las tesis alternativistas, como es el caso de Ferrajoli y Barcellona, restan importancia a las mismas. Ferrajoli llega, incluso, a afirmar que el uso alternativo del derecho fue fruto de la deformación y vulgarización hecha en torno a una cierta posición antiformalista del grupo de «Magistratura Democratica»: «la imagen de MD como grupo contestador, ideologizado y politizado, ha dado origen a innumerables equívocos y malas interpretaciones que en Italia, y más aún fuera de Italia, fueron acompañados de la vulgarización de la fórmula “jurisprudencia alternativa” y “uso alternativo del derecho”. En realidad el “uso alternativo del derecho” (...) fue sólo, en principio, el título de un convenio entre juristas de izquierda (mayormente civilistas) desarrollado en Catania en mayo de 1972 y de dos libros que recogen las ponencias presentadas, en los cuales es difícil encontrar, más allá

busquen guarida en una morada más sólida y segura, la del garantismo»<sup>18</sup>.

Tal como sostuvimos en la parte introductoria, estos cambios operados en la realidad social son los que determinan el giro pragmático de las tesis alternativistas a las del garantismo. Lo cual también confirma nuestra hipótesis de que tal giro responde a un cambio de estrategia de los magistrados democráticos. Cambio ciertamente forzado o impuesto por circunstancias exteriores, como las constantes amenazas de involución político/jurídico/institucional o aun ciertos tipos de «usos» instrumentales/políticos del sistema legal, que minaban muchas de las garantías básicas afirmadas constitucionalmente; pero también por limitaciones y debilidades teóricas de las propias tesis alternativistas. En este particular se puede decir que el uso alternativo del derecho ha sido más el resultado de la experiencia práctico-profesional de los magistrados democráticos que de la elaboración de una nueva metodología jurídica<sup>19</sup>. Precisamente, el parco campo doctrinal de la teoría

---

de las muchas indicaciones progresistas en las diversas disciplinas jurídicas, el calificativo de “derecho libre” que a aquella fórmula fue inmediatamente y permanecerá para siempre asociado. La fórmula, que recibía el nombre de “jurisprudencia alternativa” por nosotros usada el año anterior, ha no obstante obtenido éxito propio gracias a su vulgarización: en la cual venía a designar en su conjunto y a alimentar, aun dentro de MD, efectos, tentaciones y subcultura antiformalistas, que tenía un sentido muy distinto (...) [ser] una alternativa constitucional a las orientaciones autoritarias entonces prevalecientes»; «Per una...», *cit.*, p. 67. Ya Barcellona dirá que: «El uso alternativo del derecho, en cuanto fungibilidad y manipulabilidad del texto normativo, es ahora ya un concepto superado, presentando dos límites: uno de carácter teórico, porque el mismo permanecería siempre limitado a la interpretación; y uno de carácter práctico, en cuanto aseguraría a los magistrados un papel meramente defensivo y de suplencia»; *cit.* por R. CERAMI en «L'uso alternativo del diritto: prospettive e metodi», *Magistratura Democratica*, núm. 2, IV/1977, p. 27.

<sup>18</sup> Manifiesta Pellegrino que: «Desde el Congreso de Rimini de 1977, Magistratura Democratica vive bajo la consigna del garantismo. La fórmula garantista ha significado, no sin una vivaz polémica, una elección de fondo de autonomía de la pretendida hegemonía política del PCI. Reivindicar la función de garantía de la magistratura significó refutar la credibilidad y la legitimación de una garantía política conexas a la presencia de la izquierda en la mayoría de gobierno, oponerse al proyecto de adecuar la línea de intervención judicial a la exigencia del cuadro político» (*op. cit.*, p. 982).

<sup>19</sup> La percepción de esta debilidad teórica se da por parte de sus propios teóricos, que reconocen que la jurisprudencia alternativa es más el resultado de la experiencia práctico-profesional de los magistrados democráticos que el resultado de elucubraciones teórico-filosófico-doctrinales. Valgan las siguientes citas como ejemplo: «el uso alternativo del derecho, allá donde es posible, es para nosotros un problema político antes que teórico; y la discusión metodológica no nos debe hacer perder de vista el fin político»; PULITANO, D., «Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura Democratica per l'attuazione dei valori democratici», *L'uso alternativo del diritto. II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, Laterza, 1973, p. 63. «La teorización puede ser contraproducente porque no se puede llegar a justificar, lógicamente, tal uso alternativo sin justificar el uso alternativo opuesto (...) El uso alternativo jurisprudencial es obra de prácticos pero no se puede buscar justificaciones teóricas porque, entonces, ofrece un arma a quien, en tesis, está en mejor posición de usarla: o sea la clase dominante. (...) Por otro lado, la teorización generalizante del uso alternativo eliminaría no sólo la certeza del derecho (que puede ser un mito) sino la misma previsibilidad del resultado, que, ofreciendo reglas de comportamiento, constituye un valor que no puede ser descuidado. Tampoco se puede ocultar que tales generalizaciones desvanecerían la

alternativista, constantemente afectado y atravesado por propósitos y propuestas político-ideológicas de carácter práctico, la hace incapaz de resistir al cambio de los tiempos. De tal forma que fuera de su marco contextual originario las tesis alternativistas no sólo pierden su sentido, sino que incluso resultan peligrosas y perjudiciales para los propios objetivos defendidos. Por eso, la única salida viable es su conversión al garantismo.

Ahora bien, conviene también mencionar que la temática garantista no es un descubrimiento improvisado y tardío de los alternativistas, sino que, en cierta medida, formaba parte del programa teórico de éstos. Sin embargo, se había quedado relegada a un plano secundario, al margen de las fórmulas político-estratégicas de su programa jurisprudencial. Sólo que, ante una situación político-jurídica cambiada, el «mantenimiento» de semejante programa resultaba incoherente y un contrasentido. De ahí que se vean en la imperiosa necesidad de recuperar ciertos principios vinculantes asimilados a la cultura tradicional. Pero esta recuperación no constituye tanto un retorno defensivo al pasado, cuanto un cambio de estrategia frente a los problemas (nuevos e imprevistos) del presente <sup>20</sup>.

Los argumentos hasta ahora esgrimidos sirven para explicar el porqué del cambio pero dejan abierta la cuestión de si de hecho hubo una ruptura entre las dos teorías o si, por el contrario, hay una línea de continuidad o complementariedad. La respuesta a este interrogante se dará en el epígrafe contiguo.

### III. PUNTOS PARADIGMÁTICOS DE INTERSECCIÓN Y/O DIVERGENCIA ENTRE LAS DOS TEORÍAS

Reflexionar sobre los lugares de intersección y divergencia entre las dos teorías es una tarea ardua y difícil, dado que supone utilizar un juego argumental polimorfo. Por ello, afrontar los derroteros argumentales que den cuenta de las grandes similitudes y también de las grandes diferencias existentes, exige comprender e interpretar las intenciones y objetivos, a veces ocultos o disimulados, implicados en el trasfondo de dichas teorías. Plantear esta cuestión requiere, en consecuencia, una revisión de las bases axiológicas en que se asientan ambas tesis, elucidando y matizando los puntos nodales más conflictivos tanto para la asimilación como para la diferenciación de las mismas. Empezaremos con las bases teóricas que inspiran la arquitectura de ambas teorías.

---

relativa científicidad de la jurisprudencia: la posibilidad de controlar el "iter" lógico seguido por el Juez para llegar a sus conclusiones sobre las bases de la correspondencia de esto a los parámetros de argumentación comúnmente recibidos»; CATAUDELLA, A., «L'uso alternativo del diritto privato e del diritto del lavoro e i pericoli di interpretazioni «involutive», *L'uso alternativo del diritto. II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, Laterza, 1973, p. 139.

<sup>20</sup> Cfr. «La alternativa...», *cit.*, pp. 199-200.

El principal alegato utilizado por los alternativistas para la construcción de sus categorías teórico-doctrinales es que los paradigmas jurídicos tradicionales son artífices enmascaradores de la verdadera naturaleza clasista del Derecho. Partiendo de presupuestos inspirados en la doctrina marxista, el uso alternativo del derecho denuncia y declara la naturaleza política del derecho, afirmando que el derecho es ante todo una forma política que condensa la voluntad de los sectores dominantes en una sociedad <sup>21</sup>. Por esta razón los alternativistas rechazan el modelo teórico ofrecido por el formalismo positivista, en función del apoyo que éste presta al sistema de poder dominante, proponiendo un modelo alternativo que funcione en contraposición a los módulos tradicionales de la justicia de clase.

Otra de las bases de sustentación del programa alternativo es el reconocimiento de que el ordenamiento jurídico es incompleto, abierto, con muchas lagunas, fisuras y grietas, en donde se reflejan y se reproducen todo género de contradicciones y aporías de una sociedad dividida en clases. Tales contradicciones son producto de las relaciones antagónicas entre los distintos estratos sociales, de su correlación de fuerzas, de las conquistas democráticas de las clases más desfavorecidas en la escala social, de los pactos entre élites, etc. De tal forma que el procedimiento hermenéutico alternativo consistiría en la búsqueda de las contradicciones o aporías clasistas en el interior del ordenamiento jurídico, para a la luz de este hallazgo, manejar jurisprudencialmente las contradicciones normativas en una perspectiva radicalmente libertaria e igualitaria.

La retórica hermenéutica alternativista se desarrolla sobre la base de la preeminencia de las normas constitucionales sobre las infraconstitucionales. La lectura de la Constitución tiende a su vez, al menos en el contexto italiano, a asumir como canon privilegiado lo preceptuado en el artículo 3 de la misma: «remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política,

---

<sup>21</sup> «La justicia burguesa como conjunto de actividades que cumple una función esencial para la conservación del Estado y del ordenamiento jurídico capitalista, no puede, lógicamente, dejar de participar de los caracteres clasistas típicos de tal Estado y de tal Derecho. El mismo principio base de la justicia burguesa, es decir, la igualdad de los ciudadanos ante la ley (por lo demás bastante a menudo contradicho por las situaciones de privilegio y las concentraciones de poder que genera el capitalismo y que son fuente de llamativas negaciones de aquél), es ya por sí, (...) la más expresiva connotación clasista del orden burgués». Además, la propia cultura jurídica dominante se encarga de reforzar el dominio burgués del Derecho, ya que es la que hace posible «el contrabando de la ciencia del derecho positivo burgués como teoría pura o formal, es decir, como teoría general de las formas y estructuras necesarias del derecho en cuanto tal. En virtud de esta doble operación de mistificación ideológica, el positivismo jurídico llega, pues, a acreditar el modelo formal del derecho burgués como «modelo ético-político» y al mismo tiempo como «modelo científico» de la juridicidad»; ACCATTATIS, V.; FERRAJOLI, L. y SENESE, S., «Por una magistratura democrática», *Política y Justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Libros de Confrontación, 1978, pp. 127-128.



económica y social del país». La comprensión en clave marxista de este artículo lleva a los alternativistas a postular que impone el principio de la «igualdad sustancial» como criterio ordenador de las operaciones judiciales, o lo que es lo mismo, una jurisprudencia alternativa a la inspirada en los principios normativos burgueses. Pero no sólo esto, sino que él mismo inspira un ordenamiento y una sociedad alternativa a la capitalista, estructuralmente fundada en la desigualdad <sup>22</sup>.

Por su parte, el garantismo individualiza en el iluminismo la principal matriz histórica de su modelo <sup>23</sup>, asumiendo muchos de los principios y valores informadores de la propia cultura jurídica de ahí derivada: el positivismo jurídico <sup>24</sup>. En este sentido, como ya destacamos, la aportación doctrinal del garantismo quiere hacer frente a las crisis que aquejan el nivel de legalidad, destrozando y desplazando derechos. De ahí que traten de radicalizar los valores y principios del sistema de garantías ideados por la cultura liberal-burguesa, refundándolos o reconfigurándolos sobre la base de una noción más amplia y porosa de legalidad. La premisa de esta operación radica en el reconocimiento de que la estructura de legalidad del derecho moderno contiene substratos no sólo formales sino también sustanciales. De acuerdo con esto, hay un doble nivel de legalidad que no sólo programa las formas de producción del derecho mismo, a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones, sino que también programa sus contenidos, vinculándolos a un plano superior de juridicidad donde están ubicados los derechos y principios básicos del sistema. Este plano superior no es otro que el de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

El garantismo también atribuye una dimensión axiológica al propio modelo político configurado como democracia. En este aspecto parten de la presuposición de que el Estado democrático forma parte del núcleo del pacto por el Estado de derecho o, como claramente expresa Ferrajoli, «el Estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades de todos» <sup>25</sup>. Tal configuración implica la concepción

<sup>22</sup> Cfr. ACCATTATIS, V., FERRAJOLI, L. y SENENE, S., *Op. cit.*, pp. 133-134, y COSTA, P., «La alternativa...», *cit.*, pp. 187-188.

<sup>23</sup> COSTA, P., «Un Modello per un'analisi: la teoria del "garantismo" e compresione storico-teorica della "modernità" penalistica», en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, G. Giappichelli, 1992, p. 17.

<sup>24</sup> Ferrajoli escribe que: «Si es verdad que el garantismo coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivación en el marco del estado de derecho, aquél no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico» (FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN MOHÍNO, J. TERRADILLOS BASOCO y R. CANTERO BANDRÉS, Madrid, Trotta, 1994, p. 868). Costa también afirma que la construcción del modelo «garantismo» se da «en el interior de la tradición filosófico-jurídica de inspiración positivista, tomando en serio la distinción entre moral y derecho, asumiéndola como uno de los postulados irrenunciables de la modernidad» («Un modelo...», *cit.*, p. 18).

<sup>25</sup> *Derecho y...*, *cit.*, p. 864.

del Estado de derecho como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de democracia política. A la vista de esta formulación, el propio concepto de democracia es redefinido. El marco de dicha redefinición es la distinción entre dos modelos de democracia: la formal o política y la sustancial o social. El primer modelo se corresponde al Estado político representativo, donde el principio de mayoría es la fuente de legalidad, o sea, establece la validez de cualquier decisión, sea del contenido que sea, adoptada mayoritariamente por los miembros de la comunidad política. Mientras el modelo de democracia sustancial está formado por el conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide, en el marco de un Estado de derecho, y, por tanto, vinculado estructural y funcionalmente a la tutela de los derechos e intereses de los individuos <sup>26</sup>.

Este complejo sistema de vínculos y equilibrios entre la dimensión formal y sustancial es el principal vector de garantía de la democracia, ya que permite modelar la democracia como sistema idóneo para atar los poderes públicos a la tutela de los derechos fundamentales y como garantía frente a los abusos y desviaciones cometidas por la democracia política. De este modo, dice Ferrajoli, «la relación entre Estado de Derecho y el principio de mayoría, o, dicho de forma más simple, entre Derecho y Política, aparece invertida si se compara con las imágenes politicistas de la democracia, porque el Derecho ya no puede ser instrumento de la Política, sino que, por el contrario, es la Política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho» <sup>27</sup>.

Precisamente esta configuración del derecho como sistema de garantías es la clave que permite articular el paradigma garantista con un nuevo modelo normativo de Estado –el Estado constitucional de derecho–. En este sentido se puede decir que la mutación del modelo normativo del Estado de derecho al del Estado constitucional de derecho, es, paradójicamente, el resultado de una exigencia axiológica y estructural de realización y optimización de los valores o principios informadores del propio Estado de derecho <sup>28</sup>. Esta modelación del

<sup>26</sup> PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 74, y FERRAJOLI, L., *Derecho y...*, *cit.*, pp. 864-865.

<sup>27</sup> «Estado constitucional...», *cit.*, p. 24.

<sup>28</sup> Muchos autores sitúan este cambio de modelo normativo en la segunda mitad de este siglo, sobre todo después de la segunda guerra mundial, con la introducción de constituciones rígidas que incorporaron principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo al poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo. Entendiendo que este sometimiento del poder legislativo a la ley constitucional supone una complementación del paradigma del Estado de derecho y su consecuente transformación en Estado constitucional de derecho. Es interesante el argumento desarrollado por Fernández Viagas respecto de este trasiego de sentido de la concepción decimonónica clásica de la Constitución. Según este autor esta innovación acaecida en la posguerra en los sistemas europeo-continenciales tiene su origen en el sistema constitucional norteamericano. Precisamente en la doctrina que fue enunciada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la famosa sentencia del Juez Marshall dictada en 1803 en el asunto *Marbury v. Madison* según la cual: «la base sobre la que ha sido levantada toda la

paradigma garantista del Estado de derecho es la base conformadora de este otro modelo. Por este motivo muchos autores defienden que en éste no se da una ruptura o superación radical de los postulados básicos del Estado de derecho, sino, como apunta Peña Freire, «un pronunciamiento de sus aspectos más característicos como es el principio de legalidad como imperio de la ley y del derecho»<sup>29</sup>.

Los rasgos o características estructurales configuradores del Estado constitucional de derecho como un modelo normativo son: (a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social; (b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos, sin excepción; (c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los derechos de carácter social<sup>30</sup>.

Estos tres rasgos caracterizadores del Estado constitucional de derecho son los que configuran a éste como sistema o modelo del garantismo por excelencia. Esta inherente función de garantía de la legalidad se realiza gracias a la innovación introducida en la propia estructura de la legalidad positiva, de modo que la misma ya no es sólo condicionante, sino que también ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. En consecuencia, este doble vínculo habilita y confiere a este modelo el papel de actuar como expediente de garantía del derecho legítimo y como expediente deslegitimador del derecho ilegítimo y, por ende, como limitación de la propia legitimidad jurídico-política de los poderes de Estado.

Todo ello exige la revisión del esquema conceptual de la validez, que supondrá una escisión o disociación de dos dimensiones comúnmente integradas, las de vigencia y validez. Así, dentro de esta formulación, estos dos conceptos no se confunden, sino que son asimétricos e independientes entre sí. La vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspon-

---

estructura política americana es que el pueblo tiene un derecho original a establecer para su gobierno futuro los principios que en su opinión sean más conducentes a su propia felicidad. El ejercicio de este derecho original supone un gran esfuerzo que no puede ser repetido frecuentemente. Por consiguiente, los principios que han sido así establecidos son considerados fundamentales. Y como la autoridad de la que proceden es suprema y sólo puede actuar rara vez, estos principios se proyectan para ser permanentes». Pues bien, esta aportación de la doctrina norteamericana estará en la base del constitucionalismo europeo de la posguerra, donde la Constitución pasa a ser considerada como una dimensión normativa directa y, lo más importante, que el texto constitucional es un parámetro normativo superior y vinculante que condiciona a todos los poderes públicos, incluyendo el poder normativo del parlamento. *Cfr. El juez imparcial*, Comares, Granada, 1997, pp. 59-65.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 37 (nota p. 1). Aunque para Zagrebelsky si se compara «los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho» (*El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 34).

<sup>30</sup> *Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, Corrupción y...*, *cit.*, p. 10, y PEÑA FREIRE, *cit.*, p. 37.

dencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación. La validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción<sup>31</sup>. A partir de esta disociación la validez de una ley ordinaria no puede ser deducida de una actividad meramente cognoscitiva que se limite a verificar los aspectos puramente formales del acto normativo, sino que requiere en su juicio la incorporación de aquellos vínculos sustanciales que condicionan el contenido producido. Estos vínculos sustanciales, que como vimos, derivan de aquellas coordinadas o imperativos establecidos por los derechos fundamentales, son los que permiten que se declare inválida una norma que esté en disconformidad o contradicción con el contenido de éstos<sup>32</sup>.

Como se puede deducir de todo lo expuesto, hay diferencias radicales en los presupuestos teóricos de base de una y otra teoría, que, a simple vista, parecen denotar la existencia de un foso insuperable entre las mismas. Ahora bien, si profundizamos un poco, veremos que el foso no es abismal o, por lo menos, que hay posibilidades de establecer algún pasadizo de comunicación o ligación entre ella. En este sentido, cabría argüir una serie de matizaciones. La primera es que el modelo del garantismo, aun retomando ciertos elementos tradicionales de cultura jurídica positivista, trata, conforme ya expresamos, de redimensionarlos en una perspectiva más dinámica, actualizándolos y orientándolos no sólo como instrumento formal de tutela de la legalidad existente, sino también como instrumento sustancial para la efectividad y promoción de programas normativos insatisfechos o irrealizados<sup>33</sup>.

En este sentido, volvemos a repetir, el garantismo trata de resignificar los mecanismos de garantías ideados por la cultura legal-positivista, transformándolos en el principal vector de garantía y realización de las normas constitucionales, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. Esta postura, tiene ciertas afinidades con la teoría alternativista, que ha sido pionera en la defensa de la Constitución como punto de partida y como punto de confluencia de toda y

<sup>31</sup> «El derecho...», *op. cit.*, p. 64.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, una norma que viole un principio constitucional, aunque tenga existencia formal o vigencia, es inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.

<sup>33</sup> En este sentido manifiesta Ferrajoli que «garantismo no quiere decir legalismo, o formalismo o procesualismo, sino rehabilitación de los derechos fundamentales como valores jurídicos fundantes del Ordenamiento y fuente primaria de legitimación política del Estado y particularmente del poder judicial», «Precarietà dei valori di riferimento ed emergenze», en *Crisis della giurisdizione e crisi della politica*, Milano, Franco Angeli Editore, 1988, p. 173. En otro contexto también afirma que: «En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal –y por tanto irrealizado y pendiente de realización– de sus propias fuentes de legitimación jurídica» (*Derecho y...*, *cit.*, p. 852).

cualquier interpretación de las normas jurídicas. Incluso se puede decir que la valorización de los principios constitucionales como valor operativo y condicionante de la legalidad es patrimonio de los alternativistas<sup>34</sup>.

Ahora bien, si se profundiza un poco en el tema, veremos que esta similitud es más virtual que real, dado que los fundamentos de base o las estrategias argumentativas y operativas de una y otra concepción son muy distintos. Así, el uso alternativo, partiendo de un específico valor constitucional (el art. 3) intenta transformar el sistema normativo y las estructuras socio-políticas que lo mantienen, de acuerdo a un uso instrumental del derecho como arma para la revolución social. La prefiguración de una sociedad socialista es su imperativo. Sobre esta preeminencia tratan de radicalizar los conflictos y contradicciones internas y externas del sistema jurídico para desestabilizarlo, y con ello, los propios valores liberal-burgueses conformadores de la estructura opresiva del derecho y del estado capitalista. Sin embargo, el garantismo, haciendo hincapié en una necesaria separación del derecho de las ideologías (sean morales, éticas o jurídicas)<sup>35</sup>, intenta justamente neutralizar los factores sociales, económicos o políticos, desestabilizadores y desintegrantes de la legalidad positiva. Con lo cual el derecho (especialmente el de raíz constitucional) actúa como límite o freno a las influencias socio-políticas desestabilizadoras y, por ende, como mecanismo garantizador de una determinada estructura legal y política, que para los garantistas está configurada por un modelo preciso –que es el del Estado constitucional de derecho–. Ésta es una diferencia sustancial, dado, como se puede ver, que uno enmarca los derechos constitucionales como instrumento de desestabilización del orden vigente, mientras el otro como mecanismo de defensa, estabilización e integración del mismo.

Pero nuevamente es posible matizar y acortar diferencias. El uso alternativo del derecho se desarrolla en un contexto socio-jurídico desi-

<sup>34</sup> Tal opinión es defendida por Andrés Ibáñez, que sostiene que la conciencia y denuncia del desolador déficit de realización y efectividad de los imperativos constitucionales en los niveles normativos ordinarios fue apuntada, ya hace algún tiempo, por algunos jueces y teóricos del derecho, sobre todo en Italia. Esta «actitud fue denunciada como una forma de violencia sobre el derecho. Se habló de “asalto” al orden jurídico, cuando sólo se trataba de recorrer hacia arriba la pirámide normativa. Lo cierto es que, al margen de las apasionantes vicisitudes concretas de unas prácticas que tienen un punto de referencia inolvidable en Lelio Basso, la idea de “lucha por el derecho”, formulada por Ihering en otro contexto, cobró una actualidad que sigue vigente. Se incorporó a la cultura del Estado constitucional de Derecho, en tanto modelo –de un «constitucionalismo emancipador» (Dogliano y Di Giovine)– que debe ser realizado por mandato del más alto rango, puesto que es claro (diría que ahora incluso para el jurista) que el mismo no se hace real por aparecer postulado en lenguaje real» («Introducción», en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 10-11).

<sup>35</sup> Como afirma Ferrajoli, la teoría del garantismo es también «una crítica de las ideologías: de las ideologías políticas, ya sean iusnaturalistas o ético-formalistas, las cuales confunden, en el plano político externo, la justicia con el derecho, o peor a la inversa; y de las ideologías jurídicas, tanto normativistas como realistas, que paralelamente confunden, en el plano jurídico o interno, la validez con la efectividad»; *Derecho y...*, cit., p. 855.

gualitario, conflictivo y con fuertes residuos de autoritarismo, razón por la cual propone un modelo antitético a éste; mientras que el garantismo se desenvuelve en un contexto democrático más o menos igualitario y justo, pero con fuertes tendencias regresivas o degenerativas, y de ahí que quiera proteger este orden contra toda y cualquier vulneración o involución<sup>36</sup>. Resulta así que, para el uso alternativo del derecho, muchos de los mecanismos edificados y defendidos por la cultura legal-positivista, incluido su sistema de garantías, sean instrumentos ideológicos y funcionales al mantenimiento de la estructura legal-burguesa y de las desigualdades y opresiones que ésta genera. En cambio para los garantistas dichos mecanismos son precisamente la base fundamental de protección y defensa del individuo frente a la omnipotencia autoritaria y opresora de las estructuras de poder y, especialmente, de garantía de los derechos sociales (que cobran gran relevancia en los momentos actuales en que se asiste la involución y desmantelamiento del Estado social). En suma, para una concepción los principios de la cultura legal-positivista de raíz liberal tienen un valor predominante negativo y, para la otra, positivo. Como consecuencia, una desestima la legitimidad de dichos principios, mientras la otra los revitaliza como valores fundamentales tanto para la salvaguardia como para la potencialización de los derechos vitales del ser humano.

Como se puede ver, aunque el énfasis en la utilización de las normas constitucionales para la relectura de las normas ordinarias es uno de los puntos comunes entre las dos teorías, los alegatos justificadores son muy distintos. En pocas palabras, el uso alternativo intenta utilizar el sistema jurídico positivo para realizar objetivos extrajurídicos, mientras que el garantismo rehabilita los mecanismos internos de control y garantía de la legalidad, para que actúen de modo correctivo y proyectivo sobre el sistema de legalidad.

Otro punto bastante ambiguo de comparación es la cuestión del papel y función atribuidos a los jueces. En este particular, el uso alternativo del derecho, defiende, básicamente, las siguientes concepciones: (a) dada la incertidumbre, incompletud y contradicción de los sistemas normativos, las tareas de interpretación y aplicación de las leyes se dan más sobre la base de criterios axiológicos que propiamente científico-formales; (b) la neutralidad, imparcialidad y apoliticidad de

---

<sup>36</sup> La siguiente cita de Ferrajoli sirve para ilustrar esta idea: «Mientras en el pasado, hasta hace un par de décadas, el Estado de Derecho parecía un valor liberal y burgués en cuanto concebido preferentemente para la tutela de las libertades civiles y la democracia política parecía un valor socialista, dado que la mayoría estaba formada por trabajadores dependientes y sujetos pobres, hoy el sentido de esa relación se ha invertido. En la sociedad de los dos tercios, la democracia política corre el riesgo de favorecer todavía más a los sectores fuertes y ricos, que en cuanto mayoritarios se inclinan siempre hacia el principio de la mayoría y a la resistencia frente a cualquier regla, límite o control. Mientras es el Estado de derecho, con sus vínculos y límites impuestos al Estado y al mercado, para tutela no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales, el que ejerce un papel de defensa y garantía de los sujetos más débiles» («El Estado constitucional hoy», en *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, p. 21).

los jueces no pasan de mitos teóricos contruidos con el objetivo de enmascarar la subordinación de este sector a los ideales de la burguesía; (c) la ambigüedad del sistema normativo unido al gran margen de discrecionalidad que tiene el juez a la hora de dictar una sentencia, le confiere poder suficiente para adaptar las leyes a los valores y/o ideales que quiera concretar, sin que eso signifique trastocar el principio de vinculación del juez a la ley; (d) todo ello hace que sea posible manipular alternativamente las leyes burguesas para forjar la apertura democrática del derecho y de la práctica judicial, al mismo tiempo que ofrecen apoyos jurídicos a las distintas prácticas sociales que luchan contra el yugo opresor y dominador del sistema burgués-capitalista.

En definitiva, el uso alternativo del Derecho, negando la objetividad científica tanto del conocimiento cuanto de la práctica jurídica, en razón de los condicionamientos del derecho al campo económico y político, reconoce que la actividad jurisdiccional tiene una fuerte carga de funcionalidad política. Tal reconocimiento permite, por un lado, la denuncia de las falacias de los esquematismos científicos puramente técnicos, y, por otro, la posible reorientación de dicha funcionalidad política. Dicho en otros términos, por un lado se critica los métodos tradicionales de interpretación por tener una orientación que se presta a garantizar un determinado *status quo* dominante —el burgués-capitalista—; y, por otro, su pretensión es la de revertir estos efectos político-clasistas en beneficio de las clases sin poder.

Ahora bien, el garantismo también propone un cambio en el papel institucional asignado a la jurisdicción. El primero y más importante de los cambios se produce en la relación del juez con la ley. Ésta ya no se da en términos de una sujeción meramente formal a la ley (independientemente de su contenido, como en el paradigma positivista), sino sujeción a la ley sólo y en cuanto válida, o sea, coherente con la dimensión sustancial de validez. Semejante concepción transforma la función jurisdiccional en garante, por excelencia, de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador. De ello se sigue un refuerzo de la propia posición institucional del juez, en cuanto le asigna la tarea de garantizar y proteger al ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad, por parte de los poderes públicos. Precisamente esta naturaleza de la jurisdicción exige que el Juez sea totalmente independiente y desvinculado del poder político. En efecto, se demanda que el poder judicial actúe o funcione, al mismo tiempo, como freno a la dominación y arbitrio de la mayoría<sup>37</sup> y, como lugar de legitimación y

<sup>37</sup> Y esto porque, como explica Rossi, los derechos sociales en los países con una mayoría de ciudadanos que gozan ampliamente de sus privilegios son «derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y al interés de la mayoría, susceptibles de valoraciones y de efectiva tutela sólo por obra de un poder judicial dotado de reales garantías de independencia» («Verso una democrazia maggioritaria. Magistratura e mutamento istituzionale», *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, Franco Angeli, p. 20).

de distribución de recursos o ventajas prometidos por el Ordenamiento pero no concretados u obtenibles de hecho. De ahí que las fuentes de legitimación de este poder no deben y no pueden, a diferencia de los otros poderes, estar condicionadas o vinculadas a los tradicionales mecanismos de democracia política (ligada a la representación político-social)<sup>38</sup>. Su fundamento reside, únicamente, en la intangibilidad de los derechos fundamentales.

Por último es importante tener presente que este modelo reconoce que en la actividad judicial existe siempre, en mayor o menor grado, un inexorable margen de elección práctica respecto de las diversas y variadas hipótesis interpretativas existentes en el ordenamiento, por lo que conviene tener un modelo límite, que aun siendo largamente ideal y utópico (dado que nunca es plenamente realizable), sirva para acotar la discrecionalidad y, con ello, los riesgos de arbitrariedad e ilegalidad por parte de los jueces. Así lo que hace el garantismo es subordinar el Juez a las dos dimensiones justificadoras y legitimadoras de todos los poderes de Estado –la formal y la sustancial–. La legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del Juez a la ley, en tanto que la legitimidad sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ninguna de las dos fuentes «puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales y sin peligros para la salvaguardia del papel de la jurisdicción. Y por otra parte, la segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera»<sup>39</sup>.

De tal forma que estas dos dimensiones se autocontrolan y se limitan mutuamente, evitando que se caiga tanto en el mero formalismo legalista –vinculación pura y absoluta del Juez a la ley (cualquiera que sea)–, como en un desmedido antiformalismo. En este sentido, hay una dialéctica complementariedad entre legalidad formal y sustancial/legitimidad formal y sustancial que permite conjugar legalidad y discrecionalidad, cognición y prescripción.

Puestos ahora a comparar dichas tesis, podemos decir que hay tanto puntos de convergencia como de divergencia. Lo primero que sobresale es que las dos teorías defienden que la práctica judicial no tiene un carácter puramente mecánico o lógico-formal, sino que está supedita-

---

<sup>38</sup> Como expresa Saavedra López: «Ni una supuesta voluntad popular, ni la opinión pública, ni ninguna otra instancia representativa de las ideas jurídicas o ético-jurídicas socialmente dominantes pueden suministrar al juez los criterios de su decisión. (...) Así pues, la función jurisdiccional se considera legítima en tanto en cuanto se realiza bajo unas condiciones que contribuyen todas ellas a una aplicación objetiva de la ley, de unas condiciones que garantizan que todo el proceso de búsqueda de una solución para el conflicto entre los distintos intereses en pugna, se desarrolle con la imparcialidad requerida para que la decisión pueda ser aceptada por los contendientes, y también con la precaución necesaria para que no sean violados en la búsqueda de la verdad del caso otros derechos e intereses legalmente protegidos» («La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, p. 4).

<sup>39</sup> *Derecho y...*, cit., p. 918.



da a la ejecución de los principios y valores formulados en el nivel normativo superior. En este sentido, ambas teorías cuestionan y rechazan los dogmas tradicionales que reservan al Juez un papel meramente descriptivo y avalorativo en relación con el derecho vigente, defendiendo, en contrapartida, la bipolaridad de dicha actividad, o sea, como una actividad cognoscitiva y como actividad de denotación y de dicción del derecho. Sin embargo, a pesar de estas peculiaridades comunes, hay también diferencias acusadas entre ambas. La principal es que el uso alternativo del derecho desacredita los parámetros formales limitadores de la manipulabilidad normativa, con el objetivo de permitir una efectiva funcionalidad política de la jurisdicción simétrica con una línea político-institucional representada por el socialismo. Mientras el garantismo trata de desvincular y preservar la función jurisdiccional de cualquier influencia politizante, incluso contra las fuerzas democráticas mayoritarias, con el objetivo de frenar y corregir los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas que pueden incurrir tanto los sujetos políticos como sociales.

Otro aspecto diferenciador es la forma de concebir la propia legitimidad del poder judicial. Los alternativistas incidían en propuestas que giraban en torno a maximizar la participación y control democrático popular en la Administración de Justicia. El garantismo, a su vez, excluye la ubicación de la legitimidad judicial en los mismos cauces de los procedimientos de legitimación de los demás poderes políticos, ya que ese tipo de legitimidad pondría el poder judicial a merced de las influencias políticas y sociales, imposibilitándolo de cumplir, con autonomía e independencia, su misión garantista. De tal forma que para éstos la legitimidad del poder judicial adviene única y exclusivamente de su vinculación a las exigencias y determinaciones constitucionales.

Ahora bien, si se tiene en cuenta, conforme ya pusimos de relieve, el contexto histórico de actuación de las dos teorías, se verá que estos distintos y divergentes matices de la concepción de la función jurisdiccional tienen un mismo núcleo pragmático que es la realización efectiva y real del programa normativo constitucional, considerado como máxima expresión de los valores de libertad e igualdad constitutivos de una sociedad verdaderamente democrática. En fin, para no caer en innecesarias repeticiones, diremos que estas dos teorías, aunque recorriendo caminos teóricos distintos, tienen una misma meta práctica.

Este juego argumental desarrollado a lo largo de las últimas páginas sirve para demostrar que hay una ambivalencia y ambigüedad que imposibilitan establecer con claridad y exactitud los marcos de intersección o separación entre una y otra teoría, hasta tal punto que resta casi imposible determinar si son teorías convergentes o divergentes. Hay argumentos para justificar tanto uno como otro parecer. De ahí que, dependiendo de los argumentos teóricos utilizados, o bien se puede considerar la jurisprudencia alternativa como antagónica del garantismo, dado que defiende ciertas concepciones no sólo incom-

patibles sino incluso contraproducentes a los objetivos garantistas <sup>40</sup>; o bien como una teoría conexas y complementaria de aquélla <sup>41</sup>.

De todas formas, sea cual sea la hipótesis de que se parta, lo único que parece innegable es que el debate sobre el garantismo ha sido generado y desarrollado, casi enteramente, por los propios creadores y defensores del movimiento alternativista: *Magistratura Democratica*

<sup>40</sup> Como expresa Borre, si, por un lado, la lucha desarrollada por la magistratura italiana contribuyó a que ésta conquistase una centralidad en la articulación de las instituciones y un gran prestigio en el ámbito social, por otro, como efecto perverso, ha creado espacios y ocasiones para desviaciones sustanciales y procesales, encubiertos por el secreto de instrucción y del consenso de la opinión pública, que ha dado lugar a fenómenos de protagonismo de signo diverso, algunos de ellos degenerativos de la legalidad y de la propia función (progresista) asignada a la jurisdicción. Cfr. «Speciale: magistratura e trasformazione il VI Congresso di MD. Introduzione», *Questione Giustizia*, núm. 3, 1983, pp. 636-639. Por otro lado, como enfatiza Flores D'Arcais: «El último y costoso peaje de una izquierda autolesiva que por el menosprecio ideológico de una legalidad que, en cambio respetaba más que nadie, ha regalado al *establishment* político –y a los vértices judiciales más comprometidos– el monopolio retórico de la legalidad. En efecto, la crítica democrática a la «justicia del Palacio» en vigor en tantos órganos judiciales, resultaba neutralizada precisamente avanzando sospechas de extremismo, ideologismos anti-jurídicos, sesentayochismo (...). Sospechas que las ya evocadas teorizaciones sobre los «forzamientos» interpretativos ayudaban a hacer plausibles. El *establishment* hace de ellas un instrumento más para ocultar y garantizar la impunidad de las violaciones cada vez más sistemáticas perpetradas por una trama del poder que se afianza progresivamente en el camino del régimen» («Izquierda y legalidad», *Jueces para la democracia*, núm. 19, 2/1993, p. 29).

<sup>41</sup> En esta perspectiva, afirma Senese que la jurisprudencia alternativa, defendida por el grupo de *Magistratura Democratica*, no implicaba «forzar el texto o, peor, su grosera manipulación sino solamente empeño en la sustitución de los modelos jurisprudenciales consignados de una tradición (todavía presente) que prescinde del texto constitucional, o lo relega a posición subalterna, por modelos inspirados en la elección del texto constitucional y a sus valores y, en sentido más general, módulos de intervención judicial orientados a la priorización constitucional. En éste está la alternativa, no en otra cosa» («Introduzioni», en *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Milano, Franco Angeli, 1982, pp. 44-45). Ferrajoli también encuentra una conexión entre las tesis alternativistas y garantistas: «Esto y no otra cosa (...) entendíamos hace veinte años con la expresión «jurisprudencia alternativa» (...): interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad» («El derecho...», *cit.*, p. 66). En otro contexto también afirma que: «Nosotros nunca contestamos, ni cuando hablábamos de “jurisprudencia alternativa” o de “uso alternativo del derecho”, la legalidad positiva; contestábamos, al contrario, el monopolio ideológico de la legitimidad jurídica hasta entonces detenido por la jurisprudencia conservadora, reivindicando la positividad primaria de la legalidad constitucional y acusando la ilegitimidad del derecho vigente y la praxis judicial. La Constitución irrealizada, o peor negada por los códigos fascistas y por la jurisprudencia dominante fue en suma impugnada como instrumento de oposición legal a la legalidad viciada y a las orientaciones judiciales consolidadas. Los derechos fundamentales insatisfechos y por otro lado la instancia igualitaria expresa por el artículo 3 de la Constitución, fueron a su vez percibidos como fuente de deslegitimación sobre todo del orden político y económico existente. No se comprenderá la contestación de los Jueces desarrollada en aquellos años si no se tiene en cuenta este doble horizonte axiológico: aquel constitucional de los derechos fundamentales enunciados por la Carta de 1948 y aquel político y social de los intereses subalternos y de la perspectiva de transformación social que de aquel derecho reclamábamos y legitimábamos» («Precarietà dei...», *cit.*, pp. 171-172).

en Italia y Jueces para la Democracia en España, así como por algunos intelectuales vinculados o afines (como es el caso, para citar dos ejemplos paradigmáticos, de Luigi Ferrajoli <sup>42</sup> y Perfecto Andrés Ibáñez).

Personalmente juzgamos que hay una línea de continuidad entre las tesis alternativistas y las del garantismo, a pesar de ciertas rupturas paradigmáticas habidas entre las mismas. La base de nuestro razonamiento es que los cambios paradigmáticos habidos responden, en el fondo, a un cambio de estrategia frente a una realidad social, política y jurídica diferente de aquella que daba sentido a estos mismos presupuestos. De tal forma que la metamorfosis era la única salida viable a la teoría alternativista, si quería ser fiel y coherente con su meta fundamental: la defensa de una sociedad más justa, donde los derechos fundamentales estuviesen protegidos, garantizados y realizados, y, muy especialmente el logro de una «democracia radicalmente democrática».

Por esta razón también juzgamos que estas rupturas y giros de formulación más que un contrasentido son el precio de la coherencia, y para pagarlo los teóricos alternativistas tuvieron que sacrificar su teoría para salvar sus fundamentos más verdaderos. Y, a su vez, el garantismo para salvar estos fundamentos tiene que hacer tantas piruetas que parece como si hubiese renunciado a los mismos. Pero esto no es así, la fuerza residual de estos presupuestos está presente en él, alimentando implícita y subrepticamente los mismos ideales de antaño. Tal vez lo que sí ha cambiado es que el garantismo ha perdido la ingenuidad utópica de los alternativistas respecto al poder político. Ya no se deja llevar e instrumentalizar por los designios de las lógicas libertarias de origen político-partidista, sino que profesa

<sup>42</sup> Que por estas fechas había dejado la magistratura para dedicarse a la docencia. Aunque pueda resultar superfluo, conviene recordar que este autor ha sido uno de los grandes exponentes de las tesis alternativistas y el «padre», por así decir, de la teoría del garantismo. Es interesante al respecto el comentario de López Calera con relación a este teórico y que denota, una vez más, la conflictividad de posturas en torno a las conexiones entre alternativismo y garantismo: «me parece que en el Ferrajoli de hoy hay una fe especial en el derecho. A diferencia de sus creencias más jóvenes, Ferrajoli huye de todo lo que pudiera ser un cierto desprecio y depreciación del derecho. Quiere olvidar el antijuridicismo marxista que había alimentado la práctica alternativista de los años setenta. Y toma nota de algo muy grave que está pasando en los Estados de las sociedades avanzadas. Se trata de que hay una “crisis de legalidad” que se expresa en la ausencia o la ineffectividad de los controles jurídicos del poder, esto es, en una variada y vistosa fenomenología de la ilegalidad del poder. Sobre todo cuestiona los límites e imperativos constitucionales que reglamentan el ejercicio de los poderes. En estas circunstancias no hay mucho lugar para volver al uso alternativo del derecho, cuando estamos asistiendo –según Ferrajoli– a “crisis de la razón jurídica”, esto es, a la crisis de la propia capacidad reguladora del derecho sobre todo en sociedades avanzadas enormemente complejas que está llevando a poderes incontrolados» («¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 72, 1997, p. 34). Pero, más adelante, afirma que «la “refundación garantista” del derecho que Ferrajoli propone conecta con muchos de los ideales alternativistas de los setenta» (*ibídem*, p. 35).

una saludable desconfianza frente a éstas, creyendo que la defensa a ultranza de la legalidad es la táctica emancipadora más deseable para el presente <sup>43</sup>.

En fin, terminamos con la idea de que la transmutación de las tesis alternativistas a las garantistas, no constituye, en sí misma, ninguna gran paradoja, sino que tiene un sentido y una causa justificante. Así, cuando esa realidad era desigual, injusta y opresora, la lucha era por su desmantelamiento y supresión. Pero cuando era más igualitaria, democrática y justa la estrategia es de defensa, mantenimiento y preservación. De ahí que la táctica del uso alternativo se dé en clave antiformalista o progresista mientras que la del garantismo en sentido formalista o de conservadurismo (en sentido de conservación) <sup>44</sup>. Sin embargo, en el fondo, el objetivo es el mismo: una, lucha para conseguir la democratización de la sociedad y la plena afirmación y vigencia de los derechos constitucionales, en cuanto la otra, pelea para que no se desvirtúen los derechos constitucionales y el nivel de democracia felizmente existentes en su realidad.

Por eso consideramos que el uso alternativo del derecho y el garantismo conforman un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de las (i)lógicas de una sociedad guiada por los designios del capital; de poderes políticos siempre propensos a desvíos, arbitrariedades e injusticias; frente a una

---

<sup>43</sup> Una defensa ardorosa de la legalidad como única política revolucionaria posible es la realizada por Flores D'Arcais. Creemos que merece la pena reproducir algunos fragmentos de ésta: «Hoy la legalidad tomada en serio, la legalidad como estrategia y práctica coherente, constituye más que nunca el poder de los sin poder. Podría incluso afirmarse lo siguiente: la revolución no ha amado nunca la legalidad, pero una política de legalidad es hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables (y sin prejuizar si no habría que desear que sea también la última) por ser previa a cualquier otra». «(...) No es una causalidad. La legalidad aplicada coherentemente y sistemáticamente es, en efecto, un bien material por excelencia para los sin poder. Irrenunciable y quizá el más precioso». «(...) Con esto se ha dicho lo suficiente para que caiga en el ridículo cualquier objeción que pretendiera sostener que llamando a la izquierda a hacer de la legalidad su propio sextante, se limitase a invocar el "monstrum" de una izquierda que asume los valores de la derecha (...) La derecha, en efecto, no ha sido nunca esta legalidad (...), más bien ha proclamado "law and order", es decir el rigor con los débiles y no frente a todos. La liturgia de la legalidad para negar la carne de la legalidad, y por tanto también su espíritu» (*op cit.*, pp. 28-30).

<sup>44</sup> Como bien ha demostrado Bobbio, formalismo y antiformalismo «no tienen un valor o un disvalor en sí mismos, sino que su valor o disvalor dependen de la ideología a la cual sirven y que nosotros aceptamos (o rechazamos)». Así, formalista quiere, en general, «decir simplemente que se está en contra de los cambios; si el cambio es en sentido de progreso, el formalista es conservador. Si es en el sentido de la reacción o de la restauración, el formalista es progresista» (*El problema de positivismo jurídico*, 2.º ed., México, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 31). O aún, como magníficamente expresa Lacasta Zabalza, es «necesario creerse que el formalismo y el legalismo (y la certeza jurídica) poseen o pueden poseer también aristas positivas. Esa virtud de sujetar al poder. Que es una dimensión que hay que adjudicar, parece que hoy más que nunca, al derecho» («Antiformalismo jurídico "fin de siglo": su gracia e inconvenientes. Contrapunto jurídico y moderadamente formalista al ideario plenamente antiformalista de António Hespanha», *Ius Fugit*, núm. 3/4, 1994-95, p. 450).

sociedad que fácilmente se deja doblegar por manipulaciones de toda índole, haciéndose cómplice, directa o indirectamente, de barbaries y despotismos. En definitiva, el uso alternativo del derecho y el garantismo tienen un común horizonte de sentido: la fe que profesan en la democracia y en los derechos fundamentales como base emancipatoria de la organización jurídica de la vida social. Son dos formas de una misma «lucha por el derecho» o, si se prefiere, de tomar el derecho «en serio».

## El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas

Por JUAN CARLOS VELASCO ARROYO

Instituto de Filosofía del CSIC. Madrid

El derecho o, mejor dicho, la *práctica jurídica*, es esencialmente una serie de procedimientos discursivos que sirven de cauce a operaciones interpretativas y argumentativas. Argumentar es, en definitiva, el quehacer central de los juristas, de tal modo que de pocas actividades sociales se puede predicar un carácter más marcadamente argumentativo que de aquellas relacionadas con el derecho. Los desacuerdos que a menudo se producen entre los distintos operadores jurídicos son desacuerdos interpretativos que se saldan mediante argumentos, es decir, por medio de proposiciones encadenadas de tal manera que de ellas se sigue una determinada conclusión. Al respecto resulta ilustrativa la doctrina adoptada por el Tribunal Constitucional alemán: «La interpretación del derecho constitucional tiene el carácter de un discurso en el que [...] haciendo valer razones y contrarrazones se llega finalmente a las mejores razones» (BVerfGE, 82, 30 [38-39], II, 1990). Esta doctrina podría, en principio, extenderse al conjunto del derecho, esto es, a todas las prácticas argumentativas que tienen lugar en los distintos momentos de la actividad jurídica, entre los que cabe destacar tres ámbitos: la actividad legislativa productora del derecho positivo; la dogmática como ámbito privilegiado de reflexión teórica de los juristas profesionales; y, por supuesto, la acción judicial en el marco codificado de un proceso como lugar más representativo de la aplicación del derecho. Este artículo versará esencialmente sobre la argumentación en el ámbito de la aplicación del derecho.

Entre los diferentes operadores jurídicos, los jueces son ciertamente quienes han desarrollado unos hábitos argumentativos más depurados. Hábitos, en cualquier caso, mucho más persuasivos que las exposiciones de motivos de los textos legales, por no hablar ya de las tan a menudo infundadas motivaciones con que los órganos administrativos suelen contestar las demandas de los ciudadanos. Sólo la dogmática jurídica presenta un nivel argumentativo comparable. A ello contribuye la obligación que tiene el juez de justificar sus decisiones<sup>1</sup>. Para el juez, a contrario que para el legislador, no vale la máxima *auctoritas, non veritas facit legem*, sino la inversa *veritas, non auctoritas facit iudicium* (cfr. Ferrajoli, 1995, 35-37). El Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia anterior, exigía también a los jueces que basaran sus decisiones «en argumentaciones racionales» (BVerfGE 34, 269 [287], 1973), y de este modo señalaba implícitamente la vinculación existente entre el carácter argumentativo de la praxis jurídica y la noción de racionalidad. Esta exigencia de racionalidad de la argumentación jurídica, coincidente con la expresada en la Constitución Española en el sentido de que las sentencias sean siempre motivadas (art. 120.3), no vendría dada tan sólo por el estatuto científico de la jurisprudencia, sino sobre todo por la pretensión de *legitimidad* que acompaña a las decisiones judiciales. Si esto último es así, el tema aquí tratado resultaría entonces relevante no sólo para los profesionales del derecho, sino también para todo ciudadano interesado por el buen funcionamiento de las cosas públicas (cfr. Alexy, 1989, 19).

Es preciso tener en cuenta que los modos propios de la argumentación jurídica han ejercido una enorme sugestión en la reflexión filosófica y a lo largo de la historia se han presentado a menudo como modelo o matriz del razonamiento práctico general. Pero las influencias también se han dado en la dirección opuesta: así, el actual auge de la teoría de la argumentación está estrechamente relacionado con las diversas tentativas de *rehabilitación del uso práctico de la razón*, esto es, con los empeños por devolver a la razón la facultad de hablar sobre los asuntos prácticos relativos a la organización de la convivencia humana. So capa de rigor intelectual, la filosofía positivista –imperante socialmente desde el siglo pasado– ha solido concebir la pretensión de objetividad que guía el quehacer científico como neutralidad valorativa. El efecto de esta actitud no ha sido otro que una preocupante abstinencia moral que amenaza con dejar a los individuos desarmados de argumentos con los que afrontar racionalmente los continuos retos

<sup>1</sup> El término «decisión judicial» es ambiguo, pues hace referencia tanto al «acto de decidir» –con sus innegables implicaciones psicológicas de difícil objetivación– como al «contenido o resultado de ese acto de decidir», que puede y debe ser objeto de justificación racional. A lo largo de este artículo se utiliza el término en esta última acepción, de manera que se obviará el «contexto de descubrimiento» y las «razones explicativas» de la decisión. La atención se fijará, por el contrario, en el «contexto de justificación» y en las «razones justificativas» aducidas por el operador jurídico.

prácticos de la vida. Frente a esta estrecha noción de racionalidad encarnada por el positivismo, las teorías de la argumentación suministran instrumentos conceptuales mucho más idóneos para resolver los numerosos problemas del quehacer humano. Presuponen, en definitiva, algo sumamente valioso: que existe la posibilidad de elección razonable basado en la deliberación intersubjetiva.

A lo largo de este artículo se tratará, en primer lugar, de exponer alguna de las razones que explican el auge de la teoría de la argumentación jurídica y su posición central en la actual teoría del derecho (I); a continuación se presentan los rasgos principales de la teoría desarrollada por Robert Alexy, que en estos momentos se ha convertido en la teoría estándar (II); y, finalmente, se hará una revisión crítica de la misma introduciendo especialmente algunas correcciones propuestas por Klaus Günther (III).

## I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Afirmar, como se ha hecho anteriormente, que la práctica jurídica presenta un fuerte carácter argumentativo y que además está sujeta a condiciones de racionalidad no implica, empero, sostener que los procesos argumentativos jurídicos están sometidos exclusivamente a las reglas de la lógica, al menos, de la lógica deductiva moderna o lógica simbólica<sup>2</sup>. De la naturaleza no estrictamente lógica del razonamiento jurídico se ha sido consciente a lo largo de la historia del derecho. Esto no impidió, sin embargo, que en ciertos momentos se llegara a pensar que el proceso de decisión jurídica estaba determinado exclusivamente por los textos legales vigentes y que los jueces, en consecuencia, podrían resolver todas las controversias mediante la rígida aplicación de las reglas y principios del derecho. Esa creencia derivó con el tiempo en una concepción dogmática de la aplicación del derecho según la cual la decisión jurídica se sigue de modo necesario y aproblemático de las normas en vigor. A la formación de esta doctrina no le era ajeno el pensamiento cartesiano y su tendencia a identificar lo racional con la razón deductiva, con el *more geometrico* de pensar. Así, la labor judicial se reduciría presuntamente a realizar una determinada operación mental conocida como *silogismo judicial* (un caso de aplicación del *modus barbara*, aunque también podría formalizarse como un caso del cálculo de la lógica de predicados), que según suele describirse, se limita a derivar una sentencia o fallo (la conclusión lógica) a partir de una norma o conjunto de normas (la premisa mayor), tras la subsunción de los hechos relevantes (la premisa menor) bajo el supuesto regulado por

<sup>2</sup> No obstante, hay quienes consideran que el razonamiento jurídico, en cuanto proceso argumentativo justificatorio de una decisión, es esencialmente un proceso deductivo: v. gr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991.



la ley<sup>3</sup>. Una dudosa inferencia normativa, en realidad, pues al menos una de las premisas y la conclusión son normas y esta circunstancia resulta difícilmente asimilable por una lógica bivalente como es la lógica simbólica. Además, según esa misma concepción, el juez sería, empleando la famosa expresión de Montesquieu, la «boca muda» de la ley<sup>4</sup>, de tal manera que no tendría que hacer otra cosa que establecer los hechos, para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produjera de una manera automática.

Si en la práctica se constata la imposibilidad de proceder de este modo<sup>5</sup>, en el orden teórico, al abandono de la visión «logicista» del método jurídico contribuyó enormemente la filosofía del lenguaje contemporánea. A ella se debe la concepción del derecho como un conjunto de enunciados lingüísticos denominados «normas» y la distinción, hoy igualmente trivial, entre *principios* y *reglas*, como especies de ese género común<sup>6</sup>. Obviamente, este enfoque filosófico va más allá y, entre otras cosas, ha puesto de manifiesto la indeterminación característica del lenguaje jurídico y la consiguiente discrecionalidad del intérprete. Aunque ciertamente el lenguaje del derecho no carece de un cierto afán de rigor, el uso de las normas jurídicas no está exento de una cierta ambigüedad y de un grado de vaguedad o imprecisión imputable a la «textura abierta» de todo lenguaje. Mediante este tecnicismo se pretende expresar, haciendo uso de la terminología de Frege, el hecho de que la extensión o referencia de los términos no está prefijada de antemano por la intensión o sentido de los mismos. De ahí, que resulte inevitable que surjan «zonas de penumbra» que hacen difícil señalar la referencia de los enunciados que disfrutan de relativa autonomía

<sup>3</sup> La versión emblemática del denominado «silogismo judicial» se remonta a un pasaje que data de 1766: «En todo delito debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no a la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez, por fuerza o voluntad, quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones» (BECCARIA, 1988, 31-32).

<sup>4</sup> «Los Jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley» (MONTESQUIEU, 1993, lib. XI, cap. VI, 112). Antes Montesquieu había señalado que «de esta manera el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo» (*ibidem*, 108), mostrando así su preferencia por el cognoscitivismo jurisdiccional frente a cualquier rastro de decisionismo o voluntarismo judicial.

<sup>5</sup> El esquema de aplicación del derecho «basado en la idea del juicio como silogismo perfecto y del juez como boca de la ley, tiene una intrínseca debilidad política debida, entre otras cosas, a que es totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente impracticable» (FERRAJOLI, 1995, 23).

<sup>6</sup> Los principios son, según la caracterización de Alexy, «normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados». Por su parte, las reglas, son «normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser siempre sólo o cumplidas o incumplidas» (ALEXY, 1998, 143-114). Sobre la configuración más o menos «abierta» o «cerrada» de las condiciones de aplicación de estos diferentes tipos de normas, *cfr.* PRIETO SANCHÍS, 1992; ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996, 26-44.

semántica. Hay que tener en cuenta además que si la «textura abierta» del lenguaje es ya considerable en el caso de las reglas, resulta un obstáculo aún mayor si cabe a la hora de especificar el contenido de los principios jurídicos –que, como es sabido, a partir sobre todo de la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, han sido rehabilitados como piezas elementales de la práctica jurídica–. Teniendo presente este hecho, la sola ayuda del instrumental lógico parece a todas luces insuficiente para realizar esa operación ineludible, y previa a cualquier aplicación directa del derecho, que es la interpretación jurídica entendida como la labor de reducción de la incertidumbre semántica de las normas mediante la atribución de un determinado sentido.

El razonamiento jurídico no es un proceso cuasi-mecánico, sino algo bastante más sutil: en primer lugar, porque el derecho no es un sistema axiomático susceptible de someterse a un cálculo lógico exhaustivo; y, en segundo lugar, porque a la hora de aplicarlo hay que hacer necesariamente uso de complejas artes hermenéuticas tanto en el contexto de justificación de las decisiones, como, por supuesto, en el contexto de descubrimiento o selección de las premisas fácticas y normativas, esto es, en la determinación de las cuestiones de hecho y de derecho. O, dicho ahora con palabras de Habermas (1992, 597), las leyes y demás normas jurídicas «no tienen nunca una forma semántica tal que de ellas resulten una determinación que sólo deje al juez una aplicación algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el Derecho».

Aunque sobre el carácter no estrictamente deductivo de la argumentación jurídica parece existir en nuestros días un consenso bastante generalizado entre los cultivadores de la metodología jurídica <sup>7</sup>, hay quienes piensan, no obstante, que en los casos prácticos más usuales, los denominados «casos fáciles» (Dworkin, 1984), que parecen contar con una solución predeterminada no discutida, el proceso argumentativo sí que se ajustaría a un sencillo esquema lógico. Pero, en realidad, como afirma Bayón (1996, 43, nota 14), «el conjunto de operaciones mentales que realiza el juez no se agota nunca en una mera inferencia deductiva. En particular, no tiene nada que ver con la lógica la operación de *subsunición* que lleva a establecer que el caso individual que juzga constituye un supuesto del caso genérico al que se refiere la norma que aplica. [...] La lógica tiene que ver con las relaciones entre proposiciones [...], es decir, entre *entidades lingüísticas*, no con relaciones entre el lenguaje y el mundo». Parece entonces que sería un sano ejercicio de higiene mental evitar la confusión entre el estudio de la estructura del razonamiento y el difícil análisis del tránsito desde el razonamiento teórico hasta el momento de la acción o intervención en el mundo de los hechos.

---

<sup>7</sup> Valga como botón de muestra la siguiente cita: «La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos y probados» (Alexy, 1989, 23).

Los primeros intentos destinados a afinar el análisis de las argumentaciones jurídicas se orientaron a mediados de este siglo hacia la *lógica jurídica*, entendida bien como una lógica específica de los juristas, bien como una lógica propia del derecho como sistema normativo <sup>8</sup>. Entre los representantes más conspicuos de esta tradición que pretendía apurar las posibilidades de la lógica en el razonamiento jurídico se cuentan tanto Ulrich Klug (*Juristische Logik*, 1951), como Georges Kalinowski (*Introduction a la logique juridique*, 1965). Klug (1961), en particular, recopila y analiza los argumentos especiales empleados en el derecho para elaborar una teoría de la lógica jurídica. Aunque en escritos posteriores Klug llega a admitir la irrelevancia de la lógica en determinados casos <sup>9</sup>, su obra constituye una de las tentativas más convincentes de aplicar los instrumentos de la lógica formal deductiva al análisis de las formas típicas del razonamiento jurídico. Esa lógica jurídica no ha sabido, sin embargo, dar una respuesta acertada a algunos de los problemas más acuciantes planteados al razonamiento jurídico: la carencia de información factual a la hora de decidir un caso (lagunas de conocimiento) y la ausencia o falta de previsión normativa aplicable al caso contemplado (lagunas o vacíos normativos). Ni tampoco ha sabido enfrentarse con la falta de coherencia de los Ordenamientos legales positivos, en los que existe la posibilidad nada remota de que se generen conflictos o dilemas, como ocurre con las llamadas antinomias legales (disposiciones que proporcionan soluciones normativas contradictorias al mismo supuesto de hecho) <sup>10</sup>. Y, por si esto fuera poco, en el ámbito jurídico abundan las cuestiones que aparentemente permiten más de una salida y que requieren, sin embargo, llegar a una respuesta que se configure como solución práctica. Ante la imposibilidad de dar cuenta de todos estos fenómenos sólo mediante el instrumental técnico de la lógica simbólica, se ha producido una *rebelión contra el formalismo jurídico*, contra la ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho. Tal *rebelión antiformalista*, que reproduce muchos argumentos propios del realismo jurídico, ha conducido a numerosos estudiosos de estos temas a la elaboración de teorías que podrían denominarse *paralógicas*, las más de las veces completamente *ad hoc*, entre las que ocupan un lugar destacado la *tópica jurídica* de Theodor Viehweg y la *nueva retórica* de Chaïm Perelman.

La obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (1953) debe entenderse como una forma inequívoca de singularizar el tratamiento de

<sup>8</sup> Aunque se ha intentado trazar una línea divisoria que separe los estudios sobre la «lógica de los juristas», entendida como investigaciones sobre el razonamiento de los juristas, de los estudios sobre la «lógica del derecho», en el sentido de investigaciones sobre la estructura lógica de las proposiciones jurídicas (*cfr.* BOBBIO, 1965, 22-23), parece obvio que los límites entre ambas parcelas son bastante fluidos (*cfr.* GARCÍA AMADO, 1988, 188-191).

<sup>9</sup> Así, reconoce que «existen contextos en los cuales, no obstante la relevancia de la respectiva argumentación para la decisión, es irrelevante que aquélla sea contradictoria o que de alguna otra manera viole las leyes de la lógica» (KLUG, 1989, 83).

<sup>10</sup> Sobre las antinomias y las lagunas como escollos clásicos a las pretensiones de coherencia e integridad del Ordenamiento jurídico, *cfr.* BOBBIO, 1991, 116-219 y 221-252.

los problemas de la argumentación como algo distinto del «espíritu deductivo sistemático», de lo estrictamente apodíctico, para conducirlo hasta el terreno de lo *dialéctico*, del arte de disputar o de la «técnica del pensamiento problemático» (cfr. Viehweg, 1986, 24, 38 y 54). Por su parte, la *nueva retórica* de Perelman ha desempeñado durante mucho tiempo la función de modelo alternativo que, frente a la tradición más formalista representada por Klug, trataba de dar cuenta del proceso de decisión allí donde la lógica y, en particular, los razonamientos analíticos o deductivos, no resultan suficientes. La teoría de la argumentación pasaba a entenderse como una teoría general del discurso persuasivo, que como tal no podía descuidar las relaciones pragmáticas entre el orador y el auditorio<sup>11</sup>. Estas teorías alternativas adolecen, no obstante, de una debilidad común: pues una cosa es reconocer que el puesto de la lógica deductiva en el derecho es limitado y otra muy diferente es sostener que la lógica no juega ningún papel en la argumentación jurídica. Esta debilidad no es periférica ni lateral, sino central, y debe ser por tanto solventada.

Con el objeto de encontrar un salida a esta dificultad y de dar cuenta de manera satisfactoria del carácter hermenéutico-argumentativo de la praxis jurídica, numerosos teóricos del derecho se han dedicado en los últimos años a construir modelos destinados a detallar los procesos discursivos que tienen lugar en la práctica real del variopinto mundo del derecho (las denominadas teorías empíricas o descriptivas), así como a analizar la estructura de los argumentos jurídicos (las llamadas teorías analíticas) o bien a establecer los *patrones* o cánones de la argumentación racional, tanto en lo relativo a su corrección formal como en lo relativo a su rectitud material o racionalidad de sus premisas (teorías prescriptivas o normativas)<sup>12</sup>. Entre las diversas propuestas teóricas destacan dos que, en principio, pretenden ser simultáneamente descriptivas, analíticas y normativas: las teorías de Neil MacCormick y Robert Alexy. Aunque elaboradas en el seno de dos culturas jurídicas bien diferentes como son la tradición anglosajona del *common law* y la dogmática jurídica germánica, sostienen tesis muy semejantes entre sí: ambas teorías defienden que el argumentar jurídico no es una actividad que se diferencie radicalmente del argumentar moral o del práctico en general, sino tan sólo por su mayor grado de institucionalización y formalización. En poco tiempo han logrado convertirse, como afirma Atienza (1992, 11), en el modelo «estándar» de la argumentación. Dado el mayor grado de formalización de la teoría de Robert Alexy, paso a continuación a exponerla en sus rasgos generales.

<sup>11</sup> El empeño de Perelman por otorgar a la (nueva) retórica un lugar en la práctica argumentativa le lleva a oponerse a aquellos que consideran que «desde el momento en que hay controversia y los métodos “lógico-experimentales” no pueden restablecer el acuerdo de los espíritus, se está en el *campo de lo irracional*, que sería el de la deliberación, la discusión, la argumentación» (PERELMAN, 1989, 770).

<sup>12</sup> Una completa visión de conjunto sobre esta serie de teorías puede encontrarse en ATIENZA, 1991. Ahí se ofrece un pormenorizado análisis de la tónica de Theodor Viehweg, la nueva retórica de Chaïm Perelman, la lógica informal de Stephen Toulmin y las concepciones de Neil MacCormick y de Robert Alexy, además de un avance de la teoría del propio autor.

## II. LA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO COMO MODELO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El libro básico de Alexy a este respecto, *Teoría de la argumentación jurídica*, ha de encuadrarse entre los diversos intentos de construir modelos de racionalidad que sirvan de guía para la toma de decisiones prácticas en la esfera jurídica. Desde su publicación en 1978, Alexy ha ido desarrollando y precisando su teoría en numerosos artículos, pero sin modificarla en lo fundamental. Con respecto a otras teorías de la argumentación jurídica, el depurado modelo construido por Alexy tiene la particularidad de partir no de las argumentaciones reales tal y como tienen lugar en las diversas instancias jurídicas (especialmente en los órganos aplicadores del derecho), sino de una teoría general de la argumentación práctica para luego descender al mundo jurídico. En su búsqueda de un paradigma para la teoría de la argumentación jurídica, Alexy no encuentra uno más apropiado que la teoría general del discurso práctico racional elaborada por Habermas. Así, y aunque Alexy construye su teoría sobre la base de una discusión con diversas teorías analíticas (entre otros, Wittgenstein, Austin, Stevenson, Hare o Toulmin), así como con la nueva retórica de Perelman, la *teoría discursiva* constituye su principal referente hasta tal punto que, como afirma Atienza (1981, 178), «la teoría de Alexy viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso práctico habermasiano y, por otro lado, una extensión de esta tesis al campo específico del Derecho». Habría que precisar, no obstante, que ésta no es la única aplicación posible del modelo habermasiano al mundo jurídico.

Antes de proseguir sería conveniente aclarar la noción de «discurso», sobre la que se volverá de modo repetido a lo largo de este artículo. La idea, en principio, parece sencilla: un *discurso*, en el sentido técnico aquí seguido, es un acto lingüístico entre varios participantes con opiniones contrapuestas que, con el fin de llegar a resultados válidos, se atienen a determinadas reglas (*cfr.* Habermas, 1987a, 43-69). En esta peculiar actividad lingüística se convierten en tema explícito las pretensiones de validez que se han tornado problemáticas a lo largo de la comunicación, de tal modo que la investigación de su posible justificación constituye el objetivo perseguido en común. De hecho, cualquier pretensión de validez es una invitación al debate. Cuando las pretensiones de validez cuestionadas no pueden ser dilucidadas de modo argumentativo, las únicas salidas que quedan son o bien un comportamiento de carácter estratégico<sup>13</sup>, o bien la ruptura de la comunicación

<sup>13</sup> En las denominadas acciones estratégicas no se busca tanto el acuerdo común como el éxito individual. Un caso ejemplar de actuar estratégico es la negociación de compromisos (y no, en cambio, aunque pueda parecer lo contrario, la vista de una causa civil o penal, en donde sí existe un afán de rectitud normativa): «La negociación de compromisos no se halla al servicio de un desempeño estrictamente discursivo de pretensiones de validez, sino del ajuste de intereses no susceptibles de universalización, y ello

(*cfr.* Habermas, 1992, 44). Y en la práctica, el abandono de la actitud comunicativa abre el paso a la confrontación abierta. Por el contrario, el discurso argumentativo, como el encarnado en los procedimientos jurídicos, representa una vía cooperativa y pacífica de resolución de los conflictos, ya que «la única presión permitida en el discurso es la del mejor argumento; y el único motivo admitido, el de la búsqueda cooperativa de la verdad» (Habermas, 1982, 313).

Cuando en medio de una interacción comunicativa entre varios hablantes uno sostiene un determinado enunciado está dando a entender implícitamente la posesión de razones suficientes para que dicho enunciado sea aceptado por los demás interlocutores, de tal suerte que si esta pretensión es puesta en duda por alguno de ellos puede pasar a justificarla de modo explícito. Esto vale tanto para el discurso teórico como para el práctico. La diferencia entre uno y otro tipo de discurso estriba en que la pretensión de validez problematizada en el discurso teórico es la de verdad y su justificación se realiza aduciendo *hechos* como razones, mientras que en el discurso práctico la pretensión de validez es la rectitud o corrección normativa y su defensa se lleva a cabo mediante la invocación de *normas* socialmente compartidas <sup>14</sup>.

Un «discurso práctico» surge, pues, cuando se pone en cuestión la pretensión de rectitud normativa de los actos de habla regulativos o prescriptivos (entre los que se encuentran las órdenes, las promesas, las propuestas o recomendaciones prácticas y, también, la reivindicación de los derechos). Al plantear una pretensión de rectitud normativa el hablante se obliga a justificar que su juicio práctico es normativamente correcto. Lo que se convierte en objeto de examen discursivo no es la pretensión de rectitud directamente ligada al acto de habla, sino *la pretensión de validez* de la *norma subyacente* (*cfr.* Habermas, TAC: CEP, 363-364). Cualquier acto de habla puede ser criticado como *no válido* en el sentido de *no correcto* en relación a los contextos normativos vigentes (en esto estribaría, por ejemplo, el sentido de la pregunta jurídica por la legalidad de una norma) o criticando, más radicalmente, la propia legitimidad de la norma que presupone.

Lo decisivo en los discursos no es tanto que se cuestionen reglas, sino que los discursos se llevan a cabo siguiendo determinadas reglas. Los discursos son un tipo de juego de lenguaje. Los juegos de lenguaje, como cualquier clase de juego (*v. gr.*, las tres en raya, el ajedrez, el mus), son actividades intersubjetivas guiadas por reglas, lo cual no implica que todo en el juego esté previamente determinado: «Estas reglas», sin embargo, «no determinan, de ninguna manera, el resultado

---

sobre la base de un equilibrio de posiciones de poder» (HABERMAS, 1987a, vol. I, 60). De todas formas, hay una serie de fenómenos que no pueden ser fácilmente clasificados como discurso o como acción estratégica (*cfr.* ALEXY, 1989, 212).

<sup>14</sup> El saber implicado en uno y otro discurso es distinto: en nuestras afirmaciones de enunciados verdaderos el saber depende de la existencia de determinados estados de cosas en el mundo objetivo; en nuestra defensa de normas el saber depende de la existencia de intereses generalizables compartidos por todos los individuos en el mundo social (*cfr.* HABERMAS, 1991, 130).

de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de los enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios)» (Alexy, 1989, 36-37). Alexy persigue de este modo situarse en un punto intermedio entre el determinismo y el decisionismo, entre el dogmatismo y el total relativismo (*cf.* Alexy, 1989, 37). No se trata de condicionar de entrada el pluralismo valorativo de las sociedades contemporáneas, pues eso invalidaría la teoría procedimental por puro desconocimiento de la realidad epocal. Precisamente por tener presente esta dificultad dicha teoría no se interesa tanto por cuál sea el resultado al que se llegue como por el hecho de que se siga el procedimiento adecuado, ya que presupone que la corrección del proceso se transfiere siempre al resultado (*v. gr.*, el clásico caso de una división en porciones iguales en donde quien corta el pastel toma el último pedazo). La formulación de un conjunto de reglas elementales de juego tiene para la teoría del discurso el marcado propósito de lograr un procedimiento capaz de diferenciar las justificaciones válidas de las proposiciones normativas de aquellas otras justificaciones consideradas inaceptables.

Los principales elementos de la teoría de Alexy surgen de trasladar o adaptar las normas del discurso práctico general al ámbito particular de lo jurídico. Esto se compadece bien con la tesis de partida de esta teoría, esto es, con la idea de que la argumentación jurídica representa *un caso especial del discurso práctico general*, esto es, una modalidad institucionalizada de la argumentación moral. La argumentación jurídica es un tipo de discurso práctico porque en ella se discuten cuestiones que se refieren a la praxis humana y porque se plantea la pretensión de rectitud normativa. Y representa un caso especial porque la argumentación se desarrolla en unas determinadas condiciones propias del marco jurídico que restringen el alcance de la rectitud normativa: ha de vincularse a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática elaborada por la ciencia jurídica (*cf.* Alexy, 1989, 205-213). Y, es más, el ejercicio de la argumentación jurídica está limitado en la práctica por la presión derivada de la escasez de tiempo disponible para llegar a una decisión y por las condiciones de saber incompleto.

Pero si, según las teorías procesales, la admisibilidad racional de una decisión depende del seguimiento de ciertas reglas, el problema estribaría ahora en cómo fundamentar esas reglas que precisan el procedimiento. Y, lo cierto es que Alexy sólo ha formulado un conjunto de reglas, pero de ningún modo las ha fundamentado de modo concluyente<sup>15</sup>. Se limita a indicar que para que el procedimiento discursi-

<sup>15</sup> Es cierto que ALEXY (1989, 178-184) considera que existen cuatro modelos posibles de fundamentación de las reglas de la argumentación, aunque ninguno resulta concluyente: 1.<sup>a</sup>, una fundamentación técnica o instrumental (las reglas en cuestión son las más apropiadas para la consecución de un objetivo); 2.<sup>a</sup>, una fundamentación empírica (son las seguidas de hecho en una comunidad). Ésta es salida ofrecida por el último Rawls: ya que el procedimiento no puede surgir de la nada, lo más conveniente será que de alguna manera refleje y se apoye en las concepciones morales y políticas socialmente

vo *P* resulte operativo se debería tener en cuenta algunas precisiones ulteriores referentes a los participantes en la argumentación y a las condiciones en que ésta debe llevarse a cabo. Con este fin, Alexy ha enunciado algunos requisitos de la argumentación que considera reglas de carácter cuasi-trascendental, pues alega que no se trata simplemente de convenciones, más o menos contingentes, sino de presupuestos inexcusables, de tal manera que sin ellos no es posible esa forma de comunicación (*cf.* Alexy, 1989, 102).

Las reglas que definen el discurso práctico racional conforman, en realidad, un conjunto abigarrado de diversa índole. Existen reglas que valen sólo en el discurso práctico y reglas que valen también en otros juegos de lenguaje. Hay órdenes, prohibiciones y permisiones. Algunas reglas reclaman estricto cumplimiento, otras encierran exigencias que solamente pueden ser satisfechas aproximadamente. Hay reglas de la lógica, reglas acerca de los derechos de participación e intervención oral, sobre cargas de argumentación, diversas variantes de la idea de universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos.

De entre todo el conjunto de 22 reglas consignado por Alexy voy a detenerme aquí tan sólo en tres grupos de reglas: las denominadas fundamentales, las de razón y las de la carga de la prueba. Como ya he indicado, estas reglas proceden, en principio, del discurso práctico general, aunque según la tesis de Alexy también valen para el caso especial del discurso jurídico. El primero de estos tres grupos de reglas, las reglas fundamentales, se refiere a *la esfera lógica de los productos*. La argumentación es considerada aquí desde su finalidad de «producir argumentos» pertinentes que convezan en virtud de sus propiedades intrínsecas. Coinciden con las reglas de la lógica mínima, indispensables para la comprensión semántica de los contenidos enunciados, pues también las leyes de la lógica rigen en el discurso práctico. La validez de este primer grupo es considerada por su autor como «condición de posibilidad de toda comunicación lingüística en la que se trate de la verdad o de la corrección» (Alexy, 1989, 185). En él se incluye el principio de no contradicción (regla 1.1) y, como corresponde a la noción del discurso práctico general, el principio de universalización (reglas 1.3 y 1.3').

---

compartidas, esto es, en las convicciones de las sociedades democráticas occidentales (*cf.* John RAWLS: «La idea de un consenso por superposición», en BETEGÓN y De PÁRAMO [coords.], 1990, 63-85); 3.<sup>a</sup>, una fundamentación estipulativa o definatoria (son las reglas que definen un juego de lenguaje concreto); y 4.<sup>a</sup>, una fundamentación pragmático-trascendental (son las reglas que constituyen las condiciones de posibilidad de la comunicación). Dado que admite que todos estos modos tienen sus dificultades, lo único que procede según Alexy es combinarlos, sin considerar que esto pueda suponer un obstáculo para la solvencia de su teoría. Lo cierto es que Alexy muestra una clara afinidad por el modelo habermasiano (aunque en su variante «débil»), y por eso, según mi interpretación, no considera preciso seguir argumentando, porque vale con remitirse a los trabajos de Habermas en favor de la última modalidad de fundamentación apuntada. Aunque considero que nunca está de más hacer la advertencia de que Habermas tampoco pretende aportar una fundamentación última, en el sentido de ya no mejorable.



El segundo grupo de reglas, *la esfera dialéctica de los procedimientos*, no se refiere a los aspectos sintácticos y semánticos, sino a los supuestos pragmáticos que han de observar los participantes en el discurso. Se aborda especialmente la cuestión de la carga de la prueba y en relación a ella Alexy formula una regla que concibe como básica pues garantiza la racionalidad de la discusión y que denomina *regla general de la argumentación*: «Todo hablante debe fundamentar, si se le exige, lo que afirma, a no ser que pueda alegar razones que justifiquen rechazar una fundamentación» (Alexy, 1989, 167-168). Como puede observarse, en esta regla se asume el hecho de que en los discursos reales no se exige que el hablante aporte previamente una fundamentación de todas sus aserciones, sino tan sólo su disponibilidad para una discusión abierta y sin restricciones.

El tercer grupo de reglas hace referencia al *círculo retórico de los procesos*. Esta esfera se compone también de reglas pragmáticas que tienen como principal función excluir las posibilidades de distorsión comunicativa. Aspiran a inmunizar los procesos argumentativos de los efectos de la represión política y de la desigualdad social. Para ello se articula el reconocimiento de exigencias tan básicas como la igualdad de derechos de todos los participantes y la ausencia de coacción. Son reglas que garantizan la igualdad de los participantes en una acción orientada hacia el entendimiento, y revelan las estructuras de una situación discursiva no amenazada por la represión y la discriminación –sólo estaría permitida, en definitiva, la coacción llevada a cabo por la fuerza del mejor argumento–.

Esa forma de comunicación relativamente tan infrecuente que es el discurso argumentativo apunta tendencialmente en su organización interna a condiciones ideales. No es de extrañar que Alexy se manifieste así, pues en gran medida comparte la intuición habermasiana de que la verdad y, *mutatis mutandis*, la corrección normativa, deben entenderse como «aceptabilidad racional en condiciones ideales» (Lafont, 1997, 244). De ahí que su teoría no sea sino la formalización de esas suposiciones que, según Habermas, conforman la *situación ideal de habla*<sup>16</sup>. Este constructo contrafáctico se caracteriza por una distribución simétrica de las oportunidades y derechos de participación, es decir, por la ausencia de cualquier tipo de obstáculos, externos o internos, que puedan impedir la comunicación: «las exigencias de simetría y libertad planteadas por Habermas», sostiene Ateiza (1991, 182), «constituyen el contenido de las reglas del discurso racional que Alexy denomina *reglas de razón*». La relación de simetría entre todos los participantes en el discurso (aquello que los áticos

<sup>16</sup> «Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no sólo no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todo participante en el discurso está dada una distribución de simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla» (HABERMAS, 1989: 153). Cfr. también, HABERMAS, 1989, 150-158.

denominaban *isegoría* o «igualdad en el ágora») es una condición de posibilidad no ya trascendental, sino pragmática, del marco institucionalizado de la comunicación. No hay una auténtica comunicación si, de manera generalizada y recíproca, no se reconocen a todos los mismos derechos. Ninguna norma puede ser reconocida como válida si no es el resultado de una deliberación colectiva en la que la participación en igualdad de oportunidades de todas las personas se encuentre suficientemente garantizada. La consecución de un consenso ideal es, pues, la meta del proceso discursivo. En descargo de Alexy debe señalarse que esta propensión idealizante es compartida por otras teorías de la argumentación jurídica: recuérdese la noción del «espectador imparcial» de MacCormick, la de «auditorio universal» de Perelman o la apelación de Dworkin a un «juez Hércules». De modo semejante, la construcción de Alexy propugna también un ideal regulativo de corrección destinado a evaluar las pretensiones de validez del discurso jurídico en tanto que un subapartado del discurso práctico general.

El sistema normativo implícito en la lógica de la argumentación podría concebirse como un *código de mínimos*. En la práctica, este código coincidiría básicamente con la moral postconvencional de principios, pues incorpora unos derechos básicos que delimitan un ámbito de actuación del individuo reconocido y protegido intersubjetivamente<sup>17</sup>. Los preceptos normativos de la comunicación pretenden tener un alcance universal, pues exige una igual consideración de todos los individuos.

### III. UNA CRÍTICA A ALEXY: Y DE LA «APLICACIÓN» DE LAS NORMAS, ¿QUÉ?

Tras presentar hasta aquí los trazos generales de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, así como sus principales consecuencias normativas, es ahora el momento de realizar un balance crítico. En su haber debe ponerse ciertamente el indudable mérito de haber explicitado el estrecho nexo existente entre la argumentación jurídica y el discurso práctico general. Esto no impide, sin embargo, que pue-

<sup>17</sup> «Se puede suponer que no sólo todos los principios morales pueden ser considerados como reglas de la argumentación moral, sino también que numerosas reglas del discurso moral pueden ser considerados como principios morales» (ALEXY, 1989, 100). En todo caso se trata de normas no creadas *ex nihilo*, sino del bagaje sociocultural disponible: «Las presuposiciones pragmáticas de la argumentación que analiza Alexy (así, la idea de la simetría de los participantes) y de las que parte Habermas para la justificación de la regla de universalidad (y, consiguientemente, del postulado discursivo *D*) están transidas de una normatividad que se supone y pre-interpreta a la luz de asunciones normativas materiales concretas esa regla de universalidad» (THIEBAUT, 1992, 195). Se trata, pues, en gran medida, de sacar a la luz lo que ya está dado como supuesto.

da dirigirse contra la misma algunas objeciones que afectan a su núcleo central. En primer lugar, no es cierto que sea, como pretende, una teoría al mismo tiempo empírica-descriptiva, analítica y prescriptiva-normativa, pues, en realidad, es primordialmente prescriptiva a la hora de exponer las reglas y formas del discurso práctico general y resulta descriptiva a la hora de exponer las reglas y formas del discurso jurídico. Y, en segundo lugar, tampoco parece cierta la tesis, tan enfáticamente sostenida por Alexy, de que la argumentación jurídica –en el sentido en que él la concibe– sea un caso especial del discurso práctico en general, sino tan sólo, como ha mostrado Klaus Günther, un caso especial del discurso práctico de fundamentación, pues si se la examina con detenimiento, su objeto específico es la justificación de los procesos de fundamentación de normas, olvidándose de los procesos de aplicación, que también constituyen una tarea propia de la racionalidad práctica. Las reglas consignadas por Alexy pueden concebirse, de hecho, como un despliegue pormenorizado del principio de universalización, que es el principio que regula los procesos discursivos de fundamentación y justificación. Sin embargo, este principio, como señala Günther, no agota el sentido normativo de la imparcialidad que subyace a la noción de juicio justo y que el derecho como tal pretende encarnar. Además, resulta estéril a la hora de indicar qué se debe hacer en una situación concreta. Los discursos de aplicación exigen una dinámica argumentativa diferente, pues si en el contexto del «discurso de fundamentación» el problema se centra en la *corrección de la norma jurídica*, en el contexto del «discurso de aplicación» el tema se ciñe a la aclaración y justificación de la *corrección de la decisión jurídica*.

Alexy ha contestado a la objeción de Günther aduciendo que aunque sea legítimo diferenciar entre la fundamentación y la aplicación de normas, en la práctica no es tan claro que la distinción entre ambos tipos de discursos resulte esencial. Más bien resulta irrelevante porque, en su opinión, todo discurso de aplicación encierra en sí ya un discurso de fundamentación (*cfr.* Alexy, 1995). Pero aquí sería oportuno recordar que la teoría de la argumentación jurídica desarrollada por Alexy es, como reza el subtítulo de su obra básica sobre el tema, una *teoría del discurso racional entendida como teoría de la fundamentación jurídica* y que, por tanto, no está concebida, por lo menos en principio, para dar respuesta al problema de la aplicación de las normas. Ahí se encuentra, sin duda, su fortaleza, pero también su debilidad.

La réplica de Alexy en el sentido de que los discursos de aplicación se encuentran ya contenidos en el discurso de fundamentación remite al ideal de «norma perfecta». Ésta sería una norma que «podría regular su propia aplicación, porque todas sus posibles aplicaciones individuales habrían sido tema del discurso y la adecuación de su aplicación pertenecería al significado de su validez» (Günther, 1995, 279). Günther, sin embargo, se manifiesta en contra de la reducción de la adecuación de las normas a su validez: «en los casos de colisión más

interesantes no se trata de la *validez* sino de la *adecuación* de una norma aplicable *prima facie*. El ideal de una norma perfecta subsume por error el concepto de adecuación en aquel otro de validez» (Günther, 1995, 284).

El problema de la aplicación de las normas no es sólo identificar qué normas superan un criterio de validez universal, sino encontrar en cada caso particular, tras la completa descripción de sus circunstancias relevantes, la norma o normas aplicables. Y la aplicabilidad de la norma no puede estar determinada de antemano, sino tan sólo su validez *prima facie*. La corrección normativa de una decisión es más bien relativa a la ocasión, a la circunstancia concreta: éste es el sentido del *principio de la adecuación* propuesto por Günther como guía en los procesos de aplicación de las normas, que es donde hay que desplegar toda la fuerza argumentativa de las razones disponibles. Este principio guarda a su vez una cierta afinidad con el sentido aristotélico de la prudencia y está abierto, por tanto, a la interpretación contextual de las circunstancias relevantes de cada caso.

La propuesta central de Günther podría resumirse en los siguientes términos: «Un enunciado normativo singular sólo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación» (Günther, 1995, 302). En consecuencia, un juicio práctico particular puede ser considerado correcto sólo si se apoya en normas válidas, ya sean reglas o principios, y si además se aplican adecuadamente a la situación concreta (*cfr.*, *ibidem*, 227). En definitiva, cuando tratamos de la aplicación de normas no podemos hablar de normas válidas con independencia de la comprensión de las situaciones concretas. En los numerosos supuestos en los que la justificación lógico-deductiva de la decisión es insuficiente, el intérprete ha de acudir a otros requisitos tales como el criterio de «universalidad», así como a los principios de «consistencia» y de «coherencia», que precisan el sentido de las premisas normativas en relación con el conjunto del sistema jurídico (*cfr.* Günther, 1995).

Por su parte, Alexy (1989, 274-277) mantiene la tesis de que las reglas y formas del discurso práctico general coinciden no sólo parcial, sino estructuralmente, con las reglas y formas de la argumentación jurídica. Esto no parece, sin embargo, fácil de conciliar con la pretensión de validez débil que subyace al discurso jurídico, pues como afirma el propio Alexy: «con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se pretende que éstas sean sin más correctas, sino sólo que sean correctas bajo el presupuesto del orden jurídico vigente; ello ocurre, sin que se puedan fundamentar racionalmente, teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática» (Alexy, 1989, 314). En virtud de este rasgo del discurso jurídico, Klaus Günther (1995, 296-300) niega la coincidencia entre ambos tipos de discurso al advertir que una «fundamentación racional en el marco del Ordenamiento jurídico vigente», como repetidamente señala Alexy (1989, 208, 213 y 274), no puede ser por definición una fundamentación de validez, tal como prescribe el discurso práctico general, porque forzosamente se ha de dar por sentado la vali-

dez de las normas o del Ordenamiento jurídico en su totalidad. Dado que en tales discursos se presupone «*ex definitione* la validez de las normas» que se han de aplicar, la argumentación de los operadores jurídicos debe concebirse como un «caso especial del discurso moral de aplicación» (Günther, 1995, 300).

Contra la pretensión de universalidad de la teoría de la argumentación jurídica elaborada por Alexy, aunque no sólo contra esta teoría, puede objetarse con cierto fundamento su marcado carácter particularista o provinciano. Aunque pretende ser un código mínimo con validez universal, constituye en realidad una forma particular de moralidad, la occidental, disfrazada bajo capa de neutralidad: «la moralidad mínima prescrita por estas teorías es simplemente una forma abstraída, y no muy lejana, de la cultura democrática contemporánea» (Walzer, 1996, 44-45). El procedimentalismo del que hace gala Alexy ciertamente pretende surtir de reglas generativas mínimas capaces de producir distintas formas normativas más detalladas, concretas y válidas localmente. Sin embargo, como afirma Walzer (1996, 44-45) «el mínimo procedimental resulta más que mínimo [...] La moralidad tenue ya es bastante densa». No es evidente que el procedimiento general y abstracto de la teoría de la argumentación jurídica sea compatible con formas sociales y culturales diversas. Las reglas del juego argumentativo constituyen de hecho una forma de vida no universalizable.

En la teoría de Alexy hay elementos que desmienten tanto el carácter neutral de las normas del procedimiento discursivo como su misma pretensión de universalidad. Sus reglas y formas de la argumentación jurídica no sólo coinciden con los principios de una moral postconvencional, sino básicamente con las reglas del Estado democrático de derecho, pero idealizándolas, por lo que cabe decir que «su teoría de la argumentación cumple, entre otras, una función ideológica consistente en justificar –de manera acrítica– un determinado modelo de Derecho» (Atienza, 1991, 231). En realidad, tanto la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas, como la concepción de la justicia propuesta por John Rawls y, de manera aún más obvia, la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, proceden a partir de una forma concreta de vida en común que no es otra que su propia experiencia del sistema democrático, caracterizado por la garantía de los derechos, la división de poderes y el control judicial de la legalidad. A partir de estas piezas normativas tan densas en contenido cultural estos autores hacen una especie de destilado del que se obtiene unas reglas en forma de procedimientos. Pero si de lo que se trataba era de fundamentar o justificar nuestras prácticas políticas y jurídicas, no parece muy lógico, sino más bien una trampa, afirmar su bondad porque se adecúan a unas reglas que hemos obtenido a partir de esas mismas prácticas sociales. Lo máximo que cabe decir entonces es que una práctica concreta se adecúa o no a sus principios inspiradores. Es decir, la teoría de la argumentación jurídica como teoría procedimental no tiene más valor, ni menos, que el que se desprende de su función de crítica interna de los sistemas jurídicos y

judiciales ya dados. De hecho, la justificación de cualquier decisión judicial no puede ser identificada como una fundamentación última del fallo. Sólo busca adecuar la sentencia a un horizonte normativo dado, que explícita o implícitamente ya ha sido aceptado socialmente. Por ello, la argumentación judicial tiene siempre un carácter penúltimo, al estar sujeto a la voluntad del legislador, que constituye el criterio supremo en el sistema. Su justificación se establece en el marco de un Ordenamiento jurídico, que en su totalidad apenas suele ser impugnado, excepto, claro está, en los momentos revolucionarios. Por ello, argumentar una decisión jurídica –en el sentido de justificarla intersubjetivamente– quiere decir, en el mejor de los casos, que dicha decisión asegura el sentido de la justicia propia de un determinado sistema jurídico y, por ende, de una determinada comunidad. Estos elementos rebajan sensiblemente la pretensión de universalidad y objetividad de las teorías procedimentales y ponen de manifiesto su dependencia tanto de determinadas constelaciones históricas contingentes como de ciertas comunidades locales.

En este marco no universal, sino localmente delimitado, una teoría del discurso jurídico como la avanzada por Alexy, aporta ciertamente elementos positivos. Así, mediante la introducción de componentes racionales en el procedimiento legislativo y en el judicial, se contribuye a «la paulatina reducción de la inseguridad en el resultado» (Utrera García, 1995, 377) de las decisiones judiciales que afectan al actuar concreto de los ciudadanos. El valor de la seguridad jurídica pretende precisamente poner remedio a esa necesidad tan humana de «saber a qué atenerse» para poder dar una estructura y un sentido a los planes particulares de acción.

Las reglas de la argumentación jurídica no eliminan el margen de maniobra de los Jueces y demás operadores jurídicos dedicados a la aplicación del derecho, pero sí contribuyen a reducir los elementos de discrecionalidad. La obligación de razonar las decisiones en términos del derecho vigente, vinculando el juicio particular al sentido de justicia de un Ordenamiento jurídico, pone las cosas en su lugar (*cfr.* Bayón, 1996). Un lugar intermedio entre dos extremos igualmente rechazables. Por un lado, el activismo judicial, el denominado «gobierno de los jueces», el que éstos se erijan en legisladores choca frontalmente con la idea del Estado de Derecho, es decir, con la apuesta civilizatoria por un «gobierno de las leyes» frente a un «gobierno de los hombres». Y, por otro lado, la idea opuesta de que el completo sometimiento del juez a la ley implica la completa anulación de toda su capacidad intelectual no deductiva, tampoco tiene un adecuado asiento en el derecho del Estado constitucional moderno. Dicho derecho se concibe como un sistema normativo no sólo de reglas, que como tales gozan de una presunción *prima facie* de aplicabilidad, sino también de principios a la luz de los cuales aquéllas deben ponderarse en cada situación, especialmente en los frecuentes casos dudosos.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (1991): «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *idem*, *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 303-328.
- ALEXY, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.  
(1995): *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt.
- ATIENZA, Manuel (1986): *Sobre la analogía en el Derecho*, Cívitas, Madrid.  
(1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- BAYÓN, Juan Carlos (1996): «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», en *Jueces para la democracia*, núm. 27 (1996), 41-49.
- BECCARIA, Cesare (1988): *De los delitos y las penas*, Alianza, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1965): *Derecho y lógica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.  
(1991): *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón*, Trotta, Madrid.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1988): *Teorías de la tópic jurídica*, Cívitas, Madrid.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1993): *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid.
- GÜNTHER, Klaus (1988): *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt.  
(1995): «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, núm. 17-18, 271-302.
- HABERMAS, Jürgen (1982): *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid.  
— (1987a): *La teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid.  
— (1987b): *Escritos políticos*, Península, Barcelona.  
— (1989): *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid.  
— (1991): *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp, Frankfurt.  
— (1992): *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt.
- KALINOWSKI, Georges (1973): *Introducción a la lógica jurídica*, EUDEBA, Buenos Aires.
- KLUG, Ulrich (1961): *Lógica jurídica*, Sucre, Caracas.  
(1989): «Problemas de la lógica de la argumentación jurídica en el proceso judicial», en *idem*, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Alfa, Barcelona, 75-86.
- LAFONT, Cristina (1997): «Verdad, saber y realidad», en J. A. GIMBERNAT (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 239-260.
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- MONTESQUIEU (1993): *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid.
- MUGUERZA, Javier (1994): «El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal (una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)», *Doxa*, núm. 15-16, vol. II, 535-560.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, L. (1989): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid.

- THIEBAUT, Carlos (1992): *Los límites de la comunidad*, CEC, Madrid.
- TUORI, Kaarlo (1988): «Ética discursiva y legitimidad del Derecho», en *Doxa*, núm. 5, 47-67.
- UTRERA GARCÍA, Juan Carlos (1995): «Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de R. Alexy», en *Derechos y libertades*, núm. 4, 355-379.
- VIEHWEG, Theodor (1986): *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid.
- (1991): *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- WALZER, Michael (1996): *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza, Madrid.
- WELLMER, Albrecht (1988): «Razón, utopía y dialéctica de la ilustración», en *Habermas y la modernidad* (colectivo), Cátedra, Madrid.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988): *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona.





## 2.2 ESTUDIOS DE HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y FILOSOFÍA POLÍTICA



# Repensando el neoliberalismo: ¿quién habló de unidad?

Por ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO  
Universidad de Sevilla

## I. INTRODUCCIÓN

En la evolución histórica del liberalismo se constata la centralidad temática del concepto de libertad como presupuesto teórico para la fundamentación de un concreto modelo de Estado, de un modelo de sociedad justa, de una concepción del derecho, la moral y la política y del papel que corresponden a individuo y sociedad en la configuración de ese esquema arquetípico de relaciones sociales. Sin embargo, pese a esa indubitada centralidad del concepto de libertad en el pensamiento liberal difícilmente podremos establecer con rigor cuáles son las coordenadas en las que se mueve la teoría liberal de la libertad, entre otras causas, porque no parece existir un concepto preciso y homogéneo de la libertad política en el seno de esta corriente de pensamiento y, aún existiendo notas comunes en algunos autores principales, casi nunca existe una coincidencia sobre el sentido y alcance que a esa característica de la libertad le corresponde en el seno de las distintas aportaciones liberales. La trascendencia de la cuestión se realza si tomamos en consideración que es precisamente la existencia de un núcleo de creencias compartidas sobre el valor libertad la que otorga a las distintas aportaciones teóricas el calificativo de liberales. Bien, si no existen tales creencias compartidas sobre el valor libertad o si la virtualidad teórica que le atribuyen los distintos autores resulta en algunos casos irreconciliable, habrá entonces que plantearse si existe algo en común en eso que se llama liberalismo. Más aún, la cuestión que se suscita, entonces, es si el liberalismo existe en cuanto tal o se trata de un pro-

ducto de «laboratorio» que se construye sobre abstracciones teóricas sin fundamento real. En este trabajo intentaré avanzar algunas conclusiones en este sentido. Lo que pretendo es poner en tela de juicio algunos tópicos sobre el liberalismo que lastran decisivamente una valoración de sus elementos teóricos. Desde esta perspectiva sostendré que en el seno del pensamiento comúnmente conocido como liberal existen diversas líneas de conceptualización del valor libertad que afectan de lleno a la propia coherencia interna del pensamiento liberal que se manifiesta, en nuestros días, como un pensamiento fragmentado y escindido a partir de la tensión libertad/igualdad. Pero esta dualidad no es la única que aqueja al pensamiento liberal y que hace de su teoría un intrincado laberinto de propuestas irreconciliables, sino que el problema viene de antiguo. En el fondo del pensamiento liberal subyace una tensión que afecta a toda la teoría y que determina decisivamente los problemas de coherencia y articulación de sus postulados. Es la tensión individuo/colectividad que alimenta a su vez tensiones de contenido antropológico, moral, axiológico y político. En definitiva lo que sugiero es que en el liberalismo confluyen elementos que no sólo no tienen nada que ver entre sí, sino que además con frecuencia resultan antagónicos. Lo que se desprende de ello es que en el liberalismo confluyen elementos de muy diversa etiología y que fruto de esa heterogeneidad no puede predicarse un concepto unívoco de libertad, quizás porque tampoco existe un concepto unívoco de liberalismo. Pero sería pobre este análisis si me quedara en tan parca conclusión. Por eso, esta aproximación teórica me lleva a concluir que el liberalismo es actualmente un pensamiento fragmentado y heterogéneo, siendo la causa de esa fragmentación el dualismo libertad/igualdad que afecta a la obra de los principales autores neoliberales, y que esa tensión es fruto precisamente de una tensión secular que subyace a todo el pensamiento liberal: la tensión individuo/colectividad. Sin embargo, como consecuencia de esa fragmentación sostendré que no todo lo que se pretende liberalismo realmente lo es.

También sostengo que ese desacuerdo en cuanto al sentido y alcance del valor libertad en el seno del liberalismo tiene unas causas bien definidas. No se debe a la ausencia de una teoría liberal de la libertad y sí a las ambigüedades teóricas del liberalismo que propiciaron lecturas alternativas de sus principios y postulados. Con ello se quiere decir que cabe advertir los elementos de una teoría liberal de la libertad en el pensamiento liberal clásico y que esta teoría liberal de la libertad goza de una cierta coherencia en cuanto queda nucleada en torno a una concepción integral de la libertad como autonomía, que opera tanto en el plano ético como en el político —objetivo rector de la acción política—. Sin embargo, esta teoría liberal de la libertad que efectivamente existe en el seno del pensamiento liberal ha quedado históricamente hipotecada por compromisos teóricos y prácticos contrarios a su desarrollo y virtualización definitiva: la connivencia del liberalismo con el capitalismo indiscriminado es buena muestra de ello. Esto es algo que resulta evidente y que no merece, por ello, más explicaciones. Lo que sí

debe suscitar nuestra atención es el hecho de que esas «malversaciones teóricas» del pensamiento liberal se han producido a partir de lo que denomino las ambigüedades del liberalismo, las cuales han propiciado la tergiversación histórica de elementos centrales de la teoría liberal de la libertad; es decir, que a partir de un amplio repertorio de ambigüedades del pensamiento liberal y de las tensiones internas que éste propicia se ha operado una inversión de algunos de sus postulados esenciales o una radicalización de los mismos, lo cual ha tenido como consecuencia una inversión de los propios presupuestos subyacentes a la teoría liberal de la libertad que dimana de los principios del liberalismo clásico.

Esto me lleva a distinguir dentro de lo que comúnmente se conceptúa como liberalismo al menos tres corrientes de pensamiento: en primer lugar, la propiamente liberal que se articula a través de una teoría de la libertad compendiada en el ideal de autonomía y que integra los aspectos positivo y negativo de la libertad en un superior e integral concepto; en segundo lugar, la libertaria, que radicaliza el componente negativo de la libertad y hace de ella una fuerza dispersiva de la cooperación social, vaciando el terreno de lo público e identificando la justicia con la corrección procedimental en la adquisición y en la transmisión de los bienes. Para el libertarismo el individuo es la realidad natural, superior y trascendente a cuyos fines han de supeditarse el resto de las realidades que son artificiales. La libertad se cifra entonces en contenidos negativos que definen, a su vez, los contenidos de la justicia y la justicia queda, por último, al arbitrio del mercado y de la apropiación capitalista ilimitada –con ello el egoísmo y la justicia, el dinero y los valores, ocupan el mismo escenario y es fácil imaginar cuál es el resultado que se puede esperar de esta trucada confusión metodológica–; y por último, la corriente economicista a la que también podemos llamar liberista, utilizando la terminología de Giuseppe Sartori. Para el liberismo la libertad tiene también una dimensión positiva que se cifra en la maximización política de la libertad negativa de los ciudadanos, esto es, la libertad no es concebida como una fuerza dispersiva sino cohesiva, de modo que la ley no es contraria a la libertad sino que es su garantía y expresión pero sólo en la medida en que la ley maximiza la libertad negativa de los individuos. La afirmación de fines colectivos depende de la concurrencia de voluntades individuales y se rechaza en cualquier caso la posibilidad de actuaciones redistributivas. De nuevo, la igualdad es excluida del sistema porque, al ser la maximización de la libertad negativa el fin del Estado y de la ley, toda actuación positiva en este sentido iría contra la libertad misma –con lo que se abre de nuevo el camino a la neutralidad moral del Estado y a la apropiación de la justicia por la competencia de un capitalismo ahora reglado–.

Lo que se deduce de todo esto es que, en mayor o menor medida, tanto el libertarismo como el liberismo han hecho de la libertad negativa un fin en sí mismo, renunciando a una dimensión integral del desenvolvimiento individual que integre las distintas facetas de la personalidad. Ambos tienen su sede teórica en las ambigüedades del libe-

ralismo y descansan sobre una manipulación de sus contenidos teóricos que resulta inadmisibles. Además, y como consecuencia de ello, sostendré que liberismo y libertarismo –con ser engendros que tienen su causa en las ambigüedades del liberalismo– son conceptualmente distintos de éste y que no cabe con rigor calificar de liberales a los autores que los representan. Y ahora, si tenemos que cabe sostener una concepción integral y dinámica de la libertad dentro del pensamiento liberal y que ese concepto es plenamente coherente con una concepción material del valor igualdad y con una determinación positiva del contenido de los derechos y del papel del Estado, nos podremos entonces preguntar por la posibilidad de armonizar el dualismo libertad/igualdad en el seno de la teoría liberal. Es aquí precisamente donde el liberalismo no termina de aportar una respuesta consistente. Quizás porque su concepción esencialmente conflictiva de estos valores le impide superar el dualismo. Quizás también porque el valor igualdad es para el liberalismo algo esencialmente paradójico y ambivalente. Sus recelos históricos contra la igualdad son muchos y parecen insuperables. La superación de este dualismo, estoy con Dahrendorf, exige la superación del propio liberalismo y su transformación dialéctica en un nivel superior en el que liberalismo y socialismo dejen de ser realidades conceptualmente distintas. Del éxito de esta empresa depende la reconstrucción del panorama fragmentado de la modernidad.

## II. DESCUBRIENDO LOS CONTORNOS: LIBERISMO Y LIBERTARISMO

Se ha dicho que el liberalismo no es tanto una doctrina, un programa cerrado de normas, cuanto una fe, una actitud intelectual, una disposición del espíritu, un temperamento moral. Y este carácter diverso, plural, abierto, flexible, dinámico y cambiante hace que sus características comunes se diluyan en la pluralidad de matices que implica, pues no se trata de una doctrina, sino del precipitado teórico de un conjunto amplio y diverso de teorías convergentes y, en cuanto tal, de la extrapolación de muchos y diversos liberalismos manifestados históricamente <sup>1</sup>.

Con independencia de una amplia gama de aspectos diferenciales, existe pues un «tipo ideal» que otorga unidad lógica y sistemática a un amplio cuerpo de doctrina que presenta caracteres propios y distintivos <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> En esto hay que convenir con Bedeschi: el liberalismo no es un único producto histórico sino, en gran medida, una abstracción, una reconstrucción formalizada de las características más propias y esenciales del pensamiento de varios autores y movimientos. El liberalismo es, en definitiva, un «tipo ideal» según el significado que a esta expresión le confirió Max Weber (BEDESCHI, G., *Storia del pensiero liberale*, Bari, Laterza, 1990, pp. 2-3).

<sup>2</sup> En este sentido es frecuente señalar como características propias de la filosofía liberal la idea de perfectibilidad humana junto con la creencia en la racionalidad del

La identificación de ese núcleo teórico común exige, en primer lugar, una labor previa de depuración, un acuerdo básico acerca de qué no entendemos por liberalismo, desechando los elementos que se han adherido históricamente a la expresión para deformar su significado. En este sentido, la distinción entre liberalismo y liberismo, apuntada por Sartori, esto es, entre doctrinas sobre la libertad política y doctrinas que defienden un sistema económico de libre competencia alcanza un valor primordial<sup>3</sup>. El punto de vista que aquí se sostiene no supone el desconocimiento de las implicaciones económicas de la filosofía política liberal, pero tampoco puede suponer la identificación entre dos teorías que, aún guardando cierta relación, no pueden confundirse sin distorsionar gravemente el lenguaje político.

La perspectiva que tiende a concebir el liberalismo como la superestructura de una economía de mercado, y que centra el objeto del liberalismo en la fundamentación de la propiedad privada y en la apropiación capitalista ilimitada, establece un peligroso paradigma interpretativo acerca del alcance de la filosofía liberal. La aparición del término vino desde su inicio marcada por una identificación con determinada doctrina económica que identificó libertad con libre competencia, confiriendo a la palabra un equívoco significado que otorgaba un amplio margen de confusión e identificación entre la filosofía política que representaba y la defensa de un sistema capitalista sin restricciones<sup>4</sup>. La identificación entre el liberalismo, en cuanto filosofía política, y el liberismo, en cuanto teoría económica sobre la bondad del mercado, reclama la necesidad de distinguir entre liberalismo y economía de mercado. Para los padres del liberalismo político, desde Locke a Constant o Tocqueville, liberalismo significó imperio de la ley y del Estado constitucional, y la libertad tenía, por tanto, un marcado sentido político en cuanto expresión diferenciada de la individualidad. Esta

---

hombre en cuanto individuo que debe encontrar expresión en la organización social, la noción de libertad empírica en cuanto condición y expresión de racionalidad y justicia, la preocupación por el interés de la sociedad en su conjunto más que por los intereses de grupos o individuos particulares y un sistema constitucional de garantías que permite el desarrollo de los individuos dentro de un marco legal y, consiguientemente, con un poder político representativo, responsable y limitado.

<sup>3</sup> Estos aspectos son advertidos por Sartori quien insiste en la necesidad de distinguir dos doctrinas que han sido confundidas históricamente pero que no guardan una relación ni directa ni inmediata entre sí. La aclaración de esta cuestión es previa a cualquier debate acerca del liberalismo. Si deseamos hablar de liberalismo en cuanto doctrina política habremos de establecer qué entendemos por tal y cuáles son los aspectos distintivos con respecto a otros usos del término (SARTORI, G., *The Relevance of Liberalism*, cit., p. 6).

<sup>4</sup> Para Harold J. Laski, que simboliza la postura mencionada, el liberalismo es la superestructura de una sistema económico capitalista que consagra la superioridad moral del mercado y, por tanto, va íntimamente ligada a la noción de propiedad. Una y otra forman un todo, y esto provoca que la libertad que el liberalismo proclama sea la libertad de unos pocos frente al resto de la sociedad. La libertad liberal, dice Laski, es cuantificable en términos económicos: «Puede decirse, en suma, que la idea de liberalismo está históricamente trabada, y esto de modo ineludible, con la posesión de la propiedad» (LASKI, H. J., *El liberalismo europeo*, cuarta reimpr., México, FCE, 1974, p. 17).



noción de libertad no puede confundirse con las doctrinas económicas que propugnaban el libre mercado, la competencia indiscriminada y la «selección natural» de los «más fuertes». Sin embargo, históricamente el liberalismo político ha sido con frecuencia malversado por los defensores de la economía de mercado y sus postulados han servido para fundamentar un régimen de libre mercado en el que la libertad y los valores de la individualidad quedan al alcance depredatorio de la dinámica absorbente del capitalismo.

Esta identificación, resulta evidente, ha causado estragos en el destino de la fórmula ya que se ha construido sobre la inversión de algunos de los principales presupuestos teóricos de la filosofía liberal. Esta inversión tuvo su punto de apoyo en la proclamación solemne del valor sagrado del individuo, subyacente al pensamiento contractualista clásico y en la transformación cualitativa de la idea de libertad negativa, entendida en su caracterización hobbesiana como ausencia de impedimentos externos al movimiento (*liberty as a mere absence of constraints*)<sup>5</sup>, que pasó de ser un instrumento a convertirse en un fin en sí mismo. Además, el elemento contractual vino a complicar todavía más el panorama pues, si como recurso explicativo pudo resultar de utilidad, como instrumento teórico estaba impregnado de una buena dosis de ambigüedad. De la concepción presocial del individuo que subyace a la ficción del estado de naturaleza puede inferirse una concepción atomista de la sociedad –con la consiguiente subordinación de lo público a lo privado– y una concepción dispersiva de los vínculos sociales de solidaridad –que abre paso a un mantenimiento mínimo del Estado– en el sentido de asegurar la seguridad y la integridad de los individuos. En función de ello, se puede sostener que toda realidad es posterior al individuo –que es la única realidad existente por naturaleza– y, a partir de esta prioridad cronológica hipotética, deducir la prioridad axiológica del individuo sobre el resto de realidades.

Ello conllevará el vaciamiento progresivo de lo público y la sacralización de lo privado y, consecuentemente, la imposibilidad teórica de afirmar contenidos materiales de la justicia para un Estado del que se predica su neutralidad moral con respecto a los proyectos de felicidad de cada uno de los individuos que lo integran. Esta concepción limitada de la libertad, del papel del Estado en la realización de la justicia y de los derechos –concebidos en su sentido negativo de delimitación de un espacio de no-interferencia– propiciará la subordinación de los valores a la economía, redimensionada por la sacralización de los intereses privados y por el valor que adquiere la propiedad como elemento material dirimente en el disfrute de los derechos, a partir de una lectura parcial de la fundamentación lockeana del derecho de propiedad. La ambivalencia de algunos de los elementos de la teoría liberal propicia una interpretación de este tipo. Sin embargo, una lectura de este

<sup>5</sup> Sobre el sentido y alcance de la libertad en el pensamiento hobbesiano, *vid.* GAUTHIER, D. P., *The logic of Leviathan. The moral and political theory of Thomas Hobbes*, Oxford, Oxford U. P., 1969.

tenor sólo puede afirmarse como liberal si parte de una comprensión sesgada y maliciosa de los presupuestos del liberalismo. A fuerza de invertir los principios liberales, este tipo de interpretaciones ha podido prosperar. Y ello explica el análisis de MacPherson sobre el individualismo posesivo<sup>6</sup>. A partir de estos elementos contruidos sobre la fractura entre lo público y lo privado que posibilitan la radicalización del componente negativo de la libertad cabe entender cuál es el sentido de las aportaciones teóricas que concentran su atención en la fundamentación de una concepción negativa del Estado como mero vigilante nocturno y que identifican la justicia con la corrección procedimental en la adquisición y en la transferencia de los bienes. En el contractualismo clásico el pacto suponía la constitución de la sociedad civil a partir de una transformación moral profunda en la que el individuo devenía ciudadano y la razón se convertía en elemento ordenador de la ética y la política. La libertad propiamente humana no era aquella situación salvaje del estado de naturaleza sino aquella otra en la que los individuos asumían la obligación –en el plano ético y en el político– de guiar sus pasos hacia un horizonte común de racionalidad. La libertad es diseñada así con una configuración esencialmente dinámica –del estado de naturaleza a la sociedad civil, de las pasiones a la razón– y con un contenido también abiertamente positivo en la medida en que la posibilidad humana de una vida racional sólo puede realizarse desde la autodeterminación –individual y colectiva–.

Frente al planteamiento contractualista del liberalismo clásico, la posición libertaria de Nozick<sup>7</sup> descansa sobre la tergiversación de importantes elementos de la teoría liberal. La ambivalencia del individualismo en el seno del pensamiento liberal da cabida a la radicalización de la idea de libertad negativa, de forma tal que la defensa de los valores del individuo no comporta un propósito en la concreción de un ideal de justicia sustantiva sino que, por el contrario, se concreta en la emergencia del individuo como límite a la construcción social, en tanto que a partir de él se delimitan espacios que podríamos llamar de no-ciudadanía –pues quedan sustraídos a un discurso social intersubjetivo–. Cuanto mayor es el ámbito de esos espacios de no-ciudadanía, menor es la posibilidad de concretar fines colectivos en el terreno público y de mantener los vínculos sociales de solidaridad y cooperación. La reducción de los espacios de ciudadanía alimenta una expansión de la esfera privada, concebida entonces como reducto contrario a la sociabilidad. Éste es el caso de las posiciones de Hayek<sup>8</sup> y Nozick que alimentan en mayor o menor medida una concepción dicotómica de lo público y lo privado y que, con distinto alcance, postulan la subordinación de lo primero a lo segundo.

<sup>6</sup> Cfr. MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1979.

<sup>7</sup> Cfr. NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, nueva edición, Oxford, Basil Blackwell, 1990.

<sup>8</sup> Los principales planteamientos de la obra de Friedrich Hayek que exponemos han sido estudiados a partir de: *The Road to Serfdom*, nueva edición, London, Routledge and

La teoría de Nozick radicaliza el elemento negativo de la libertad a partir de esta concepción del individualismo como límite a la construcción social. Su individualismo radical puede muy bien encuadrarse en una lectura sesgada de los presupuestos del individualismo clásico —diseñados por Hobbes y configurados en clave liberal por Locke— y, en concreto, puede considerarse heredera de la imprecisión del paradigma hobbesiano de libertad a partir de la noción de libertad negativa *as a mere absence of constraints* que Hobbes sitúa en el estado de naturaleza. Pero mientras Hobbes pretende su superación a través de la cualificación moral que el pacto confiere al individuo, Nozick sólo postula su garantía ya que el pacto no revestirá consecuencias éticas relevantes. La razón en Nozick no prescribe reglas de moralidad sobre las que fundar la convivencia sino que su papel es mucho más limitado: sólo sugiere a los individuos la necesidad de articular mecanismos de autoprotección —de su vida y de sus derechos negativos absolutos—. Esa concepción individualista radical tiene además importantes puntos de apoyo en la descontextualización de algunos elementos del pensamiento liberal que se hallan presentes de manera diáfana en la exposición de Mill<sup>9</sup> sobre la libertad y cuya ambivalencia permite su extrapolación teórica. Se trata, en concreto, de la consideración del individuo como juez supremo de sus fines (*over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign*)<sup>10</sup>, de la delimitación consecuente de ámbitos de la individualidad sustraídos a un discurso público a través de la distinción entre actos que conciernen a uno mismo y actos que afectan a otros (*self-regarding acts and other-regarding acts*)<sup>11</sup> y también de la consideración de la ley como algo no deseable en cuanto restricción. Sin embargo, es evidente la utilidad que estos elementos tienen en el pensamiento milliano: a través de ellos se articula una concepción positiva del individualismo como fuerza cohesiva de los vínculos sociales y se establece una relación de influencia recíproca entre ética y política, conectando la autorreforma personal con el progreso social, lo cual abre camino a la noción de autonomía como elemento positivo de legitimación política. No se trata de cercenar la dimensión pública de la ética ni de limitar los espacios de ciudadanía, sino de garantizar una relación armónica del dualismo individuo/colectividad. Por otra parte, esa consideración de la ley como un mal es compatible, en el pensamiento de Mill, con la afirmación de fines colectivos de naturaleza redistributiva. Es evidente que la minimización de la coacción que Mill pretende es a favor de la sociedad y, por tanto, no resulta contraria a la afirmación de políticas sociales y redistributivas coherentes con la noción de justicia social.

---

sons, 1946; *The constitution of liberty*, nueva edición, London, Routledge and Kegan Paul, 1976; *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, London, Routledge and Kegan Paul (vol. I, 1973; vol. II, 1976; vol. III, 1979).

<sup>9</sup> Cfr. MILL, J. S., *Three Essays by J. S. Mill. On Liberty, Representative Government, the subjection of women*, repr., London, Oxford University Press, 1933.

<sup>10</sup> MILL, J. S., *On Liberty*, cit., p. 15.

<sup>11</sup> MILL, J. S., *On Liberty*, cit., p. 70.

La presencia, o la simple evocación, de algunos de estos elementos en la teoría de Nozick no puede llevarnos a engaño. Se trata de una malversación de algunos componentes del liberalismo, malversación propiciada con frecuencia por la ambigüedad e imprecisión de las formulaciones teóricas del pensamiento liberal. Todos estos componentes tienen una utilidad bien distinta en la teoría de Nozick: el individualismo no tiene vocación social alguna, sino que se convierte en una fuerza dispersiva de los vínculos de solidaridad; la defensa de espacios de no-interferencia sirve para la anulación del espacio público que pasa a ser función de los intereses egoístas privados, con lo que se cierra el camino a la autonomía como proyecto común de identidad política y, como consecuencia de ello, la libertad y la justicia quedan en manos del mercado. No hay, por último, posibilidad alguna de políticas sociales o redistributivas cuya realización vulneraría los derechos negativos absolutos de los individuos.

En la construcción nozickiana del estado de naturaleza, la libertad no sufre transformación alguna. Desde el inicio tiene una configuración negativa –en la medida en que determina un espacio de no intervención que es absolutamente inviolable– y estática –ya que sus contenidos no sufren transformación alguna en el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil-. La creación del Estado es fruto de un propósito propiamente negativo y privado de delimitar una esfera absoluta de no interferencia cuya integridad queda salvaguardada por la acción protectora del Estado. Resulta significativo comprobar que, en la construcción de Nozick, no existe un acuerdo expreso de constitución de la sociedad sino que ésta emana de un proceso de convergencia de intereses privados en el tráfico mercantil, lo cual denota, en primer lugar, que el Estado sólo se legitima de forma indirecta en la medida en que satisface intereses privados de los individuos y, en segundo lugar, que la única realidad humana existente por naturaleza es el mercado, del cual emerge un consenso tácito fruto de la confluencia de intereses privados. De este modo, lo público se reduce a lo privado, la libertad se define por sus contenidos exclusivamente negativos y la justicia se concreta en la corrección procedimental de una pretendida asepsia mercantil en la adquisición y transferencia de los bienes. El dualismo liberal entre lo público y lo privado ha quedado resuelto porque lo público ha dejado de existir. Los espacios de ciudadanía no existen porque el individuo en ningún momento queda revestido de la condición de ciudadano. Los intereses privados fundan el Estado de forma que éste –y con él la justicia, la libertad y los derechos– no trasciende más allá de los ámbitos privados de los individuos –espacios de no-ciudadanía que fundan, eso sí, un gran espacio común de no-ciudadanía que se sustenta sobre el extrañamiento y la indiferencia recíprocas–.

La teoría de Nozick sólo puede ser calificada como liberal si identificamos el liberalismo con una defensa –de manera abstracta y genérica– del individuo sin más. Y a partir de esa definición laxa del liberalismo cabe imaginar que prácticamente cualquier construcción teórica que plantee mínimamente un interés por el desarrollo de los valores

del individuo puede ser rotulada como liberal. No es éste el planteamiento que aquí se sostiene. Entiendo, por el contrario, que la teoría de Nozick tiene bien poco que ver con los presupuestos teóricos del liberalismo ya que se asienta sobre la inversión de sus postulados principales y, especialmente, la radicalización de la idea de libertad negativa que funda su construcción libertaria y que, como acertadamente ha denunciado Reiman<sup>12</sup>, termina por subordinar la libertad a la propiedad –lo cual hace incurrir a su teoría en una falacia ya que de la proclamación finalista de la libertad negativa se pasa a su subordinación instrumental en beneficio de la apropiación capitalista ilimitada–. El libertarismo de Nozick se aleja así de los presupuestos teóricos del liberalismo en la medida en que descansa sobre una concepción parcial y disyuntiva de la libertad que hace imposible la realización de un proyecto común de autonomía –que sólo puede descansar sobre una concepción progresiva y dinámica de la libertad y de los derechos–. Su empeño demuestra, además, que cualquier concepción parcial, sesgada y limitada de la libertad resulta inviable: en su defensa del valor sagrado de la libertad negativa Nozick ha terminado sacrificando la libertad en beneficio de la apropiación.

Distinto es el caso de las posiciones liberistas que, si bien radicalizan el valor de la libertad negativa en la definición de los valores, no rehuyen el elemento positivo sobre el que se asienta la cohesión social. A través de él precisamente la libertad negativa se abre camino. Las posiciones liberistas ponen el acento en el componente negativo de la libertad. Éste es el sentido de la posición de Hayek. Su teoría se construye sobre el reconocimiento de la sacralidad del individuo y de que los valores básicos de una sociedad abierta son de contenido negativo<sup>13</sup>. De ello se desprende una concepción abstencionista del Estado porque la justicia depende del orden espontáneo que se concreta en el libre juego de las fuerzas económicas en el mercado<sup>14</sup>.

Sobre estos elementos es fácil proyectar una lectura superficial de su modelo teórico. Es por esto por lo que conviene advertir algunos aspectos. En primer lugar, para Hayek la libertad no consiste en la ausencia de impedimentos sin más sino que tiene una vertiente positiva que se concreta en el imperio de la ley y del Derecho. Hayek se alinea así en la tradición lockeana<sup>15</sup> –a diferencia de Nozick– en función de la cual el fin de la ley no es abolir o restringir sino preservar y

<sup>12</sup> Cfr. REIMAN, J. H., «The fallacy of libertarian capitalism», *Ethics*, 92, 1981, pp. 85-95.

<sup>13</sup> Vid. HAYEK, F., *Law, legislation and liberty*, cit., vol. III, cap. XVIII, p. 130.

<sup>14</sup> Hayek se encuadra así de manera inequívoca, recuerda Velarde, en la vertiente economicista del pensamiento liberal cuyos antecedentes teóricos se sitúan en Smith, Mandeville y Ricardo y, más recientemente, en Von Mises. Sobre las fuentes filosóficas de Hayek puede verse VELARDE, C., *Hayek. Una teoría de la Justicia, la Moral y el Derecho*, Madrid, Cívitas, 1994, pp. 59-108.

<sup>15</sup> Sobre este particular puede verse BARRY, N., «Hayek on liberty», en PELCZYNSKI, Z., and GRAY, J. (eds.), *Conceptions of liberty in political philosophy*, London, Athlone Press, 1984, pp. 263-288.

ampliar la libertad (*the end of law is not to abolish or restraint but to preserve and enlarge freedom*)<sup>16</sup>. Con ello Hayek se alinea en una tradición propiamente liberal. La ley se convierte en el más fiel aliado de la libertad y la democracia constituye el cauce procedimental a través del cual la ley se concreta. A través de la ley, la libertad se materializa en una exigencia básica de imparcialidad que reclama la prevención de la arbitrariedad como garantía básica de la democracia –si la arbitrariedad existe no habrá una voluntad correctamente formada en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos– y, a su vez, la democracia se constituye en garantía de la libertad. La prevención de la arbitrariedad –que efectivamente entraña un componente negativo– tiene así un valor instrumental. Pero, a diferencia de Locke, Hayek omite el papel de la razón como límite a la ley<sup>17</sup>, ya que la legitimidad de la ley venía delimitada por la razón –no toda ley era legítima sino sólo aquella que se adecuaba a las exigencias de la razón– y, a través de la razón, Locke conectaba la exigencia ética de desarrollo personal con los contenidos positivos de la política<sup>18</sup>. Hayek omite este detalle. Para él, lo mismo que para Locke, no toda ley es legítima pero, a diferencia de Locke, esa legitimidad no se mide por el papel normativo de la razón sino por una exigencia formal de imparcialidad, de igualdad ante la ley, que Hayek identifica con la prevención de la arbitrariedad. Mientras en Locke la prevención de la arbitrariedad se subordina al papel normativo de la razón, en Hayek pierde esta condición instrumental: la ley representa la libertad y ésta sólo puede concretarse a través de la ley, pero sólo es legítima la norma abstracta, general e imparcial que establezca condiciones formales de igualdad entre todos los ciudadanos. De este modo, la libertad queda identificada con la prevención de la arbitrariedad a través de la ley. Con ello se pone de manifiesto que el error de Hayek no consiste en la inversión de los presupuestos principales del liberalismo –como hace Nozick– sino en haber identificado la libertad con la prevención de la arbitrariedad a través de

<sup>16</sup> LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, en *The Works of John Locke*, vol. V, Germany, Scientia Verlag Aalen, 1963, p. 360.

<sup>17</sup> Esta es la causa por la que Contreras Peláez no duda en calificar a Hayek como antiilustrado y antimoderno. Si lo característico de la Ilustración es la confianza en el poder de la razón, la fe en la razón humana como juez de la verdad y del error y la confianza en el progreso entendido como el proceso en virtud del cual las parcelas de la experiencia van siendo sometidas sucesivamente a control y organización racional, Hayek es sin duda un apóstata de la modernidad, pues su teoría se construye sobre la imposibilidad de construir un plan humano de vida racional (no cabe concertar fines colectivos porque ello nos llevaría al desastre) (cfr. CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: Teoría e Ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 97-102).

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión puede confrontarse, DUNN, J., *The political thought of John Locke. An historical account of the argument of the «Two Treatises of Government»*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, pp. 168 ss.; TARCOV, N., *Locke's education for liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1984; YOLTON, J. W., *John Locke*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 47-65; POLIN, R., «Sens et fondement du pouvoir chez John Locke», en AAVV, *Le pouvoir*, París, PUF, 1956, pp. 53-89; GOYARD-FABRE, S., *John Locke et la raison raisonnable*, París, Librairie philosophique J. Vrin, 1986, pp. 105-139.

la ley, sin advertir que una libertad tal engendra frustración y desesperanza, pues termina por erigirse en un obstáculo al desarrollo pleno del individuo. Si para Locke la ley era condición necesaria de la libertad, Hayek, al cifrar los contenidos de la libertad en el papel determinante de la ley positiva, termina por erigir, como recuerda el profesor Badillo, a la ley en condición suficiente de la libertad<sup>19</sup>, con lo cual Hayek toma la parte –una de las dimensiones de la libertad– por el todo –la libertad en su conjunto–. En segundo lugar, y como consecuencia de ello, el mercado ocupa en el pensamiento de Hayek un valor principal pero hay que entender que no se trata, como en Nozick, de un mercado desregulado, de una competencia capitalista indiscriminada. Si no cabe la afirmación de medidas sociales de contenido redistributivo es porque estas medidas quiebran la exigencia de imparcialidad y el presupuesto de neutralidad moral sobre los que el Estado se asienta. Pero esta imposibilidad de concretar materialmente la justicia no impide la regulación jurídica del mercado. Es más, se puede afirmar que el Estado que Hayek postula no es un Estado mínimo –en el sentido nozickiano del vigilante nocturno (*nightwatchman state*)– ya que al Estado compete, entre otras cosas, la creación de un marco jurídico que garantice la libre competencia en el mercado. Sin esas condiciones legales que garanticen que el funcionamiento del mercado no se verá interferido por situaciones de arbitrariedad, la libertad resulta inviable. Pero nuevamente se suscita el problema: si la libertad consiste en la ausencia de arbitrariedad y ello implica una estrategia abstencionista del Estado con respecto a los contenidos materiales de la justicia, la libertad queda, en última instancia, en manos del mercado, de un mercado que, de manera imparcial e inflexible, determina los contenidos concretos de la libertad y la justicia. Entregando nuevamente la libertad a la ley, Hayek termina arrojando la libertad al mercado, sin percatarse de que la neutralidad moral del Estado no asegura la neutralidad moral del mercado; pues, como advierte Pérez Luño, el pretendido carácter imparcial del juego del orden espontáneo del mercado «se ve desmentido cuando se advierte que, en el seno de la sociedad capitalista, se traduce en una ruleta o una lotería «trucada». No existe en esta sociedad un reparto equitativo de las papeletas (oportunidades o situaciones socioeconómicas de partida) lo que, en virtud de un elemental cálculo de probabilidades, predetermina o, al menos condiciona, de antemano el resultado del juego»<sup>20</sup>.

En el fondo de las reflexiones de Hayek sobre el colectivismo late la tensión libertad/igualdad presente en el pensamiento de Constant, Mill y Tocqueville. Sus advertencias tienen la impronta de las advertencias que Tocqueville realiza sobre las amenazas de la igualdad<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> BADILLO O'FARRELL, P., *¿Qué libertad? En torno al concepto de libertad en la actual filosofía política británica*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 75.

<sup>20</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, tercera edic., Madrid, Tecnos, 1990, p. 154.

<sup>21</sup> Cfr. TOCQUEVILLE, A., *De la Démocratie en Amérique*, París, Garnier-Flammarion, 1981, vol. II, parte II, cap. I.

Esta preocupación es la que impulsa la reacción hayekiana contra las nuevas políticas redistributivas del Estado social. Bajo las vestiduras de una nueva y superior forma de libertad se esconde el fantasma de una igualdad poco deseable: es la igualdad en la coerción y en el sometimiento a los fines predeterminados de un concreto grupo social que se otorga a sí mismo la representación de los intereses de la mayoría. Bajo el lema de la justicia social –denuncia Hayek– se esconden los oscuros y turbios intereses de una minoría. Sin embargo, pese a las connotaciones marcadamente positivas de su concepto de libertad, Hayek en algunas ocasiones escribe como si la institución de leyes predecibles y uniformes que protejan las libertades liberales básicas fuera una condición suficiente de la libertad social<sup>22</sup>. Pero hay una diferencia sustancial entre el planteamiento de Hayek y el liberalismo clásico: el liberalismo decimonónico partía de un diseño conflictual de las relaciones libertad/igualdad para arribar a la conclusión de que resultaba necesaria la armonización de ambos valores. En el caso de Hayek existe una variación sustancial: la relación conflictual pasa a ser de contraposición en el caso de la igualdad material, ya que las medidas políticas tendentes a la equiparación material de los ciudadanos suponen una vulneración de la libertad individual. Con ello Hayek lleva su teoría más allá del propio liberalismo, al adscribirse a una estrategia defensiva que sustituye la libertad como principio activo, es decir, como concepto-ejercicio, por la libertad restringida y pasiva del concepto-oportunidad<sup>23</sup>. En primer lugar, porque excluye el valor positivo de la razón en la determinación de los valores colectivos de la sociedad y, al hacerlo, niega al ideal de autonomía relevancia en la determinación de los contenidos políticos. Ello supone, en última instancia, el distanciamiento insalvable entre lo público y lo privado, ya que la justicia se desenvuelve en el gran espacio que es el mercado y que constituye un espacio de no-ciudadanía –de tal modo que los espacios de ciudadanía quedan considerablemente restringidos–. Además, Hayek, al cerrar el paso a la noción de autonomía, cierra también la posibilidad de una conciliación entre los valores de libertad e igualdad a través del valor normativo de la autonomía. Y al cerrar las vías de conciliación de los términos del dualismo libertad/igualdad, Hayek incurre en un resultado que le aleja de las posiciones liberales. El antagonismo libertad/igualdad rompe el equilibrio teórico libertad positiva/libertad negativa al constatarse que la realidad de una justicia carente de contenidos materiales no puede sustentar una concepción integral de la libertad.

<sup>22</sup> GRAY, J., «On negative and positive liberty», en PELCZYNSKI, Z., and GRAY, J. (eds.), *Conceptions of liberty*, cit., p. 342.

<sup>23</sup> Esta concepción pasiva del liberalismo es la que lleva a Dahrendorf a calificar una de las obras principales de Hayek –*The constitution of liberty*– como «un libro medio liberal, falto de fantasía y de valor» (DAHRENDORF, R., *Oportunidades vitales*, cit., p. 62).



### III. RAWLS O LAS ENCRUCIJADAS DEL LIBERALISMO

En un sentido distinto se desenvuelve la argumentación de Rawls sobre los principios de la justicia<sup>24</sup>. Aquí sí que se puede decir que subyace una concepción de la libertad como componente de la autonomía, con base en el autorrespeto (*self-respect*) y en la autoestima (*self-esteem*), y ello lleva a su teoría a un esfuerzo por conciliar el dualismo liberal entre la libertad y la igualdad que se concreta en la articulación de una concepción pública de la justicia. Pero la conciliación de estos valores se opera en realidad en el espacio de la moralidad, una moralidad social fundada en el acuerdo y que constituye, a su vez, el soporte de la solidaridad y la cooperación.

La cooperación no es ahora una necesidad sino una exigencia ética derivada de la racionalidad. Y, por eso, los vínculos sociales delimitan el entorno de la justicia en un doble sentido: estableciendo una concepción pública de los valores que son concebidos no como límites sino como principios-guía de actuación política, de modo que ya no pueden definirse en relación a personas o grupos sino en relación al conjunto de la sociedad y, en segundo lugar, precisando un catálogo moral abierto y básico sobre el que se articulan las plurales concepciones del bien de cada individuo. De este modo, la libertad se caracteriza primordialmente por ser condición de ejercicio de la cualidad moral de los agentes que se afirma sobre la igual dignidad que los individuos tienen en cuanto personas morales. El autorrespeto se sitúa así como el nexo discursivo entre moral y política, ubicando la dimensión de la libertad como autonomía en el plano de la decisión política. La libertad se concreta, entonces, con unas pautas bien definidas: en primer lugar, se trata de una libertad social, lo cual significa que, evidentemente, no puede definirse en su sentido negativo en cuanto ausencia de restricción sino que tiene una impronta positiva que se concreta en un ejercicio colectivo de racionalidad que establece un nexo discursivo entre la ética y la política; en segundo lugar, esa libertad –que se cimenta sobre la cooperación y la solidaridad– es condición del ejercicio de la autonomía moral de los agentes, lo cual determina un compromiso político en la promoción de los valores –positivos– del individuo, en el desarrollo de sus potencialidades y, consecuentemente, en la remoción de obstáculos que impiden un desarrollo humano integral; en tercer lugar, esa libertad tiene también una dimensión instrumental, en la medida en que no es valorable *per se* sino sólo como condición del ejercicio de la autonomía moral de los agentes, lo cual significa que la libertad no puede erigirse contra la razón –presupuesto de la autonomía– ni contra la justicia, de modo que ha de predicarse, como consecuencia de ello, la prioridad de la concepción general de la justicia en virtud de la cual los bienes sociales han de ser distribuidos equitativamente a no ser que una distribución desigual redunde en una ventaja para todos; y, por

<sup>24</sup> Nos guiamos aquí principalmente por la obra más importante de RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1972.

último, esa libertad tiene una vocación igualitaria porque nace de la igual dignidad de los individuos en cuanto agentes morales y se orienta a la plasmación de un proyecto colectivo de autonomía, compatible con las plurales concepciones del bien de cada individuo.

La libertad es, en suma, un componente de la autonomía, y la autonomía, a su vez, funda la ética y la política, a través del autorrespeto como nexo discursivo. Y esa integración de la autonomía en la política se opera mediante la concreción de un modelo de justicia a través del cual Rawls pretende la superación del dualismo individuo/ciudadano y de la tensión libertad/igualdad. Frente a quienes sostienen que la tensión se resuelve de manera falaz al subordinarse la igualdad a la libertad, entiendo que la tentativa de Rawls apunta hacia una articulación teórica de los dos valores relativamente satisfactoria en la medida en que ambos quedan absorbidos como componentes de la autonomía. En este sentido, entiendo que quienes han centrado sus críticas de manera exclusiva en la subordinación de la igualdad a la libertad omiten aspectos importantes que he reseñado en los párrafos anteriores. Entre ellos, la concepción social de la libertad que, lejos de ser una libertad individualista y radicalmente negativa, es concebida como una libertad esencialmente igualitaria, cuya virtualidad descansa en la posibilidad real de un ejercicio igual de esas libertades para todos. Con ello se quiere decir que la igualdad está presente no sólo en el segundo principio sino también en el primero, al postularse que cada individuo tiene un derecho *igual* al más amplio sistema de libertades básicas compatible con un sistema *similar* de libertades para todos los demás <sup>25</sup>.

Las carencias de la teoría rawlsiana vienen por otro lado. No se trata sin más de que Rawls acabe subordinando la igualdad a la libertad, sino de que su construcción descansa sobre una ficción que reproduce buena parte de las ambigüedades del liberalismo clásico, aunque nuestro autor se esfuerza en no incurrir en algunas de ellas y es a partir de ahí que las propias inconsistencias del liberalismo se manifiestan. La teoría de Rawls no es más que un *esperimento mentale* –como ya dijo Introvigne <sup>26</sup>– y, en ese sentido, puede resultar más o menos plausible desde el punto de vista teórico, pero no parece que pueda servir para intentar otorgar un fundamento universal a una determinada concepción de la justicia.

Las principales carencias de la teoría rawlsiana se derivan, pues, de sus presupuestos metodológicos y manifiestan, más que inconsistencias específicas de la teoría rawlsiana, problemas estructurales del propio liberalismo. En primer lugar, el recurso a una situación presocial hipotética vuelve a dar entrada al individualismo metodológico que tan negativas repercusiones ha tenido para el pensamiento político desde Hobbes. Sin embargo, se ha de notar que Rawls evita, y no por casualidad, una concepción presocial y negativa de la libertad en la posición

<sup>25</sup> Cfr. RAWLS, *op. cit.*, 2.<sup>a</sup> parte, cap. V, 46, pp. 302-303.

<sup>26</sup> Vid. INTROVIGNE, M., *I due principi di giustizia nella teoria di John Rawls*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 77.

original –entendida como la posibilidad de hacer cuanto desee sin verme compelido por agentes externos a mi voluntad– que cede ahora su sitio a una concepción de la libertad en cuanto autonomía mucho más acorde con el diseño genuinamente liberal de su teoría. Concebir al individuo como entidad separada y previa a la sociedad es no sólo una ficción subyacente a todo el pensamiento liberal sino, sobre todo, un punto de partida equivocado para cualquier aventura intelectual que se pretenda rigurosa. Y ésta es una de las grandes carencias no sólo de Rawls sino de todo el pensamiento liberal. La deconstrucción de la sociedad en átomos individuales no puede servir para explicar lo que es –pues ninguna explicación coherente de la realidad puede proporcionarse a partir de una ficción– y tampoco parece ser el mejor recurso para explicar lo que debería ser –pues en ese caso estaríamos, cuanto menos, dando pábulo sin quererlo a la posibilidad de imaginar una situación ideal previa a la solidaridad y a la cooperación–<sup>27</sup>. Si con ello el liberalismo ha querido destacar el papel principal del individuo como elemento articulador de la sociedad y la sacralidad de algunos de sus valores fundamentales estimo que para ese viaje no hacían falta estas alforjas, sobre todo cuando de este planteamiento teórico podían deducirse simultáneamente interpretaciones radicalmente opuestas. Pero aún me parece más grave todo esto en el caso de Rawls, ya que los empeños fundadores de Hobbes y Locke tuvieron un importante valor pedagógico y había que encuadrarlos en la situación de turbulencia y de agitación social y política que afectaba a la Inglaterra de la época. En el caso de Rawls el recurso al contractualismo se me antoja innecesario, pues no lo justifica ni la agitación social y política, ni la necesidad de reiterar el principio de la fundamentación consensual del poder que, por consabido, es ya uno de los lugares comunes del pensamiento político contemporáneo, salvo que Rawls lo utilice con una finalidad bien distinta: la de utilizar una plausible fabulación teórica para otorgar un fundamento universal a una determinada concepción de la justicia<sup>28</sup>. Con ello, además, Rawls vuelve a situar la justicia –y,

<sup>27</sup> A las críticas al concepto de posición original intenta Rawls responder en *Political Liberalism*, New York, Columbia U. P., 1993. En esta obra Rawls destaca el valor de la posición original como mecanismo de representación, de modo que la situación hipotética no supondría implicaciones metafísicas específicas. En función de ello, añade Rawls, se podría entrar en esa posición en cualquier momento limitándonos a razonar en favor de principios de justicia *respetando las restricciones informativas enumeradas* (*in accordance with the enumerated restrictions on information*) (cfr. p. 27). Empero, esta matización no resuelve los importantes problemas que se derivan de la situación de las partes en la posición original. Y ello porque Rawls sigue empeñado en la universalización de un modelo abstracto y descontextualizado de justicia que se construye desde la ignorancia de las situaciones concretas de los individuos, que hace de la justicia algo metahistórico y carente de contenidos empíricos, de modo que la justicia descansa sobre la ignorancia de las situaciones particulares de los individuos. La concepción de la justicia de Rawls pretende salvar la universalidad renunciando a la particularidad. Y ello hipoteca el propio valor de su teoría al cerrar el paso a la posibilidad de una justicia contextualizada.

<sup>28</sup> Se trata de la vieja idea de la neutralidad liberal postulada sobre lo que Rawls denomina una concepción política de la justicia independiente. El propio Rawls ha inten-

por ende, los principios que la integran, esto es, libertad e igualdad— en el plano metahistórico de las abstracciones formalizadas del pensamiento ilustrado<sup>29</sup>. Y con ello se corre el riesgo de hipostasiar nuevamente los principios de la justicia en categorías estáticas impermeables a la dinámica histórica de culturas y pueblos, obteniendo así un resultado abiertamente contrario al pretendido por Rawls con su teoría<sup>30</sup>.

Sin embargo, Rawls tiene en su haber méritos importantes que he intentado reseñar y puede decirse que las carencias que aquejan a su construcción son, en buena medida, carencias estructurales de la propia teoría liberal y, más en concreto, del contractualismo y de su con-

---

tado responder a estas críticas en *Political Liberalism*, cit., pp. 173-211. Pero es obvio que a esta concepción subyace una determinada concepción del bien, aunque ésta sea de segundo orden. Si la idea de neutralidad es considerada como buena o conveniente es porque existen determinados valores que deben ser promovidos. En el fondo de la argumentación liberal late un determinado posicionamiento ético ante el cual no se puede permanecer indiferente. Ese substrato axiológico conforma lo que podríamos denominar una ética ciudadana que está en la base misma de nuestra cultura ética y política y que es, por tanto, irrenunciable. Y Rawls, coherente con ello, reconoce que la primacía de lo justo sobre lo bueno puede dar lugar a malentendidos pues, en virtud de ella, podría sostenerse la incompatibilidad de una concepción liberal de la justicia con un modelo concreto del bien. Esta suposición es necesariamente falsa pues lo justo y lo bueno son complementarios y no se puede prescindir de ninguno de ellos en la formulación de una concepción de la justicia («*This must be incorrect, since the right and the good are complementary: no conception of justice can draw entirely upon one or the other, but must combine both in a definite way*») (vid. op. cit., p. 173). Estas críticas, por otra parte, son una constante en el pensamiento comunitarista que aquí no podemos dejar sino apuntada. Para el pensamiento comunitarista la pretensión neutral del liberalismo con respecto a los ideales de vida buena y su pretensión de universalidad es absolutamente falaz. Sobre este particular puede verse MACINTYRE, A., *Whose justice? Which Rationality?*, London, Duckworth, 1988, especialmente, cap. XVII, «Liberalism Transformed into a Tradition», pp. 326-348.

<sup>29</sup> Rawls pierde así la posibilidad de incorporar el elemento histórico del hombre concreto a su discurso sobre la justicia que se vuelve impermeable a cualquier avatar histórico -pues, recordemos, el acuerdo en la posición original se sitúa más allá de la historia, en el no-lugar y en el no-espacio-. Sus concesiones al universalismo le llevan a la generalización abstracta de principios y valores, incurriendo así en las mismas carencias que aquejaban al rígido formalismo kantiano. De este modo la justicia se sitúa más allá del hombre histórico, eludiendo un diálogo directo con cada cultura y con cada época. Camps denuncia en este sentido la insuficiencia del pensamiento de Rawls para dar respuesta a cuestiones concretas, consecuencia del plano general y abstracto en el que se desenvuelven sus argumentaciones, lo cual lleva a Rawls al utilitarismo que pretendía evitar: «... debo añadir que no basta la defensa de la libertad, junto a la confianza de que la justicia se dará por añadidura, como resultado del procedimiento que garantiza y asegura aquella libertad. (...). Dicho de otra forma, pienso que no sólo el principio de las libertades básicas, sino también el segundo principio de la justicia corre el peligro de quedarse en un mero formalismo si no nos comprometemos con el contenido que debe tener. ¿Qué significa, de hecho, la igualdad de oportunidades? Para ser más concretos, ¿qué significa, en realidad, el derecho de todos a acceder a posiciones de responsabilidad? Y ¿quienes son, realmente, los menos favorecidos? ¿A quién corresponde determinar cuáles son los grupos que merecen más atención por parte de la justicia distributiva? La falta de contenido de tales principios inclina a la teoría de Rawls hacia ese utilitarismo que tanto quiere evitar. Pues, a fin de cuentas y en última instancia, será la utilidad común la que acabe decidiendo cómo deben ser interpretados y aplicados» (CAMPS, V., «Introducción», en RAWLS, J., *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1990, pp. 23-24).

<sup>30</sup> Pero, además, Rawls deja sin aclarar otras importantes cuestiones que suscitan cierta perplejidad entre las cuales resaltan la ausencia de criterios para la selección de las

fesada impronta kantiana. Entre esos logros importantes del pensamiento de Rawls está el haber avanzado en la línea de la integración de los componentes de la libertad en un concepto superior, el de autonomía, que se convierte, a través del autorrespeto o sentimiento de dignidad personal, en el nexo discursivo entre ética y política. La autonomía tiene así en Rawls una doble misión: como punto de partida para la adopción de los principios de justicia que deberán regir la sociedad bien ordenada, y como punto de llegada, en cuanto propuesta de objetivos finales a la que la sociedad bien ordenada deberá encaminarse. La teoría de Rawls parte de una situación hipotética en la que la autonomía opera de manera artificial –a través del velo de la ignorancia– para llegar a una situación real en la que la condición humana habrá hecho innecesaria la presencia de ningún velo de la ignorancia, pues la autonomía personal descansará sobre una situación plenamente autoconsciente. Se aprecia, así, que lo que Rawls pretende tiene mucho que ver con el objetivo de una sociedad abierta y plural cuya cohesión descansa sobre un catálogo moral abierto compatible con las plurales concepciones del bien de cada individuo particular y que encuentra en el desarrollo de un modelo de justicia, acorde con la autonomía como objetivo político, el sentido de su propia existencia <sup>31</sup>.

---

libertades básicas (*basic liberties*), cuya determinación, en suma, queda al arbitrio del autor (esta cuestión, sin embargo, ha sido posteriormente abordada por Rawls en «The basic liberties and their priority», conferencia que, considerablemente revisada y ampliada, ha sido incluida en el volumen *Political Liberalism*, cit., pp. 326-409). Rawls no explica tampoco por qué los individuos en la posición original optarán por la libertad antes que por la igualdad y por qué esa diferencia en la distribución de los bienes debe considerarse una ventaja social –y ésta es, recordemos, la razón por la cual se admite el principio de la diferencia según la concepción general de la justicia–. Este tema es abordado más recientemente por Rawls en *Political Liberalism*, cit., (cfr. pp. 281-282) sin conseguir, a mi modo de ver, aportar una solución convincente. Para Rawls el punto de partida es una distribución equitativa. Sin embargo, la estructura básica debe permitir desigualdades organizativas y económicas siempre que redunden en beneficio de todos, también de los menos favorecidos. Para llegar a esta situación los que resultan menos favorecidos gozarán de capacidad de veto. De modo que las desigualdades deberán ser consentidas por los menos favorecidos, especialmente. Si las partes están bajo el velo de la ignorancia cuesta algún trabajo imaginar cómo los menos favorecidos en el reparto desigual pueden llegar a tener acceso a esta información que no es accesible en la posición original. ¿Acaso lo que Rawls sugiere es que el velo de la ignorancia resultará transparente en esta situación? Por otra parte no se especifica, ni siquiera se sugiere, cuáles son las ventajas concretas que pudieran animar a los menos favorecidos a prestar su consentimiento para una distribución desigual, salvo que se considere suficiente el premio de consolación de que los que más ganaron tendrán que contribuir a mejorar la situación de los que ganaron menos.

<sup>31</sup> Por eso Rawls destaca el valor político de la autonomía y la distingue de la autonomía y la individualidad como valores éticos. Con ello Rawls intenta evitar que el monismo ético invada la esfera política, cerrando el horizonte al pluralismo y a la posibilidad de una sociedad abierta. De este modo Rawls se defiende de aquellos que lo acusan de intentar proporcionar una justificación universal de una determinada concepción del bien. Su liberalismo es esencialmente político, no ético (RAWLS, J., *Political Liberalism*, cit., pp. 77-78). Sin embargo es obvio que tras esta concepción se delinea un determinado modelo ético, aunque sea por exclusión.

Con ello, se pone de manifiesto que la teoría rawlsiana se encuadra en la mejor tradición liberal, asumiendo como suyos los postulados de racionalidad y autonomía subyacentes al pensamiento de Locke y de Mill<sup>32</sup>. Además, el acuerdo sobre los principios de la justicia tiene resonancias de esa tradición liberal que situaba al individuo como principio propulsor de la política, no como su límite, pues el pacto operaba una transformación moral profunda en la que el individuo devenía ciudadano y, a partir de ahí, la libertad adquiriría una dimensión nueva en las coordenadas de la solidaridad, de la cooperación, de la perfectibilidad y, en suma, del compromiso efectivo por el desarrollo de los valores de la personalidad humana y de su propia dignidad. Rawls es, sin duda, fiel heredero de esta tradición en la que la libertad salvaje del estado de naturaleza es algo a superar por ser, precisamente, la mayor amenaza a la libertad y a la dignidad del individuo. Su constructo teórico está imbuido de todas estas ideas, con sus luces y sus sombras. El papel rector de la razón en la vida humana y, por tanto, también en el ámbito político, es la más sólida constatación de todo esto. El sentimiento de dignidad personal es, precisamente por ello, el bien social primario del cual se deriva necesariamente el ideal de la autonomía como objetivo político –no sólo presupuesto ético de la justicia– a la vez que como proyecto ético de desarrollo personal. Y esto, a su vez, descubre cuál ha de ser el papel de la ley como elemento ordenador de la convivencia y como garantía y resorte de la libertad. Se salva con ello la identificación formal ley-libertad que está presente en el pensamiento de Hayek. En el pensamiento de Rawls la ley vuelve a ser condición necesaria, pero no suficiente, de la libertad, cuya virtualidad está en su carácter de instrumento para la maximización del valor de la razón en la vida humana. En este contexto, el valor de la igualdad y de la libertad viene dado por ser componentes necesarios de la autonomía a cuyo logro han de supeditarse. De ello se desprende un compromiso activo en la remoción de obstáculos al desarrollo de la personalidad, a partir de la adopción de medidas de política positiva de contenido redistributivo que concretan las exigencias de la justicia social.

#### IV. LIBERTAD E IGUALDAD: UNA TENSIÓN INSALVABLE

Ahora bien, Rawls no puede sustraerse al prejuicio liberal hacia la igualdad cuyas páginas más celebres fueron escritas por Tocqueville y por Mill. Y recordemos que es ese recelo liberal el que dio pábulo a interpretaciones perversas como la de Nozick y cautelosas como la de

<sup>32</sup> Esto no significa que el liberalismo de Rawls asuma en su integridad los posicionamientos de estos autores; máxime cuando Rawls quiere dar a su liberalismo una impronta distinta al definirlo como político y diferenciarlo de lo que él denomina «*comprehensive liberalism*» de Kant y Mill, pues sus objetivos se ciñen a la articulación de un modelo público de justicia que permita la convivencia de plurales concepciones del bien (cfr. RAWLS, J., *Political Liberalism*, cit., pp. 199-200).

Hayek. Pero en Rawls el prejuicio tiene un alcance bien distinto al de sus contemporáneos. Rawls comparte con sus antecesores –Tocqueville y Mill, especialmente– una visión conflictual de la relación entre ambos valores. Sin embargo, ello no le lleva ni a una estrategia defensiva de abstencionismo del Estado en la concreción de medidas sociales, ni a entender la igualdad como algo no deseable, sino que se decanta claramente por una implementación de los contenidos materiales de la igualdad en su teoría de la justicia. La concepción general de la justicia es buena muestra de ello, ya que postula que los bienes sociales han de distribuirse equitativamente. Si la diferencia en la distribución de los bienes puede ser introducida ello será porque se estime que produce beneficios generales a la comunidad. Pero la igualdad puede entrar en conflicto con la libertad. Y es aquí donde Rawls parece un Tocqueville revivido: quiere la igualdad al tiempo que la teme; valora sus beneficios pero abomina de algunas de sus consecuencias. Lo peor de esta actitud es que lleva al liberalismo a un callejón de difícil salida porque concentra su atención en los puntos de fricción más que en los puntos de encuentro y le lleva a concebir una tensión axiológica permanente entre la libertad y la igualdad.

Rawls, al concretar los principios de la justicia, otorga prioridad a las libertades básicas sobre las medidas de contenido redistributivo, si bien precisa que esas libertades deberán ser *iguales* para todos. Inconscientemente, Rawls introduce una opción axiológica por la libertad cuya presencia en la posición original sólo puede explicarse por las preferencias personales del profesor de Harvard. Sin aducir ninguna otra razón, los individuos, en la posición original, aceptarán limitar la igualdad en beneficio de la libertad. Nuevamente, Tocqueville y sus advertencias sobre los peligros de la igualdad. Rawls intuye que la igualdad es necesaria para la autonomía, pero intuye también que puede tener consecuencias perversas para la libertad. Por eso hay que limitar su alcance. Pero, al mismo tiempo, no quiere postergar a la igualdad a un papel secundario, a un papel subordinado que trunque el potencial práctico de su construcción y la incorpora de manera soterrada en el primer principio. Quiere la igualdad porque es necesaria para la autonomía, pero no puede abjurar de sus prejuicios y temores y ello le lleva a adoptar una actitud cautelosa al configurar los principios de la justicia. En esto, Rawls se reconoce también fiel heredero de esa tradición liberal a la que pertenece y no consigue superar de forma definitiva los más ancestrales celos del liberalismo hacia la igualdad.

La teoría liberal pivota en buena medida sobre una visión conflictual de las relaciones entre los valores de libertad e igualdad y, con frecuencia, se ha sobrevalorado este aspecto en detrimento de aquel otro que recaba una implementación coherente de los contenidos igualitarios –y que bien puede deducirse de la prioridad de la autonomía como objetivo político–. Y es que a menudo el liberalismo se ha preocupado más de enfatizar las hostilidades entre libertad e igualdad que de buscar una conciliación efectiva de estos valores coherente con su proyecto de autonomía. Con esto se abre una brecha profunda en el pensa-

miento liberal, al radicalizarse la visión conflictual de las relaciones libertad/igualdad. Y éste es, sin duda, el gran déficit teórico del pensamiento liberal, ya que la igualdad aparece como un valor subordinado a la propia libertad y en permanente tensión con ella, algo que se teme al tiempo que no se puede dejar de desear. Por contra, al liberalismo le ha faltado poner el acento en el carácter imprescindible que la igualdad tiene, en cuanto ingrediente de la autonomía, como principio positivo de la política. Su atención casi obsesiva a las amenazas de la igualdad le ha llevado, por vía de la radicalización de los elementos negativos de la libertad, a ignorar sus beneficios y a omitir que una sociedad que se cimienta sobre un proyecto colectivo de autonomía requiere de la implementación de una relación satisfactoria de ambos valores, sobre la base de su necesaria complementariedad.

Rawls advierte esta paradoja del pensamiento liberal e intenta articular una implementación de los dos valores que supere la tensión axiológica y que concilie ambas pretensiones en un proyecto común de autonomía. Sin embargo, quizás porque el velo de la ignorancia no ha cubierto sus propios prejuicios, Rawls no consigue sustraerse a los temores que le acechan. Pese a ello, Rawls apunta bien el camino: el sentimiento de la dignidad personal o autorrespeto como bien social primario exige la prioridad de la autonomía en el plano político y, coherentemente con ello, la justicia será fruto de la implementación satisfactoria de las dos opciones axiológicas por excelencia del pensamiento político: libertad e igualdad. Su intuición es coherente con el valor primario de la autonomía como principio político de legitimación y pone de relieve nuevamente que la libertad es eminentemente una llamada al ejercicio responsable de la ciudadanía y no una abdicación de la propia sociedad. La autonomía revela, entonces, una concepción dinámica de la libertad como progreso y remoción permanente de obstáculos que descansa sobre un compromiso –ético y político– con las circunstancias del individuo. El liberalismo, como dice Nino, no puede sino ser igualitario<sup>33</sup> pero ocurre que, desde el propio liberalismo resulta cuanto menos difícil concebir una articulación armónica de libertad e igualdad. Y sin embargo, la concepción integral de la libertad que del liberalismo se desprende requiere salvar la tensión axiológica con la igualdad. Si, como creo, esa concepción integral y dinámica de la libertad tiene su fundamento teórico en sede liberal y el valor de la autonomía consiste precisamente en erigirse en catalizador de la ética y la política, el pensamiento liberal tiene ante sí un modelo de libertad que va más allá, incluso, de sus propios elementos teóricos. El valor de la autonomía como principio-guía de lo político exige la implementación real de los principios de libertad e igualdad y la superación satisfactoria de este dualismo que continúa sin resolver. Intuyo que ésta es una tarea que sólo puede hacerse a partir del liberalismo, pues buena parte de sus postulados son ya principios irrenunciables de nuestra teoría y

<sup>33</sup> NINO, C. S., «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *Sistema*, 101, 1991, pp. 63-85. La cita es de la página 85.



práctica políticas, pero requiere sin duda su superación ya que el pensamiento liberal ha mostrado en este aspecto una insuficiencia crónica e insalvable. A la teoría política de nuestro tiempo le es urgente encontrar una respuesta coherente con esta concepción integral y dinámica de la libertad como componente de la autonomía. En este sentido, cobra valor la afirmación de Dahrendorf, en virtud de la cual el nuevo horizonte político de la modernidad puede muy bien ser descrito en términos hegelianos como una síntesis en la que serían asumidos liberalismo y socialismo, esto es, simultáneamente superados y transformados en un nivel superior<sup>34</sup>.

La superación de planteamientos dicotómicos de la libertad es una realidad en el seno del propio liberalismo. Otra cosa es que la concepción esencialmente conflictual de los valores que subyace al pensamiento liberal haya propiciado una estrategia defensiva, en el sentido aludido por Taylor<sup>35</sup>, y que el liberalismo haya quedado reducido

<sup>34</sup> «El liberalismo y el socialismo, como ideas políticas constructivas, han pasado hoy a la historia. El destino de los partidos políticos, que se presentan encarnando estas ideas, demuestra igualmente que ambos no son ya otra cosa que restos de épocas pasadas. La nueva idea que se dispone a ocupar su lugar, podría ser descrita formalmente con un término hegeliano como una síntesis, en la que son "asumidos" el liberalismo y el socialismo, es decir, simultáneamente superados y transformados en un nivel superior» (DAHRENDORF, R., «Reflexiones sobre la libertad y la igualdad», en *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*, Madrid, Tecnos, 1961, pp. 317-357. La cita procede de la página 356).

<sup>35</sup> La distinción entre dos tradiciones de libertad es objeto de un trabajo por parte de Taylor quien analiza los aspectos diferenciales entre ambas. Parte Taylor en su análisis de la distinción entre concepto-oportunidad (*opportunity-concept*) y concepto-ejercicio (*exercise-concept*). El primero de ellos insiste en definir la libertad en términos de independencia del individuo respecto de la interferencia de otros, ya sean gobiernos, corporaciones o personas privadas. El segundo destaca que el valor de la libertad reside en el aspecto positivo del autogobierno colectivo. Las doctrinas de libertad positiva están comprometidas con una noción de libertad que implica esencialmente el ejercicio de control sobre la propia vida. Desde esta perspectiva la libertad viene dada por la medida en que uno se gobierna a sí mismo. El concepto de libertad es, por tanto, un concepto-ejercicio. Por el contrario, la libertad negativa defiende una noción de libertad en la que se destaca como aspecto constitutivo no ya el ejercicio de las opciones sino la existencia de las mismas, la posibilidad de hacer tantas cosas como yo quiera. La libertad consiste, por tanto, en la ausencia de obstáculos a la acción de los individuos.

La distinción entre libertad positiva y libertad negativa y la identificación de las teorías liberales con ésta última es, en opinión de Taylor, un error que se muestra insostenible. Las teorías de libertad negativa pueden descansar sobre un concepto-oportunidad, pero eso no significa que necesariamente lo hagan. Hemos de conceder –indica Taylor– que una parte importante de esas teorías negativas incorporan algún proyecto de autorrealización. Y esta exigencia ética de autorrealización personal implica un cierto grado de ejercicio. La libertad no se define por lo que me es dado hacer, por las oportunidades que están a mi alcance, sino también por un cierto grado de ejercicio de esas oportunidades. De esta manera el ideal de autorrealización que el liberalismo propugna implica el ejercicio efectivo de un determinado proyecto de realización personal, y sólo en la medida en que ese proyecto se realiza se puede hablar de libertad.

¿Cuál es entonces –se pregunta Taylor– la razón por la que se identifica el liberalismo con una teoría de libertad esencialmente negativa? La cuestión reside en una estrategia defensiva que tiende a reaccionar contra la amenaza totalitaria que el concepto positivo de libertad encierra, desterrándolo de manera radical. La libertad queda definida de manera meridiana por la ausencia de obstáculos externos a la acción de los indivi-

a una interpretación parcial, tendenciosa e interesada de algunos de sus elementos teóricos. Esta posibilidad, como digo, ha venido auspiciada por una actitud metodológica que he intentado poner de relieve: el pensamiento liberal parte del antagonismo o cuanto menos de la tensión entre dos opciones (individuo/ciudadano, libertad/autoridad, pasiones/razón, público/privado, libertad positiva/libertad negativa, por mencionar sólo algunas de las más significativas) para, a partir de ahí, intentar buscar vías de conciliación y superación del dualismo. Esa concepción esencialmente dual y conflictiva de las opciones axiológicas es el punto de partida del pensamiento liberal y constituye, por su ambivalencia, uno de sus elementos más incomprendidos. La malversación teórica del pensamiento liberal gira en torno a esta concepción axiológica dual: cuando se intenta superar la tensión reduciéndola sin más a uno de sus términos, sin articular vías reales de superación, estamos, entonces, ante un empeño teórico un tanto mezquino; lo que se pretende es presentar como liberalismo algo que, sencillamente, no lo es.

Esto es algo que ha ocurrido históricamente con más frecuencia de la deseable. Por eso sucede lo que dice Sartori: muchos de los elementos teóricos del liberalismo forman parte de nuestra más irrenunciable cultura política y a nadie se le ocurriría, siquiera, someterlos a discusión. Sin embargo, el liberalismo es denostado de manera general y ello se debe a la contaminación teórica de elementos extraños. El liberalismo ha perdido la batalla de las palabras: mucho de lo que hoy sobrevive del liberalismo no es identificado como tal <sup>36</sup>. Y esto nos lleva también a la situación inversa: mucho de lo que hoy es conocido como liberalismo realmente no lo es.

Éste es el caso de los planteamientos de Hayek y de Nozick. El liberalismo contemporáneo ha quedado fragmentado en concepciones opuestas que obedecen a una lectura parcial de sus presupuestos teóricos y que se construyen, como he intentado mostrar, a partir de la sobrevaloración de algunos de sus elementos. La idea de libertad negativa juega aquí un papel principal y quienes destacan esta noción como el sentido fundamental y único de la libertad están, en última

---

duos, pero esta estrategia defensiva no hace sino encubrir una derrota pues implica la renuncia a la realización en plenitud de un determinado proyecto de existencia humana. Y esta concepción de la libertad es absolutamente insostenible.

La libertad tiene siempre un contenido positivo que reside en la discriminación entre distintas opciones vitales, en la elección entre posibilidades distintas y alternativas, y esta elección supone la opción del individuo por un determinado proyecto a cuyo fin desea orientarse. La idea del concepto-oportunidad se muestra inconsistente con el pensamiento liberal porque ignora que la libertad reside no sólo en la ausencia de obstáculos externos a la acción de los individuos sino también en la ausencia de obstáculos internos que permitan la adopción de decisiones y la discriminación entre distintas formas de vida. Y este olvido es, además, inconsistente con uno de los más sugerentes aspectos del liberalismo: aquél que se ocupa del desarrollo en plenitud de las cualidades del individuo (cfr., TAYLOR, C., «What's wrong with negative liberty?», *Philosophy and the human sciences*, *Philosophical papers*, vol. II, 1985, pp. 211-229).

<sup>36</sup> Vid. SARTORI, G., *The Relevance of Liberalism*, cit., p. 14.

instancia, convirtiendo el potencial emancipador del liberalismo en material de desecho. Entiendo por ello que los planteamientos librecambistas, economicistas o liberistas, que realzan el valor de la libertad económica y el papel del mercado en la definición de los valores son conceptualmente distintos del liberalismo y se construyen sobre la inversión de algunos de sus elementos teóricos. En ellos subyacen, principalmente, los planteamientos de la escuela librecambista escocesa de Malthus y Mandeville y persisten también algunos elementos del pensamiento liberal, especialmente la identificación formal ley-libertad a partir de una consideración de aquélla como instrumento para la prevención de la arbitrariedad, de modo que la ley se convierte en condición suficiente de la libertad y el mercado en el terreno idóneo donde los valores se dirimen. En el caso de los planteamientos libertarios en la línea de Nozick, la construcción descansa sobre el antagonismo ley/libertad, de tal forma que la libertad se cifra en la ausencia de coacción, retomando con ello la idea milleana de que toda coacción en cuanto tal es un mal. Además, la inversión de la teoría de la apropiación lockeana abre camino a la «falacia del capitalismo libertario», de modo que la libertad acaba convirtiéndose en el instrumento para la apropiación capitalista ilimitada. Las pasiones se sobreponen así a la razón.

Frente a estos planteamientos reduccionistas de la libertad he intentado revelar que en el pensamiento liberal existen los elementos de una concepción integral de la libertad nucleada en torno a la noción de autonomía que presupone el papel de la razón en la vida humana. Todo esto se vislumbra a partir de las aportaciones de Hobbes, primero, y de Locke, después, quienes incidieron, desde la perspectiva contractualista, en el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil que otorga al individuo la cualificación moral de ciudadano y que contempla, como elementos de ese nuevo cuerpo político, una concepción dinámica del pacto, de la razón y de la propia libertad pues la vida misma es movimiento. La ley es, así, el elemento de racionalización de la libertad, a través de sus contenidos materiales específicos cuya virtualidad reside en ampliar y preservar la libertad. La noción de comodidad de vida<sup>37</sup>, contemplada por Hobbes, y la teoría de la apropiación de Locke establecen la continuidad entre la libertad y las condiciones económicas para su ejercicio. En la evolución histórica del pensamiento liberal, las sucesivas aportaciones de Tocqueville, Constant y Stuart Mill vinie-

<sup>37</sup> Para Hobbes, la labor de gobierno comprende no sólo la tarea de proporcionar a los súbditos la paz interna y la defensa frente a la agresión de otro Estado, sino también lo que él llama «comodidad de vida» (*commodity of life*), que consiste tanto en el disfrute de la libertad como de un cierto nivel de riqueza. En lo que se refiere al segundo de estos aspectos, es decir, el bienestar material del pueblo, éste consiste en tres cosas: ordenar bien el comercio, procurar trabajo e impedir el consumo superfluo de comida y vestuario (*cf.* HOBBS, T., *De Corpore Politico: or the elements of Law, moral and politic* en HOBBS, T., *English works*, 2.<sup>a</sup> ed., compilado y editado por MOLESWORTH, W., Germany, Scientia Verlag Aalen, 1962, 2.<sup>a</sup> parte, cap. IX, 4).

ron a perfilar más todos estos aspectos en el sentido de la conciliación entre liberalismo y democracia, entre igualdad y libertad y concretaron, especialmente en el caso de Mill, el valor de la autonomía como principio-guía de la política. La aportación de Rawls es plenamente coherente con esta tradición que, partiendo de la aportación precursora de Hobbes, encuentra en Kant a uno de sus más álgidos representantes, y llega hasta Mill y Green. Una tradición que realza el valor de la razón en la vida humana, que se cimenta sobre un concepto integral de la libertad como componente de la autonomía y que es, por ello, genuinamente liberal. Sus carencias y sus méritos forman parte de nuestra historia política, y sus éxitos y sus fracasos son también, en buena medida, los nuestros.



## Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo (1939-1975)

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE y BENJAMÍN RIVAYA\*  
Universidad «Ramón Llull» y Universidad de Oviedo

Cualquier historia que se precie requiere ciertas herramientas para llevar a cabo su labor. En el caso de la historia del pensamiento o de las ideas, los elencos bibliográficos son imprescindibles y, por lo que a la filosofía del Derecho se refiere, aún están por hacer, aunque haya habido intentos parciales de interés, como el de Modesto Saavedra<sup>1</sup>. Un ejemplo de repertorio bibliográfico en cierta manera modélico es la *Bibliografía española de Derecho Político*, preparada por Javier García Fernández<sup>2</sup> que, por cierto, también es parcialmente útil para la filosofía del Derecho. Pero además falta también la cronología de la materia. La tabla que a continuación se ofrece constituye una cronología comparada de la filosofía del Derecho española durante el franquismo, que permita observar de forma resumida su evolución (autores, obras, instituciones), poniéndola en relación con otros datos de índole diversa.

Toda tabla cronológica es incompleta, cuando menos porque exige una selección, siempre discutible; además, al margen de dicha selección, es también probable que contenga errores y omisiones, aunque algunas aclaraciones ayudarán a estimar mejor su sentido. La tabla está dividida en cuatro columnas. La primera es la más importante, y segu-

---

\* Agradecemos a Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba el interés mostrado por este trabajo, que han leído y comentado, ayudando así a mejorarlo.

<sup>1</sup> M. SAAVEDRA, «Bibliografía de la filosofía del Derecho en España (1961-1971)», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12/1 (1972), pp. 161-200.

<sup>2</sup> J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Bibliografía española de Derecho político (1939-1981)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

ramente la más completa. Se ocupa de la filosofía del Derecho española, hecha en España o en el extranjero por españoles. Incluye, por una parte, las que hemos considerado publicaciones más significativas (que no son necesariamente las mejores), adoptando un criterio amplio y flexible de «filosofía del Derecho», tanto desde un punto de vista disciplinar como desde un punto de vista académico, de manera que también aparecen, por ejemplo, obras de sociología del Derecho, o trabajos con orientación iusfilosófica realizados por profesores de otras materias. Por otra parte, la columna incluye otros hechos significativos, como pueden ser las traducciones, la aparición de revistas o los accesos a cátedras. Las otras tres columnas son complementarias de la primera. La segunda está referida al contexto nacional, y es la más heterogénea, incluyendo publicaciones de todo tipo y hechos políticos y económicos. La tercera se dedica a la filosofía del Derecho en otros países, tratando de recoger las obras más relevantes de la materia, entendiendo ésta igualmente en sentido amplio. La cuarta, en fin, incluye, por una parte, libros de filosofía general (también alguno de sociología y economía) y, por otra, datos políticos relevantes. En estas tres columnas, en tanto que complementarias de la primera, debe buscarse simplemente información diversa que permita situar y contrastar la evolución temporal de nuestra filosofía jurídica. La selección de textos responde de modo inevitable a la formación y preferencias de los autores de este trabajo, pero creemos que puede considerarse representativa de la época respecto de los tres ámbitos a que las tres columnas complementarias se refieren.

Un trabajo como el que presentamos puede ser una de las bases sobre las que llevar a cabo la periodificación fiable de la filosofía del Derecho elaborada en esta etapa de nuestra historia. La filosofía jurídica que se hizo bajo el franquismo, se mire desde donde se mire, enseña tres etapas que casi nos atreveríamos a calificar de *naturales*<sup>3</sup>. Si el punto de vista es el de la producción y los contenidos doctrinales, entonces resulta haber una primera etapa en la que predomina un pensamiento escolástico al lado de otro minoritario de orientación y signo fascista. Luego, un segundo momento de claro monopolio de la filosofía católica, monopolio que convierte en excepcional cualquier disidencia. Por fin una tercera fase, caracterizada, en lo metodológico, por la crítica del iusnaturalismo, y en lo político, por la crítica del franquismo y de sus fundamentos ideológicos; en ella, por lo tanto, se escuchan voces discordantes, cada vez más altas, con aquel panorama. Si la perspectiva es la del acceso a la academia, entonces observamos que en un primer

<sup>3</sup> Véase la periodificación más minuciosa, pero que no se ciñe a la filosofía del Derecho sino al pensamiento en general, que lleva a cabo Elías Díaz, uno de los protagonistas de esta historia: E. DÍAZ, *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Madrid, Tecnos, 1992 (2.ª ed.), 221 pp. Si se tiene en cuenta que la cultura general, respecto de la filosofía jurídica, justifica un detalle mayor, y que las fechas utilizadas tienen carácter orientativo, no parece que haya gran diferencia entre una y otra periodificación.

momento, tratando de remediar los efectos de la depuración y el exilio, se convoca a concurso un gran número de cátedras, obteniéndolas nada menos que siete aspirantes en el plazo de seis años. Después, se abre un tiempo que dura más de una década y en el que no se convocan nuevas plazas. Pasado el mismo, en la siguiente etapa saldrán elegidos otra vez varios catedráticos. Curiosamente, el final de ésta coincide con la resolución de una oposición que muestra que el dominio del acceso a la academia no era ya absoluto. Por último, si la perspectiva es la de la misma realidad política, otra vez aparecen tres etapas. La primera se abre con el fin de la guerra civil española y el comienzo de la mundial y se cierra con el fin de ésta. Este suceso introduce la nueva fase, cuyo final coincide con el comienzo del desarrollismo y la plena integración de la España franquista en el panorama internacional. La última va desde entonces hasta la muerte del general Franco. Las tres perspectivas (las dos primeras, de carácter interno; la tercera, de carácter externo) no coinciden plenamente en la fijación de las fechas, pero todas apuntan alrededor de alguna. Por tanto, amén de una fase «bélica», cabe distinguir tres períodos en la filosofía del Derecho hecha durante el franquismo, de acuerdo con cualquiera de las tres perspectivas apuntadas:

- 1939-1945: Reconstrucción.
- 1945-1960: Estabilización.
- 1960-1975: Apertura <sup>4</sup>.

Esta periodificación se refiere a la filosofía del Derecho hecha «en» España; pero junto a ésta hay que tener en cuenta también la filosofía del Derecho hecha por españoles fuera de España. Recordemos brevemente que Luis Recaséns, José Medina, Blas Ramos y Alfredo Mendizábal tuvieron que sufrir la depuración y el exilio (además de Felipe González Vicén, que volvió en 1946). Con el tiempo, sólo el primero mantuvo su dedicación profesional a la filosofía jurídica y publicó varios trabajos importantes, entre ellos uno de los mejores y más amplios tratados de la especialidad escritos en castellano en esta época <sup>5</sup>. Medina se dedicó a la sociología, aunque antes dejó escrito un trabajo breve y poco conocido, aunque sustancioso, que constituye una especie de testamento jurídico-filosófico <sup>6</sup>. Mendizábal abandonó la

<sup>4</sup> Vid. B. RIVAYA, «Historia de la historia iusfilosófica española del siglo XX», en F. PUY, M. C. ROVIRA y M. OTERO (eds.), *Problemática actual de la Historia de la Filosofía del Derecho española*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1994, pág. 57.

<sup>5</sup> L. RECASÉNS, *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959, varias veces reimpresso. El libro tiene su origen en otro anterior: *Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1939 (reeditado en 1945 y 1952) y, antes, en *Estudios de filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1936.

<sup>6</sup> J. MEDINA ECHEVARRÍA, «¿Filosofía del Derecho?», *Cuadernos Americanos*, II/1 (1943), pp. 111-117. En realidad, se trata de una reseña de la traducción al castellano de la *Teoría del Derecho* de Bodenheimer. Con ese pretexto, Medina traza un panorama sombrío (del que excluye el libro reseñado) de la filosofía del Derecho de su tiempo.



actividad académica hacia finales de los años cuarenta <sup>7</sup>. Ramos lo hizo con el exilio. Por supuesto, otros exiliados siguieron trabajando y publicando sobre temas cercanos a la filosofía del Derecho. Recuérdese, por ejemplo, a Luis Jiménez de Asúa, Ángel Ossorio y Gallardo, Francisco Ayala o, algo más tarde, Manuel García Pelayo. Pero ésta es ya otra historia.

#### A) FASE DE RECONSTRUCCIÓN: 1939-1945 <sup>8</sup>

El fin de la guerra civil se abre, por lo que a la filosofía del Derecho se refiere, con el enorme entusiasmo de quienes, vencedores, se veían responsables por la misión que ahora les tocaba. Unos desde puestos políticos (Puigdollers o González Oliveros, por ejemplo), otros desde los estrictamente académicos (Legaz, Sancho o Corts, por sólo citar a algunos), todos colaboraron en la instauración de un *status quo* iusfilosófico adecuado al nuevo régimen político. Para empezar, puesto que la academia se había roto con la guerra y el exilio de buena parte de los filósofos del Derecho españoles, había que reconstruirla, aunque de acuerdo con un proyecto diferente. Que el escalafón hubiera quedado tan mermado explica el alto número de plazas que se convocaron entre 1940 y 1945, nada menos que siete. Evidentemente, todas ellas fueron ocupadas por personas ideológicamente cercanas al régimen, pero eso no significa que no estuvieran preparadas o carecieran de aptitudes para la filosofía. Al contrario, quienes entonces obtuvieron la cátedra tenían una buena formación, y algunos de ellos, excelente, a veces incluso mejor que la de algunos de sus predecesores. Enrique Gómez Arboleya, Ramón Pérez Blesa, Francisco Elías de Tejada, Joaquín Ruiz Giménez, Eustaquio Galán y Gutiérrez, Salvador Lissarrague Novoa y Antonio Truyol Serra, fueron los que las lograron. Repárese en que algunos de los citados provenían de lo que pudiera llamarse la intelectualidad republicana, lo que sin duda tiene que ver con la buena preparación referida.

Por lo que se refiere a la doctrina que se desarrolló en este tiempo, destacan los dos términos antes apuntados. Por un lado el escolástico a la antigua usanza, que tuvo en Sancho Izquierdo a su más claro representante, aunque no único <sup>9</sup>. Por otro lado a Legaz, apode-

<sup>7</sup> De sus trabajos posteriores a 1939 merece la pena recordar aquí un análisis de la relación entre catolicismo y política: A. MENDIZÁBAL VILLALBA, «Catholicism and Politics», en F. GROSS (ed.), *European Ideologies*, Nueva York, Philosophical Library, 1948, pp. 486-537.

<sup>8</sup> Respecto a esta fase, *vid.* B. RIVAYA, «La filosofía jurídica en los comienzos del nuevo Estado español (1939-1945)», *Sistema*, 131 (marzo de 1996), pp. 87-103. Más ampliamente, *Filosofía del Derecho y primer franquismo*, Oviedo, 1996, en curso de publicación.

<sup>9</sup> M. SANCHO IZQUIERDO, *Filosofía del Derecho y principios de Derecho Natural*, Zaragoza, Librería General, 1943.

rado ahora de la línea nacional-sindicalista <sup>10</sup> y, como siempre, puesto al día en las corrientes iusfilosóficas del momento. Precisamente a Legaz se debió el manual (nada escolástico, por cierto) más importante de la época, su *Introducción a la ciencia del Derecho* <sup>11</sup>. Entre uno y otro, varios profesores de mayor o menor talla y no siempre dedicados, aunque también, a la filosofía del pasado. A Tomás de Aquino y al resto de los pensadores de la Iglesia se les hizo revivir, con atención especial a la escolástica española de los siglos XVI y XVII, pero no por eso se dejó de lado a los más modernos, a Schmitt, a Heller o a Kelsen, por ejemplo. Repárese, por cierto, en el distinto significado que tenía ocuparse de un Schmitt, tan cercano al nazismo, o de un Heller (como hizo Gómez Arboleya) que había muerto exiliado en la España republicana. Eso sí, todos los iusfilósofos españoles del interior se hallaban adaptados al panorama político franquista <sup>12</sup>, si bien no siempre coincidieron en sus interpretaciones y lecturas de uno u otro autor, ni en el mantenimiento de tesis iusfilosóficas básicas. La constatación de la diversidad no debe hacer olvidar la homogeneidad generada en torno a la actitud crítica con el liberalismo, la democracia y el socialismo, actitud que marcó toda la vida universitaria de la época.

## B) FASE DE ESTABILIZACIÓN: 1945-1960

La etapa siguiente, que probablemente puede llamarse autárquica, fue mucho más lánguida que la anterior, quizá debido al asentamiento académico, al agotamiento de algunos temas y a la disminución del entusiasmo: los aliados habían ganado la guerra mundial. Otra vez ha de tenerse en cuenta que las fechas apuntadas, 1945-1960, son sólo indicativas, pues si por ejemplo tenemos en cuenta el grado de fascitización de la disciplina, éste decayó antes del cuarenta y cinco. Ese año, sin embargo, es altamente significativo, y no sólo porque fuera

<sup>10</sup> L. LEGAZ LACAMBRA, *Estudios de doctrina jurídica y social*, Barcelona, Bosch, 1940, e *Introducción a la teoría del Estado nacional sindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940. Es interesante comprobar el viraje ideológico de Luis Legaz, desde una posición liberal antes de la guerra hasta una posición fascista en los años posteriores, para después ir suavizando poco a poco el tono de su discurso (sobre la evolución de sus ideas políticas, cf. J. P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Filosofía política de Luis Legaz Lacambra*, Madrid, Marcial Pons, 1997).

<sup>11</sup> Es curioso que todo este período de la historia de España también pueda analizarse por medio del manual de Legaz. Más o menos coinciden las fechas: la primera edición es de 1943; la última, de 1979. Cf. L. LEGAZ, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1943; L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1ª ed., 1953 (cambia el título, pero puede considerarse como una nueva edición del libro anterior; ediciones posteriores de 1961, 1971 y 1979).

<sup>12</sup> Sería necesario distinguir entre iusfilósofos franquistas y iusfilósofos que realizaron su trabajo durante el franquismo. Todos tuvieron que adaptarse a las circunstancias, pero no todos colaboraron ideológicamente con el régimen, aunque tampoco fueran opositores.

cuando se puso fin a la guerra mundial, con el consiguiente repudio de cualquier veleidad fascista (repudio que –como ya quedó dicho– comenzó antes, cuando se adivinó el destino del Eje), sino porque ese mismo año alcanza la cátedra de *Derecho Natural y Filosofía del Derecho* el último titular que la obtiene tras la guerra, Antonio Truyol, con lo que se estabiliza la disciplina. Al año siguiente, en 1946, González Vicén es repuesto en su cátedra y pasa a ocupar la de La Laguna. Curiosamente sus trabajos van a constituir una nota discordante en un panorama en el que cada vez más la escolástica va a imponer sus puntos de vista. En este sentido no deja de llamar la atención que la lección inaugural del curso 46/47 de la Universidad canaria, pronunciada por González Vicén, versara sobre *La filosofía del Estado en Kant*<sup>13</sup>. Durante toda esta fase, por tanto –decíamos–, casi total ausencia de oposiciones. Habrá que esperar a 1957 para que obtenga la cátedra Agustín de Asís y ya en 1960, José Delgado Pinto y Mariano Hurtado. Sí hubo, en cambio, deserciones de la asignatura, que abandonaron Enrique Gómez Arboleya, Salvador Lissarrague y Antonio Truyol, tres pensadores de relieve<sup>14</sup>.

En cuanto al pensamiento que se cultivó en este período, ya quedó dicho que hubo una tendencia a la unidad mucho mayor que en la fase anterior, pues si bien es verdad que la reincorporación de González Vicén abría las puertas al historicismo y al positivismo<sup>15</sup>, Legaz se fue acercando cada vez más a una filosofía jurídica iusnaturalista de corte clásico. Probablemente fueran los trabajos de uno y otro los más importantes de este tiempo, si bien es verdad que la primera edición del manual de Legaz, revisión de la ya citada *Introducción a la ciencia jurídica*, significaba una concepción total iusfilosófica, y no sólo por ecléctica, mientras que los artículos de González Vicén sobre el positivismo jurídico indicaban ésta pero no la explicitaban de la forma en que lo hacía la *Filosofía del Derecho* de aquél<sup>16</sup>. Dato interesante a retener es

<sup>13</sup> F. GONZÁLEZ VICÉN, *La filosofía del Estado en Kant*. Universidad de La Laguna, 1952 (ahora incluido en *Id.*, *De Kant a Marx. Estudios de historia de las ideas*. Valencia, Fernando Torres, 1984).

<sup>14</sup> Gómez Arboleya pasó a ocupar la cátedra de Sociología en 1954; Lissarrague pasó a ocupar la cátedra de Filosofía social en 1955; Truyol pasó a ocupar la cátedra de Derecho internacional público en 1957. De este modo, los tres se trasladaron a Madrid desde Granada, Oviedo y Murcia, respectivamente.

<sup>15</sup> F. GONZÁLEZ VICÉN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», *Revista de Estudios Políticos*, 51 y 52 (1950), ahora incluido en *Id.*, *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 47-140.

<sup>16</sup> Garzón Valdés, al tratar de la filosofía del Derecho española durante el franquismo, sólo cita a dos iusfilósofos del interior: a Legaz («distinguido representante») y a González Vicén («sin duda el filósofo del Derecho más importante de fines de los años cuarenta y maestro de la actual filosofía del Derecho española»), lo cual pone de manifiesto la relevancia de ambos (E. GARZÓN VALDÉS, «Derecho, ética y política en España», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 296). No obstante, conviene tener en cuenta la distinta posición de uno y de otro en la vida académica: Legaz, vinculado al régimen, ostentaba cargos de importancia en la Universidad franquista; mientras González Vicén se encontraba apartado en Canarias, desde donde mantuvo un silencio «crítico».

el de los viajes de los iusfilósofos al extranjero, porque durante estos años casi no los hubo. El hecho de que por las mismas fechas el panorama iusfilosófico internacional fuera enormemente creativo (Kelsen, Radbruch, Ross, Hart, Perelman, Bobbio, Esser, etc.) y que en España no se recibieran las nuevas ideas con cierta rapidez, hace plausible la interpretación que ve en este período iusfilosófico el reflejo de la autarquía general.

### C) FASE DE APERTURA: 1960-1975 <sup>17</sup>

Por último, durante los años sesenta y en el primer lustro de los setenta se celebran sólo dos oposiciones a cátedras. En 1966 las obtienen Nicolás M.<sup>a</sup> López Calera y Francisco Puy. Poco después se convocarán otras oposiciones que van a mostrar el resquebrajamiento de la ortodoxia y significan el comienzo del fin de la hegemonía iusnaturalista. Resultaron muy accidentadas, suspendiéndose varias veces por presiones políticas, ante la amenaza de que sucediera lo que, al fin, acabó por suceder, es decir, que Elías Díaz, un profesor socialista señalado por su oposición al franquismo alcanzara el máximo grado de la carrera universitaria <sup>18</sup>. Finalizarán en 1974, resultando elegidos Elías Díaz y Juan José Gil Cremades, el cual tampoco gozaba del favor del poder académico. La resolución de este concurso marcó el declive de lo que podría llamarse el franquismo iusfilosófico, y la definitiva apertura de una nueva forma de hacer filosofía del Derecho, que dará lugar a mayor pluralidad y atención a las corrientes más modernas. Durante estos años ya escribirán otros muchos autores que sólo después alcanzarán las cátedras, pero que colaboraron, en forma y grado diversos, en la renovación del panorama español: José M.<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, Luis García San Miguel, Juan Ramón Capella, Gregorio Peces-Barba, Antonio Enrique Pérez Luño, etc. Junto a éstos, creemos que Joaquín Ruiz-Giménez merece una mención especial, porque desde el seno del régimen fue evolucionando hacia posiciones críticas con él, ya desde finales de los años cincuenta y sobre todo a lo largo de los sesenta, y favoreciendo la incorporación a la Universidad de jóvenes profesores (casos de Elías Díaz o Gregorio Peces-Barba, por ejemplo) de formación e ideología muy distinta de la dominante.

Desde el punto de vista del pensamiento, estos últimos años resultan de sumo interés, sobre todo porque se produce una apertura al

<sup>17</sup> Aunque se extienda más allá, respecto de esta fase *vid.* J. J. GIL CREMADES, «Filosofía del Derecho en España (1960-1985)», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25 (1985), pp. 225-243.

<sup>18</sup> Recuérdese sólo que Elías Díaz había publicado en 1966 un libro cuya edición fue secuestrada por orden gubernativa, y donde se defendía el Estado de Derecho y el socialismo (E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1966; hay varias ediciones posteriores, ahora en Taurus).

mundo filosófico que antes había faltado. También, claro está, porque la filosofía demostró diáfananamente su trascendencia política. Si quisiéramos darle un nombre al período, quizás habría que hablar de «crítica del Derecho Natural» (aunque realmente siguiera habiendo iusnaturalistas –seguramente la mayoría– más o menos tradicionales o renovadores, aunque en este momento la mayoría no fuera lo más representativo)<sup>19</sup>, sobre todo porque aparecieron obras claramente marxistas u otras que, sin serlo, mostraban la oposición al estado de cosas políticas o simplemente filosóficas (es decir, al régimen no democrático y a la academia que le correspondía) cuando ambos se solían identificar con el Derecho Natural. Basten algunos ejemplos para ilustrar el período. En 1965, Juan Ramón Capella publicó *El Derecho como lenguaje*<sup>20</sup>, un libro que aportaba elementos metodológicos e ideológicos nuevos en España en el terreno del análisis del lenguaje jurídico. El propio Capella se encargó de dar a conocer en España la filosofía marxista del Derecho y del Estado a través de la edición e introducción de un par de libros representativos<sup>21</sup>. En 1966 aparece en edición de Elías Díaz el libro titulado *Crítica del Derecho Natural*, de varios autores<sup>22</sup>. El título de la paradigmática traducción ya indicaba su contenido mayoritario, aunque también se escribía en él en defensa del Derecho Natural, pero en este caso lo significativo era el mismo título, pues el de la edición original francesa era *Le droit naturel* a secas. En 1966 y 1972 respectivamente aparecen dos libros que contenían propuestas inequívocamente socialistas de superación del sistema político-económico liberal. Se trata del ya citado *Estado de Derecho y sociedad democrática* de Elías Díaz, y de *La sociedad autogestionada*, de Luis García San Miguel<sup>23</sup>. También en esos mismos años, García San Miguel y Elías Díaz publicarán los que pueden considerarse dos primeros manuales «modernos» de filosofía jurídica, respectivamente *Notas para una críti-*

<sup>19</sup> Últimamente, Francisco J. Laporta ha hablado del «síndrome antiiusnaturalista provocado –a modo de reacción– por la filosofía jurídica del franquismo» (F. J. LAPORTA, «Nuevas piezas para el Derecho», en *Babelia. El País*, 287, 3 de mayo de 1997, p. 17).

<sup>20</sup> J. R. CAPELLA, *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*. Barcelona, Facultad de Derecho, 1965 (después en Barcelona, Ariel, 1968).

<sup>21</sup> U. CERRONI y otros, *Marx, el Derecho y el Estado*, Barcelona, Oikos-Tau, 1969; y P. I. STUCKA, *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, Barcelona, Edicions 62, 1969.

<sup>22</sup> VVAA, *Crítica del Derecho Natural*, Madrid, Taurus, 1966 (traducción e introducción de E. Díaz). El libro recoge trabajos de Kelsen, Bobbio, Eisenmann, Perelman, Prelot, Passerin d'Entreves y Jouvenel. Sobre la crítica de Elías Díaz al iusnaturalismo, en este y otros trabajos de aquellos años, *vid.* R. GARCÍA MANRIQUE, «Positivismo, Estado de Derecho y socialismo (la aportación de Elías Díaz a la formación de un concepto democrático de derechos humanos en nuestra filosofía jurídica)», en *Doxa*, 15/16 (1994), vol. I, pp. 112-115; o *id.*, *La filosofía del Derecho durante el franquismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 471-474.

<sup>23</sup> L. GARCÍA SAN MIGUEL, *La sociedad autogestionada: una utopía democrática*. Madrid, Seminarios y Ediciones, 1972 (reimp., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980).

ca de la razón jurídica y Sociología y filosofía del Derecho <sup>24</sup> que influirán notablemente en los entonces aprendices de filosofía del Derecho. Por otra parte, el año 1973, con la publicación de *Derechos fundamentales*, de Gregorio Peces-Barba, puede considerarse el definitivo punto de partida de una de las ramas más fructíferas de la filosofía del Derecho española del presente, la de la teoría de los derechos humanos <sup>25</sup>. Para terminar, en 1969 había aparecido «La filosofía del Derecho como concepto histórico», de González Vicén <sup>26</sup>. En él defendía el iusfilósofo que una cosa era la filosofía del Derecho y otra el Derecho Natural, esto es, que el Derecho Natural no era filosofía del Derecho. Pero entonces ¿qué había sido casi toda la especulación elaborada durante el franquismo? Cualquiera que sea la respuesta, lo cierto es que este último período abrió la puerta del pluralismo y la crítica, y estableció un marco en el cual el propio iusnaturalismo ganó en seriedad y, en general, se elevó el nivel de la reflexión filosófica sobre el Derecho.

---

<sup>24</sup> L. GARCÍA SAN MIGUEL, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Madrid, Tecnos, 1969 (2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1975); y E. DÍAZ, *Sociología y filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1971 (2.<sup>a</sup> ed., 1980).

<sup>25</sup> G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, Guadiana, 1973 (varias ediciones posteriores).

<sup>26</sup> F. González Vicén, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1969); ahora en *ÍD.*, *Estudios de filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 207-257.

CRONOLOGÍA COMPARADA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ESPAÑOLA  
1939-1975

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1939	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Recaséns, <i>Vida humana, sociedad y Derecho</i>.</li> <li>- Los catedráticos Recaséns, Mendizábal, Medina, Ramos y González Vicén, en el exilio.</li> <li>- Los catedráticos Callejo, Sancho, Puigdollers, González Oliveros, Luño, Legaz y Corts permanecen en España.</li> <li>- Creación de la Cátedra Francisco Suárez en Granada (11-XI), dirigida por J. Corts.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Montero, <i>Los Estados modernos y la nueva España</i>.</li> <li>- Muere Antonio Machado en Colliure, Francia (22-II).</li> <li>- Creación del CSIC (24-XI).</li> <li>- Control estatal de todos los medios de comunicación.</li> <li>- Último parte de guerra (1-IV).</li> <li>- España abandona la Soc. de Naciones (4-V).</li> <li>- Se establece la Cartilla de racionamiento, que estará en vigor doce años (14-V).</li> <li>- Declaración de neutralidad ante la II Guerra Mundial (5-IX).</li> <li>- Ley que aprueba la entrega de todos los bienes de las organizaciones del Frente Popular a la Delegación Nacional de Sindicatos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. Olivecrona, <i>Law as Fact</i>.</li> <li>- G. Gurvitch, <i>Elements de sociologie juridique</i>.</li> <li>- G. Renard, <i>La philosophie de l'institution</i>.</li> <li>- Muere J. Binder (28-VIII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muere S. Freud (23-IX).</li> <li>- Pío XII, Papa (2-III).</li> <li>- Mussolini invade Albania (7-III).</li> <li>- Pacto de no agresión germano-soviético (23-VIII).</li> <li>- Hitler invade Polonia (1-IX). Comienza la II guerra mundial.</li> </ul>
1940	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Gómez Arboleya, «Hermann Heller» (<i>BUG</i>).</li> <li>- L. Legaz, <i>Introducción a la teoría del Estado nacional-sindicalista</i>.</li> <li>- J. Medina, <i>Panorama de la Sociología contemporánea</i>.</li> <li>- M. Puigdollers, <i>La filosofía española de Luis Vives</i>.</li> <li>- V. Cathrein, <i>Filosofía del Derecho</i> (3ª ed.; t. Jardón y Barja)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aparece la revista <i>Escorial</i>.</li> <li>- J. Antón Oneca, <i>Derecho penal: parte general</i>.</li> <li>- A. García Gallo, <i>Historia del Derecho español</i>.</li> <li>- J. Garrigues, <i>Curso de Derecho mercantil</i>.</li> <li>- Ley de represión del comunismo y la masonería (1-III).</li> <li>- España, no beligerante (12-VI).</li> <li>- Ocupación de Tánger (14-VI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. Larenz, <i>Hegelianismus und preussische Staatsidee</i>.</li> <li>- L. L. Fuller, <i>The Law in Quest of Itself</i>.</li> <li>- G. Solari, <i>Filosofía del diritto privato</i>.</li> <li>- E. Bodenheimer, <i>Jurisprudence</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El ejército alemán entra en París (14-VI).</li> <li>- Trotsky es asesinado en México (20-VIII).</li> <li>- Comienza la batalla de Inglaterra (7-IX).</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- M. Puigdollers y W. González Oliveros, catedráticos en Madrid (traslados).</li> <li>- E. Gómez Arboleya y R. Pérez Blesa, catedráticos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muere Manuel Azaña en Francia (4-XI).</li> <li>- Muere Julián Besteiro en la cárcel de Carmona (27-IX).</li> <li>- Franco y Hitler se entrevistan en Hendaya (23-X).</li> <li>- Fusilamiento de L. Compagnys y J. Zugazagoitia.</li> </ul>		
1941	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Ayala, <i>El problema del liberalismo</i>.</li> <li>- J. Corts, <i>Filosofía del Derecho, I. Introducción gnoseológica</i>.</li> <li>- J. Medina, <i>Sociología, teoría y técnica</i>.</li> <li>- F. Carnelutti, <i>Teoría general del Derecho</i> (t. C. G. Posada).</li> <li>- G. Mosca, <i>Historia de las doctrinas políticas</i> (t. L. Legaz).</li> <li>- M. Scheler, <i>Ética</i> (t. H. Rodríguez).</li> <li>- C. Schmitt, <i>Estudios políticos</i> (t. F. J. Conde).</li> <li>- I. Vanni, <i>Filosofía del Derecho</i> (t. R. Urbano).</li> <li>- Reaparece la <i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>.</li> <li>- Aparece la <i>Revista de Estudios Políticos</i>.</li> <li>- F. Elías de Tejada, catedrático.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. Alberti, <i>Entre el clavel y la espada</i>.</li> <li>- J. Ferrater, <i>Diccionario de Filosofía</i>.</li> <li>- P. Laín Entralgo, <i>Los valores morales del Nacionalindicalismo</i>.</li> <li>- J. Marías, <i>Historia de la Filosofía</i>.</li> <li>- V. Pradera, <i>El Estado nuevo</i>.</li> <li>- Sáenz de Heredia, <i>Raza</i>.</li> <li>- Abdicación de Alfonso XIII en su hijo Juan (5-I).</li> <li>- Franco y Mussolini se entrevistan en Bordighera (5-I).</li> <li>- Franco y Petain se entrevistan en Montpellier (14-II).</li> <li>- Creación de la División Azul (27-VI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. Nawiasky, <i>Allgemeine Rechtslehre als System der rechtliche Grundbegriffe</i>.</li> <li>- G. Radbruch, <i>La natura della cosa come forma giuridica di pensiero</i>.</li> <li>- J. Stone, <i>The Province and Function of Law</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muere H. Bergson.</li> <li>- Hitler invade la URSS (22-VI).</li> <li>- Desastre alemán ante Moscú (5-XII).</li> <li>- El ejército japonés ataca Pearl Harbour (7-XII).</li> </ul>
1942	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Corts, <i>Historia de la filosofía del Derecho hasta el siglo XIII</i>.</li> <li>- F. Elías de Tejada, <i>Introducción al estudio de la ontología jurídica</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- C. J. Cela, <i>La familia de Pascual Duarte</i>.</li> <li>- F. J. Conde, <i>Introducción al Derecho político actual</i>.</li> <li>- J. Iglesias, <i>Instituciones de Derecho romano</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. Kelsen, <i>Law and Peace in International Relations</i>.</li> <li>- F. López de Oñate, <i>La certezza del diritto</i>.</li> <li>- J. Maritain, <i>Les droits de l'homme et la loi naturelle</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Desembarco aliado en África (8-XI).</li> <li>- Inicio de la «solución final al problema judío».</li> </ul>



AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1942	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Legaz, «Notas sobre el valor actual de la teoría pura del Derecho».</li> <li>- R. Pérez Blesa, «La ontología de la ley en la escolástica española» (<i>Universidad</i>, XIX).</li> <li>- K. Larenz, <i>La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado</i> (t. E. Galán y A. Truyol).</li> <li>- G. del Vecchio, <i>Filosofía del Derecho</i> (2ª ed.; t. L. Recaséns).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. J. Sender, <i>Crónica del alba</i>.</li> <li>- Muere Miguel Hernández en la cárcel de Alicante (28-III).</li> <li>- Se crea en Madrid la Facultad de Ciencias políticas y económicas.</li> <li>- Se crea el NODO.</li> <li>- Franco y Salazar se entrevistan en Badajoz (12-II).</li> <li>- Ley de Cortes (17-VII).</li> <li>- Destitución de Serrano Súñer (3-IX).</li> </ul>		
1943	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Elías de Tejada, <i>La causa diferenciadora de las comunidades políticas. Tradición, Nación e Imperio</i>.</li> <li>- J. Medina, <i>Responsabilidad de la inteligencia</i>.</li> <li>- <i>Id.</i>, «¿Filosofía del Derecho?» (<i>Cuadernos Americanos</i>, II/1).</li> <li>- L. Legaz, <i>Introducción a la ciencia del Derecho</i>.</li> <li>- M. Sancho, <i>Filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- G. A. Walz, <i>Esencia del Derecho Internacional</i> (t. A. Truyol).</li> <li>- Introducción de la asignatura <i>Principios de Derecho Natural</i> en el primer curso de la licenciatura de Derecho (5-X).</li> <li>- Creación de la cátedra <i>Vázquez de Mella</i> en Santiago (16-III).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Apertura de las nuevas Cortes (17-III).</li> <li>- España vuelve a declararse neutral (3-X).</li> <li>- Retirada de la División Azul (12-XI).</li> <li>- Ley de Ordenación Universitaria (29-VII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Battaglia, <i>Corso di filosofia del diritto</i>.</li> <li>- J. Maritain, <i>Christianisme et démocratie</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. P. Sartre, <i>L'Être et le Néant</i>.</li> <li>- Desastre alemán en Stalingrado (31-I).</li> <li>- Levantamiento judío en el ghetto de Varsovia (19-IV).</li> <li>- Desembarco aliado en Sicilia (10-VII).</li> <li>- Mussolini, derrocado (25-VII).</li> <li>- Conferencia aliada en Teherán (28-XI).</li> </ul>

1944	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Corts, <i>Principios de Derecho natural</i>.</li> <li>- E. Galán, <i>Concepto y misión de la filosofía jurídica</i>.</li> <li>- <i>Id.</i>, «La filosofía del Derecho de E. Lask».</li> <li>- S. Lissarrague, <i>El poder político y la sociedad</i>.</li> <li>- J. Ruiz-Giménez, <i>La concepción institucional del Derecho</i>.</li> <li>- <i>Id.</i>, <i>Derecho y vida humana</i>.</li> <li>- A. Truyol, <i>El Derecho y el Estado en San Agustín</i>.</li> <li>- G. Radbruch, <i>Filosofía del Derecho</i> (2ª ed.; t. Medina).</li> <li>- E. Galán, S. Lissarrague y J. Ruiz-Giménez, <i>catedráticos</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- V. Aleixandre, <i>Sombra del paraíso</i>.</li> <li>- D. Alonso, <i>Hijos de la ira</i>.</li> <li>- C. Laforet, <i>Nada</i>.</li> <li>- X. Zubiri, <i>Naturaleza, Historia, Dios</i>.</li> <li>- Nuevo Código Penal (23-XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- C. Cossío, <i>La teoría egológica del Derecho</i>.</li> <li>- F. Hayek, <i>The Road to Serfdom</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ch. L. Stevenson, <i>Ethics and Language</i>.</li> <li>- A. Tarski, «The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics (<i>Philosophy and Phenomenological Research</i>, 4).</li> <li>- Los aliados entran en Roma (4-VI).</li> <li>- Desembarco aliado en Normandía (6-VI).</li> <li>- Los aliados entran en Alemania (21-X).</li> </ul>
1945	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Galán, <i>La filosofía política de Sto. Tomás de Aquino</i>.</li> <li>- A. Hernández-Gil, <i>Metodología del Derecho</i>.</li> <li>- L. Recaséns, <i>Vida humana, sociedad y Derecho</i> (2ª ed.).</li> <li>- J. Ruiz-Giménez, <i>Introducción elemental a la filosofía jurídica cristiana</i>.</li> <li>- A. Truyol, <i>catedrático</i>.</li> <li>- R. Pérez Blesa, <i>catedrático de Derecho Internacional</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Díez del Corral, <i>El liberalismo doctrinario</i>.</li> <li>- Aparecen las revistas <i>Índice y Arbor</i>.</li> <li>- Cambios en el gobierno. Martín Artajo, ministro de exteriores (20-VII).</li> <li>- Fuero de los Españoles (17-VII).</li> <li>- El saludo fascista deja de ser obligatorio (11-IX).</li> <li>- Ley del Referéndum (22-X).</li> <li>- Sequía y hambre generalizada en todo el país.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. Kelsen, <i>General Theory of Law and State</i>.</li> <li>- Ch. Perelman, <i>De la Justice</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. R. Popper, <i>The Open Society and its Enemies</i>.</li> <li>- Muere E. Cassirer.</li> <li>- Mussolini, ejecutado (28-IV).</li> <li>- Hitler se suicida (30-IV).</li> <li>- Rendición incondicional de Alemania (8-V).</li> <li>- Carta de la ONU (26-VI).</li> <li>- Bombas atómicas sobre Hiroshima (6-VIII) y Nagasaki (9-VIII); rendición incondicional de Japón (15-VIII).</li> <li>- Conferencia de Postdam (VII-VIII).</li> <li>- Se abre el proceso de Nuremberg (XI).</li> </ul>

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1946	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Elías de Tejada, <i>Historia de la filosofía del Derecho y del Estado (I)</i>.</li> <li>- E. Gómez Arboleya, <i>Francisco Suárez, S. I.</i></li> <li>- Á. Ossorio y Gallardo, <i>Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado</i>.</li> <li>- F. González Vicén, repuesto en la cátedra (La Laguna). Pronuncia la lección inaugural del curso, <i>La filosofía del Estado en Kant</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aparece la revista <i>Ínsula</i>.</li> <li>- Vuelve Ortega.</li> <li>- Muere Falla en Argentina (23-XI).</li> <li>- Condena del régimen franquista por la ONU (9-II); la ONU recomienda la retirada de embajadores (13-XII).</li> <li>- Manifestación en Madrid contra la ONU y en apoyo a Franco.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- G. Radbruch, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht».</li> <li>- A. Ross, <i>Towards a Realistic Jurisprudence</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A. J. Ayer, <i>Language, Truth and Logic</i> (2.ª ed. rev.).</li> <li>- Perón, presidente de Argentina (24-II).</li> <li>- Italia se constituye en República (2-VI).</li> <li>- Ensayos atómicos en Bikini (1-VII).</li> <li>- Condenas de Nuremberg (16-X).</li> </ul>
1947	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Galán, <i>Introducción al estudio de la filosofía jurídica</i>.</li> <li>- L. Legaz, <i>Horizontes del pensamiento jurídico</i> (recopilación).</li> <li>- E. Luño, <i>Derecho natural</i>.</li> <li>- Fallece R. Pérez Blesa (20-V).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muere Manuel Machado (19-I).</li> <li>- M. Delibes, <i>La sombra del ciprés es alargada</i>.</li> <li>- La Ley de Sucesión es aprobada en referéndum (6-VII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reaparece la <i>Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto</i>, dirigida por G. del Vecchio.</li> <li>- H. Coing, <i>Die obersten Grundsätze des Rechts</i>.</li> <li>- Fallece Santi Romano (3-XI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Th. Adorno y M. Horkheimer, <i>Dialektik der Aufklärung</i>.</li> <li>- Muere A. N. Whitehead.</li> <li>- Origen del Plan Marshall (17-VI).</li> <li>- Nace el Kominform (30-IX).</li> <li>- Constitución italiana (27-XII).</li> </ul>
1948	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Callejo de la Cuesta, <i>Relaciones del Derecho positivo con el Derecho natural</i>.</li> <li>- S. Lissarrague, <i>Introducción a los temas centrales de la filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- E. Luño, <i>Historia de la filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- A. Mendizábal, «Catholicism and Politics» (en F. Gross -ed.-, <i>European Ideologies</i>).</li> <li>- L. Recaséns, <i>Lecciones de Sociología</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- C. Ollero, <i>Introducción al Derecho político</i>.</li> <li>- Polémica Laín-Calvo Serer.</li> <li>- Ortega funda en Madrid el <i>Instituto de Humanidades</i> (18-XI).</li> <li>- España queda excluida del Plan Marshall.</li> <li>- Entrevista de Franco con Juan de Borbón (25-VIII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- G. Radbruch, <i>Vorschule der Rechtsphilosophie</i></li> <li>- <i>Id.</i>, «Die Natur der Sache als juristische Denkform».</li> <li>- G. Gurvitch, <i>Sociology of Law</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gandhi, asesinado (30-I).</li> <li>- Golpe comunista en Checoslovaquia (25-II).</li> <li>- Constitución de la OECE (16-IV).</li> <li>- Nace el Estado de Israel (14-V).</li> <li>- Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-XII).</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>- El PCE suspende la actividad guerrillera y decide desarrollar actividad en los organismos sindicales legales.</li> </ul>		
1949	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Elías de Tejada, conferencias en Italia: <i>La filosofía jurídica en la España actual</i> (publicadas en RGLJ, XVIII).</li> <li>- A. Truyol, <i>Fundamentos de Derecho natural</i>.</li> <li>- J. H. von Kirchmann, <i>La jurisprudencia no es ciencia</i> (t. A. Truyol).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. de Castro, <i>Derecho civil de España</i>.</li> <li>- A. Buero Vallejo estrena <i>Historia de una escalera</i>.</li> <li>- C. Ollero, <i>El Derecho constitucional de la posguerra</i>.</li> <li>- L. Rosales, <i>La casa encendida</i>.</li> <li>- Aparece la revista <i>Índice</i>.</li> <li>- Muere Fernando de los Ríos en Nueva York (31-V).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. Coing, <i>Grundzüge der Rechtsphilosophie</i>.</li> <li>- G. Graneris, <i>Contributi tomistici alla filosofia del diritto</i>.</li> <li>- Reaparece <i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>.</li> <li>- Muere G. Radbruch (23-XI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. Jaspers, <i>Einführung in die Philosophie</i>.</li> <li>- Merton, <i>Social Theory and Social Structure</i>.</li> <li>- Se crea el COMECON (25-I).</li> <li>- Se crea la OTAN (18-III).</li> <li>- Se crea el Consejo de Europa (5-V).</li> <li>- Ley Fundamental de Bonn (23-V).</li> <li>- Proclamación de la República Popular China (1-X).</li> </ul>
1950	<ul style="list-style-type: none"> <li>- M. Giménez Fernández, <i>La filosofía aquiniana en la coyuntura actual</i>.</li> <li>- F. González Vicén, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea» (<i>REP</i>, 51 y 52).</li> <li>- N. Pérez Serrano, <i>La evolución de las declaraciones de derechos</i>.</li> <li>- Muere E. Callejo de la Cuesta (21-I).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- M. García Pelayo, <i>Derecho constitucional comparado</i>.</li> <li>- J. Guillén, <i>Cántico</i>.</li> <li>- B. de Otero, <i>Ángel fieramente humano</i>.</li> <li>- Aparece la revista <i>El Ciervo</i>.</li> <li>- Embajador de los EEUU en Madrid (2-III).</li> <li>- Anulación de la resolución antifranquista de la ONU (4-XI).</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>- S. E. Toulmin, <i>An Examination of the Place of Reason in Ethics</i>.</li> <li>- Muere N. Hartmann.</li> <li>- B. Russell, Premio Nobel (10-XII).</li> <li>- Guerra en Corea (8-VI).</li> <li>- Consejo de Europa: Convención europea de derechos humanos.</li> </ul>

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1951	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Legaz, «El Estado de Derecho» (<i>RAP</i>, 6).</li> <li>- <i>Id.</i>, «La noción de persona humana y los derechos del hombre» (<i>REP</i>, 55).</li> <li>- J. Austin, <i>Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia</i> (t. F. González Vicén).</li> <li>- F. Battaglia, <i>Curso de filosofía del Derecho</i> (t. F. Elías de Tejada y P. Lucas Verdú).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- C. J. Cela, <i>La colmena</i>.</li> <li>- Muere Pedro Salinas en Boston (23-XII).</li> <li>- Ley de Sociedades Anónimas (17-VII).</li> <li>- Ruiz-Giménez, ministro de educación (20-VII).</li> <li>- La producción agrícola alcanza por primera vez el nivel anterior a la guerra civil.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- U. Klug, <i>Juristische Logik</i>.</li> <li>- A. Passerin d'Entreves, <i>Natural Law</i>.</li> <li>- G. H. von Wright, <i>Deontic Logic</i>.</li> <li>- H. Welzel, <i>Naturrecht und materiale Gerechtigkeit</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Th. Adorno, <i>Minima moralia</i>.</li> <li>- H. Arendt, <i>The Origins of Totalitarianism</i>.</li> <li>- Muere L. Wittgenstein (29-IV).</li> <li>- Ensayo de la bomba de hidrógeno (12-V).</li> </ul>
1952	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. González Vicén, <i>La filosofía del Estado en Kant</i>.</li> <li>- L. Recaséns, <i>Vida humana, sociedad y Derecho</i> (3ª ed.).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Aranguren, <i>Catolicismo y protestantismo como formas de existencia</i>.</li> <li>- A. Aróstegui, <i>Una conjura española contra Maritain</i>.</li> <li>- M. Aguilar Navarro, <i>Derecho internacional público</i>.</li> <li>- Fin del racionamiento (V).</li> <li>- Congreso Eucarístico Internacional en Barcelona (27-V).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Maritain, <i>Man and the State</i>.</li> <li>- A. Ross, <i>Why Democracy?</i></li> <li>- J. L. Talmon, <i>The Origins of Totalitarian Democracy</i>.</li> <li>- F. Wieacker, <i>Privatrechts Geschichte der Neuzeit</i>.</li> <li>- Muere J. Frank.</li> <li>- Muere B. Croce (20-XI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. M. Hare, <i>The Language of Morals</i>.</li> <li>- T. Parsons, <i>The Social System</i>.</li> <li>- Mueren J. Dewey y G. Santayana.</li> <li>- Alemania se compromete a indemnizar a Israel (27-VIII).</li> <li>- Eisenhower, presidente de EEUU (4-XI).</li> </ul>
1953	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. M. Díez-Alegría, <i>Ética, Derecho e Historia</i>.</li> <li>- L. Legaz, <i>Filosofía del Derecho</i></li> <li>- <i>Id.</i>, «La obligatoriedad jurídica».</li> <li>- E. Gómez Arboleya, catedrático de Sociología.</li> <li>- Aparece el <i>Anuario de Filosofía del Derecho</i>, dirigido por E. Gómez Arboleya.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- C. Sánchez Albornoz, <i>España, un enigma histórico</i>.</li> <li>- R. J. Sender, <i>Requiem por un campesino español</i>.</li> <li>- L. García Berlanga y J. A. Bardem, <i>Bienvenido Mr. Marshall</i>.</li> <li>- España ingresa en la UNESCO. (30-I).</li> <li>- Firma del Concordato España-Santa Sede (27-VIII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. Engisch, <i>Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft</i>.</li> <li>- H. L. A. Hart, <i>Definition and Theory in Jurisprudence</i>.</li> <li>- M. Reale, <i>Filosofia do Direito</i>.</li> <li>- U. Scarpelli, <i>Filosofia analitica e giurisprudenza</i>.</li> <li>- Th. Viehweg, <i>Topik und Jurisprudenz</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- W. V. O. Quine, <i>From a Logical Point of View</i>.</li> <li>- L. Wittgenstein, <i>Philosophical Investigations</i> (póstuma).</li> <li>- Se anuncia la muerte de Stalin (6-III).</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Nuevo Plan de Estudios para la licenciatura de Derecho (11-VIII). Primer curso: <i>Derecho Natural</i>; Quinto curso: <i>Filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- Intento de introducir la <i>Sociología Jurídica</i> en la licenciatura de Derecho (29-VIII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Acuerdo con EEUU sobre ayuda militar y económica (26-VII).</li> </ul>		
1954	<ul style="list-style-type: none"> <li>- V. D. Carro, <i>Derechos y deberes del hombre</i>.</li> <li>- F. Elías de Tejada, <i>La monarquía tradicional</i>.</li> <li>- E. Galán, <i>Ius Naturae</i>.</li> <li>- A. Truyol, <i>Historia de la filosofía del Derecho y del Estado</i>.</li> <li>- I. Kant, <i>Introducción a la teoría del Derecho</i> (t. F. González Vicén).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Aranguren, <i>El protestantismo y la moral</i>.</li> <li>- Franco, doctor <i>honoris causa</i> por Salamanca (8-V).</li> <li>- Aparece el <i>Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca</i>, dirigido por Tierno Galván.</li> <li>- A. Castro, <i>La realidad histórica de España</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muere Vysinskij.</li> <li>- W. Maihofer, <i>Recht und Sein</i>.</li> <li>- Hoebel, <i>The Law of Primitive Man</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Batalla de Dien Bien Phu (III).</li> <li>- Se crea la Unión Europea Occidental (28-X).</li> </ul>
1955	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Ayala, <i>Derechos de la persona individual para una sociedad de masas</i>.</li> <li>- P. Lucas Verdú, <i>Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho</i>.</li> <li>- J. J. Bachofen, <i>El Derecho natural y el Derecho histórico</i> (t. F. González Vicén).</li> <li>- S. Lisarrague, catedrático de Filosofía Social.</li> <li>- Muere B. Ramos en Auch, Francia (27-XI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muere Ortega (18-X).</li> <li>- B. de Otero, <i>Pido la paz y la palabra</i>.</li> <li>- J. A. Bardem, <i>Muerte de un ciclista</i>.</li> <li>- Ingreso de España en la ONU (14-XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- C. J. Friedrich, <i>Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive</i>.</li> <li>- H. L. A. Hart, «Are there any Natural Rights?» (<i>Philosophical Review</i>, 64/2).</li> <li>- E. Wolf, <i>Das Problem der Naturrechtlehre</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. Aron, <i>L'opium des intellectuels</i>.</li> <li>- H. Marcuse, <i>Eros and Civilization</i>.</li> <li>- Muere Einstein (18-IV).</li> <li>- Se crea el Pacto de Varsovia (14-V).</li> </ul>

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1956	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Legaz, «Notas para una teoría de la obligación política» (<i>REP</i>, 85).</li> <li>- L. Recaséns, <i>Nueva filosofía de la interpretación del Derecho</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Juan Ramón Jiménez, Premio Nobel (10-XII).</li> <li>- Muere Baroja (30-X).</li> <li>- R. Sánchez-Ferlosio, <i>El Jarama</i>.</li> <li>- J. A. Bardem, <i>Calle Mayor</i>.</li> <li>- E. Tierno Galván, «La realidad como resultado» (<i>BISDPS</i>).</li> <li>- Crisis económica.</li> <li>- Revueltas universitarias (II).</li> <li>- Ceses de Ruiz-Giménez, Fernández Cuesta, Laín y Tovar (16-II).</li> <li>- Estado de excepción (24-II).</li> <li>- Huelgas en Cataluña y País Vasco (IV).</li> <li>- España ingresa en la OIT (30-V).</li> <li>- El PCE propone su política de reconciliación nacional.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. Engisch, <i>Einführung in das juristische Denken</i>.</li> <li>- J. Esser, <i>Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts</i>.</li> <li>- W. Maihofer, <i>Vom Sinn menschlicher Ordnung</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Levantamiento en Hungría (24-X).</li> <li>- Bombardeo de Suez (31-X).</li> <li>- Aplastamiento de la rebelión húngara (4-XI).</li> </ul>
1957	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Ortega, <i>El hombre y la gente</i>.</li> <li>- H. Welzel, <i>Derecho natural y Justicia material</i> (t. F. González Vicén).</li> <li>- A. de Asís, catedrático.</li> <li>- A. Truyol, catedrático de Derecho internacional.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- P. Laín, <i>La espera y la esperanza</i>.</li> <li>- E. Tierno, «La realidad como resultado» (<i>BISDPS</i>, 13/15).</li> <li>- L. Wittgenstein, <i>Tractatus logico-philosophicus</i> (t. E. Tierno).</li> <li>- Incidentes en las Universidades de Madrid y Barcelona (II).</li> <li>- Huelgas en Asturias y el País Vasco (III)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- G. Stratenwerth, <i>Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache</i>.</li> <li>- H. Warrender, <i>The Political Philosophy of Hobbes</i>.</li> <li>- <i>The Wolfenden Report</i>, origen de la polémica Hart-Devlin.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tratado de la CEE (25-III).</li> <li>- Spútnik soviético (4-X).</li> </ul>

1958	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Gómez Arboleya, «Sociología en España» (<i>REP</i>, 98).</li> <li>- L. Jiménez de Asúa, <i>El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa</i>.</li> <li>- J. Ruiz-Giménez, «La política, deber y derecho del hombre» (<i>REP</i>, 94).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aranguren, <i>Ética</i>.</li> <li>- J. Y. Cálvez, <i>El pensamiento de Carlos Marx</i> (t. F. Trape-ro).</li> <li>- P. Laín, <i>La empresa de ser hombre</i>.</li> <li>- Muere Juan Ramón Jiménez (29-V).</li> <li>- Continúan las huelgas de trabajadores y las protestas universitarias.</li> <li>- Ley de Principios del Movimiento (17-V).</li> <li>- España se incorpora a la OÉCE, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- N. Bobbio, <i>Teoria della norma giuridica</i>.</li> <li>- H. Kantorowicz, <i>The Definition of Law</i>.</li> <li>- Ch. Perelman/L. Olbrecht-Tyteca, <i>Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique</i>.</li> <li>- J. Rawls, «Justice as Fairness» (<i>Philosophical Review</i>, 68).</li> <li>- A. Ross, <i>On Law and Justice</i>.</li> <li>- S. Toulmin, <i>The Uses of Argument</i>.</li> <li>- Polémica Hart-Fuller (<i>Harvard Law Review</i>, 71).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muere G. E. Moore (24-X).</li> <li>- C. Levi-Strauss, <i>Anthropologie Structurale</i>.</li> <li>- Constitución francesa (4-X).</li> <li>- Muere Pío XII (9-X); Juan XXIII, Papa (28-X).</li> </ul>
1959	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A. de Asís, <i>Manual de filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- J. Lois Estévez, <i>Introducción a la filosofía del Derecho y a la ciencia de la legislación</i>.</li> <li>- L. Recaséns, <i>Tratado General de Filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- F. Meinecke, <i>La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna</i> (t. F. González Vicén).</li> <li>- Muere E. Gómez Arboleya (21-XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Severo Ochoa, Premio Nobel (10-XII).</li> <li>- J. Vicéns Vives, <i>Historia económica y social</i>.</li> <li>- Se crea ETA (II).</li> <li>- Huelga nacional pacífica, con escaso éxito (18-VI).</li> <li>- Numerosas detenciones de dirigentes del PCE y del Frente de Liberación Popular.</li> <li>- Visita de Eisenhower a España (21-XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Polémica Hart-Devlin (P. Devlin, «The Enforcement of Morals» -<i>Proceedings of the British Academy</i>, 45-; H. L. A. Hart, «Immorality and Treason» -<i>The Listener</i>, 30-VII).</li> <li>- H. L. A. Hart y A. M. Honoré, <i>Causation in the Law</i>.</li> <li>- R. Pound, <i>Jurisprudence</i>.</li> <li>- Muere F. Géný (16-XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fidel Castro entra en La Habana (1-I).</li> <li>- Nixon visita la URSS (23-VII).</li> <li>- Kruschev visita EEUU (25-IX).</li> </ul>



AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1960	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Legaz, <i>Humanismo, Estado y Derecho</i> (recopilación).</li> <li>- J. Ruiz-Giménez, «Derecho y diálogo» (<i>REP</i>, 109).</li> <li>- Varios, <i>Estudios jurídico-sociales</i> (Homenaje al prof. L. Legaz Lacambra).</li> <li>- L. Legaz, catedrático en Madrid.</li> <li>- J. Delgado Pinto, catedrático en Salamanca.</li> <li>- M. Hurtado, catedrático en Murcia.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- M. Jiménez de Parga, <i>Los regímenes políticos contemporáneos</i>.</li> <li>- R. Tamames, <i>Estructura económica de España</i>.</li> <li>- E. Tierno Galván, <i>Introducción a la sociología</i>.</li> <li>- S. Espriu, <i>La pell de brau</i>.</li> <li>- 339 sacerdotes vascos, denuncian la ausencia de libertades y los malos tratos policiales.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. Batiffol, <i>La Philosophie du Droit</i>.</li> <li>- N. Bobbio, <i>Teoria dell'ordinamento giuridico</i>.</li> <li>- H. Kelsen, <i>Reine Rechtslehre</i> (2.<sup>a</sup> ed.).</li> <li>- <i>Id.</i>, <i>What is Justice</i>.</li> <li>- K. Larenz, <i>Methodenlehre der Rechtswissenschaft</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. G. Gadamer, <i>Wahrheit und Methode</i>.</li> <li>- J. P. Sartre, <i>Critique de la raison dialectique</i>.</li> <li>- Muere J. L. Austin.</li> <li>- Independencia de las colonias francesas en África.</li> <li>- Independencia del Congo belga.</li> </ul>
1961	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Galán, <i>Ius naturae</i> (2.<sup>a</sup> ed. muy ampliada).</li> <li>- F. González Vicén, «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo» (<i>AFD</i>, VIII).</li> <li>- L. Legaz, <i>Filosofía del Derecho</i> (2.<sup>a</sup> ed. ampliada).</li> <li>- J. Esser, <i>Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado</i> (t. E. Valentí Fiol).</li> <li>- Aparecen los <i>Anales de la Cátedra Francisco Suárez</i>, en la Universidad de Granada. Su primer director es A. de Asís.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- V. Marrero, <i>La guerra española y el trust de cerebros</i>.</li> <li>- Varios, <i>Introducción al pensamiento marxista</i>.</li> <li>- L. Buñuel, <i>Viridiana</i>.</li> <li>- Gironella, <i>Un millón de muertos</i>.</li> <li>- Se funda la Unión Sindical Obrera.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Bloch, <i>Naturrecht und mensliche Würde</i>.</li> <li>- N. Bobbio, <i>Il positivismo giuridico</i>.</li> <li>- H. L. A. Hart, <i>The Concept of Law</i>.</li> <li>- F. E. Oppenheim, <i>Dimensions of Freedom</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Austin, <i>Philosophical Papers</i> (póstumo; ed. Urmson y Warnock).</li> <li>- S. G. Payne, <i>A History of Spanish Fascism</i>.</li> <li>- Muere M. Merleau-Ponty.</li> <li>- Encíclica <i>Mater et Magistra</i>, de Juan XXIII (15-V).</li> <li>- EEUU: J. F. Kennedy, presidente.</li> <li>- Se construye el muro de Berlín.</li> <li>- Y. Gagarin, primer hombre en el espacio.</li> <li>- P. Lumumba, asesinado en el Congo.</li> <li>- Consejo de Europa: Carta Social Europea.</li> </ul>

1962	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Aranguren, «Un concepto funcional del llamado Derecho natural» (<i>AFD</i>, IX).</li> <li>- J. Brufau, «Humanismo y Derecho en Domingo de Soto» (<i>ACFS</i>, 2/2).</li> <li>- E. Díaz, «Sentido político del yusnaturalismo» (<i>REP</i>, 124).</li> <li>- E. Gómez Arboleya, <i>Estudios de teoría de la sociedad y del Estado</i> (póstumo).</li> <li>- A. Sánchez de la Torre, <i>Los griegos y el Derecho natural</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- D. Ridruejo, <i>Escrito en España</i>.</li> <li>- I. Fernández de Castro, <i>Teoría sobre la revolución</i>.</li> <li>- E. Tierno Galván, «Anatomía de la conspiración» (<i>BISDPS</i>, 27).</li> <li>- Se crea la Universidad de Navarra, vinculada al Opus Dei.</li> <li>- A. Buero Vallejo, <i>El concierto de San Ovidio</i>.</li> <li>- L. Martín Santos, <i>Tiempo de silencio</i>.</li> <li>- Se estrena en Madrid <i>La camisa</i>, de L. Olmo.</li> <li>- Huelgas obreras y mineras por toda España. En ellas se consolidan las Comisiones Obreras.</li> <li>- Indalecio Prieto muere en México (12-II).</li> <li>- Se celebra en Munich el congreso del «Movimiento Europeo», con asistencia de representantes de los partidos españoles de oposición, excepto el PCE, expresamente excluido («El contubernio de Munich», VI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. Lewellyn, <i>Jurisprudence: Realism in Theory and Practice</i>.</li> <li>- C. B. MacPherson, <i>The Political Theory of Possessive Individualism</i>.</li> <li>- W. Maihofer et al., <i>Naturrecht oder Positivismus?</i></li> <li>- Ch. Perelman, <i>Rhétorique et philosophie</i>.</li> <li>- R. Schreiber, <i>Logik des Rechts</i>.</li> <li>- H. Welzel, <i>Naturrecht und materiale Gerechtigkeit</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- T. S. Kuhn, <i>The Structure of Scientific Revolutions</i>.</li> <li>- Independencia de Argelia.</li> <li>- Inicio del Concilio Vaticano II (11-X).</li> </ul>
------	---	--	--	---

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1963	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A. de Asís, <i>Manual de Derecho natural</i> (2ª ed. corregida y aumentada).</li> <li>- J. R. Capella, «Notas sobre la definición legal» (<i>AFD</i>, X).</li> <li>- A. Fernández-Galiano, <i>Introducción a la filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- L. Recaséns, <i>Panorama del pensamiento jurídico</i>.</li> <li>- Importante repercusión de la Encíclica <i>Pacem in terris</i>, que se manifiesta en comentarios diversos en revistas, y en varios libros colectivos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Aranguren, <i>Ética y política</i>.</li> <li>- M. Díez de Velasco, <i>Curso de Derecho internacional</i>.</li> <li>- J. M. Díez-Alegría, <i>Actitudes cristianas ante los problemas sociales</i>.</li> <li>- F. Murillo Ferrol, <i>Estudios de sociología política</i>.</li> <li>- E. Tierno Galván, «Humanismo y sociedad» (<i>BISDPS</i>, 29/30).</li> <li>- X. Zubiri, <i>Cinco lecciones de filosofía</i>.</li> <li>- Comienza la segunda época de <i>Revista de Occidente</i>, dirigida por J. Ortega Spottorno.</li> <li>- Aparece la revista mensual <i>Cuadernos para el Diálogo</i>, creada y dirigida por J. Ruiz-Giménez.</li> <li>- L. García Berlanga, <i>El veredicto</i>.</li> <li>- Muere L. Cernuda en México (5-XI).</li> <li>- J. Grimau, dirigente del PCE, es fusilado tras haber sido torturado por la policía (20-IV).</li> <li>- López Rodó presenta el primer Plan de Desarrollo (16-XI).</li> <li>- Ley de Bases de la Seguridad Social (23-XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. L. A. Hart, <i>Law, Liberty and Morality</i>.</li> <li>- Th. Viehweg, <i>Topik und Jurisprudenz</i>.</li> <li>- G. H. von Wright, <i>Norm and Action</i>.</li> <li>- <i>Id.</i>, <i>The Varieties of Goodness</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Habermas, <i>Theorie und Praxis</i>.</li> <li>- R. M. Hare, <i>Freedom and Reason</i>.</li> <li>- Encíclica <i>Pacem in terris</i>, de Juan XXIII (11-IV).</li> <li>- Muere Juan XXIII y es sustituido por Pablo VI.</li> <li>- J. F. Kennedy muere asesinado (22-XI).</li> <li>- Se crea la Organización para la Unidad Africana.</li> <li>- Independencia de Kenia, Zanzíbar y Kuwait.</li> </ul>

1964	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Delgado Pinto, «Derecho, Historia, Derecho natural» (ACFS, 4/2).</li> <li>- L. García San Miguel, «El Derecho natural y la política» (REP, 134).</li> <li>- M. Hurtado, «Droit et Nature des choses dans la Philosophie du Droit espagnol» (AFDT, XII/1).</li> <li>- Th. Viehweg, <i>Tópica y jurisprudencia</i> (t. L. Díez-Picazo)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Cernuda, <i>La realidad y el deseo</i> (edición definitiva).</li> <li>- M. García Pelayo, <i>Mitos y símbolos políticos</i>.</li> <li>- A. Latorre, <i>Universidad y sociedad</i>.</li> <li>- M. Sacristán, <i>Introducción a la lógica y al análisis formal</i>.</li> <li>- J. M. Setién, <i>Iglesia y libertades públicas</i>.</li> <li>- E. Tierno Galván, <i>Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna</i>.</li> <li>- Ley de Asociaciones.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. David, <i>Les grands systèmes de Droit contemporains (Droit comparé)</i>.</li> <li>- L. L. Fuller, <i>The Morality of Law</i>.</li> <li>- Th. Geiger, <i>Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts</i>.</li> <li>- H. Henkel, <i>Einführung in die Rechtsphilosophie (Grundlagen des Rechts)</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- H. Marcuse, <i>One-dimensional Man</i>.</li> <li>- M. L. King, premio Nobel de la Paz.</li> <li>- L. Brezhnev, secretario general del Partido Comunista de la Unión Soviética.</li> <li>- EE.UU. incrementan masivamente su presencia en la guerra del Vietnam.</li> <li>- Reino Unido: gobierno laborista.</li> </ul>
1965	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. R. Capella, <i>El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico</i>.</li> <li>- J. Hierro, <i>El Derecho en Ortega</i>.</li> <li>- A. Sánchez de la Torre, <i>Sociología del Derecho</i>.</li> <li>- K. Larenz, <i>Metodología de la ciencia del Derecho</i> (t. E. Gimbernat).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. M. Díez-Alegría, <i>La libertad religiosa</i>.</li> <li>- G. Fernández de la Mora, <i>El crepúsculo de las ideologías</i>.</li> <li>- J. D. García Bacca, <i>Humanismo teórico, práctico y positivo según Marx</i>.</li> <li>- A. Sánchez Vázquez, <i>Las ideas estéticas de Marx</i>.</li> <li>- Comienzan a publicarse en París los <i>Cuadernos de Ruedo Ibérico</i>.</li> <li>- A. González, <i>Palabra sobre palabra</i>.</li> <li>- Los profesores Aranguren, Tierno y García Calvo son expulsados de sus cátedras tras haber apoyado las protestas estudiantiles.</li> <li>- L. López Rodó, ministro (7-VII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. Aron, <i>Essai sur les libertés</i>.</li> <li>- N. Bobbio, <i>Giusnaturalismo e positivismo giuridico</i>.</li> <li>- Id., <i>Da Hobbes a Marx</i>.</li> <li>- G. R. Carrió, <i>Notas sobre Derecho y lenguaje</i>.</li> <li>- P. Devlin, <i>The Enforcement of Morals</i>.</li> <li>- G. Kalinowski, <i>Introduction à la logique juridique</i>.</li> <li>- N. Poulantzas, <i>Nature des choses et Droit</i>.</li> <li>- U. Scarpelli, <i>Cos'è il positivismo giuridico</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Althusser et al., <i>Lire «Le Capital»</i>.</li> <li>- Constitución <i>Gaudium et Spes</i>, aprobada por el Concilio Vaticano II.</li> <li>- Se clausura el Concilio Vaticano II (8-XII).</li> <li>- EE.UU. invaden la República Dominicana.</li> <li>- Independencia de Rhodesia y Gambia.</li> </ul>

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1966	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Díaz, <i>Estado de Derecho y sociedad democrática</i>.</li> <li>- Varios, <i>Derecho y paz</i> (Actas del I Congreso de Filosofía del Derecho, celebrado en 1964).</li> <li>- Varios, <i>Crítica del Derecho natural</i> (t. E. Díaz).</li> <li>- F. Puy, catedrático.</li> <li>- N. M. López Calera, catedrático.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Abellán, <i>Filosofía española en América (1936-1966)</i>.</li> <li>- J. Marichal, <i>El nuevo pensamiento político español</i>.</li> <li>- J. Goytisolo, <i>Señas de identidad</i>.</li> <li>- J. Marsé, <i>Últimas tardes con Teresa</i>.</li> <li>- Cierre de la Universidad de Barcelona (30-IV).</li> <li>- Ley de Prensa e Imprenta, que abolía la censura previa (18-III).</li> <li>- Se aprueba mediante referéndum la Ley Orgánica del Estado (14-XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- G. Fassó, <i>Storia della filosofia del Diritto</i> (vol. II, 1968; vol. III, 1970).</li> <li>- I. Szabo et al., <i>Socialist Concept of Human Rights</i>.</li> <li>- R. Treves et al., <i>La sociologia del Diritto. Problemi e ricerche</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- M. Foucault, <i>Les mots et les choses</i>.</li> <li>- India: I. Gandhi, primera ministra.</li> <li>- ONU: Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales.</li> <li>- China: revolución cultural.</li> </ul>
1967	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Corts, <i>Los humanismos y el hombre</i>.</li> <li>- K. Engisch, <i>Introducción al pensamiento jurídico</i> (t. E. Garzón Valdés).</li> <li>- F. González Vicén, «Sobre el positivismo jurídico» (en <i>Libro-homenaje al prof. Giménez-Fernández</i>).</li> <li>- R. Maciá, <i>Juridicidad y moralidad en Suárez</i>.</li> <li>- F. Puy, <i>Lecciones de Derecho natural</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Besteiro, <i>Marxismo y anti-marxismo</i> (reedición).</li> <li>- J. Benet, <i>Volverás a Región</i>.</li> <li>- M. Delibes, <i>Cinco horas con Mario</i>.</li> <li>- Estado de excepción en Vizcaya (21-IV).</li> <li>- Primera asamblea estatal de CCOO.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. Dworkin, «Is Law a System of Rules?» (<i>University of California Law Review</i>, 35).</li> <li>- H. Kamen, <i>The Rise of Toleration</i>.</li> <li>- D. D. Raphael, <i>Political Theory and the Rights of Man</i>.</li> <li>- J. Rawls, «Distributive Justice» (en Laslett/Runciman -eds.-, <i>Philosophy, Politics and Society</i>).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. K. Galbraith, <i>The New Industrial State</i>.</li> <li>- J. Habermas, <i>Zur Logik der Sozialwissenschaften</i>.</li> <li>- Encíclica <i>Populorum progressio</i>, de Pablo VI.</li> <li>- E. Guevara muere en Bolivia.</li> <li>- R. F. A.: W. Brandt, canciller.</li> <li>- Guerra de los seis días entre Israel y los países árabes.</li> <li>- Grecia: dictadura de los coroneles.</li> </ul>

1968	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Brufau, <i>La actitud metódica de S. Pufendorf y la configuración de la «Disciplina Iuris Naturalis».</i></li> <li>- J. Castán, <i>La idea de justicia.</i></li> <li>- E. Díaz, <i>Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político.</i></li> <li>- J. A. González Casanova, <i>Los derechos humanos.</i></li> <li>- A. Latorre, <i>Introducción al Derecho.</i></li> <li>- J. Ruiz-Giménez, <i>El Concilio Vaticano II y los derechos del hombre.</i></li> <li>- A. Sánchez de la Torre, <i>Teoría y experiencia de los derechos humanos.</i></li> <li>- A. Truyol, <i>Los derechos humanos.</i></li> <li>- <i>Cuadernos para el Diálogo</i>, nº XII extra: «Democracia y derechos humanos».</li> <li>- K. Engisch, <i>La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales</i> (t. J. J. Gil Cremades).</li> <li>- H. Henkel, <i>Introducción a la filosofía del Derecho</i> (t. E. Gimbernat)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Aranguren, <i>El marxismo como moral.</i></li> <li>- C. Castilla del Pino, <i>El humanismo «imposible».</i></li> <li>- R. Conde, <i>Sociedad, Estado y Derecho en la filosofía marxista.</i></li> <li>- P. Laín Entralgo, <i>El problema de la Universidad.</i></li> <li>- M. Sacristán, <i>Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores.</i></li> <li>- Creación de las universidades autónomas de Madrid y Barcelona.</li> <li>- Villar Palasí, ministro de educación (14-IV).</li> <li>- ETA mata al comisario M. Manzanos en su primera acción con resultado de muerte (2-VIII).</li> <li>- Se inaugura la central nuclear de Zorita (Guadalajara) (11-XII).</li> <li>- Independencia de Guinea Ecuatorial.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- U. Cerroni, <i>La libertà dei moderni.</i></li> <li>- L. L. Fuller, <i>Anatomy of the Law.</i></li> <li>- E. García Máynez, <i>Positvismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo.</i></li> <li>- H. L. A. Hart, <i>Punishment and Responsibility.</i></li> <li>- W. Maihofer, <i>Rechtstaat und Mensliche Würde.</i></li> <li>- F. E. Oppenheim, <i>Moral Principles in Political Philosophy.</i></li> <li>- A. Ross, <i>Directives and Norms.</i></li> <li>- M. Villey, <i>La formation de la pensée juridique moderne.</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Primavera de Praga. Tropas del Pacto de Varsovia invaden Checoslovaquia.</li> <li>- Revueltas de estudiantes y obreros en Francia (V).</li> <li>- EE.UU.: M. L. King muere asesinado en Memphis (4-IV); R. Nixon, presidente (5-XI).</li> </ul>
------	--	--	---	--

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1969	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Castán, <i>Los derechos del hombre</i>.</li> <li>- L. García San Miguel, <i>Notas para una crítica de la razón jurídica</i>.</li> <li>- J. J. Gil Cremades, <i>El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo</i>.</li> <li>- F. González Vicén, «La filosofía del Derecho como concepto histórico» (<i>AFD</i>, XIV).</li> <li>- N. M. López Calera, <i>La estructura lógico-real de la norma jurídica</i>.</li> <li>- B. Ramos, <i>El Derecho y el hombre actual</i>, I (póstumo).</li> <li>- L. Recaséns, «Otra vez, y con renovado vigor, Derecho natural» (<i>ACFS</i>, 5-6).</li> <li>- K. Engisch, <i>Introducción al pensamiento jurídico</i> (t. E. Garzón Valdés).</li> <li>- P. I. Stucka, <i>La función revolucionaria del Derecho y del Estado</i> (t. J. R. Capella).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. M. Gil-Robles, <i>Por un Estado de Derecho</i>.</li> <li>- J. M. González Ruiz, <i>Marxismo y cristianismo frente al hombre nuevo</i>.</li> <li>- E. Tierno Galván, <i>Razón mecánica y razón dialéctica</i>.</li> <li>- F. Tomás y Valiente, <i>El Derecho penal de la monarquía absoluta</i>.</li> <li>- D. Alonso, presidente de la Academia Española de la Lengua.</li> <li>- Comienza a publicarse la revista literaria <i>El Urogallo</i>.</li> <li>- L. Buñuel, <i>Tristana</i>.</li> <li>- Estado de excepción en España (24-I). Son confinados varios profesores universitarios.</li> <li>- Las Cortes designan a Juan Carlos de Borbón como sucesor del Jefe del Estado (22-VII).</li> <li>- Escándalo MATESA (8-VIII).</li> <li>- Nuevo gobierno, con hegemonía de los «tecnócratas» (30-X).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- I. Berlin, <i>Four Essays on Liberty</i>.</li> <li>- M. Losano, <i>Giuscibernetica</i>.</li> <li>- N. Luhmann, <i>Legitimation durch Verfahren</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mueren Th. Adorno y K. Jaspers.</li> <li>- Y. Arafat pasa a dirigir la OLP.</li> <li>- Libia: M. Gaddafi toma el poder.</li> <li>- Francia: dimite Ch. de Gaulle.</li> </ul>

1970	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. R. Capella, <i>Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas</i>.</li> <li>- A. E. Pérez Luño, «Iuscibernética y metodología jurídica» (RJC).</li> <li>- F. Puy, <i>Lecciones de Derecho natural</i> (2ª ed. muy ampliada).</li> <li>- J. M. Rodríguez Paniagua, <i>Hacia una concepción amplia del Derecho natural</i>.</li> <li>- A. Truyol, <i>Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. Vol. I</i> (4ª ed. ampliada).</li> <li>- C. B. Macpherson, <i>La teoría política del individualismo posesivo</i> (t. J. R. Capella).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- G. Bueno, <i>El papel de la filosofía en el conjunto del saber</i> (respuesta al escrito de Sacristán de 1968).</li> <li>- J. Hierro Sánchez-Pescador, <i>Problemas de análisis del lenguaje moral</i>.</li> <li>- K. Marx, <i>La ideología alemana</i> (t. W. Roces).</li> <li>- B. Martín Patino, <i>Canciones para después de una guerra</i>.</li> <li>- Ley General de Educación (3-VIII).</li> <li>- Proceso de Burgos, contra 16 militantes de ETA (XII).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Castberg, <i>La philosophie du Droit</i>.</li> <li>- M. Corsale, <i>Certeza del diritto e crisi di legittimità</i>.</li> <li>- R. Dworkin, «Taking Rights Seriously» (<i>New York Review of Books</i>, 18-XII).</li> <li>- L. Ferrajoli, <i>Teoria assiomatica del diritto</i>.</li> <li>- E. Garzón Valdés, <i>Derecho y «naturaleza de la cosa»</i>.</li> <li>- J. Raz, <i>The Concept of a Legal System</i>.</li> <li>- A. K. Sen, <i>Collective Choice and Social Welfare</i>.</li> <li>- R. Treves, <i>Giustizia e giudici nella società italiana</i>.</li> <li>- Aparece la revista <i>Rechtstheorie</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Th. Adorno, <i>Aesthetische Theorie</i></li> <li>- Th. Adorno, H. Marcuse, J. Habermas, <i>Das Elend der kritischen Theorie</i>.</li> <li>- Á. Heller, <i>A mindennapi élet</i> (Sociología de la vida cotidiana).</li> <li>- J. R. Searle, <i>Speech Acts</i>.</li> <li>- Mueren B. Russell y R. Carnap.</li> <li>- Chile: Allende, presidente.</li> <li>- Egipto: A. El Sadat, presidente.</li> <li>- Reino Unido: gobierno conservador.</li> </ul>
1971	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ACFS, 11/1, monográfico sobre «El Estado de Derecho».</li> <li>- E. Díaz, <i>Sociología y filosofía del Derecho</i>.</li> <li>- J. Guasp, <i>Derecho</i>.</li> <li>- A. Hernández-Gil, <i>Metodología de la ciencia del Derecho</i>.</li> <li>- N. López Calera, <i>Hegel y los derechos humanos</i>.</li> <li>- J. F. Lorca Navarrete, <i>El Derecho en Adolfo Posada</i>.</li> <li>- A. Ollero, <i>Dialéctica y praxis en Merleau-Ponty</i>.</li> <li>- A. E. Pérez Luño, <i>Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. de Castro, <i>El negocio jurídico</i>.</li> <li>- J. Herrero, <i>Los orígenes del pensamiento reaccionario español</i>.</li> <li>- J. C. Mainer, <i>Falange y literatura</i>.</li> <li>- J. Solé-Tura, <i>Introducción al régimen político español</i>.</li> <li>- M. Vázquez Montalbán, <i>Crónica sentimental de España</i>.</li> <li>- Aparece la revista filosófica <i>Teorema</i>.</li> <li>- V. Enrique y Tarancón, arzobispo de Madrid (VI).</li> <li>- Orden de cierre del diario <i>Madrid</i> (25-XI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- C. Alchourrón y E. Bulygin, <i>Normative systems</i>.</li> <li>- J. Carbonnier, <i>Flexible Droit</i>.</li> <li>- A. Kaufmann, <i>Vozeu Rechtsphilosophie heute</i>.</li> <li>- C. Olivecrona, <i>Law as Fact</i> (2ª ed.).</li> <li>- J. Rawls, <i>A Theory of Justice</i>.</li> <li>- M. Rehbinder, <i>Einführung in die Rechtssoziologie</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Habermas, <i>Erkenntnis und Interesse</i>.</li> <li>- La República Popular China es admitida en la ONU.</li> <li>- Independencia de Bangladesh.</li> </ul>



AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1971	<ul style="list-style-type: none"> <li>- L. Recaséns, <i>Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»</i>.</li> <li>- J. M. Rodríguez Paniagua, <i>Historia del pensamiento jurídico</i>.</li> <li>- F. J. Valls, <i>La filosofía del Derecho de Dorado Montero</i>.</li> <li>- G. Radbruch <i>et al.</i>, <i>Derecho injusto y Derecho nulo</i> (t. y ed. J. M. Rodríguez Paniagua).</li> <li>- A. Ross, <i>Lógica de las normas</i> (t. J. Hierro).</li> </ul>			
1972	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ACFS, 12/2, monográfico sobre «Los derechos humanos».</li> <li>- L. García San Miguel, <i>La sociedad autogestionada: una utopía democrática</i>.</li> <li>- G. Peces-Barba, <i>Persona, sociedad, Estado: el pensamiento social y político de J. Maritain</i>.</li> <li>- J. M. Rodríguez Paniagua, <i>La ética de los valores como ética jurídica</i>.</li> <li>- A. Sánchez de la Torre, <i>Sociología de los derechos humanos</i>.</li> <li>- A. Passerin d'Entreves, <i>Derecho natural</i> (t. M. Hurtado).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- F. Ayala, <i>Hoy ya es ayer</i>.</li> <li>- L. Gómez Llorente, <i>Aproximación a la historia del socialismo español hasta 1921</i>.</li> <li>- M. Tuñón de Lara, <i>El movimiento obrero en la historia de España</i>.</li> <li>- F. Umbral, <i>Historia de un niño de derechas</i>.</li> <li>- Varios, <i>En favor de Nietzsche</i>.</li> <li>- Huelga en El Ferrol. Tres obreros muertos por la fuerza pública (10-III).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Carbonnier, <i>Sociologie juridique</i>.</li> <li>- S. Cotta, <i>Itinerari esistenziali del diritto</i>.</li> <li>- G. Kalinowski, <i>La logique des normes</i>.</li> <li>- N. Luhmann, <i>Rechtssoziologie</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. Nixon visita la URSS.</li> <li>- Terremoto en Managua.</li> </ul>

1973	<ul style="list-style-type: none"> <li>- E. Díaz, <i>La filosofía social del krausismo español</i>.</li> <li>- L. Díez-Picazo, <i>Experiencias jurídicas y teoría del Derecho</i>.</li> <li>- E. Lamo de Espinosa, <i>Filosofía y política en J. Besteiro</i>.</li> <li>- G. Peces-Barba, <i>Derechos fundamentales</i>.</li> <li>- Id. y L. Hierro (eds), <i>Textos básicos sobre derechos humanos</i>.</li> <li>- M. Rodríguez Molinero, <i>Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- M. Díez de Velasco, <i>Instituciones de Derecho internacional público</i>.</li> <li>- M. Garrido, <i>Lógica simbólica</i>.</li> <li>- M. Sánchez Mazas, <i>Cálculo de las normas</i>.</li> <li>- Aparece la revista <i>Sistema</i>, dirigida por E. Díaz.</li> <li>- Mueren Picasso y Pau Casals.</li> <li>- ETA mata a Carrero Blanco (20-XII). Arias Navarro, nuevo presidente del consejo de ministros.</li> <li>- Proceso 1001 contra varios dirigentes de Comisiones Obreras.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- P. Barcellona (ed.), <i>L'uso alternativo del diritto</i>.</li> <li>- B. Barry, <i>The Liberal Theory of Justice</i>.</li> <li>- A. Gioja, <i>Ideas para una filosofía del Derecho</i> (póstumo).</li> <li>- J. Habermas, <i>Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus</i>.</li> <li>- G. Lumia, <i>Lineamenti di teoria e ideologia del diritto</i>.</li> <li>- C. S. Nino, <i>Notas de introducción al Derecho</i>.</li> <li>- P. Singer, <i>Democracy and Disobedience</i>.</li> <li>- R. J. Vernengo, <i>Curso de teoría general del Derecho</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- K. O. Apel, <i>Transformation der Philosophie</i>.</li> <li>- Mueren G. Marcel y J. Maritain.</li> <li>- Chile: Pinochet toma el poder; muere Allende.</li> <li>- Argentina: Perón, de nuevo presidente.</li> <li>- CEE: ingreso del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda.</li> <li>- Guerra del Yom Quippur entre Israel y los países árabes.</li> <li>- Las dos repúblicas alemanas ingresan en la ONU.</li> <li>- Crisis del petróleo, al decidir la OPEP un fuerte aumento en su precio.</li> </ul>
1974	<ul style="list-style-type: none"> <li>- B. de Castro, <i>La filosofía jurídica de L. Recaséns Siches</i>.</li> <li>- F. Elías de Tejada, <i>Tratado de filosofía del Derecho</i>, I.</li> <li>- A. Fernández-Galiano, <i>Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho</i>.</li> <li>- F. J. Laporta, <i>Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español</i>.</li> <li>- J. J. Toharia, <i>Cambio social y vida jurídica en España (1900-1970)</i>.</li> <li>- V. Zapatero, <i>Fernando de los Ríos: los problemas del socialismo democrático</i>.</li> <li>- R. Treves, <i>El juez y la sociedad</i> (t. F. J. Laporta y Á. Zaragoza).</li> <li>- E. Díaz, catedrático.</li> <li>- J. J. Gil Cremades, catedrático.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Bergamín (ed.), <i>Cruz y Raya (antología)</i>.</li> <li>- A. Deaño, <i>Introducción a la lógica formal</i>.</li> <li>- E. Díaz, <i>Pensamiento español (1939-1973)</i>.</li> <li>- F. de los Ríos, <i>Escritos sobre democracia y socialismo</i> (ed. V. Zapatero).</li> <li>- J. Muguerza (ed.), <i>La concepción analítica de la filosofía</i>.</li> <li>- C. J. Cela, <i>San Camilo, 1936</i>.</li> <li>- J. Marsé, <i>Si te dicen que caí</i>.</li> <li>- Se establece la selectividad para el acceso a la universidad.</li> <li>- Ejecución del anarquista Puig Antich (1-III).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. Buchanan, <i>The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan</i>.</li> <li>- J. Finch, <i>Introduction to Legal Theory</i>.</li> <li>- R. Guastini, <i>Marx: dalla filosofia del diritto alla Scienza della società. Il lessico giuridico marxiano</i>.</li> <li>- N. Luhmann, <i>Rechtssystem und Rechtsdogmatik</i>.</li> <li>- R. Nozick, <i>Anarchy, State and Utopia</i>.</li> <li>- J. Rivero, <i>Les libertés publiques</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Á. Heller, <i>Bedeutung und Funktion des Begriffs Bedürfnis im Denken von Karl Marx</i>.</li> <li>- EEUU: dimite R. Nixon como consecuencia del caso Watergate. Le sustituye G. Ford.</li> <li>- Portugal: revolución de los claveles (IV).</li> <li>- Grecia: final de la dictadura.</li> <li>- RFA: dimite W. Brandt como consecuencia del caso «Guillaume». Le sustituye H. Schmidt.</li> </ul>

AÑO	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA	ESPAÑA, CULTURA Y POLÍTICA	FILOSOFÍA DEL DERECHO EN OTROS PAÍSES	FILOSOFÍA Y POLÍTICA INTERNACIONAL
1974		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Constitución de la Junta Democrática, que propone la «ruptura» como vía de superación de la dictadura (VI).</li> <li>- F. González, secretario general del PSOE (X).</li> <li>- Fuerte aumento de la inflación.</li> </ul>		
1975	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ACFS, 15, monográfico sobre «La filosofía del Derecho en España».</li> <li>- P. Lucas Verdú, <i>La lucha por el Estado de Derecho</i>.</li> <li>- J. J. Toharia, <i>El juez español. Un análisis sociológico</i>.</li> <li>- A. Truyol, <i>Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. Vol. II: Del Renacimiento a Kant</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- J. L. Abellán, <i>La industria cultural en España</i>.</li> <li>- C. Barral, <i>Años de penitencia</i>.</li> <li>- J. F. Tezanos, <i>Estructura de clases en la España actual</i>.</li> <li>- R. Alberti, <i>La arboleda perdida</i>.</li> <li>- E. Mendoza, <i>La verdad sobre el caso Savolta</i>.</li> <li>- Ejecución de cinco militantes de ETA y FRAP (septiembre).</li> <li>- Crisis en el Sáhara.</li> <li>- Muerte de F. Franco (20-XI).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- R. Dworkin, «Hard Cases» (<i>Harvard Law Review</i>, 88).</li> <li>- M. Foucault, <i>Surveiller et punir</i>.</li> <li>- J. Raz, <i>Practical Reason and Norms</i>.</li> <li>- M. Villey, <i>Philosophie du Droit</i>.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conferencia de Helsinki sobre seguridad en Europa.</li> <li>- Independencia de Angola y Mozambique.</li> <li>- Líbano: guerra civil.</li> <li>- Vietnam: fin de la guerra.</li> </ul>

## Abreviaturas utilizadas:

- ACFS *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*  
 AFD *Anuario de Filosofía del Derecho*  
 AFDT *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*  
 BUG *Boletín de la Universidad de Granada*  
 RAP *Revista de Administración Pública*  
 REP *Revista de Estudios Políticos*  
 RJC *Revista Jurídica de Cataluña*

# **III**

## **DEBATES**



# Neus Campillo: El feminisme com a crítica

Por RUTH MESTRE

Universitat de València

## INTRODUCCIÓN

El libro de Neus Campillo, *El Feminisme Com a Crítica* (Tándem, València, 1997), invita a reflexionar sobre algunas ideas acerca de la relación entre el derecho y el feminismo, porque, finalmente, toda propuesta feminista reconduce a la cuestión del derecho, a la cuestión de la ciudadanía y a la cuestión de la igualdad. O. Fiss<sup>1</sup> dice que el feminismo no es una teoría, sino dos: una teoría sobre el derecho y una teoría sobre la igualdad. Se trataría de ver, por tanto, cuál es la teoría del derecho y cuál la teoría de la igualdad que Campillo, implícitamente, desarrolla en su libro.

*El Feminisme Com a Crítica* recoge varios textos de la autora que se articulan en torno a dos ejes principales: *las relaciones paradójicas entre el feminismo y la Ilustración* y la propuesta de feminismo teórico de Campillo: *el feminismo como crítica*. En realidad, la segunda cuestión está íntimamente relacionada con la primera. Entender el feminismo como *crítica filosófica* significa insertarlo en una tradición filosófica determinada –la Ilustrada– aportando la perspectiva de género y, nos dice Campillo, profundizando en la noción de crítica unida al concepto de libertad. Campillo recorre la formación teórica del feminismo y pone de manifiesto las limitaciones de *sexo*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> FISS, O., «¿Qué es el Feminismo?», *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 319-336.

<sup>2</sup> Campillo utiliza bastante indistintamente las categorías sexo/género, sin diferenciar por tanto entre lo estrictamente biológico –sexo– y lo socialmente construido –género– en relación a la diferencia relevante. Parece que sí se decanta por esta distinción aun-

en el proyecto ilustrado, principalmente a través de los trabajos de Rousseau. Al mismo tiempo no renuncia a los postulados ilustrados sino que se sirve de ellos para dotar al feminismo de coherencia teórica y para buscar instrumentos propios de análisis, «métodos específicos de acceso teórico y criterios de la crítica feminista de la racionalidad que hacen visible la lógica patriarcal» (p. 114). El feminismo que defiende supone una crítica a la Ilustración *desde dentro*, sin romper con ella. Es un proyecto ambicioso que radicaliza los presupuestos teóricos de la Ilustración y ofrece las bases para «construir» una nueva sociedad sobre una razón no instrumental y no patriarcal.

Ofrece las bases para elaborar una teoría feminista porque el objeto del libro no es elaborar una teoría sino una *metateoría*. La misma Campillo explica su noción de teoría feminista: debe contener una teoría de la razón y un «programa» de cambio. El *Feminisme Com a Crítica* no recoge esta segunda característica, y seguramente no lo hace conscientemente. No se trata de dar o no un programa político de actuación, una estrategia de acción. No. Se trata de conseguir, o no, sentar las bases para que el cambio en las propuestas teóricas que se formulen desde el feminismo se inserte en el feminismo ilustrado. Aunque en mi opinión no lo consigue *del todo*. Porque remite a la recepción de la escuela crítica; a la que ya han hecho otras autoras (Benhabib, Nicholson), y dice qué sirve y qué no sirve de la Acción Comunicativa de Habermas. Pero no hace una propuesta propia y por eso pienso que elabora, no una teoría sino una metateoría.

Llegados a este punto, parece necesario hacer algunas aclaraciones sobre *el feminismo y los feminismos*. Expondré «el problema de la teoría para el feminismo» vinculado a los estudios feministas sobre el derecho. Esta cuestión es esencial a la hora de entender no sólo la propuesta teórica de Campillo —aunque se echa de menos una reflexión expresa acerca de qué entiende por igualdad, por ejemplo— sino cualquier otra propuesta. La segunda cuestión que analizaré es el contenido del proyecto feminista esbozado por la autora<sup>3</sup> y las posibilidades que ofrece para aplicar una *metodología feminista* al abordar cuestiones no relacionadas con el feminismo sino con cualquier «lucha por los derechos», con cualquier intento de terminar con una forma dada de opresión.

---

que ella, al igual que MacKinnon —pero seguramente por otras razones— no la utilice. Cuando habla de los problemas del postmodernismo en relación con el feminismo y se centra en la conservación o no de la categoría de género, categoría transcultural que el postmodernismo rechazaría, Campillo dice que ésta es esencial para el análisis feminista y el discurso feminista debería entender la posición postmoderna «no como un abandono de la teoría sino como un rechazo a un tipo de teorización relacionada con el esencialismo» (p. 22).

<sup>3</sup> Los textos de la autora sobre Rousseau y Mill («El feminisme i les paradoxes de la Il·lustració»), no los analizaré en este trabajo.

## EL « PROBLEMA » DE LA TEORÍA

Campillo explica que el problema de la teoría para el feminismo implica una doble reflexión: «el problema de la teoría genera diferentes feminismos y la teoría, desde los distintos feminismos, genera cambios epistemológicos en los discursos del saber, en disciplinas que, introduciendo la variante de sexo, transforman su acercamiento unilateral a los problemas» (p. 19).

Se trata por tanto de dos cuestiones distintas: una, sería analizar a nivel teórico, normativo y filosófico la justificación de los principios morales y políticos; discutir acerca de contenidos normativos concretos y abogar por una construcción de normas y valores que pongan fin al dominio masculino. Este análisis puede ser, y de hecho es, diverso. Es en este nivel en el que aparecen los «distintos feminismos», básicamente el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia<sup>4</sup>.

Por otra parte, se trata de realizar investigaciones críticas desde las ciencias sociales, mostrando y analizando los sistemas de opresión a las mujeres. El problema está en que si se parte de postulados teóricos distintos, se llega a conclusiones y/o resultados distintos. Es decir, una misma cuestión analizada desde el feminismo de la diferencia y desde el feminismo de la igualdad lleva a conclusiones distintas. Entre otras cosas porque la problematización que se hace del tema abordado es diferente, los métodos de análisis son distintos y «lo que se quiere demostrar» no es lo mismo desde una y otra perspectiva.

Veamos esto con un ejemplo: los estudios feministas sobre el derecho. Los diferentes planteamientos feministas giran en torno a dos cuestiones básicas que les son comunes. La primera está en ver qué significa que hombres y mujeres son diferentes. Es decir, diferentes en qué y por qué (si esta diferencia es cultural o biológica, si es una construcción social o no, si implica una relación de poder o de qué tipo...) e identificar los roles asignados o desempeñados por unas y otros. La segunda consiste en explicar cómo funciona el derecho en relación a estos roles y cómo interfiere en esta relación entre diferentes. A mi entender, «poner la cuestión de las mujeres»<sup>5</sup> en relación con el derecho no significa sólo, como lo entiende Bartlett, «examinar cómo el

<sup>4</sup> En relación con el derecho, García Amado recoge la clasificación del feminismo hecha por Littleton. Distingue entre doctrinas de la simetría y doctrinas de la diferencia. Las doctrinas de la simetría parten de la idea que no existe entre los sexos ninguna diferencia que sea relevante para el derecho y esto se traduce en dos posturas: la asimilacionista y la andrógina. Las doctrinas de la diferencia parten de que hombres y mujeres están asimétricamente situados en la sociedad y el derecho debe corregir esta situación. Se subdivide en varios planteamientos: la de los derechos especiales, la de la acomodación, la del *empowerment*... GARCÍA AMADO: «¿Tienen sexo las normas?, Temas y problemas de la teoría feminista del derecho», *Anuario de filosofía del derecho* IX, 1992, pp. 187-202. Como veremos más adelante esta simplificación puede llevar a confusiones porque no todo feminismo de la diferencia es feminismo no-ilustrado.

<sup>5</sup> BARTLETT, K. T., «Feminist legal Methods (1990)», en *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, K. T. BARTLETT y R. KENNEDY (ed.), Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1991.



derecho no consigue tomar en consideración las experiencias y valores que, por las razones que sea, parecen más típicas de las mujeres que de los hombres; o cómo los estándares y conceptos legales existentes suponen una desventaja para las mujeres». También significa examinar si el derecho puede ser una de las estructuras que configura la diferencia de género. Se trata de ver si el derecho contribuye en la construcción de la diferencia políticamente significativa cuando se trata de una diferencia de sexo.

En última instancia, como indica Pitch <sup>6</sup>, implica decantarse por una u otra solución: «¿debemos (y podemos) deconstruir el sujeto de derechos masculino a través de las políticas basadas en el principio de igualdad, o bien a través de políticas que tienden a construir un sujeto de derechos femenino?». Como Bartlett, Pitch parte de la asunción que el derecho es masculino, o mejor, que el sujeto de derechos es masculino. Pero deja la puerta abierta para construir un sujeto femenino y, ésta sí: la cuestión para los estudios feministas del derecho está en construir un sujeto sexuado femenino (feminismo de la diferencia) o deconstruir un sujeto de derecho masculino sin construir sujetos opuestos por razón de sexo (feminismo de la igualdad).

A nivel teórico (básicamente la *Feminist Jurisprudence* anglosajona) se han desarrollado varias posturas que se pueden reunir en dos grupos principales <sup>7</sup>: la doctrina de la simetría y la de la diferencia <sup>8</sup>. Estos distintos planteamientos teóricos se han traducido, en el campo de la sociología jurídica, en tres perspectivas de estudio y tres tipos de investigación. C. Smart <sup>9</sup> identifica las tres etapas del siguiente modo:

*El derecho es Sexista*: el punto de partida de este enfoque era que el derecho, en la práctica, ponía a la mujer en desventaja de varias maneras: «asignándoles menos recursos materiales (...), o juzgándolas con estándares distintos o inapropiados (...) o denegándoles igualdad de oportunidades; o no reconociendo los daños causados a las mujeres al dar ventajas a los hombres» (Smart, 171). La idea subyacente era que el derecho tenía un problema de «percepción» que se solucionaría si

<sup>6</sup> PITCH, T., «Femmes dans le Droit, femmes hors du Droit?, Justice sexuée, droit sexué», *Déviance et Société*, 1992, vol. 6, núm. 3, pp. 263-270.

<sup>7</sup> EN GARCÍA AMADO, «¿Tienen sexo las normas...?», p. 35, nota a pie de página (33).

<sup>8</sup> Esta clasificación puede llevar a confusiones. El feminismo Ilustrado no se identifica necesariamente con la doctrina de la simetría, del mismo modo que la doctrina de la diferencia no se identifica únicamente con los planteamientos del feminismo radical de la ética del «care». Cuando Campillo, por ejemplo, habla del feminismo de la diferencia parece identificarlo única y exclusivamente con el feminismo más radical. Creo que la distinción entre uno y otro feminismos debe hacerse en relación a los fines que se propone, es decir, en relación a la construcción o no de un sujeto de derechos sexuado, más que en el punto de partida. Que se parta de la asunción que hombres y mujeres están asimétricamente situados en la sociedad no significa que se tengan que ensalzar o esencializar las diferencias. De hecho, desde mi punto de vista, sólo un planteamiento que parta de la desigualdad –que no de la diferencia– puede trabajar por la igualdad de una manera coherente.

<sup>9</sup> SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en *Mujeres, derecho penal y Criminología*. Elena Larrauri (comp). Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1994.

todos los hombres y mujeres fueran tratados igual. La inclusión (física) de la mujer en la esfera jurídica junto con algunos cambios legales eliminando la discriminación jurídica formal, transformaría por completo la situación de la mujer. Se realizaron entonces dos tipos de estudios: «mediante la utilización de técnicas elementales de sociología, se cuantifican ciertas intervenciones jurídicas en relación con las mujeres, o en relación a la presencia de éstas en la profesión»<sup>10</sup>.

El problema que plantea este tipo de enfoques es doble. Primero, que simplifica la cuestión de la relación mujer-derecho: más mujeres = menos sexismo. Segundo, que «el significado de la diferenciación tiende a sobreponerse al significado de la discriminación...: en el derecho las mujeres están mal tratadas porque son tratadas de forma diferente que los hombres» (Smart, 172).

Estos estudios se basan en las teorías que hemos identificado como doctrina de la simetría. La respuesta a la cuestión de si se debe crear un sujeto de derechos sexuado es casi irrelevante. No se trata siquiera de deconstruir el sujeto de derechos actual porque éste, desde esta perspectiva, no es masculino.

*El derecho es Masculino:* A partir de la observación empírica de que la mayoría de legisladores, jueces y abogados son hombres, se llega a afirmar que los valores y las prácticas recogidas por el derecho no necesitan ser sostenidas por el *referente biológico hombre*, sino que están ya integradas en el derecho y forman parte de él. Valores que se presentan como neutrales, universales y sin género, son en realidad masculinos. El hombre es el referente no cuestionado<sup>11</sup> y el derecho es una máscara bajo la cual se perpetúa la dominación<sup>12</sup>. El género, como dice Mackinnon<sup>13</sup>, no es una cuestión de diferencia sino de dominación. Así se concluye que «insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad significa insistir en ser juzgado bajo valores masculinos» (Smart, 173). Los trabajos realizados bajo esta perspectiva se esforzaban en mostrar cómo excluye el derecho nociones que estarían vinculadas a las mujeres como el valor «del cuidado» *-ethics of care-*; la exclusión de expe-

<sup>10</sup> BODELÓN, E., «Genre et Droit». Ponencia presentada en la II École Thématique d'études socio-juridiques-CNRS; Vaucresson, marzo de 1997.

<sup>11</sup> Este tema lo ha tratado en profundidad Martha Minow en relación no sólo con las mujeres sino también con otros grupos (minusválidos, etc.). (Minow, M: *Making all the Difference: Inclusion, exclusion and American Law*. Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1990). Minow se centra en el carácter relacional de las diferencias y en cómo la sociedad elabora estas diferencias así como el tratamiento que reciben por parte del derecho. Llega así a enunciar el «dilema de la diferencia»: ¿Cuándo tratar a diferentes de manera diferente es enfatizar sus diferencias y cuándo tratarlos igual a pesar de las diferencias enfatiza las mismas? El problema es que el trabajo de Minow es muy abstracto y no construye ni define una estrategia de acción.

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, M. I. YOUNG, *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1991.

<sup>13</sup> «But if gender is an inequality first, constructed as a socially relevant differentiation in order to keep that inequality in place, then sex inequality questions are questions of systematic dominance, of male supremacy...», K. MACKINNON, «Difference and Dominance», p. 89. En *Feminist Legal Theory. Readings...* Mackinnon utiliza sexo/género indistintamente.

riencias no masculinas; las reglas de toma de decisiones supuestamente objetivas...

El problema de este enfoque radica en la esencialización de las diferencias y en la creencia de que el derecho siempre oprime a las mujeres. También implica que hay un sólo tipo de mujer, que es blanca y de clase media; agudiza estereotipos y oculta las experiencias de otras mujeres. Otras formas de diferenciación pasan a ser «variables» de un modelo estándar de mujer. Este enfoque se apoya en algunas teorías insertas en la doctrina de la diferencia. La respuesta a «la cuestión» de las mujeres en el derecho es crear un sujeto sexuado femenino por oposición al masculino ya existente.

*El derecho tiene Género:* Smart nos advierte que el paso de considerar el derecho como masculino a considerar que el derecho tiene género es muy sutil y no supone un rechazo total del anterior planteamiento. Si el derecho es masculino, entonces tiene que ser unitario y servir a los intereses masculinos. Si el derecho tiene género, podemos «pensar el derecho en términos de procesos que trabajan de manera variada y en los que no hay una presunción inexorable de que, haga lo que haga el derecho, explota a las mujeres» (Smart, 175). Los estudios desde este enfoque intentarán desvelar cómo el derecho da una versión de la diferencia y cómo colabora en su creación. Smart sostiene que desde esta perspectiva «podemos analizar el derecho como un proceso de producción de identidades fijas, en vez de analizar simplemente la aplicación del derecho a sujetos que ya tienen género» (Smart, 177).

Aparentemente desde esta perspectiva no se contesta a «la cuestión» de la mujer en relación al derecho. Es cierto que no se sostiene «una versión precultural de la mujer sobre la cual mediríamos las deformaciones del patriarcado» y no se prevé «lo que serán las mujeres cuando se supere el patriarcado» (Smart, 176). Parece por tanto que no construye un sujeto ni sexuado ni no sexuado: sólo deconstruye un discurso, el jurídico.

Pero el plantear si el derecho es un elemento «de ingeniería del género», y por extensión, de creación de otras diferencias políticamente relevantes en el seno de una comunidad permite empezar a buscar «un enfoque de sistema único y no de sistemas duales en los que se trataría separadamente el dominio de clase y el de género <sup>14</sup>», cabría también añadir otros tipos de dominación, como la étnica. Tiene la ventaja de no argumentar partiendo de la dicotomía hombre/mujer y, por tanto, permite estudiar casos de *interseccionalidad*, como los ha llamado Crenshaw <sup>15</sup>, es decir, casos en los que no se da una sola diferencia políticamente relevante sino varias (mujeres negras en USA, o inmigrantes en Europa). Esta versión de los estudios feministas del

<sup>14</sup> N. Fraser, citada por Campillo, p. 116. Fraser, junto con Benhabib han desarrollado teorías que se insertan en la noción de «Feminismo como crítica» que defiende Campillo.

<sup>15</sup> CRENSHAW, K., «Demarginalizing the intersection of race and sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», en *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, K. T. BARTLETT and R. KENNEDY (ed.), Westview Press, Boulder, San Francisco, Oxford, 1991.

derecho integra la crítica hecha desde la *Black Feminist Jurisprudence*, al rechazar la unidad de experiencias de las mujeres respecto al derecho. Desde el momento en que no parte de la «diferenciación absoluta», busca la construcción (aunque no lo haga de manera explícita) de un sujeto de derechos no sexuado, no étnico y no vinculado a una clase. Busca un sujeto de derechos universal en la medida que esto sea posible, y se integra, desde entonces, en el feminismo ilustrado, en el proyecto de «feminismo como crítica» que defiende Campillo.

## EL FEMINISMO COMO CRÍTICA FILOSÓFICA

En la introducción he comentado que entender el feminismo como *crítica filosófica* significa insertarlo en una tradición filosófica determinada –la ilustrada– aportando la perspectiva de género y profundizando en la noción de crítica unida al concepto de libertad. Para Campillo esto significa «explotar» la diferencia entre *la razón como instrumento de dominio* y *la razón como crítica del dominio* y elaborar una teoría de la razón y una teoría de la sociedad que se pretende cambiar. Es decir, la labor del feminismo consistiría, primero, en explicar cuál es la razón sobre la que se basa esta sociedad que se pretende cambiar y, después, elaborar una teoría de la sociedad basada en una nueva razón (no patriarcal, en este caso). Ante la constatación de la desigualdad entre hombres y mujeres, la respuesta feminista debe ser racional, debe estar insertada en una teoría de la razón y debe contener una propuesta emancipadora con respecto a las relaciones de dominio y de poder entre los sexos. Se trata de constatar, por un lado, las limitaciones de sexo de la Ilustración y, por otro, a través de la crítica, profundizar en el proyecto universalista ilustrado para superar las desigualdades sociales existentes entre los dos sexos.

Desde esta perspectiva Campillo traza el entramado filosófico sobre el que trabajar distintas propuestas teóricas *desde el feminismo ilustrado*: Explica las bases sobre las que se asienta e incluso se justifica socio-políticamente, pero sobre todo, teóricamente cualquier feminismo ilustrado y por tanto, por qué y en qué no es admisible el llamado *feminismo de la diferencia*, al menos el vinculado a la ética del cuidado. Esta división dentro del feminismo, como bien apunta Campillo –y también Pitch–, no es estrictamente teórica. Implica una división en los esfuerzos y las estrategias a seguir para alcanzar un mismo fin (en principio, el fin del patriarcado como sistema específico de opresión a las mujeres). El debate entre los dos grandes feminismos no es sólo una cuestión teórica, sino también política, y de ahí la necesidad de insertarlos en un debate no excluyente dentro de las posibilidades que ofrece la misma Ilustración.

Campillo insiste en la necesidad de reconciliación entre feminismos y defiende que «se pueden articular en torno a las nociones de

«crítica» y «libertad», y desde ahí, sería posible el diálogo entre ellos en referencia a una dialéctica entre modernidad y postmodernidad» (p. 24). Para Campillo la noción de crítica toma dos significados: «ser una teoría de la razón en la que se unen conocimiento e interés y ser la autoaclaración de los anhelos y las luchas de una época» (p. 64). Así se concreta el Feminismo como crítica: no sería un planteamiento estrictamente teórico sino también práctico y «liberador». La crítica «introduce la idea de una práctica emancipadora... Crítica se une así a libertad» (p. 71).

Pero ¿en qué consiste la reconciliación que propone Campillo? En reconocer o en mostrar que el *feminismo de la diferencia* también forma parte del *ethos* de la modernidad, de la Ilustración «en la medida en que son discursos que se articulan alrededor de las nociones de crítica y libertad» (p. 95). Es decir, constata que *el feminismo de la diferencia también está vinculado* a los postulados y la tradición filosófica Ilustrada, sólo que dirige sus críticas erróneamente: «no se debe cuestionar la universalidad de la razón, sino que sea una universalidad patriarcal y totalizadora» (p. 83). El feminismo de la diferencia, por tanto, apunta al objetivo que no debe y, es más, cuestionando la universalidad de la razón, la mata.

La propuesta concreta de conciliación consiste en la idea de que el feminismo (unos y otros) se reapropie de «el universalismo democrático de la Ilustración» (p. 95); y deje de criticar «lo masculino» para criticar «lo patriarcal». Esto supone rechazar esencialismos de uno y otro género y dejar de lado la contradicción que sufre el feminismo de la diferencia (si la razón es masculina y no universal, si la mujer es sentimiento y no razón; entonces el feminismo no puede razonablemente hacer propuestas de cambio; ni puede, desde la razón, criticar la razón masculina o patriarcal). En este sentido, Campillo repite una y otra vez que no se trata de elaborar una razón femenina frente a la masculina, sino de elaborar una teoría de la razón humana; que no se trata de sustituir un dominio masculino por otro femenino.

La estrategia de conciliación no se traduce en absorción o anulación del feminismo de la diferencia, aunque la superación de la diferencia teórica parezca pasar necesariamente por la transformación de un feminismo de la diferencia en un feminismo igualitario. Se trata más bien de reconducir el feminismo de la diferencia a la noción de crítica, y una vez insertado conscientemente en la tradición Ilustrada, reconociendo el universalismo de la razón, discutir sobre el proyecto emancipador a llevar a cabo por el feminismo. Pero eso no significa renunciar del todo a los postulados del feminismo de la diferencia, ni aceptar del todo los postulados del feminismo igualitario, sino buscar un feminismo medio. Del mismo modo que en los estudios sobre el derecho se puede tomar una postura que parte evidentemente de la asimetría social entre sexos y entre otras diferenciaciones, sin renunciar por ello ni a la universalidad de la razón ni a un proyecto igualitario emancipador, el feminismo teórico puede hacerlo desde la Crítica. La recepción de la Teoría Crítica por parte del feminismo, como recoge Campillo, se

ha realizado sobre todo desde la filosofía política, y la ha desarrollado, entre otras Seyla Benhabib <sup>16</sup>.

Benhabib entiende que el feminismo debe por un lado, explicar los mecanismos de opresión a las mujeres y por otro, articular una crítica emancipatoria y utópica de nuestra sociedad. Benhabib defiende que «que quienes entienden que la emancipación de la mujer es esencial para la liberación humana» –los y las feministas– deben «analizar, criticar y cuando sea necesario, sustituir las categorías tradicionales de la filosofía moral para contribuir a la emancipación de la mujer y la liberación humana» (Benhabib, 77). La crítica que ella realiza se centra en las «universalistic moral theories» (teorías morales universalistas) : desde Hobbes a Rawls estas teorías son *substitutionalist* (Benhabib, 81). Es decir, el universalismo por ellas proclamado toma como referente las experiencias de un grupo (hombre blanco propietario o con una profesión) y las presenta como paradigmáticas de «lo humano». Estas teorías parten del «otro generalizado <sup>17</sup>» y requieren que «veamos a cada individuo como un ser racional titular de los mismos derechos y obligaciones que nos gustaría «disponer» a nosotros mismos». Nuestra relación con los otros, en esta línea de argumentación, se rige por las normas de «igualdad formal y reciprocidad: cada uno puede esperar de nosotros lo mismo que nosotros de él/ella» (Benhabib, 87). Benhabib entiende que lo que queda apartado de tal razonamiento (del universalismo sustitucionista) son las diferencias de identidades entre individuos (no sólo de género, sino cualquier identidad). Su propuesta concreta consiste en tener en cuenta estas diferentes identidades; las diferencias son el punto de partida para la reflexión y la acción porque el universalismo «no es el consenso ideal entre individuos ficticiamente definidos –*ficticiously defined selves*–, sino el concreto proceso político y moral de lucha entre individuos concretos por conseguir su autonomía». Propone, así un *universalismo interactivo* consistente en tomar como punto de partida la posición del «otro concreto». Este cambio del otro generalizado al otro concreto supone que empecemos a pensar que cada ser racional es un individuo concreto, con una historia, una identidad. Nuestra relación con el otro concreto se basa en «la equidad y la reciprocidad complementaria: cada uno puede... esperar de los otros formas de comportamiento a través de las cuales los otros se sientan reconocidos como individuos concretos con necesidades específicas y capacidades...» (Benhabib, 87). Esta teoría, subraya Campillo, se inserta en el feminismo como crítica: «El otro concreto es un concepto crítico que designa los límites ideológicos del discurso universalista; no es una distinción prescriptiva sino crítica» (Campillo, 120).

En relación directa con esto último y para concluir, se trataría de ver si el *feminismo como crítica*, al igual que se ofrece como instru-

<sup>16</sup> BENHABIB, S., «The concrete and generalised other: feminist theory and the Kohlberg-Gilligan controversy. Feminism and Critique» en *Feminism as Critique*, S. BENHABIB and D. CORNELL (ed.), *University of Minnesota Press*, Minneapolis, 1987.

<sup>17</sup> Este «generalised other» no se identifica con el concepto desarrollado por H. G. Mead, como la misma Benhabib explica.

mento adecuado para terminar con un determinado sistema de opresión o de dominación que es el existente entre los sexos, podría contribuir a eliminar *otros sistemas* de opresión.

Si se considera que el feminismo tiene que encontrar la forma para que «la apelación a la universalidad no signifique la eliminación de la diferencia» –feminismo igualitario– y que «la afirmación de lo particular no signifique eliminar la universalidad» –feminismo del *care*– (Campillo, 82), el feminismo –como crítica– puede servir para abordar otras desigualdades sociales y, es más, en mi opinión, el feminismo debe hacerlo. Puede hacerlo desde el momento que la tarea para el feminismo consiste en elaborar una *teoría de la razón humana* (y no vinculada a uno u otro sexo) y *un sistema social acorde con esa universalidad*. Por ejemplo, la teoría del «otro concreto» que acabamos de ver, no parte de la dicotomía hombre/mujer y permite, por tanto, tener en cuenta también «otras diferencias». El trabajo de Benhabib es una crítica más amplia al liberalismo y al individualismo; no se limita a «la cuestión de las mujeres», sino que tiene repercusión sobre otros grupos: su crítica va dirigida a la pretensión de universalidad de los derechos.

Debe hacerlo, no porque la única óptica desde la que se puede analizar la desigualdad social sea la feminista, que no lo es, sino porque toda propuesta feminista debería ir más allá de la dicotomía hombre/mujer; se trata, como afirma bell hooks<sup>18</sup> de que cada individuo comprometido con el feminismo «adquiera una consciencia política crítica» en lo que respecta todo tipo de opresión, porque el feminismo «debe ser un movimiento para erradicar la ideología de la dominación que se infiltra en varios niveles de la cultura occidental». Y, en este sentido, sí estarían unidos feminismo, crítica y libertad.

---

<sup>18</sup> BELL HOOKS, «Feminism: a movement to end sexist oppression», en *Feminism and Equality*. Edited by A. Phillips, Basil Blackwell, Oxford, 1987, p. 69.

## Respuesta al comentario de Ruth Mestre sobre *El Feminisme com a crítica*

Por NEUS CAMPILLO

Universitat de València

La crítica de Mestre tiene una virtud inicial y es el estar realizada desde el derecho. Siendo el libro una reflexión filosófica sobre la crítica feminista es cierto que aparecen cuestiones relativas a los problemas tratados en el derecho, como la igualdad, la ciudadanía etc., sin embargo, se abordan de diferente manera a como pueda hacerse desde el derecho. Por ello es interesante comprobar cómo se concretan en el derecho las mismas cuestiones que se analizan en el libro de forma general.

En su comentario considera Mestre que el libro contiene una teoría del derecho y una teoría de la igualdad. Pienso que habría que hacer aquí una aclaración inicial sobre el uso del término «teoría» porque no creo que se esté usando de manera apropiada. Si se refiere a que hay implícita una concepción de la igualdad y del derecho eso es completamente cierto. Hay una concepción de la igualdad bastante explícita y, aunque esto es algo que sólo después del comentario de Mestre he podido comprobar, otra del derecho. Pero esas concepciones no forman en el libro una teoría ya que para ello se necesitaría construir un sistema articulado de cuestiones que conciernen al feminismo y no es ése el caso. Sí que hay una reflexión, que se puede llamar metateórica, porque precisamente es sobre diversas teorías feministas y sobre concepciones filosóficas concernientes a las relaciones entre varones y mujeres. El comentario recoge y subraya, a la vez, otro aspecto con el que estoy completamente de acuerdo: la búsqueda, por parte de la autora, de criterios específicos de la crítica feminista. Mi interés en indagar en lo específico del feminismo es visto en el comentario de manera clara. Ahora bien, para mí es una investigación no cerrada aún,



porque el debate feminista pone de manifiesto, de forma controvertida, qué es lo específico del feminismo. Sin embargo, una cosa está clara, no hay que buscar lo «específico» en ninguna característica de las mujeres: sino que hay que buscarlo en la forma de la crítica que se ha realizado y se realiza desde el feminismo. Es en ese sentido en el que se produce una investigación teórica y no ontológica ni antropológica sobre la diferencia sexual.

Volveré posteriormente sobre todas estas cuestiones generales respecto de la valoración y clasificación de mi propuesta. Entraré ahora en las cuestiones de detalle, que son muchas y muy interesantes, en el comentario de Mestre.

Para empezar, la cuestión de la utilización del término sexo género. En efecto, tal y como ella dice, en el libro he utilizado indistintamente ambos términos. La razón es la siguiente: No está clara la utilización de la diferencia sexo-género en este momento en los discursos feministas. Por una parte, sí que se mantiene la distinción que se utilizó en las investigaciones psicológicas de Stollen (1968) entre sexo, para referirse a los aspectos anatómico biológicos: naturales, y género para referirse a los aspectos construidos social y culturalmente. Se utiliza la distinción en la investigación psicológica sobre problemas de identidad de género y en las investigaciones sobre las relaciones de género. Pero, dentro de las distintas concepciones del feminismo, se utiliza más indistintamente. La razón es que se ha cuestionado [Judith Butler (1991), Donna Haraway (1995)] la distinción como tal sobre la base de considerar que no se puede hablar de sexo como algo natural, porque todo lo referido al sexo ha sido construido social y culturalmente y porque se cuestiona el dualismo naturaleza-cultura. Desde estas posturas, que podemos calificar de constructivistas y posmodernas, se considera que el sexo es ya algo construido y que no habría *reducto natural-biológico*.

El problema de utilizar el término género también se refiere al de considerar un universal genérico rechazado por el feminismo posmoderno, lo que también está en discusión. Por lo tanto hay momentos en los que sí que es pertinente hacer la distinción pero se puede hablar de sexo-género citando los dos términos para dar cuenta de que, sin entrar en qué *status* tenga cada uno de los términos, se está hablando de lo que se refiere al sexo y al género aunque se pudiera decir exclusivamente sexo o exclusivamente género de no aceptar que se distinguieran.

Pasaré ahora a la cuestión central que desarrolla Mestre en su comentario, en qué medida el libro puede incidir en las cuestiones problemáticas de los estudios de derecho. Hay también otro aspecto, el que se refiere a las posibilidades de la propuesta feminista para cuestiones que se refieren en general a la lucha por los derechos, que veré posteriormente.

Intentaré también responder a la crítica de que se echa de menos una reflexión expresa acerca de qué se entiende por igualdad.

1. Los estudios de derecho y la teoría feminista. El acercamiento de Mestre al problema de la teoría capta muy claramente la interrelación que me propuse poner de manifiesto. Es decir, por un lado, intro-

ducir la idea de que en cada especialidad, o disciplina, el feminismo cambia las coordenadas teóricas de la disciplina y, por otro lado, la idea de que el desarrollo de la teoría en el feminismo da lugar a distintos feminismos. Dicho de otra manera, los feminismos generan diferentes formas de abordar el problema de las normas y de los principios morales y políticos que se proponen para cambiar la sociedad desde la hegemonía masculina y, además, en las investigaciones concretas, también se incide de forma distinta en cada una de las disciplinas.

Mestre aplica esta reflexión a lo que ocurre en el derecho con lo que se puede ver de qué manera es cierta, o no, con el ejemplo concreto de una disciplina que es crucial en el problema del feminismo, sobre todo desde la perspectiva en la que me sitúo ya que, como he dicho, no es una indagación antropológica ni ontológica sobre las mujeres ni la diferencia sexual, sino una reflexión sobre las mujeres como sujeto político y moral y sobre la ciudadanía.

Comienza Mestre con la distinción de García Amado siguiendo a Littleton, entre doctrinas de la simetría y doctrinas de la diferencia. La doctrina asimilacionista implicaría que no fuera relevante la diferencia sexual para el derecho de manera que entre hombres y mujeres no habría ninguna diferencia que tuviera que contemplar el derecho. Y, aunque no recoge las diferencias entre una postura asimilacionista y otra andrógina, es de suponer que la asimilacionista implica una asimilación de lo femenino en y por lo masculino.

Mientras que la postura de la asimetría partiría de considerar que hombres y mujeres están asimétricamente situados en la sociedad como consecuencia de lo cual se hablaría de derechos especiales, de acomodación, de autorizar a las mujeres a hacer algo, etc. Pienso que esta distinción analítica se produce respecto de una clasificación de las distintas posturas que en el derecho se toman para abordar el problema de la desigualdad. Lo que habría que ver es si, a su vez, pretenden algo. Quiero decir que habrá que ver si mediante la postura de negar diferencias, considerando que las asimetrías entre los sexos no son relevantes para el derecho, se llegan a afianzar las asimetrías que hay, a neutralizarlas, o, a eliminarlas. Y, por la otra parte, si se considera que hombres y mujeres están asimétricamente situados en la sociedad y eso es relevante en el derecho, la pregunta que se puede hacer es si derechos especiales, o el autorizar a las mujeres a hacer algo, etc., van encaminados a conseguir que no exista esa asimetría.

Mestre apunta que todas estas distinciones, que ella califica de simplificaciones, llevan a confusiones, una de las cuales es considerar todo feminismo de la diferencia como no ilustrado. Yo diría que también pueden llevar a considerar el feminismo Ilustrado como una propuesta andrógina o asimilacionista, lo que no es, en absoluto. Por lo tanto, es muy importante en cada momento matizar de qué se está hablando. Por lo que habrá que ver si, cuando se habla de simetría y se considera que no hay diferencias relevantes para el derecho, si se está abogando por la igualdad o, al contrario, por el mantenimiento de las asimetrías existentes social y políticamente. No me queda claro si es una doctrina que

defiende que hay situaciones sociales y políticas asimétricas entre los sexos, pero cuya relevancia para el derecho no es pertinente porque eso contribuiría a mantenerlas, o, por el contrario si el no hacerlas relevantes es para contribuir a superarlas. No creo que diga que no hay en absoluto ninguna asimetría social o política. Entonces la cuestión radicaría en la forma en que el derecho ha de tratar las asimetrías para poder eliminarlas.

En la otra perspectiva la cuestión sería si se tienen en cuenta y se consideran relevantes en el derecho para mantenerlas o para eliminarlas. Claro que el problema es que hay algunas que habría que eliminar, por ejemplo, las que implican desventajas, desigualdades, sometimiento, etc. Y otras que habría que mantener, por ejemplo, las que permitieran salir de la situación de sometimiento y de desventajas, por sexo.

Por lo tanto, lo que parece claro es que no puede establecerse una clasificación sin más, sino es a costa de algunos riesgos, riesgos para el planteamiento feminista. Es por ello que resulta tan necesaria la clarificación dentro de los mismos feminismos.

En relación con esta temática Mestre pone el ejemplo de los estudios feministas sobre el derecho. Para ella estos estudios han de significar: examinar si el derecho puede ser una de las estructuras que configuran la diferencia de género, además de mostrar que las normas legales tienen desventajas para las mujeres y que no se consigue tener en consideración sus valores ni experiencias

Su análisis de las perspectivas feministas en la jurisprudencia pone de manifiesto un problema clave, el de la necesidad o no de construir un sujeto femenino como sujeto de derecho. Ése es el punto central del debate feminista en este momento. La pregunta sería: ¿Ha de construir el feminismo en el nivel de las normas jurídicas y en la jurisprudencia un sujeto femenino?, ¿han de ser las cuestiones relativas a las mujeres tratadas desde la asunción de que hay que generizar el sujeto de la norma? Si se considera que las normas han sido generizadas en masculino, y que por lo tanto han servido para el sometimiento de las mujeres, ¿es la solución generizarlas en femenino? Todas estas preguntas se encuentran en las diferentes posturas de la *Feminist Jurisprudence*.

Me parece muy acertada y clarificadora la descripción hecha por Mestre de las posturas, o doctrinas, de jurisprudencia feminista en relación a las consecuencias que están teniendo en la sociología jurídica. A partir de su explicación, voy a tratar de clarificar mi postura respecto de la cuestión del sujeto político y, en la medida de lo posible, del sujeto del derecho en tanto que éste tenga que ver con el sujeto político en relación al feminismo así como con la ciudadanía.

Uno de los problemas en los estudios feministas es que dependiendo de la disciplina en la que se producen aparecen distintos significados de diferencia e igualdad. Pero, además, a eso se une el que los feminismos también entienden de forma distinta la diferencia y la igualdad. Escapar a este problema no es nada fácil porque, o bien se está continuamente haciendo referencia a cómo se entienden los términos en

cada momento del discurso, o bien se prescinde de los matices siempre que no sea necesario introducirlos para poder debatir el tema.

Una primera cuestión es destacar la tesis de que el derecho produce género, o, como dice el comentario, examinar si el derecho puede ser una de las estructuras que configuran la diferencia de género. Esa tesis constructivista creo que es esencial para el problema que nos ocupa porque significa constatar que las relaciones desiguales entre los sexos se configuran social y culturalmente y que, la dependencia de una diferencia biológica no es tan relevante como la construcción normativa que se ha producido. En ese sentido, pienso que las dos asunciones que presenta Bartlet como características de la introducción de la cuestión de las mujeres en el derecho, no considerar sus valores y experiencia y mostrar la desventaja para las mujeres de los estándares legales, se darían precisamente porque la propia configuración del derecho normativiza genéricamente y con la hegemonía de lo masculino.

Ahora bien, ¿quiere eso decir que el sujeto del derecho es masculino? Ahí es donde tengo mis dudas. Desde los estudios feministas hay la tendencia, de la que es difícil escapar, de afirmar que el sujeto es masculino cuando lo que se está diciendo es que las normas favorecen a los varones o que hay desventajas para las mujeres. La consecuencia es que se afirma la necesidad de deconstruir un sujeto masculino y construir un sujeto sexuado femenino. Pero si se precisa la asunción de que el derecho es masculino, en el sentido que estoy diciendo, podemos plantear el problema de otra manera. Lo que hay que decir es que se ha interpretado el sujeto del derecho desde la hegemonía de lo masculino, hegemonía que se ha visto reforzada también desde ahí. Vamos a poner un ejemplo histórico cuya relevancia filosófica he tratado de poner en el libro. El derecho de ciudadanía se configuró como un derecho masculino y se excluyó a las mujeres. ¿Hubieran podido reclamar-se las mujeres también como ciudadanas, apelar a los derechos de las mujeres, exigir el voto y la participación democrática, si el universalismo no hubiera estado en la base del derecho de ciudadanía? Que se pudiera hacer da a entender la coherencia de la tesis que defendemos desde el feminismo Ilustrado crítico con la Ilustración. No creo que la interpretación sesgada que se produjo en el caso de la ciudadanía, del principio universalista, el derecho a tener derechos, pueda invalidarlo. Pienso que es un principio que puede aplicarse a cuantos individuos, o posiciones de sujeto, se contemplen con diferencias que den lugar a asimetrías y desigualdades. O, a asimetrías que dan lugar a diferencias. Sé que todo esto a la hora de concretarlo desde lo jurídico se complica, pero también es cierto que hay que clarificar los términos generales del problema.

Yo partiría de que el sujeto del derecho ha de ser un sujeto de derechos no sexuado. En ese sentido, estaría de acuerdo con dos propuestas filosóficas básicas, una clásica, la apelación al sujeto universal en los términos que se quiera, el sujeto del derecho a tener derechos. Y otra actual, que define la ciudadanía como una «identidad política» no generizada que articularía distintas posiciones de sujeto, una de las cua-

les sería el género (Chantal Mouffe, «Género, Ciudadanía y Política Democrática Radical», en *Las Ciudadanas y lo político*, Edit. Cristina Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid, 1995).

Esto permite tener en cuenta el género, pero también otras diferencias. Se trataría de que la identidad genérica no fuera la que definiera el sujeto de derechos, pero sí que fuera relevante para poder llevar a cabo políticas que se encaminen a cambiar las normas en las que la hegemonía masculina ha sesgado la universalidad en un sentido sexista. La polémica sobre el voto de las mujeres en la Segunda República española sería un ejemplo de cómo se replantean las relaciones de género desde un punto de vista cultural y social, y cómo la ley que aprueba el sufragio femenino produce nuevas relaciones entre los sexos. Otra cosa es que eso sea suficiente o no, ése es otro debate. Pero, se reformulan las relaciones de género porque es posible el voto desde los principios democráticos que se han establecido.

Bien, volviendo a las cuestiones planteadas en torno a la sociología jurídica que se ha producido sobre la *Feminist Jurisprudence*. Comentaré cada una de las tres aproximaciones que Mestre describe, siguiendo a Smart (1994).

En la nota 8, Mestre hace unas precisiones que me parecen importantes y con las que estoy de acuerdo, que el feminismo ilustrado no se identifica necesariamente con la doctrina de la simetría, lo mismo que la doctrina de la diferencia no lo hace con los planteamientos de la ética del cuidado. En ese momento considera que cuando hablo del feminismo de la diferencia parece que lo identifico sólo con el feminismo más radical. Quisiera aclarar de nuevo la cuestión de la utilización de los términos. He procurado en el libro utilizar, en un sentido amplio, los términos de igualdad y diferencia para calificar las posturas feministas. Lo he hecho así porque se trataba de introducir un debate amplio y si se introduce una casuística sobre cada uno de los feminismos, y su forma de tratar la diferencia y la igualdad, llega un momento en que no se podría avanzar en las cuestiones generales. Sí que es cierto que he utilizado el término radical en un sentido que no era el de designar el feminismo radical norteamericano que entronca con el feminismo cultural. Lo que quiero decir es necesario en el debate general y así utilizar a grandes rasgos los términos para poder avanzar.

Volveré luego a su doble afirmación de que: 1, habría que diferenciar los dos feminismos por los fines que proponen construir, o no, un sujeto sexuado; y 2, en que sólo un planteamiento que parta de la desigualdad, que no de la diferencia, puede trabajar por la igualdad.

Los tres enfoques que se distinguen en los estudios feministas del derecho se pueden reagrupar como teorías de la asimetría y teorías de la diferencia. Respecto de la primera que se distingue como: 1. El derecho es sexista y que partiría de la asimetría, hombres y mujeres son tratados de manera asimétrica, se destaca la discriminación y se añade la cuestión del sexismo en el derecho porque sociológicamente hay más hombres que mujeres ejerciéndolo. No sé si mi postura de que el sujeto del derecho no ha de ser generizado entraría en esta concepción.

Insistiría en que para mí se trataría de deconstruir el sujeto de derecho actual, o mejor dicho hacer posible que la producción de género que hace el derecho y que tiene hegemonía masculina, cambie, pero no para que haya hegemonía femenina sino para que haya igualdad. Lo que quiero decir es que desde el derecho se construyen determinadas relaciones de género y lo que el feminismo pretende es construir otras. ¿Cuáles?: Depende del feminismo que se profese porque sí que es cierto que el feminismo de la diferencia puede enfatizar esa diferencia, «ser mujer», «lo femenino para hegemonizar» en las relaciones de género su identidad genérica.

El enfoque que considera que el derecho es masculino y busca un sujeto sexuado femenino es, tal y como dice Mestre un enfoque que generaliza el derecho como opresor de las mujeres siendo la única forma de salir de ahí creando un sujeto sexuado en femenino, un derecho femenino. Y puede ir desde la defensa de la ética del cuidado y otras formas de experiencias femeninas, a la cuestión del dominio sexual de las mujeres. Creo que estos dos enfoques son diferentes porque uno afianza la cuestión de unas cualidades o características de las mujeres y el otro es un enfoque relacional que tiene que ver con el dominio sexual. Ése es el enfoque de MacKinon. La contrapartida en el caso de MacKinon es la construcción de un derecho en el que se acabe con el dominio sexual. El ejemplo de la Ley contra la pornografía que MacKinon propuso en el Estado de Minneápolis ilustraría este planteamiento. Es un debate amplio y difícil para poder tratarlo aquí, pero diré sólo, que vemos cómo aparecen implicados en el tema de si prohibir por ley la pornografía o no, cuestiones relativas a la concepción que se tenga de las relaciones erótico-sexuales, de la concepción conservadora, liberal o permisiva que se tenga de la vida y de la sociedad, para poder calibrar este enfoque. Estaría de acuerdo con ella en que el problema es de dominación y no de diferencia, pero discrepo de las soluciones que propone para acabar con la dominación, entre otras cosas porque no comparto la idea de reducir todos los problemas de la sexualidad a los de la industria de la pornografía. Generalizar en este sentido es excesivo. Ni tampoco que los problemas de las mujeres sean exclusivamente los que provienen de la sexualidad.

El enfoque que considera que «el derecho tiene género», yo diría que sería mejor definirlo como que «produce género». Creo que habría que matizar la definición de Smart. Cuando dice que podemos analizar el derecho como un proceso de producción de identidades fijas, en vez de analizar simplemente la aplicación del derecho a sujetos que ya tienen género, diría que más que producir identidades fijas lo que produce son nuevas formas de relaciones entre los sexos. Es decir, el derecho normativiza las relaciones entre los géneros de manera tal que lo que hace es producir identidades de lo masculino y lo femenino que a su vez se relacionan, entrando en contradicción o siendo congruentes, con las relaciones de género sociales y culturales existentes. En el ejemplo de la Segunda República Española nos encontramos con que, no sólo la cuestión del derecho de ciudadanía, sino las relaciones en el matrimo-

nio, por las cuales y según el derecho Civil la esposa no podía comprar ni vender, etc., sin el permiso del marido, el cambio en las leyes que regulan estas relaciones «privadas» produce sin duda nuevas formas de relaciones entre los sexos. (Ver Mary Nash, *Ciudadanía y Género*, 1997, para todas estas cuestiones).

Cuando Carole Pateman, en *The Sexual Contract* (trad. cast. *El Contrato Sexual*, ed. Anthropos, 1995), pone de relieve que el contrato social pudo realizarse sobre un previo contrato sexual que regulaba el ámbito de lo privado en el matrimonio y la familia de manera que las mujeres cumplían una función genérica determinada en ese ámbito y que los varones pueden pactar entre ellos de tal manera que el ámbito público y el político más específicamente, se regula teniendo en cuenta la exclusión del género femenino, está poniendo de relieve el tema que tratamos aquí. El derecho produce género, produce determinadas relaciones entre los sexos que cambian las identidades genéricas existentes y se puede decir que crean identidades fijas para un determinado momento histórico pero, más propiamente que reformulan las relaciones entre los sexos.

De manera que estaría de acuerdo en que ese enfoque puede proporcionarnos una deconstrucción del derecho y la posibilidad de buscar alternativas que cambien las relaciones entre los sexos.

Hay a este respecto varias preguntas que se pueden hacer. Una de ellas sería: ¿Tiene que formularse necesariamente una concepción del sujeto con identidad genérica para que cambien las relaciones entre los sexos? Creo que el feminismo de la diferencia en sus distintas formulaciones, esencialistas o no, destacando algún punto de vista femenino, tienden a responder que sí. Y responden que sí porque el cambio que se proponen en las relaciones entre los sexos es fundamentalmente para salvar esa diferencia, para poder mantenerla. Dicho de otra manera, la justicia que se busca para eliminar la injusticia no busca eliminar las características del grupo que sufre la injusticia sino que busca su reconocimiento. Ocurre de forma distinta a como se da en el caso de las políticas de redistribución, por ejemplo, la pobreza; no se pretende mantener ninguna identidad, ninguna diferencia. Nancy Fraser ha escrito sobre este problema (*Justice and the problems of recognition*, 1998) de cómo trabajar políticamente, cómo hacer políticas para eliminar las injusticias de grupos que ella llama biunívocos, ya que tienen, por un lado la demanda de eliminar determinadas injusticias y, a su vez, el reconocimiento de una identidad determinada. Aunar políticas de reconocimiento a las de la redistribución sería la alternativa desde esta postura. No se hasta qué punto esta forma de tratar el problema desde la sociología podría ser también, una forma de abordar el problema desde el derecho, en todo caso, pienso que es una vía abierta a tener en cuenta.

Relacionar el problema del debate feminista con las formas de abordarlo desde las diferentes disciplinas creo que es una ventaja pero, como vemos, hay que estar constantemente precisando de qué manera se concreta ese debate en la disciplina en cuestión. En el caso del dere-

cho, por ejemplo, habláis de casos de interseccionalidad para poder tratar un problema de diferencias múltiples. Quizás ésa sea otra forma de exponer el problema al que aludía de considerar a las mujeres sociológica y políticamente como un colectivo biunívoco en el que se produciría la necesidad de tratarlo con políticas que aborden el problema de redistribución, aunque lo que se redistribuyan sean servicios, a la vez que inciden en el reconocimiento de la diferencia.

Ahora bien el problema precisamente radica en la cuestión de qué es lo que hay que reconocer y cuál es la identidad que esta abogando por su reconocimiento. Para aclarar esto comenzaré considerando de qué manera pienso que tendría que abordarse el problema. En primer lugar considero que habría que partir de articular universalidad- género- individualidad. De manera que la universalidad se refiera a los principios generales que establecen el derecho a tener derechos. O, también, que se pudiera definir en términos de «ciudadanía», entendiendo por tal una identidad política que articulara diferentes posiciones de sujeto (tal y como veíamos antes que plantea Ch. Mouffe). El género fuera una, entre varias de las identidades que pueden constituir a un individuo determinado y el individuo fuera «el sujeto» en el que puede tener diferentes posiciones de sujeto. Intentaría a este respecto trabajar articulando universalidad, género e individualidad.

Ahora bien, el problema es que desde el feminismo de la diferencia, en líneas generales, y sea cual sea lo que define esa diferencia, se sitúe el reconocimiento de la identidad genérica funcionando como una base para legitimar el derecho a tener derechos. El derecho a tener derechos sólo desde la universalidad puede legitimarse. Ésa es la base para que todos los individuos de la especie sean considerados como iguales.

¿Cómo puede funcionar la diferencia? Yo diría que al nivel de la necesidad de reconocimiento desde dos perspectivas, una negativa, por medio de la cual la pertenencia a un colectivo con una diferencia como la del sexo-género, sea tratado de forma desigual por su pertenencia al colectivo discriminado, que proviene por el trato desigual del colectivo en su conjunto, y otra positiva, en el sentido de que la diferencia puede articular prácticas políticas que aúnen objetivos de todo tipo, desde poner de manifiesto el trato desigual hasta afirmarse en todos aquellos aspectos y acciones que afirman al grupo y al individuo que pertenece al mismo. Lo que ocurre en ese aspecto es que desde una postura constructivista se dirá que se construye mediante las diferentes prácticas de los grupos lo que constituye la diferencia y con quienes se interrelaciona (clase, raza), mientras que desde una postura de la diferencia sexual (las del punto de vista femenino o de las mujeres) está ya definida por lo que sea, la maternidad, el «soy un cuerpo», estar explotadas sexualmente, la ética del cuidado, etc. Cada postura es más compleja, evidentemente, pero hay que tener en cuenta que, en este punto se trata de considerar cómo funciona. Desde una perspectiva constructivista se habla de posiciones de sujeto para referirse a todo aquello que constituiría lo que llamo el ámbito de la individualidad, o el sujeto individual. Desde el punto de vista del derecho sería en ese ámbito en el que se



canalizarían las cuestiones relativas a lo que sociológicamente llamamos el reconocimiento de las diferencias.

Ahora bien, continúa persistiendo un problema y es que, mientras para el constructivismo la cuestión de la diferencia en la identidad del grupo es cambiante según las prácticas y según las alianzas, en el caso de la postura del punto de vista femenino es, diríamos, esencializada, o no cambian tan fácilmente. Todo ello nos llevaría a cuestiones que tienen que ver con las fuentes de la identidad y del yo, con problemas de concepciones existenciales sobre el sujeto que creo que nos apartarían de la cuestión de las relaciones con el derecho que es el tema ahora.

2. No sé hasta qué punto todo lo que he apuntado clarifica las otras dos cuestiones; la posibilidad del feminismo para las cuestiones de luchas por los derechos, en general. Estoy de acuerdo con Mestre en que el feminismo hace posible que cada individuo adquiera una conciencia política crítica.

Para clarificar este problema voy a tratar de decir algo más sobre la concepción del feminismo como crítica que se concretaría en entenderlo como una actitud que aúna crítica y libertad. Soy consciente de que pueden darse feminismos cuya base sea una forma de vida consistente en el desarrollo de un bien comunitario de las mujeres. Está claro que es una postura que no comparto y si se toma como una postura prescriptiva la rechazo por completo. Pero, incluso estas posturas desarrollan formas críticas de las construcciones históricas de las mujeres, formas de experiencias de las mujeres que no habría que desechar.

Pero, cuando me refería a buscar las formas de establecer una dialéctica entre el feminismo de la diferencia y el de la igualdad lo hacía con referencia a la dialéctica entre modernidad y postmodernidad. En ese sentido pienso que la postmodernidad es también una actitud que recoge los aspectos de crítica y libertad de la modernidad. El diálogo estaría en ver que ya no es posible una concepción de la razón totalizadora y que en su génesis el feminismo se constituyó como una crítica de la razón totalizadora, del universalismo excluyente. Pienso que ésa era una actitud que se construía a partir de la crítica y de la libertad y desde la asunción del propio sexo, desde las mujeres, como colectivo que había sido excluido.

Es cierto que en el feminismo contemporáneo el concepto de crítica no es unívoco (ver Neus Campillo, «El concepto de crítica en el feminismo contemporáneo», en C. Amorós, *Feminismo y Filosofía*, Madrid, síntesis, en prensa). Pero, en todo caso, más que de reconciliación yo hablaría de aunar esfuerzos para, como dice Nancy Fraser, salir de las falsas antítesis y buscar confluencias. O, como dice la propia Mestre, reconducir el feminismo de la diferencia a la noción de crítica.

Y ya, para acabar, sobre la cuestión de la igualdad. Mestre, por una parte, afirma que hay una teoría de la igualdad en el libro y, por otra, que falta una precisión sobre qué entiendo por igualdad. Yo diría que no creo que haya una teoría de la igualdad, porque como decía al principio una teoría requeriría un sistema articulado cosa que no se da. Si hay una determinada concepción de la igualdad, evidentemente, que

creo que no la he explicitado de forma directa porque se requiere toda la explicación que hay en el libro para definirla. No es uniformidad, no es asimilación a lo masculino, tiene más bien que ver con la frase de Hannah Arendt, cuando afirma en *La condición humana* que: *Si los seres humanos no fuesen diferentes no necesitarían del lenguaje para comunicarse y si no fueran iguales no habría manera de que pudiesen relacionarse entre ellos*. No sé hasta qué punto está concepción existencialista de Arendt en la base de la cual está el pluralismo ayuda a clarificar la noción que tengo de igualdad ni tampoco si puede servir en el derecho, pero en todo caso sí que clarifica la postura filosófica que defendería.

Finalmente quisiera agradecer a Ruth Mestre sus críticas y comentarios que me han ayudado a clarificar mi propia postura, que han sido muy sugerentes para el trabajo que desarrollo y que, sin duda, me van a servir en el futuro para ver cómo se traduce en el derecho lo que filosóficamente se puede defender. Creo que es algo fundamental en la teoría y en política feminista.



## Respuesta a Neus Campillo

Por RUTH MESTRE

Universitat de València

Quizá esta respuesta suene a «más de lo mismo», porque realmente son muchos los puntos de acuerdo y unos pocos los puntos de «desacuerdo». Antes que nada quisiera agradecer a Neus Campillo haber aceptado debatir conmigo estos temas.

La respuesta de Campillo es extremadamente interesante por la reformulación y profundización que realiza sobre algunas cuestiones básicas. Sin embargo, hay algunos puntos en los que los distintos enfoques feministas sobre el derecho que, más que servir de instrumento de trabajo, parecen haber creado una mayor confusión. Realmente la crítica vuelve a empezar *brevemente* por la cuestión de «género-sexo», a riesgo de ser repetitiva.

1. Campillo comenta, y lo comparto, que no está clara la utilización de la distinción en los discursos feministas y que en algunas disciplinas sí que se utiliza el término sexo para hablar de cuestiones biológico-naturales y género para «todo lo demás», para lo construido socialmente. También estoy de acuerdo en rechazar el término género si es para considerarlo un universal genérico. Pero, como ella misma dice, se utiliza concretamente en «la investigación psicológica sobre problemas de identidad de género y en las investigaciones sobre *las relaciones de género*» (énfasis añadido). Pues de eso se trata, ¿no? Quiero decir que si lo que se está trabajando son temas que versan sobre las relaciones de género, sea desde la Filosofía, desde la Sociología o desde el derecho, se tendrá que hacer la distinción y más cuando se sostiene que el derecho produce género, produce la diferencia.

Respecto a considerar que todo lo referido al sexo ha sido construido social y culturalmente puede parece tan reductor –e insatisfactorio, todo hay que decirlo– como considerar que todo es biológico<sup>1</sup>.

Evidentemente los límites no están claros, y gran parte del trabajo feminista consiste en ir comiendo terreno a lo que se ha venido considerando «natural» para mostrar su origen cultural y social; pero este mismo planteamiento implica hacer la distinción, con todos los matices que sea necesario. No es que «todo es biológico hasta que se demuestre lo contrario», pero tampoco absolutamente todo, y más cuando entramos en la regulación que el derecho hace de la «diferencia», sea creado y reformulable. Por ejemplo, y sé que es el ejemplo fácil –y quizás el único–, hoy por hoy quienes necesitan que el derecho garantice una baja por maternidad, salvo en casos de adopción, son las mujeres. Y en estos casos habrá que distinguir entre lo puramente «físico» y lo creado. Las seis semanas de parto y post-parto serán de «disfrute» absoluto de las mujeres; el resto del permiso por *maternidad* habrá que trabajar para que tanto los hombres como las mujeres lo pidan; (lo pidan, no que puedan pedirlo porque el derecho ya «permite» que sea el padre quien disfrute de ese permiso; pero socialmente aún no se ha asimilado). Por eso considero que, al menos desde el derecho, la distinción es útil.

Evidentemente, es importante cuestionar el dualismo naturaleza-cultura, pero no en el sentido de negar que son cosas distintas. Hay que negar que la mujer es «natural» y el hombre es «cultural»; la mujer es «sentimiento» y el hombre «razón» porque nuestras «naturalezas» así lo determinan. Pero cuestionar el dualismo naturaleza-cultura no es sólo negar eso y punto. Es cuestionar que sean cosas opuestas e irreconciliables; habría que *trabajar* sobre el significado cultural que se da a «lo natural»; no sustituir una noción por la otra. Habrá que reformular las dos pero no fusionarlas. En otras palabras, cuestionar el dualismo naturaleza-cultura tiene sentido cuando nos referimos al valor que uno y otro concepto tienen en nuestras sociedades, y por tanto a la relación que se ha atribuido a los mismos –ésta sí que es claramente construida–, pero no tiene porqué significar que cuando hablamos de hombres y mujeres digamos que todo es lo mismo, porque entonces la balanza puede ir hacia cualquiera de los dos polos opuestos, y para *algunos* todo será construido y para *otras* todo será natural.

En mi opinión hay que ser consciente de que, como dice Littleton<sup>2</sup>, «the distinction between biological and cultural is itself culturally based», pero no para barrerla de un plumazo.

2. Entrando ya en cuestiones más directamente relacionadas con el derecho intentaré seguir el esquema de Campillo y empezaré por repa-

<sup>1</sup> Si he de decantarme por uno u otro término, y renunciar a la distinción, prefiero decir que todo es género, pero creo que esa solución no soluciona nada.

<sup>2</sup> LITTLETON, C. A., *Reconstructing Sexual Equality* en Bartlett, K. Y Kennedy, R. (comp.), *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*. Westview Press, Bouldu, San Francisco, Oxford, 1991, p. 37.

sar las diferentes doctrinas feministas, para entrar en el sujeto de derechos y ver si el derecho produce género y cómo. Por último retomaré la idea de Campillo relativa a la ciudadanía y la distribución de recursos.

Campillo comenta que lo que hay que preguntar es si las distintas posturas que se toman en el derecho para abordar el tema de la desigualdad pretenden algo. Creo que, por querer simplificar, no he aclarado bien las distintas corrientes.

Siguiendo a Littleton, el «Symmetrical approach» parte de la idea que no existen diferencias naturales significativas entre hombres y mujeres y considera «the two sexes symmetrically located with regard to any rule»<sup>3</sup>. Las asimetrías son el resultado de algunos clichés desfasados que se modificarán con el tiempo. Pero el modelo simétrico no es un ideal a alcanzar sino «the only way to avoid returning to separate spheres ideology»<sup>4</sup>.

Dentro de este «approach»<sup>5</sup>, el modelo asimilacionista defiende que, puesto que las mujeres, si se les diera la oportunidad, realmente son o podrían ser iguales a los hombres, el derecho debe emplazar a las instituciones sociales a tratar a las mujeres como tratan a los hombres, pero no a favorecer que desaparezcan las asimetrías por la «affirmative action» u otra medida similar.

El derecho obligaría al «equal treatment» pero no al «trato diferente». Si se parte, como es el caso de las mujeres, de una desventaja o una situación de desigualdad, el derecho es ciego, mudo y sordo: este modelo de igualdad ignora las diferencias (y las desigualdades derivadas de esas diferencias); no las gestiona ni las «elimina», sólo las ignora. Y por supuesto, no entiende que el derecho pueda de hecho «construir relaciones de género», porque el derecho en sí no constituye ningún problema para la mujer y no es fuente de «conflictos». La mujer se tiene que «adaptar» al modelo del derecho, que resulta ser el actual y por tanto, desde mi punto de vista, masculino (aunque esta corriente no lo entienda así).

El «Dilema de la Diferencia», como lo ha llamado M. Minow<sup>6</sup> («When does treating people differently emphasize their differences and stigmatize or hinder them on *that* basis? and when does treating people the same become insensitive to their difference and likely to stigmatize or hinder on *that* basis?»), no se plantea desde la postura asimilacionista sencillamente porque las diferencias no existen o se hace «como si» no existieran.

<sup>3</sup> LITTLETON, p. 35

<sup>4</sup> *Ídem.*

<sup>5</sup> El modelo andrógino dentro de esta corriente creo que es demasiado «irreal» y abstracto. Se trata de que todo cambie de manera que cualquier persona sea tratada por el derecho, por las instituciones y por las personas como si fuese un andrógino. Habrá que encontrar un punto medio entre «el trato que reciben las mujeres» y «el trato que reciben los hombres» y un punto medio entre «ser mujer» y «ser hombre». No creo que seamos capaces de «pensar» un sujeto así, y es más, no veo porqué para ser reconocido «sujeto» y más «sujeto de derechos» se tenga que renunciar a características individuales y colectivas de género o de otro tipo.

<sup>6</sup> MINOW, M., *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1990, p. 20.

Lo que ocurre es que sí existen desde el momento en que se crean y se recrean y detectamos que además el derecho normalmente no resuelve el dilema de la diferencia de manera que no se estigmatice al «diferente» (de la mayoría, se entiende, o del referente no-cuestionado), sino todo lo contrario. No sé si he aclarado con esto que la doctrina de la simetría al afirmar que no hay diferencias relevantes para el derecho lo que hace es mantener las asimetrías existentes social y políticamente.

Parte del problema de esta postura radica en que no se plantea que «diferencia» no siempre es igual a «desigualdad», y sostiene que para que no haya desigualdades, hay que ignorar las diferencias, y de paso, las desigualdades ahora existentes para que no haya diferencia de trato. No entiende por ejemplo que para que el principio de igualdad sustantiva se realice en algunos casos habrá que tratar de «manera desigual» a los individuos pertenecientes a ciertos colectivos que parten de una situación de desventaja que el derecho, o a través de la acción del derecho, se puede compensar o mejorar.

Barrerre Unzueta <sup>7</sup> recoge las palabras de Ferrajoli a este respecto: «Con la prescrizione dell'ugualanza formale si conviene che gli uomini *devono essere considerati como iguali* propio a prescindere del *fatto* che essi sono diversi....Con l'affermazione dell'ugualanza sostanziale si conviene invece che essi *devono essere il più possibile resi iguale*, e che dunque *non* si debe prescindere dal fatto che si sonno socialmente de económicamente disuguali». Una cosa son las diferencias y otra las desigualdades: Ferrajoli sostiene que los dos tipos de «diversidad» deben ser reconocidas, en el primer caso para ser respetadas y garantizadas; en el segundo, para ser compensadas. La postura asimilacionista entiende por igualdad la igualdad formal, pero no incluye la igualdad sustantiva.

Desde el «Asymmetrical approach» se defiende que las diferencias existen y no deben ser ignoradas, bien para mantenerlas, bien para eliminarlas, depende. Como Campillo observa, ésa es la pregunta: si se toman en cuenta para mantenerlas o para eliminarlas, porque significa incluir dentro del mismo *approach* posturas bien diferentes. Evidentemente se debe a que la clasificación se hace a partir del punto de partida y no del de llegada.

Por tanto, algunas posturas defienden que no se erradiquen, esto es, que se mantengan porque se considera que las diferencias de las mujeres tienen «igual valor» que los caracteres que definen a los hombres; y hay corrientes que defienden que hay que tomar en cuenta las diferencias sobre todo en lo que se refiere al significado de esas diferencias a la hora de acceder a los recursos sociales (en sentido amplísimo), para ir erradicándolas. En esta segunda toma de posición las propuestas vuelven a ser variadas y no todas entrarían en el feminismo como Crítica que defiende Campillo. La propuesta que Littleton, por ejem-

<sup>7</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., «Feminismo y Garantismo : ¿Una teoría del derecho feminista?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IX, Madrid, 1992, p. 83.

plo, hace en el artículo mencionado consiste en determinar como meta para el feminismo que las diferencias sexuales sean «costless», que se podría entender como un «tener en cuenta las diferencias, para erradicarlas». Más que centrarse en «cómo de diferente es una mujer», el foco de atención sería cómo gestionar el hecho social de la asimetría entre los sexos, para que, tanto hombres como mujeres, *a pesar de sus diferencias*, sean tratados como miembros de pleno derecho en sus respectivas sociedades. Sin embargo esta postura tiende un tanto hacia un feminismo de la diferencia: propone que para actividades ya generizadas, se atribuyan los mismos beneficios, sin acabar de cuestionar por qué están generizadas (el ejemplo que ella da es el de la maternidad. Como hemos visto antes, quizá sea el único para el que este tipo de análisis sirva, aunque más que generizada la maternidad, lo generizado es el cuidado de los hijos y de las personas mayores y el trabajo doméstico; y en estos ámbitos me temo que el análisis no sirve). Volvemos a encontrarnos con la diferencia fundamental entre los «dos grandes feminismos»: entre dar prioridad al mantenimiento de las diferencias y desde ellas defender el «igual valor» o dar prioridad a la igualdad y respetar en cada individuo su diferencia.

La propuesta de Campillo de mantener las que supongan salir de la situación de sometimiento y desventajas y eliminar las que implican desventajas no sé si se concretaría con la postura que Littleton llama «Accommodation» y que implica «Symmetry with concessions to asymmetry when necessary»<sup>8</sup>. El problema *–again–* está en ponernos de acuerdo en cuando «is it necessary?», o, lo que es lo mismo, qué medidas implican desventaja y qué medidas no.

Lo mismo ocurre si pensamos considerar a las mujeres un colectivo biunívoco<sup>9</sup>: ¿cuáles son esas diferencias que se *deben* mantener y cuáles las que se deben suprimir?

3. Dentro del *Asymmetrical approach* estarían las corrientes que entienden que el derecho es masculino y Campillo comenta que tiene sus dudas ya que se tiende a afirmar que el sujeto es masculino cuando se quiere decir que las normas favorecen a los varones y producen desventajas para las mujeres. Cuando se dice que el sujeto de derechos es masculino se está diciendo que el individuo que se toma como referente en las normas jurídicas es un hombre y que «las excepciones, las diferencias» son siempre femeninas. Mackinnon dice que la diferencia funciona en dos sentidos pero el derecho sólo recoge uno: las mujeres son tan diferentes de los hombres como los hombres lo son de las mujeres,

<sup>8</sup> LITTLETON, op. cit., p. 37.

<sup>9</sup> Aprovecho para distinguir entre colectivo biunívoco y casos de interseccionalidad. Un colectivo biunívoco, dice Campillo tiene por un lado la demanda de eliminar determinadas injusticias y, a su vez, el reconocimiento de una identidad determinada. Por interseccionalidad yo me refiero a personas que sintetizan dos tipos de «diferencia», pertenecen a la vez a dos tipos de grupos biunívocos (*p. e.*, una mujer gitana: el pueblo gitano sería en sí un colectivo biunívoco; la mujer gitana quizás sea un colectivo biunívoco dentro de su propio colectivo, pero de cara a la «mayoría» es un caso de interseccionalidad de diferencias).



pero, «el otro», el diferente es la mujer; y es «la diferencia de la mujer» la que tenemos que gestionar. No es sólo que el sujeto del derecho se haya *interpretado* desde la hegemonía de lo masculino, es que el sujeto de derechos *se ha creado* desde la hegemonía de lo masculino y en ese sentido se afirma que, al ser *lo masculino* el referente no cuestionado de la norma, el sujeto de derechos es masculino. No es que el sujeto de derechos sea *hombre, biológicamente hombre*, sino que en la medida en que los valores recogidos por el ordenamiento jurídico son valores y situaciones referidas a lo que socialmente es masculino, el sujeto de derechos es masculino. Por ejemplo, cuando se habla de libertad de sindicación ¿en quién se está pensando? En trabajadores, pero no en trabajadoras: el servicio doméstico y la prostitución –oficios casi exclusivamente de mujeres– quedan fuera por completo. Está claro que la norma pretende ser universal y sobre la base de la universalidad pretendida las mujeres pueden pedir su inclusión como titulares de ese derecho, pero eso no significa que ya lo sean o que lleguen a serlo, o que se haya tomado como referente a un sujeto no sexuado.

También tiene que ver en esta afirmación el hecho de que algunas de las experiencias o vivencias de las mujeres no se recojan, no se regulen o se regulen «mal» -por seguir con los mismos ejemplos: el régimen de seguridad social del servicio doméstico es más que deficiente; la falta de regulación o inclusión de la prostitución como trabajo, bien por cuenta propia, bien por cuenta ajena...-. Éstos son algunos ejemplos que ilustrarían porqué se afirma que el sujeto de derechos es masculino, y, posiblemente el solo hecho de admitir, como hace Campillo, que *se ha interpretado desde lo masculino* significa admitir que *es* masculino: interpretando se crea.

4. Por otro lado, afirmar que el derecho crea o produce género va más allá de la afirmación que el derecho regula las relaciones de género.

Estoy de acuerdo con Campillo cuando afirma que el derecho normativiza las relaciones entre los géneros y, al hacerlo, produce identidades de lo masculino y lo femenino. El derecho, en ese sentido, en realidad lo que hace es «recoger imágenes»; más que producir, *reproduce* identidades de género, y desde el momento en que las recoge las estabiliza. En algunos casos el derecho «se adelanta», por así decirlo, a las demandas de la sociedad, pero normalmente lo que hace es recoger «a toro pasado» estas demandas <sup>10</sup>.

Es decir, el derecho reproduce identidades ya creadas a través o por las relaciones sociales y en el momento en que se normativizan estas relaciones, quedan «congeladas», estabilizadas. No sé si esa acción del

<sup>10</sup> Soy bastante escéptica a la hora de pensar que el derecho puede «educar» a la gente; pero es cierto que en algunos casos la sociedad cambia porque ha cambiado el derecho y otros la sociedad es la que cambia el derecho. El caso del permiso de maternidad que comentaba antes sería un ejemplo de cómo el derecho puede «adelantarse» al cambio social y promoverlo (otra cosa es que lo consiga), aunque habría que matizarlo porque ese cambio normativo es el resultado de unas demandas realizadas por grupos de mujeres... También hay cambios jurídicos sin cambios sociales y cambios sociales sin cambios jurídicos...

derecho puede entenderse sólo como «producción de identidades fijas para un determinado momento histórico».

Porque, por otro lado, el derecho, a parte de recoger y regular relaciones, construye sujetos, y en lo que nos interesa, construye *tipos de mujer*<sup>11</sup> y construye a la mujer, por ejemplo, siguiendo lo que he apuntado más arriba, como trabajadora «a medias» o como no-trabajadora aunque trabaje. Esa creación de sujetos sexuados no significa sólo una regulación de las relaciones entre los géneros, a menos que seamos incapaces de pensar la mujer sin relación con el hombre. Significa crear sujetos *subordinados* a través de normas jurídicas.

¿Cómo enfocar todo esto? En mi opinión, el problema, como dice MacKinnon y también Campillo<sup>12</sup>, es un problema de dominación y de subordinación y que, todos los tipos de mujer (la buena y la mala madre; la trabajadora del servicio doméstico, la prostituta, la inmigrante....) que construye el derecho son sujetos subordinados y, en su mayoría, «desviados». Es decir, buena parte del problema de la subordinación-dominación está en la construcción que hace el derecho de *la Mujer*, como «el otro» y, además, «el otro inferior». Con todo esto no se pretende afirmar que el derecho es la principal fuente de subordinación, dominación y discriminación por razón de género. Si así fuese, con cambiar las normas estaría todo solucionado (el derecho sería sexista). Lo que se quiere poner de manifiesto es que el derecho es cómplice de esa subordinación, bien porque produce, bien porque reproduce identidades de género u otras. El derecho, entonces, sería un instrumento más del patriarcado, no el único ni el principal, pero sí uno extremadamente poderoso.

5. Estoy de acuerdo en que no hay que crear un sujeto de derechos sexuado, un sujeto generizado, sino que el sujeto de derechos tiene que poder abarcar «distintas posiciones de sujeto» como explica Campillo. Lo que no tengo claro es cómo lograr ese objetivo y cómo no sesgar de nuevo el derecho a ser sujeto de derechos, que como dice Campillo, sólo desde la universalidad puede legitimarse. Puede que el concepto de ciudadanía de Campillo peca de «individualismo» y quizá ese modelo ya no siga siendo válido: el reconocimiento de diferencias limitado a un reconocimiento puramente individual ha fracasado en mi opinión porque en algunos casos lo que se pide y lo «lógico» sería un reconocimiento de derechos colectivos, aunque no entraré en ese tema.

Articular, como dice Campillo universalidad –género– individualidad, presupone una concepción de individuo determinada; una con-

<sup>11</sup> Carol Smart, en la segunda parte de su artículo «La mujer del Discurso Jurídico» explica cómo se construyó a través del Derecho en la Inglaterra del S. XVIII a la «mala madre» como un tipo de mujer del discurso jurídico, como un sujeto de no-derechos. SMART, C., «La Mujer del Discurso Jurídico» en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*; LARRAURI, E. (Comp.), Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1994.

<sup>12</sup> Como Campillo coincido con Mackinnon en que el problema es de dominación, de acceso y/o ejercicio del poder y no de diferencia, pero, como Campillo, también discrepo de las soluciones que propone Mackinnon para acabar con la dominación.

cepción del derecho en términos de normas universalizadas o universalizables y no queda claro porqué el género vuelve a ser crucial <sup>13</sup>.

Campillo propone una definición de ciudadanía en términos de identidad política que articulara diferentes posiciones de sujeto, entre las que estaría el género. Pero, ¿porqué no pensar en sujetos sin género? ¿Es conveniente/ necesario hacerlo? Si no lo hacemos, ¿no significará de nuevo esencializar diferencias? Es decir, todavía faltaría desarrollar cómo y para qué tener en cuenta esas distintas posiciones de sujeto: participar de la ciudadanía plena *desde* la diferencia, *con* la diferencia, *a pesar de* la diferencia...? A parte del problema que ella misma expone, de determinar qué identidades o posiciones de sujeto habría que tener en cuenta o incluso, ser consideradas como tales.

Leyendo a Campillo puede entenderse dos cosas diferentes sobre un mismo punto. Por un lado, por distintas posiciones de sujeto cabría pensar en distintas adscripciones a grupos de identidad colectiva que van configurando a cada individuo como un «self» pero como un «contextual self»; como alguien contextualizado.

Por otro lado, el ámbito de la individualidad descrito por Campillo recuerda mucho al sujeto de derechos de la teoría liberal y no queda claro cómo dos cosas tan distintas (el ámbito de la individualidad y las distintas posiciones de sujeto –tal y como lo he entendido–) pueden ser lo mismo. Es decir, no queda claro si se trata de una «tercera vía» para reconocer diferencias sin «encerrar» a las personas en nuevas categorías de excluidos. Si es así, habría que ver cómo se reconocen «grupos», manteniendo el derecho a la disidencia de cada individuo.

A pesar de lo dicho, la propuesta de articular diferentes identidades alrededor de una identidad política es una de las líneas de trabajo que habría que seguir –y quizá sea la única–; porque falta hacer «lo difícil», es decir, ver cómo se articula, se refleja o se realiza en la sociedad y en el día a día.

Young <sup>14</sup> propone «institucionalizar» foros abiertos de debate donde los distintos grupos puedan participar en la toma de decisiones desde sus particulares diferencias: «Instead of a fictional contract we require real participatory structures in which actual people, with their geographical, ethnic, gender and occupational differences, assert their perspectives on social issues within institutions that encourage the representation of their distinct voices».

Ésta puede ser una solución para *democratizar la democracia* pero, con todo, parece muy difícil llevarla a la práctica. Este «nuevo contrato social», basado no en una ficción, sino en la participación real y activa de todos y todas parece muy utópico, y plantea además otras cuestiones.

<sup>13</sup> No sé si es importante porque estamos hablando de y desde el feminismo y por tanto de cuestiones de género o si es que el género es una posición de sujeto más relevante que otras y que se tiene que tomar en cuenta. No es una crítica; es una falta de comprensión lo que planteo.

<sup>14</sup> YOUNG, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princenton University Press, Princenton, 1990. Capítulo 4: *The ideal of impartiality*.

Si se basa en la participación directa, será un contrato social en formación continua y no hecho y «firmado» de una vez por todas. Esa interpretación puede que sea la correcta: entender el contrato social, por ficticio que sea, de manera estática es negar, entre otras cosas la dinamicidad de la sociedad que suscribe. Es decir, si la sociedad no es estática y las identidades tampoco lo son, no está claro porqué el contrato social tendría que serlo. Si lo entendemos como un proceso abierto, tiene sentido plantear que se podrían «negociar» las identidades a partir de, o gracias a, la participación de todos en la creación de imágenes, normas y relaciones (bienes simbólicos de una sociedad) y en la distribución de recursos (materiales y simbólicos); distintas posiciones de sujeto entrarían en el juego y negociarían los intereses de y desde sus distintas perspectivas.

Puede que sea la forma para que las distintas posiciones de sujeto, como dice Campillo, encuentren un reconocimiento y una expresión y proyección sociales. Bien, pero ¿cómo? Las cuestiones que suscita este planteamiento, aunque insisto en que posiblemente sea el más acertado, son muchas. Habría que pensar en «dejar la puerta abierta» a nuevas identidades que se puedan crear y/o negociar, es decir, no sesgar el sujeto público de nuevo o impedir nuevos reconocimientos. Habría que hacerlo de manera que se evitara de nuevo la estigmatización de los distintos «grupos» o el encerrar de nuevo a sujetos en categorías y en grupos; habría que pensar también en el procedimiento y el modo de participación, y quizá incluso en los temas a debatir. Plantear si la división público-privado sigue teniendo sentido y si sí lo tiene, para qué y cómo hacer para no jerarquizar de nuevo....

Son muchas preguntas y, por supuesto, sigue abierto el debate. Quisiera, por último, agradecer de nuevo a Neus Campillo sus comentarios, sus críticas y sus preguntas, que me han obligado a repensar y releer muchas ideas que tenía poco maduras y me ha ayudado a avanzar en mi tesis y a definir (me y) mi trabajo.



## Acerca de la indeterminación del derecho (Una vigilia con José Juan Moreso)

Por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Universidad de Castilla-La Mancha

Al parecer, son múltiples las causas que pueden dificultar el sueño de los seres humanos, pero es seguro que la filosofía del derecho no se cuenta entre las más frecuentes. Sin embargo, a pesar de todo, no es impensable que algún filósofo del derecho sinceramente preocupado por su tarea pudiera sufrir un desagradable insomnio si intentara resolver de una vez por todas un problema nada fácil. Me refiero al que suscita la indeterminación del derecho. Como advirtió Hart (1994) en un memorable trabajo, en el panorama iusfilosófico norteamericano la discusión sobre esta cuestión se ha saldado con una polarización de posiciones: la de quienes se han sumido en un «noble sueño» y la de aquellos otros que se han visto dominados por una «pesadilla». Como suele suceder con nuestras representaciones oníricas, ninguna de las dos responde a la realidad, aunque ambas tengan que ver con ella.

Según el noble sueño, el derecho, carente de indeterminaciones, es capaz de proporcionarnos invariablemente nada menos que una única respuesta correcta a las controversias jurídicas. Según la pesadilla, la indeterminación del derecho es tal que ni siquiera resulta posible decir que exista nada parecido a un sistema jurídico como todos habíamos creído. Sólo existiría el derecho en acción, una sucesión de decisiones judiciales y no propiamente un sistema jurídico preexistente a la labor del juez. Las dos situaciones presentan consecuencias embarazosas. Cuando el jurista despierta del noble sueño comprueba resignado que el derecho es sensiblemente imperfecto, que no es tan justo, ni tan completo, ni tan coherente como parecía en su sueño. Cuando el jurista despierta de su pesadilla, entonces respira tranquilo y comprueba que el

derecho, entendido como un sistema jurídico más o menos perfecto, está ahí y funciona pese a sus indeterminaciones.

Como el propio Hart advierte, ambos sueños, a pesar de ser una pura ilusión, tienen mucho que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. Por esta razonable «vigilia», un «constructivismo moderado» (Moreso 1997, 186), atento a las ensoñaciones de los juristas, se inclina explícitamente el último libro del Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Gerona, José Juan Moreso: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*.

Simplificando hasta el extremo la discusión, podría afirmarse que:

i) En el noble sueño, *el derecho lo dice todo*. En consecuencia, como piensa el neiusnaturalismo hermenéutico de Dworkin, «el más noble de los soñadores» (al que cabría añadir un cierto positivismo teórico), la discreción judicial no es necesaria; todos los casos son fáciles (o al menos deberían serlo para un juez sobrehumano que Dworkin denomina Hércules).

ii) Durante la pesadilla del realismo jurídico, *el derecho no dice absolutamente nada* precisamente porque, mediante la interpretación, es posible hacerle decir cualquier cosa. Por eso, toda la actividad jurídica es discreción judicial; todos los casos son difíciles.

iii) Finalmente, con la vigilia, *el derecho no lo dice todo, pero dice algo* y sobre éste hay acuerdo. Por tanto, podemos hallar casos claros y casos difíciles. Existen sistemas jurídicos indeterminados que reclaman en ocasiones una cierta discreción judicial.

La centralidad de este argumento no impide que en este libro se analice una pluralidad de cuestiones de gran importancia en la filosofía del derecho actual. El método que sigue su autor es típicamente analítico, como lo demuestran el interés por las cuestiones lingüísticas, el recurso a los métodos de la lógica y, en general, un elevado grado de rigor y formalización asociado a una ausencia de metafísica en los planteamientos (sobre los rasgos de la filosofía analítica, ver Bulygin 1991a, 379 ss.). El jurista no suele estar familiarizado con este estilo de pensamiento y esto genera una sensación de incomunicación que es lamentable, porque, por su gran calidad, sería deseable que los instrumentos de análisis y los resultados de investigaciones como la del prof. Moreso trascendieran los confines de la reflexión iusfilosófica. En lo que sigue presentaré sólo algunos de los muchos aspectos interesantes de la obra citada, intentaré facilitar y contextualizar su lectura al jurista no familiarizado con estas cuestiones y formularé algunas reflexiones surgidas con ocasión de su lectura. Evitaré el uso de formalizaciones y simbolizaciones lógicas. Esta medida puede conducir a inexactitudes o simplificaciones, pero quizá facilite la comprensión de ciertos planteamientos.

Concretamente me ocuparé, (1) en primer lugar, de una cuestión previa, pero importante en el planteamiento de Moreso: el papel de la lógica en este círculo de problemas. Después (2) me detendré propiamente en las críticas de este autor a la visión de la indeterminación del derecho desde los puntos de vista del noble sueño y (3) del realismo

jurídico. Finalmente (4) me referiré a la concepción del derecho que este autor sostiene y (5) expondré una breves conclusiones.

## 1. ¿ES POSIBLE APLICAR LA LÓGICA AL DERECHO?

Esta cuestión ha sido respondida negativamente por muchos autores, si bien la fundamentación ha sido notoriamente dispar. Aun a riesgo de incurrir en cierta simplificación, quizá sea posible dividirlos en dos grandes grupos: (i) el de los juristas y (ii) el de los lógicos. Los primeros han afirmado que el derecho no tiene que ver con la lógica. Los segundos que la lógica no tiene que ver con el derecho.

(i) Los juristas han rechazado a menudo la aplicación de la lógica al derecho exhibiendo una no muy fundamentada aversión hacia sus métodos. Después de todo, se dice, la mayor parte de los juristas han llevado a cabo su función sin necesidad de conocimientos específicos de lógica y los conflictos y las soluciones en derecho parecen tener más que ver con cuestiones de voluntad, fuerza, sentimientos o interés que con la pura racionalidad de la lógica. El lema de estos planteamientos podría condensarse en una célebre afirmación de O. W. Holmes: «la vida del derecho no ha sido lógica, la vida del derecho ha sido experiencia».

Cuando en los años 50 surge la lógica de las normas de Von Wright, algunos autores (especialmente ciertos teóricos de la argumentación jurídica) reaccionaron en contra. Así la tópica de Viehweg (1986, 54 ss.), un buen ejemplo de esta actitud, proclamó su preferencia por el llamado «pensamiento problemático» frente al «pensamiento sistemático» (*vid.* Atienza 1991, 50). En realidad, este rechazo de la lógica se expresa de muy distintas maneras, pero es frecuente que alcancen un tono muy peyorativo, que parece exagerado y poco fundado: Recaséns (1971, 553) se muestra contrario a lo que denomina «computadoritis» y Toulmin considera *naïf* ciertas aplicaciones de la lógica al derecho (*vid.* Neumann 1986, 27). Por su parte, Perelman (1988, 135 ss.), que sí pretendió trasladar al derecho los estudios del lógico Frege, finalmente desistió de su intento e incluso llegó a considerar que la reconducción de los argumentos jurídicos a silogismos sólo puede provocar una «satisfacción pueril» (Perelman 1988, 11).

El rechazo de la lógica por parte de los juristas parece en muchos casos irreflexivo o al menos poco meditado. La agresividad o el recelo que ha despertado la aplicación de la lógica al derecho probablemente obedezca al temor del jurista a que algún estudioso ajeno a la profesión le arrebatase los dominios de su conocimiento. Un miedo infundado a perder su cuota en el mercado de las ideas jurídicas. En realidad, considerar la lógica como algo totalmente ajeno al derecho es autofrustrante, pues implica rechazar de plano la razón en el derecho, lo que descalifica la propia labor del jurista. En cierto sentido, no existe un



método propio de la lógica, sino que la lógica es el método, a pesar de que su articulación en el derecho no sea fácil. Aparentemente, los límites que la lógica encuentra en el derecho han conducido a una extrema disyuntiva: admitirla o rechazarla totalmente.

Quizá fuera más adecuado matizar este planteamiento tan extremado, como han sugerido las actuales teorías de la argumentación jurídica de Alexy (1989, 213 ss.) y Maccormick (1978, caps. II, V), que admiten los métodos de la lógica en el análisis del razonamiento jurídico, pero al mismo tiempo reconocen las limitaciones de la visión silogística de la aplicación del derecho <sup>1</sup>.

(ii) Los lógicos han cuestionado la posibilidad de una lógica de las normas esgrimiendo argumentos sensiblemente más refinados y menos emotivos. El primer gran problema se origina en que la lógica trata con proposiciones, esto es, oraciones de las que cabe predicar verdad o falsedad. Sin embargo, las normas no son verdaderas ni falsas. La norma expresada mediante el enunciado «¡Cierre Vd. la puerta!» no es verdadera ni falsa. Sí decimos de ella, en cambio, que es *eficaz* si se cumple, *válida* si la emite una autoridad competente, o *justa* si es moralmente correcta (imaginemos que la orden en cuestión proviene de un docente que pretende evitar que unos alumnos próximos a la salida del aula, se resfríen). En consecuencia, la lógica, vinculada a los valores de verdad o falsedad, no podría aplicarse a las normas.

Esta situación nos sitúa ante una disyuntiva aporética, que se conoce como dilema de Jörgensen: o rechazamos la lógica para las normas o bien modificamos la noción de lógica, emancipándola de los valores de verdad y falsedad. El primer cuerno del dilema parece conducir a resultados contraintuitivos y contrarios a la propia idea de *sistema* jurídico, que presupone cierta lógica entre las normas. El segundo cuerno supone la creación de una lógica específica de las normas, una lógica deóntica.

Naturalmente, la adopción de este segundo cuerno del dilema puede seguir varias vías. Alchourrón y Martino (1990) han propuesto enfatizar la idea de consecuencia lógica con el fin de expandir el campo de la lógica también al ámbito de las normas. Sin embargo, Moreso (1997, 24 ss.), frente a tal planteamiento, se inclina por una lógica de las normas que trataría con la eficacia. La analogía entre la noción de verdad en las proposiciones descriptivas y la de cumplimiento en las normas permitiría construir una semántica de las normas a la que aplicar la lógica. En un mundo deónticamente perfecto, «obligatorio

<sup>1</sup> Bajo una cierta perspectiva (pues se trata de una distinción ambigua –REDONDO 1996, 219 ss.–), la adopción por parte de estos autores de la distinción entre justificación interna y externa de WRÓBLEWSKI (1974) supone aceptar la lógica en el razonamiento jurídico (justificación interna), pero al mismo tiempo reconocer las limitaciones de una aplicación silogística del derecho, lo que debe impulsar el intento de colmar esas *lagunas de racionalidad*, ensayando otros criterios racionales en la llamada justificación externa.

usar cinturón de seguridad» significa que todos los conductores lo utilizan; «prohibido fumar» se traduce en que nadie fuma y «permitido fumar» en que al menos un destinatario fuma: «la eficacia es parasitaria de la verdad: una i-fórmula [imperativa] (...) es eficaz si y sólo si su correspondiente d-fórmula [declarativa] es verdadera» (Moreso 1997, 47).

Además del problema básico que se expresa a través del dilema de Jørgensen, se presentan otros inconvenientes serios a la aplicación de la lógica al derecho. Moreso se refiere a (i) la llamada paradoja de Ross (Moreso 1997, 66) y (ii) al problema de las antinomias (Moreso 1997, 72 ss.).

(i) La paradoja de Ross. Como es sabido, las normas suelen representarse como un enunciado condicional en el que el antecedente es un supuesto de hecho y el consecuente una conducta calificada deónticamente. Por ejemplo:

(1) «si un individuo x mata a otro y [antecedente], entonces es obligatorio que x sea sancionado con una privación de libertad por tiempo t [consecuente]».

Lógicamente de «es obligatorio que x sea sancionado con una privación de libertad por tiempo t» puede derivarse «es obligatorio que x sea sancionado con una privación de libertad por tiempo t o que se vaya de vacaciones al Caribe».

Esta consecuencia lógica representa un problema grave para la aplicación de la lógica al derecho porque prácticamente es posible asociar al supuesto de hecho de una norma cualquier consecuencia normativa.

(ii) El problema de las antinomias. Cuando en un sistema normativo nos hallamos con antinomias, entonces podemos derivar cualquier consecuencia jurídica de dicho sistema (*ex falso quodlibet sequitur*). De un sistema inconsistente (falso) puede derivarse cualquier consecuencia jurídica.

En los casos examinados, la cuestión es entonces cómo evitar este efecto de ilimitación de las consecuencias jurídicas de un sistema normativo. La solución pasa por la determinación de cuáles son las consecuencias lógicas *relevantes*. Moreso se adhiere al planteamiento de Schurz (Moreso 1997, 67 ss.), según el cual, en síntesis, sólo son relevantes las conclusiones cuyas variables proposicionales no sean sustituibles por cualquiera otra. En nuestro ejemplo, «es obligatorio que x sea sancionado con privación de libertad por el tiempo t o que se vaya de vacaciones al Caribe» no es relevante, porque vale decir «obligatorio que x sea sancionado con privación de libertad o que se vaya a cenar con Almudena» («o que pasee con Jeromo», «o que estudie empresariales»...). Es, en cambio, una conclusión lógica y relevante: «obligatorio que x sea sancionado con privación de libertad por un tiempo t».

## 2. EL DERECHO LO DICE TODO

Como es sabido, la mayor parte de los sistemas jurídicos continentales *se creen* completos o al menos *quieren hacernos creer* que lo son (es decir, que son omnicomprendivos porque contemplan todos los posibles casos futuros y que son propiamente completos porque determinan una solución normativa para cada uno de los supuestos de hecho que contemplan). Sólo así se explica que, según el ordenamiento jurídico español (arts. 1.7 CC; 11.3 LOPJ, 361 LEC, etc.), el juez no pueda abstenerse de decidir (prohibición del *non liquet*) y que, al mismo tiempo, su motivación deba ceñirse estrictamente al derecho válido. En otras palabras, el derecho debe presuponerse pleno, puesto que el juez debe decidir en todo caso, sin que pueda crear nuevo derecho. Se trata de una ficción, que hunde sus raíces en los propios orígenes del movimiento codificador, y que está llamada a preservar el principio de separación de poderes del Estado de derecho. Tal ficción considera a los jueces órganos meramente aplicadores, técnicos. Pero, como quiera que en realidad el juez sí debe ejercer cierta discreción judicial bajo una ficción de mera aplicación, el resultado tiene algo de paradójico: los órganos jurisdiccionales (en sentido amplio: Tribunal Constitucional, órganos del poder judicial, etc.) que, dada su estricta vinculación al principio de legalidad, aparentemente disfrutan de menor libertad, podrían sustraerse del control de legalidad con mayor facilidad que otros órganos propiamente *productores* de derecho como el legislativo. En este sentido, con razón señala Guastini (1992, 178) que el Estado de derecho está «*incompiuto*». No está *consumado* o *completo*: el control de legalidad corresponde en última instancia a órganos jurisdiccionales. Esto significa que la cuestión de la interpretación del derecho, de la discreción judicial y de la plenitud del sistema jurídico son de la mayor trascendencia para la propia noción de Estado de derecho.

Sin embargo, la teoría del derecho no tiene por qué creerse las pretensiones holistas del ordenamiento jurídico. La realidad es que el derecho, en tanto que obra humana, es falible y puede adolecer, entre otras cosas, de lagunas. Este aserto, aparentemente muy razonable, ha sido cuestionado reiteradamente y se ha negado que el derecho pueda presentar lagunas. Se ha negado, dicho en otros términos, que el derecho «pueda permanecer en silencio». Como sugiere Moreso (1997, 78 ss.), la cuestión puede expresarse aún de otra manera: si ninguna norma de un ordenamiento jurídico dice nada acerca de la conducta de fumar, entonces ¿podemos decir del enunciado «jurídicamente está prohibido fumar»: que es verdadero, que es falso o bien que no es ni verdadero ni falso? Para el análisis de la cuestión Moreso (1997, 133 ss.) refiere una disputa entre Russell y Strawson acerca de las descripciones definidas (*vid.* Alchourrón 1991). El enunciado «jurídicamente está prohibido fumar» sería análogo al enunciado:

(2) «El actual rey de Francia es sabio»

Este enunciado puede no ser verdadero por dos razones:

- a) porque el actual rey de Francia no es sabio
- b) porque no existe en la actualidad un rey de Francia

En el caso a) decimos que el enunciado (2) es falso. En el caso b) decimos que el enunciado (2) no es verdadero... ni tampoco falso (a lo sumo podríamos decir que es falso en un sentido distinto del anterior). Simplemente falta una condición para poder hablar de la sabiduría del rey, que es la propia existencia de un rey en la Francia actual. Como señala Moreso, en el caso de las lagunas, vale este planteamiento. Dado el enunciado:

- (3) «Jurídicamente está prohibido fumar»

Este enunciado puede no ser verdadero por dos razones:

- c) porque existe una norma jurídica que permite fumar
- d) porque no existe ninguna norma jurídica en el ordenamiento sobre la conducta de fumar

En el caso c) diremos que el enunciado (3) es falso. En el caso d) el enunciado (3) de nuevo no parece verdadero ni falso. El derecho simplemente ha guardado silencio y esto significa que nos hallamos ante una indeterminación. No sabemos si el derecho permite o prohíbe fumar. Admitir que esta ignorancia pueda producirse parece muy razonable, pero hay algunos autores que no lo han considerado oportuno. A su juicio, el enunciado (3) debe ser o bien verdadero o bien falso. Según el ordenamiento jurídico, fumar está prohibido (es obligatorio no fumar) o está permitido y no hay más posibilidades y esto presupone que el derecho ofrece siempre una respuesta. El silencio del derecho sería sólo aparente.

Filósofos del derecho tan dispares como Kelsen o Dworkin han sostenido de algún modo la completitud del derecho, porque ambos han tendido a idealizar el derecho: Kelsen con argumentos formales (el principio de prohibición) y Dworkin con argumentos materiales (el derecho está vinculado a la moral, que siempre ofrece una respuesta correcta a las controversias jurídicas). Moreso critica las estrategias de Kelsen, Dworkin y Raz al respecto, si bien en lo que sigue sólo me ocuparé de las dos primeras, que presentan una cierta unidad.

(i) Kelsen sostuvo el principio de prohibición. Según el principio de prohibición, todo lo que no está prohibido, está permitido; esto es, todo está prohibido o permitido. Sobre esta base algunos autores han pretendido que el derecho es pleno, porque cuando no contempla una conducta, se entiende permitida. Moreso (1997, 92 ss.) se sirve de la célebre crítica de Alchourrón y Bulygin (1993, 171 ss.), quienes demostraron que el principio de prohibición es falso o bien trivial.

Para verlo mejor, volvamos al enunciado (3). Si es falso por c), entonces fumar está «permitido en sentido fuerte», porque existe alguna norma jurídica que permite expresamente fumar. Si el enunciado (3) es falso por d), entonces fumar está «permitido en sentido débil» por-

que no hay norma alguna sobre fumar. Si el principio de prohibición dice «todo lo que no está prohibido, está permitido en sentido fuerte», entonces el principio de prohibición es falso, porque no es cierto que siempre que una acción no está prohibida exista necesariamente una norma que la permita expresamente. Esto sólo sucede en los sistemas jurídicos que hayan incorporado expresamente el principio de prohibición tal como acaba de ser interpretado. Si el principio de prohibición dice «todo lo que no está prohibido está permitido en sentido débil», entonces, en efecto, la afirmación se vuelve trivial porque se afirma que todo lo que no está prohibido, no está prohibido. En suma, el principio de prohibición no es válido.

(ii) Dworkin (1994) ha defendido, frente al positivismo, la completitud del derecho, sobre la base de la «tesis de la bivalencia», según la cual un enunciado como (3) es verdadero o falso y *tertium non datur*. En realidad, Dworkin se basa en que los juristas asumen la tesis de la bivalencia, pero entonces, como bien señala Moreso (1997, 99), el argumento de Dworkin se asemeja al principio de prohibición en sentido fuerte. No es necesario que el principio de bivalencia, como el de prohibición, pertenezca a todos los sistemas jurídicos o sea presupuesto por todos los juristas.

Como destaca Nino (1993, 508), Dworkin comete el mismo tipo de error que Kelsen consistente en confundir normas y proposiciones normativas, según advirtieran Alchourrón y Bulygin (Bulygin 1991, 376-7). «Prohibido fumar» expresa una norma que podemos llamar N1 (ni verdadera ni falsa, por cierto). «Existe una norma N1 en el derecho español que prohíbe fumar» expresa una proposición normativa, que llamaré PN1, que es verdadera o falsa, según N1 pertenezca o no al sistema jurídico español. Pues bien, la negación de la norma N1 supone la permisón de fumar, pero la negación de la proposición normativa PN1 no es la permisón de fumar sino sólo la negación de que N1 pertenezca al derecho español. A la negación de una norma la denominan Alchourrón y Bulygin «negación interna». A la negación de una proposición normativa la llaman «negación externa» (Alchourrón/Bulygin 1993, 176).

En el caso de Dworkin el axioma de la plenitud del derecho es particularmente importante porque este autor rechaza la tesis positivista de la discreción judicial. A juicio de Dworkin, el derecho siempre proporciona una respuesta a todas las controversias y además se trata de la única respuesta correcta, fruto de dos dimensiones del derecho: su consistencia con las normas del sistema y su corrección, su adecuación material. El derecho es, pues, fruto de una interpretación («el derecho como integridad») que se asemejaría a un ejercicio literario consistente en seguir con coherencia y buen criterio la narración que, a su vez, es la continuación de la obra de un autor anterior y así sucesivamente formando una «novela en cadena» («*chain novel*») (Dworkin 1992, cap. 7).

Moreso, en cuanto analítico, no puede admitir estos planteamientos decididamente hermenéuticos y en cuanto positivista, que distingue el

derecho que es del derecho que debe ser, del derecho ideal, no puede tampoco admitir como necesaria la confusión del sistema jurídico con una serie de prácticas interpretativas orientadas a un derecho ideal.

Naturalmente, las consideraciones vertidas acerca del enunciado (3) valen para el enunciado:

(4) «Constitucionalmente está prohibida la conducta p»

A pesar de que las consideraciones acerca de la interpretación del derecho y de su indeterminación puedan trasladarse sin violencia al plano constitucional, como bien se demuestra en Wróblewski (1988), lo cierto es que en este ámbito la discusión sobre la indeterminación del derecho genera un interés especial, por la gran relevancia de sus consecuencias<sup>2</sup>. No por casualidad, Moreso (1997, cap. V) en el capítulo conclusivo de su libro, traslada al plano constitucional las categorías analizadas sobre interpretación en los capítulos precedentes de su obra.

### 3. EL DERECHO NO DICE NADA

Hasta ahora, me he ocupado de consignar la crítica que Moreso efectúa desde su vigilia a los nobles soñadores. Es posible que alguien pudiera sentirse tan persuadido por los argumentos en favor de la indeterminación del derecho, como para sumirse en una desagradable pesadilla: puesto que el derecho se halla indeterminado, que los lenguajes naturales son tan imprecisos; en suma, que todo es pura interpretación, entonces quizá el derecho diga tan poco, que un jurista hábil pueda hacerle decir cualquier cosa y, si esto es posible, entonces debemos suponer que el derecho realmente no dice absolutamente nada y no puede ser considerado una guía de nuestras acciones. Sólo podemos intentar predecir qué es lo que los jueces en su momento decidirán. Esta pesadilla se llama realismo jurídico y también *Critical Legal Studies*. Volviendo al símil de la novela en cadena, Dworkin sostiene que, si debemos continuar una novela, ésta ofrecerá información suficiente como para estructurar un único argumento ideal al que podemos acceder con habilidad y buena voluntad. El realismo, en cambio, a la vista de su homónimo, el realismo mágico, se da cuenta de que el curso de una novela puede seguir infinitas historias con el único límite de la fantasía. Pero ¿podemos decir que el derecho es pura fantasía?

Una cuestión que ilustra claramente la argumentación en la pesadilla es el problema *sorites* (Moreso 1997, 108 ss.). Como nuestro autor destaca, se trata de un asunto planteado de antiguo: ¿cuántos pelos debe perder un hombre para ser calvo?, ¿a qué hora precisa comienza la noche?, ¿cuántos granos se necesitan para hacer un montón

<sup>2</sup> El protagonismo de estándares normativos abiertos e imprecisos como los principios constitucionales han impulsado en la actualidad un renovado antipositivismo, por poner un ejemplo (*vid.* PRIETO 1997).

(«soros» en griego)?, ¿cuántos dólares debemos poseer para ser ricos? Los términos vagos como «calvo», «noche», «montón» o «rico» adolecen de una vaguedad que, trasladada al campo del derecho, puede provocar la pesadilla. Alguien que tiene 10.000.000.000 de dólares es rico. Pero también lo es quien tiene 9.999.999.999 y también quien dispone de 9.999.999.998 y así sucesivamente hasta que, finalmente, dada la ausencia de límites precisos podemos llegar a afirmar que quien tiene por todo patrimonio 1 dólar es rico y esta conclusión ya parece más discutible.

La llamada tesis de la *indeterminación radical* (Moreso 1997, 209) presenta unas notables dificultades. Si aceptamos plenamente la argumentación *sorites*, entonces cualquier análisis se torna imposible en nuestros lenguajes naturales. En opinión de Kripke que recoge nuestro autor (Moreso 1997, 210), la gravedad de la cuestión es análoga a la que presenta «el problema de Hume» en el ámbito de la causalidad. El argumento de Hume, como es sabido, sostiene que la relación entre causa y efecto no es necesaria, sino que simplemente refleja un hábito psicológico. Si dejamos caer una manzana, no sería posible probar la cadena de causas que dan lugar a la caída de la manzana. Los nexos causales representarían el hábito psicológico de encontrar unidas en el tiempo y en el espacio una serie de hechos como soltar un objeto y ver que cae al suelo<sup>3</sup>. El hecho de que el planteamiento de Hume no haya sido resuelto satisfactoriamente, ha llevado a hablar de «escándalo de la filosofía» (Von Wright 1987, 58<sup>4</sup>). El hecho de que la paradoja *Sorites* presente difícil solución parece ser uno de los más graves escándalos de la filosofía del derecho. Por esta razón, Moreso explora otras alternativas a la aceptación de *sorites*, como son la construcción de las llamadas *lógicas borrosas*, la exclusión epistémica de la vaguedad y, singularmente, la teoría de las superevaluaciones por la que manifiesta su predilección (Moreso 1997, 121 ss.), a pesar de que presenta alguna incompatibilidad con la lógica de la verdad de la que nuestro autor parte (Moreso 1997, 78 ss.). La teoría de las superevaluaciones insiste en el carácter convencional del lenguaje, que nos permite estipular *precisiones*, intensiones, que definan los límites de los conceptos. Por ejemplo, pensemos en el inglés que subió una colina, pero bajó una montaña en Pfynton Garw:

- i) Precisión 1: una montaña es una cumbre de 900 o más pies.
- ii) Precisión 2: una montaña es una cumbre de 980 o más pies.
- iii) Precisión 3: una montaña es una cumbre de 1000 o más pies.

La extensión del concepto de montaña comprende todos los picos que se hallan a la derecha de la precisión:

<sup>3</sup> «No tenemos otra noción de causa y efecto sino la de ciertos objetos, que *siempre* han estado *unidos* y que en todos los casos pasados se ha visto que son inseparables. No podemos penetrar en la razón de esta unión. Observamos sólo el hecho mismo y vemos que, de la unión constante, los objetos adquieren una unión en la imaginación» (HUME, 1982, 102).

<sup>4</sup> Tomo el dato de GONZÁLEZ LAGIER 1995, 118, 121.

0...600...900...940...950...980...990...1000...1020...1040...

$\updownarrow$              $\updownarrow$              $\updownarrow$   
 prec. 1      prec. 2      prec. 3

Pues bien, dado el enunciado

(5) «The Garth, de 984 pies, es una montaña»

Diremos que (5) es verdadero de acuerdo con las precisiones 1 y 2, pero es falso según la precisión 3. Son superverdadados los enunciados verdaderos bajo todas las posibles precisiones y superfalsos los falsos de acuerdo con todas las precisiones. En este sentido, el enunciado (5) no es superverdadero ni superfalso, porque según unas precisiones es verdadero y según otras falso. Por el contrario, el enunciado siguiente es superfalso:

(6) «para todo n, si una cumbre de n pies es una montaña, una cumbre de n-1 pies también lo es».

Cualesquiera que sean las precisiones, (6) es falso. La invalidación del enunciado (6) supone cancelar la posibilidad de una argumentación *sorites*.

Moreso es, en definitiva, partidario de un *virtus in medio stat* entre el noble sueño y la pesadilla, que continúa la razonable tradición del positivismo de Hart (1994) o de Carrió (1971) en su célebre disputa con Soler (1969). No debemos olvidar que el derecho es una obra humana e imperfecta, pero tampoco podemos negar que existen normas y que funcionan como una guía de comportamiento. Dicho en otros términos, existen casos difíciles, pero también casos fáciles. En cierta ocasión, McCormick, preguntado acerca de la plausibilidad de la distinción entre casos fáciles y difíciles, respondió que en el plano teórico todos los casos son difíciles, porque todos son problematizables, pero pragmáticamente, existen casos fáciles y difíciles<sup>5</sup>. En efecto, diariamente, los juristas se encuentran ante casos que no plantean dudas y otros que plantean dificultades. En este plano pragmático podemos hallar un límite para problemas como *sorites*. Moreso articula la cuestión en el plano pragmático a través de la noción wittgensteiniana de forma de vida («*Lebensform*»). En ella nuestros actos de habla cobran un sentido definido.

Entre las víctimas de la pesadilla Moreso (1997, 212) incluye a Riccardo Guastini. La razón básica consiste en que el profesor genovés sostiene la teoría de que la norma es el resultado de la interpretación y, por tanto, no es posible contemplar un significado verdadero preexistente a la atribución de significado al enunciado normativo por parte del intérprete. Entrar en esta cuestión con cierta profundidad requeri-

<sup>5</sup> El día 21 de mayo de 1992 en el curso de doctorado «Racionalidad y Derecho I», celebrado en el Palacio de Pineda de Valencia a pregunta del prof. Pablo E. Navarro.



ría un espacio del que no dispongo, pero me pregunto si es justo emparejar a Guastini con los autores del realismo o de los *Critical Legal Studies*. Existe un abismo infranqueable entre estas corrientes que, reacias al análisis conceptual del derecho (algo que no existe), usualmente terminan construyendo una psicología o una sociología del derecho (su contexto de descubrimiento) y Guastini, que contribuye al desarrollo de una teoría analítica del derecho (un derecho que existe). Si las apreciaciones de Moreso en este sentido son correctas, entonces cabe imputar a los planteamientos de Guastini una cierta incoherencia, porque desarrollaría una teoría del derecho a partir de entidades que no existen. Sin embargo, quizá el escepticismo de Guastini se explique por el reiterado recurso a instrumentos como la teoría de los actos de habla o de la forma de vida para determinar un cierto cognoscitivism ético como sucede en la teoría del discurso de Alexy (p. ej. 1989, 111, 113, 119, 175) y Habermas (1994), lo cual quizá aconseje ser cuidadoso con este tipo de instrumentos originados por el pensamiento analítico y desvirtuados por teorías de orientación radicalmente opuesta (vid. Betegón 1997).

#### 4. EN SUMA, EL DERECHO NO LO DICE TODO, PERO DICE ALGO. ¿CÓMO SABEMOS ENTONCES QUÉ DICE? ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Moreso adopta la reconstrucción del derecho de Alchourrón/Bulygin (1991, 1993), según la cual, un *sistema jurídico* es un sistema axiomático, compuesto básicamente por un conjunto de normas formuladas (base axiomática) y un conjunto de normas derivadas de ellas (teoremas, consecuencias lógicas). Esto no significa que un sistema jurídico sólo contenga normas. También encontramos definiciones, expresiones de deseos, etc. Para que un sistema normativo (S1) pueda cambiar, ser dinámico, debe hallarse en su base axiomática al menos una norma de competencia, que faculte a alguna autoridad para crear nuevas normas. En caso contrario el sistema no podría cambiar nunca, es decir, sería estático, en expresión de Kelsen (1991, 203 ss.). Sin embargo, desde el propio momento en que se promulga (o se deroga) una norma, estamos alterando la base axiomática y eso significa que estamos modificando también las consecuencias jurídicas que se derivan de ella. Ya no nos hallamos ante S1, sino ante S2. Esto significa que el derecho es un sistema normativo que es sustituido a diario cada vez que alguna autoridad promulga o deroga una norma. Sin embargo, todos tenemos la impresión de que, a pesar de la sucesión de sistemas, S1, S2..., nos hallamos ante el mismo derecho (p. ej. el español) antes y después de la promulgación de una ley orgánica o de la derogación de un simple reglamento. Para resolver esta cuestión, Alchourrón y Bulygin recurren a la noción de *orden jurídico*. Se denomina orden jurídico a la sucesión de sistemas normativos. En suma, un orden jurídico

es una secuencia de sistemas normativos compuestos a su vez de un conjunto de normas formuladas por alguna autoridad (principio de legalidad) y un conjunto de normas derivadas lógicamente de ellas (principio de deducibilidad).

Por ejemplo, decimos que una norma N1 es válida según el derecho español en el momento t1, cuando forma parte del sistema normativo jurídico español Sje1 que pertenece al orden jurídico español Oje en t1. ¿Cómo reconocer el orden jurídico? La respuesta positivista ha sido plural. Algunos de los criterios para identificar el derecho han sido el del mandato del soberano de Austin, la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart. Moreso (1997, 148 ss.), por su parte, reproduce la regla definicional de identificación del derecho propuesta por Bulygin (1991, 263-264): una serie de normas independientes, originarias, identificadas extensionalmente, esto es, N1, N2, N3... que conformarían la primera constitución; a estas normas se añaden las que se incorporen básicamente a través de dos criterios: el de legalidad y el de deducibilidad. Según el criterio de legalidad, pertenecen al sistema jurídico las normas promulgadas según procedimiento y competencia determinados en alguna norma del sistema. Las normas de los sistemas previos derogadas dejan de pertenecer al sistema y aquellas no derogadas siguen siendo válidas. Según el criterio de deducibilidad, también pertenecen al derecho las consecuencias lógicas del sistema.

Sin embargo, las normas que luego aplican los jueces no son siempre las reconocidas por esta regla de identificación. Hay dos ejemplos muy reveladores: la aplicación del derecho derogado a través de una disposición transitoria y la del derecho extranjero a través de las normas de conflicto de derecho internacional privado. El derecho histórico y el extranjero no son válidos, pero son aplicables cuando así lo determina alguna norma válida del sistema (la disposición transitoria y la norma de conflicto).

A la vista de estas dos nociones, pertenencia y aplicabilidad (Bulygin 1991b), cabe establecer un modelo de validez que se identifica con la pertenencia y que recurre a la aplicabilidad como complemento teórico para dar cuenta de dos irregularidades: la aplicación por los jueces de normas no válidas (que no pertenecen al sistema) y la inaplicación de normas válidas (pertenecientes al sistema).

Entre las normas no válidas aplicables que analiza Moreso (1997, 155 ss.) figuran ciertos estándares de la moralidad, las normas consuetudinarias, las normas irregulares (*v. gr.* inconstitucionales) y las normas llamadas por este autor «receptadas» (de algún ordenamiento jurídico anterior, como *Las siete Partidas*, por ejemplo). Entre las normas válidas inaplicables Moreso considera especialmente las que se hallan en situación de *vacatio legis*, las normas que llama «canceladas» (es decir, excluidas de aplicación por algún criterio -jerárquico, de especialidad...- de resolución de antinomias) o las consecuencias lógicas irrelevantes del sistema. Naturalmente, cabría añadir las normas válidas inaplicables en favor de una norma extranjera o una norma histórica

por virtud de una norma de conflicto o de una disposición transitoria respectivamente.

El esquema diseñado es claro y permite superar sin problemas muchos de los obstáculos que se le han presentado al positivismo jurídico. Me gustaría detenerme en la cuestión de los estándares de la moralidad, porque la crítica al positivismo jurídico en las últimas décadas ha confundido reiteradamente pertenencia y aplicabilidad.

En efecto, la teoría de Dworkin ha pretendido criticar al positivismo jurídico a partir de la constatación de ciertos *principios morales* sin base jurídico-positiva en las decisiones judiciales como por ejemplo «nadie puede beneficiarse de su propio crimen». Según Dworkin (1984, 72 ss.; 1996, 16 ss.), esto prueba que el derecho no sólo está compuesto por una serie de reglas identificadas según algún criterio formal positivista, sino que el derecho también contiene una serie de principios morales, cuya pertenencia al sistema no puede ser explicada por los criterios positivistas. En otro lugar he intentado sostener las siguientes tres opiniones sobre esta cuestión (García Figueroa 1997, 3.3.; 4.5.3):

i) Frente a Hart y con Nino, cabe afirmar que tales principios no pertenecen al derecho, sino que son expresión de una forma de discreción judicial.

ii) Tales principios, en cambio, sí pueden ser aplicables. De la correcta (no arbitraria) aplicación de principios morales por los jueces no debe inferirse inmediatamente su pertenencia al derecho, sino a lo sumo su aplicabilidad merced a alguna norma del sistema que habilite al juez para ejercer cierta discreción guiada por las indicaciones constitucionales por ejemplo. La norma más explícita en este sentido es el art. 1.2 del código civil suizo <sup>6</sup>, aunque también lo serían las normas que remiten al juez a las buenas costumbres, al orden público, etc.

iii) El caso de la aplicabilidad de estándares morales presenta una particularidad con respecto al resto de normas aplicables. Así como desde el punto de vista del observador tanto el derecho extranjero como la moral son órdenes normativos ajenos al derecho; en cambio desde el punto de vista interno del participante y singularmente del juez las cosas son sensiblemente distintas, pues, si bien el derecho de otro país sigue siendo considerado no válido, ciertos principios morales son considerados jurídicos por quien los aplica. Aquí radica una importante distorsión del derecho que fomenta la adopción del punto de vista interno por parte del no positivista.

En suma, teorías como la de Dworkin confunden pertenencia y aplicabilidad y refuerzan esta confusión con la adopción del punto de vista del participante, que no distingue el derecho que es del derecho que debe ser según la moral social y la moral crítica.

<sup>6</sup> Según el código civil suizo, en caso de insuficiencia de la ley para decidir un caso, el juez «debe decidir según la regla que dispondría como legislador» (ver STROLZ 1991).

El planteamiento de Moreso proporciona, así pues, un esquema elegante y claro que permite dar respuesta a muchos de los problemas planteados al positivismo jurídico por parte del iusnaturalismo y de versiones actualizadas como la de Dworkin.

## 5. CONCLUSIÓN

Son múltiples las virtudes que presenta la obra de Moreso aquí comentada y, con ellas, las razones para renunciar a experiencias oníricas y, a cambio, pasar una vigilia con este autor. Si hubiera que seleccionar las principales, quizá destacaría los siguientes aspectos: rigor, *demistificación* (y desmitificación), razonabilidad y vocación de apertura.

En primer lugar, se trata de una obra rigurosa y no podía ser de otro modo, pues toma sus métodos y fundamentos conceptuales de los planteamientos de la tradición analítica inaugurada para la filosofía del derecho en lengua española por Alchourrón y Bulygin (1993) con *Normative Systems* (1971) hace ya más de un cuarto de siglo. En este sentido, el libro del prof. Moreso constituye uno de los mejores síntomas del buen momento que atraviesa la filosofía del derecho en nuestra lengua (ver Garzón Valdés/Laporta 1996).

Presenta un contenido demistificador (*vid.* Hart 1982), en la medida en que pone de manifiesto las limitaciones del derecho frente a las sublimaciones promovidas por nobles soñadores, ya sean iusnaturalistas o positivistas teóricos. Moreso rechaza el holismo hermenéutico de Dworkin y principios como el de prohibición o la cláusula alternativa tácita (Moreso 1993). Este talante caracteriza al positivismo desde los tiempos del propio Bentham (1773, 80 ss.), cuando éste rechaza incisivamente la opinión de Blackstone de que el derecho inglés era nada menos que *pluscuamperfecto*.

Pero al mismo tiempo, la obra de Moreso es razonable, porque preserva la teoría del derecho de su disolución en manos del nihilismo realista expresado en la pesadilla, que reconduce todas las cuestiones a su contexto de descubrimiento.

Por último, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* es una obra con vocación de apertura hacia otras áreas. La traslación de problemas de teoría general al contexto del derecho constitucional parece facilitar las relaciones entre la filosofía del derecho y las disciplinas jurídicas dogmáticas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos E., (1991): «Hay realmente un desacuerdo entre Strawson y Russell respecto de las descripciones definidas?» (1976) en Alchourrón/Bulygin 1991, 535-543.

- ALCHOURRÓN/BULYGIN, Carlos E. y Eugenio, (1991): *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALCHOURRÓN/BULYGIN, Carlos E. y Eugenio, (1993): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), Astrea, Buenos Aires (2ª reimpr.).
- ALCHOURRÓN/MARTINO, Carlos E., (1991): «Logic without Truth», en *Ratio Juris*, vol.3, núm. 1, 46-67.
- ATIENZA, Manuel, (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert, (1989): *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BENTHAM, Jeremy, (1973): *Fragmento sobre el gobierno* (1776), trad. de Julián Ramos, Aguilar, Madrid.
- BETEGÓN, Jerónimo, (1997): «Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección», ponencia presentada al II Congreso de Teoría Analítica del Derecho celebrada en Sitges en octubre de 1997, en prensa.
- BULYGIN, Eugenio, (1991a): «Kant y la filosofía del derecho contemporánea» (1980), en Alchourrón/Bulygin 1991, 371-391.
- BULYGIN, Eugenio, (1991b): «Tiempo y validez» (1982), en Alchourrón/Bulygin 1991, págs. 195-214.
- CARRIÓ, Genaro R., (1971): *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald, (1984): *Los derechos en serio* (1977), Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald, (1992): *El imperio de la justicia* (1986), trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald, (1994): «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?» (1978), trad. de Maribel Narváez Mora, en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 475-512.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, (1997): *El no positivismo principialista. Las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, tesis doctoral, Toledo. En prensa, bajo el título *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARZÓN VALDÉS/LAPORTA, Ernesto y Francisco J., (1996): «Introducción» a AA. VV., *El derecho y la justicia*, Trotta/CSIC/BOE, Madrid, 11-14.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, (1995): *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GUASTINI, Riccardo, (1992): «Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico», en Montanari, B. (comp.), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Giappichelli, Turín, 169-182.
- HABERMAS, Jürgen, (1994): «Teorías de la verdad» (1973), en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 113-158.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, (1982): «The Demystification of the Law», en *Essays on Bentham*, Clarendon, Oxford, 127-161.
- HART, H. L. A., (1994): «Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño» (1983), trad. de José Juan Moreso y Pable Eugenio Navarro, en Casanovas, P. y Moreso, J. J., *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 327-350.
- HUME, David, (1982): *Del conocimiento* (1817), trad. de Juan Segura Ruiz, Aguilar, Buenos Aires.
- KELSEN, Hans, (1991): *La teoría pura del derecho* (1960), trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México.

- MACCORMICK, D. Neil, (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford.
- MORESO, José Juan, (1993): «Sobre normas inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 81-115.
- MORESO, José Juan, (1997): *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- NEUMANN, Ulfrid, (1986): *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- NINO, Carlos Santiago, (1993): «Dworkin y la disolución de la controversia «positivismo vs. iusnaturalismo», en Squella, A. (dir.), *Ronald Dworkin. Estudios en homenaje*, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso (Chile), núm. 38, 495-528.
- PERELMAN, Chaïm, (1988): *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, Madrid (reimpr.).
- PRIETO, Luis, (1997): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- RECASÉNS SICHES, Luis, (1971): *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional de México, México.
- REDONDO, María Cristina, (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SOLER, Sebastián, (1969): *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México.
- STROLZ, Marc Maria, (1991): *Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Schulthess, Zurich.
- VIEHWEG, Theodor, (1986): *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1986. El origen de este trabajo es el ejercicio de habilitación para la *venia docendi* presentado por el autor en 1953.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, (1987): *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Alianza, Madrid, reimpr.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, (1974): «Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, 5, 33-46.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, (1988): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Cívitas, Madrid.



# La vigilia y la interpretación constitucional

A modo de réplica a Alfonso García Figueroa

Por JOSÉ JUAN MORESO  
Universidad de Girona

Alfonso García Figueroa ha tenido la amabilidad de escribir un comentario sobre mi libro *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997). Su trabajo resume con claridad las tesis principales de mi libro y muestra, en líneas generales, un acuerdo amplio con ellas. Por esta razón, en esta réplica sólo voy a realizar algunos pequeños comentarios sobre ciertos aspectos que, tal vez, requieren de alguna clarificación y que surgen al hilo de sus observaciones, aunque también aprovecharé la ocasión que se me brinda para desarrollar brevemente algunas cuestiones que sólo estaban apuntadas en mi libro. Más concretamente, en la primera parte me referiré a los casos difíciles y el Noble Sueño, a la aplicación de la lógica al Derecho y a la posición de Riccardo Guastini acerca de la interpretación jurídica. En la segunda parte, trataré de mostrar cómo la concepción de la interpretación constitucional defendida en el libro, la *Vigilia*, debería abordar dos cuestiones centrales de la interpretación constitucional: los conceptos esencialmente controvertidos y los conflictos entre principios.

## I

**1.** La caracterización que García Figueroa hace del Noble Sueño creo que requiere alguna matización. Éstas son sus palabras:

En el Noble Sueño, *el derecho lo dice todo*. En consecuencia, como piensa el neoiusnaturalismo hermenéutico de Dworkin, «el más noble de los soña-



dores» (al que cabría añadir un cierto positivismo teórico), la discreción judicial no es necesaria; todos los casos son fáciles (o al menos deberían serlo para un juez sobrehumano que Dworkin denomina Hércules).

No me voy a referir a la expresión aproximativa e introductoria, «el derecho lo dice todo», con la que comienza su caracterización del Noble Sueño porque él mismo la aclara y profundiza más adelante, ni tampoco a su caracterización de la posición de Dworkin,<sup>1</sup> sino a su afirmación según la cual para el Noble Sueño todos los casos son fáciles.

Ni tan sólo para las versiones más *formalistas* del Noble Sueño —entre las que no es posible situar la de Dworkin— es verdad que todos los casos sean fáciles. Supongamos una posición formalista extrema como la siguiente: el Derecho puede reconstruirse como un sistema axiomático, para el que además contamos con mecanismos claros de decisión para averiguar si determinada norma es o no una consecuencia de los axiomas del sistema —si es o no un teorema—. Pues bien, aun en ese caso, no puede sostenerse que todos los casos sean fáciles, hay teoremas que son fácilmente deducibles de los axiomas y hay otros que sólo una especial habilidad, aprendizaje, paciencia e inteligencia permitiría mostrar si son o no deducibles del sistema, son supuestos *difíciles*. Valga como ejemplo el supuesto de la demostración del teorema de Fermat. Como es sabido, Pierre Fermat escribió en 1637 una anotación en un libro clásico de aritmética en la que decía poseer una maravillosa prueba de un teorema pero que en el margen del libro no tenía espacio suficiente para escribirla. El teorema es el siguiente: No hay números naturales  $x, y, z$  tales que  $x^n + y^n = z^n$  cuando  $n$  es mayor que dos.<sup>2</sup> Durante más de trescientos cincuenta años, hasta nuestra década, los esfuerzos de innumerables matemáticos se habían mostrado inútiles: nadie había conseguido probar el teorema de Fermat. Al matemático A. Wiles, que tiene el incomparable mérito de haber probado el teorema, le resultaría muy extraño que alguien dijera que la demostración del teorema era una tarea fácil.

<sup>1</sup> Sé que de estas cuestiones, entre otras, se ocupa en su tesis doctoral, que está en vías de publicación, pero yo no conozco todavía su trabajo. Con la prudencia que aconseja esta falta de información, permítaseme decir que la posición de Dworkin no puede ser, a la vez, iusnaturalista —aunque hermenéutica— y positivista teórica. Como es obvio, todas las posiciones positivistas tienen (explícita o implícita) una teoría del Derecho, que no coincide necesariamente con los rasgos que Bobbio (Norberto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1966) atribuye al positivismo jurídico como teoría (pero Bobbio ya advertía —en p. 132— que se trata de «una certa teoria del diritto»); creo que en esta caracterización está pensando García Figueroa al adscribirla a Dworkin (lo que también hace surgir muchas dudas, e. g. ¿tiene Dworkin una concepción imperativista de las normas jurídicas?, ¿tiene Dworkin una concepción mecanicista de la interpretación jurídica?). Ahora bien, lo que no puede ser, por razones conceptuales (sino cambiamos las definiciones al uso), es que Dworkin mantenga una posición iuspositivista y, a la vez, sea iusnaturalista. Habrá que esperar a leer el trabajo de García Figueroa para despejar estas dudas.

<sup>2</sup> Cuando  $n$  es igual a dos, obviamente hay muchos números tales que  $x^n + y^n = z^n$  (el teorema de Pitágoras se funda en esta posibilidad), como por ejemplo, los números 3, 4 y 5. Así:  $3^2 + 4^2 = 5^2$ .

Algo semejante ocurre en el Derecho, sostener una concepción del Derecho según la cual todos los casos tienen una única respuesta correcta (que es lo que caracteriza al Noble Sueño), incluso sostener una concepción mecanicista de la aplicación del Derecho (que es lo que caracteriza a las concepciones formalistas del Noble Sueño) no significa que todos los casos sean fáciles, ni incluso para un juez como Hércules. Cuando Dworkin presenta a Hércules dice de él lo siguiente: «I have invented... a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules». <sup>3</sup> La diferencia entre Hércules y los jueces humanos se halla en que Hércules siempre acaba descubriendo la respuesta correcta para cualquier caso y los jueces humanos no siempre alcanzan ese resultado. Sin embargo, también para Hércules estos casos son controvertidos y difíciles.

En mi libro defiendo una posición contraria a la del Noble Sueño, pero creo que no debemos caracterizar al Noble Sueño de una manera que sea fácil derrotarlo. Esta forma de actuar nos dejaría combatiendo con sombras de nuestras propias proyecciones y no con adversarios reales. Y, en mi opinión, algunas concepciones del Noble Sueño, la de Dworkin en especial, están presentes en la arena del debate sobre la interpretación constitucional con una fuerza que no podemos minusvalorar. Sea cual fuere la concepción teórica que se defienda, lo que a todos nos preocupa es precisamente cómo debemos abordar los casos controvertidos y cómo caracterizar adecuadamente el alcance de nuestros desacuerdos. Averiguar si la Constitución española prohíbe la pena de muerte es fácil y no tiene mucho interés en sede de interpretación constitucional (excepto, tal vez, para los escépticos más radicales), en cambio averiguar si la Constitución concede un derecho a la eutanasia es difícil sea cual fuere nuestra teoría de la interpretación constitucional: exige elaborar una concepción de nociones tales como dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad o tratos inhumanos o degradantes.

2. Acerca de la aplicación de la lógica al Derecho, los comentarios de García Figuerola son pertinentes y también lo son las dudas que sobre la cuestión han expresado tanto los juristas como los lógicos. Las aportaciones de los teóricos de la argumentación (de la tópica de T. Viehweg a las modernas teorías de la argumentación, *e. g.* la de R. Alexy) han enriquecido nuestra comprensión del razonamiento judicial. Si conseguimos prescindir de algunas exageraciones, podremos con su ayuda situar a la lógica en el modesto pero irrenunciable lugar que le corresponde en nuestra concepción del razonamiento judicial. Tanto si los casos son fáciles como si son difíciles, la conclusión contenida en el fallo de la decisión judicial debe derivarse lógicamente de las premisas normativas aplicables al caso enjuiciado y de las premisas descriptivas que describen los hechos del caso. Averiguar cuáles sean las normas aplicables y cuáles las proposiciones que describen los hechos

<sup>3</sup> Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978, p. 105.

del caso es otra cuestión: sólo con conocimientos sobre el mundo, es decir sobre el Derecho aplicable en un determinado momento y sobre los hechos, podremos contestar a esta pregunta: éste es el ámbito central de la teoría de la argumentación jurídica. Obviamente, no hay una sola teoría de la argumentación jurídica sino muchas; las teorías de la argumentación jurídica son teorías acerca de cuándo podemos afirmar que nuestros razonamientos judiciales están justificados y por lo tanto acerca de la fuerza normativa de los razonamientos judiciales. Para algunas teorías la justificación jurídica es (relativamente) autónoma, por lo que puede entrar en conflicto con la justificación moral, para otras la justificación jurídica es sólo un caso de justificación moral. Ello comporta desarrollar una teoría de la justificación moral. Pero todo esto, que –en mi opinión– hace de la teoría de la argumentación jurídica una teoría necesariamente vinculada a nuestra concepción del razonamiento práctico, nos llevaría demasiado lejos. El lugar de la lógica en las teorías de la argumentación jurídica es modesto: no hay razonamientos (sea cual fuere la teoría) justificados que no estén *lógicamente* justificados, la lógica es el núcleo mínimo de racionalidad de nuestras teorías de la justificación. Así, alguien que a partir de la premisa normativa que prescribe castigar a los homicidas y de la premisa fáctica que dice que X no es un homicida, derivara la conclusión que X debe ser castigado como homicida, realizaría un argumento carente de justificación, por haber violado las reglas de la lógica.

Sin embargo, las consideraciones de los lógicos también son relevantes. Para que la lógica pueda ocupar este lugar mínimo en la teoría de la argumentación jurídica es preciso que sea de alguna manera posible la lógica de normas. En cualquier caso, no soy pesimista al respecto. Es cierto que hay muchas dudas acerca de cómo construir una lógica para las normas y de cómo escapar del dilema de Jørgensen, pero creo que en la discusión está supuesta la asunción de que nuestros razonamientos prácticos están sujetos a la racionalidad, incluso nuestro discurso emotivo lo está; es irracional decir a la vez «Abajo los insectos» y «Arriba los saltamontes», salvo que la segunda exclamación quiera establecer una excepción a la primera.

En el primer capítulo de mi libro presento una determinada concepción del significado de las prescripciones que permite trazar las líneas maestras de una concepción para las relaciones lógicas entre las normas. En el segundo capítulo, presento una determinada concepción de las proposiciones normativas, que exige el rechazo del principio de bivalencia para el tratamiento lógico de dichas proposiciones. Ambas propuestas son discutibles (y discutidas) y existen concepciones alternativas. Lo importante ahora no son estas discrepancias, sino el caer en la cuenta que tanto la aplicación del Derecho como el discurso de los juristas están sujetos al control de la racionalidad. Éste es el papel modesto, pero irrenunciable, de la lógica en el Derecho.

Por otra parte, hago uso en mi libro de determinados instrumentos formales para presentar algunas de mis argumentaciones (tal vez sea esto lo que ha llevado a García Figueroa a escribir algunas reflexiones

sobre la aplicación de la lógica al Derecho). Ello responde, como bien señala García Figueroa, a una tradición de pensamiento, la de la filosofía analítica, que tiene el rigor y la precisión en alta estima. Soy consciente de que también tiene algunos costes. Aquellos juristas no familiarizados con estas técnicas formales pueden tener pocos incentivos para acercarse a este tipo de literatura iusfilosófica. En mi defensa sólo puedo añadir que he llevado a los apéndices (en los dos primeros capítulos) los aspectos más formales de la exposición y que el libro puede ser leído prescindiendo de los apéndices y también de las expresiones formalizadas que quedaron en el texto de los capítulos. Los instrumentos formales son sólo una ayuda en la presentación de un argumento que, creo, es independiente de ellos.

3. En el tercer epígrafe del último capítulo de mi libro presento algunas versiones de la concepción escéptica de la interpretación jurídica, bajo el nombre de la *Pesadilla*, entre las que incluyo el realismo jurídico americano –en especial la posición radical de Jerome Frank–, la posición de los autores de *Critical Legal Studies*, y la posición de algunos autores italianos. La elección de posiciones es discrecional y, en especial, prescindí de incluir algunas de las ideas de los movimientos antiformalistas en la teoría del derecho continental de finales del siglo XIX e inicios del XX –como algunas expresiones de la jurisprudencia de intereses y del movimiento del Derecho libre– porque ello hubiera precisado situar entre las posiciones del Noble Sueño alguna de las defensas del formalismo jurídico del siglo XIX –como la jurisprudencia de conceptos de R. v. Ihering, la Escuela de la Exégesis francesa o la jurisprudencia de C. C. Langdell–. Me pareció oportuno centrar la discusión en los desarrollos recientes de estas concepciones, porque sus fundamentos ontológicos, epistemológicos y filosófico-lingüísticos estaban más cercanos a las discusiones de la filosofía actual (en especial, al debate entre realismo y antirrealismo que constituye parte del entramado del argumento que trato de desarrollar en mi libro). En especial, la posición de los autores de *C L S* era especialmente adecuada para mis intereses, puesto que la interpretación de las reflexiones wittgenstenianas sobre el seguimiento de reglas realizada por S. Kripke<sup>4</sup> está presente de manera muy clara en la literatura de *C L S*.

García Figueroa se pregunta si es justo emparentar a Riccardo Guastini con los autores del realismo o de *C L S*. Y todavía podríamos hacernos otra pregunta: ¿es justo emparentar la posición de Guastini con la de Ascarelli o Satta, que aparecen mencionados en el epígrafe en cuestión de mi libro?

Comenzaré por esta segunda cuestión. La clave reside en una valoración adecuada de la obra de G. Tarello, porque no hay duda de la influencia del maestro Tarello sobre su discípulo Guastini y tampoco hay duda de la influencia en la obra de Tarello de la cultura filosófica y jurídica italiana de la mitad del siglo. En Tarello esta influencia convi-

<sup>4</sup> En Saul KRIPKE, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1992.

ve con la influencia de la filosofía analítica<sup>5</sup> y con el conocimiento profundo de la literatura del realismo jurídico americano.<sup>6</sup> En Guastini, en cambio, creo que la influencia de la filosofía analítica es la preponderante. Debo dejar para otra ocasión, las consideraciones acerca de cuál sea el peso de la influencia, por ejemplo, de la obra filosófica de B. Croce en la cultura jurídica italiana y, en particular, en la obra de Tarello, con la sugerencia de que tal vez ayudaría a entender algunos aspectos del escepticismo interpretativo que asoma algunas veces en juristas italianos de tradición diversa.<sup>7</sup> Sea como fuere, es claro que la concepción escéptica en sede interpretativa de Guastini, como también la de otra importante defensora del escepticismo interpretativo, me refiero a Tecla Mazzaresse;<sup>8</sup> está totalmente alejada de la posible influencia del idealismo croceano. Sin embargo, a través de la influencia de Tarello podrían llegar hasta Guastini algunos de los elementos que ayuden a comprender la génesis del escepticismo de la escuela genovesa de teoría del derecho.

Analizaré ahora lo que García Figueroa denomina «el abismo infranqueable» entre el realismo jurídico americano o *CLS* y la concepción de Guastini. Es cierto que hay muchos aspectos que alejan la concepción de Guastini de estas otras posiciones escépticas. Ahora bien, yo sólo estaba interesado en mi libro en el estatus de las proposiciones normativas, de proposiciones expresadas por enunciados como «Los mayores de edad tienen derecho a votar», que en el contexto del Derecho español significa:

(1) Según el Derecho español, los mayores de edad tienen derecho a votar,

que, simplificando un poco diversas complicaciones analizadas en mi libro, puede analizarse como

(2) Al Derecho español pertenece una norma que concede el derecho a votar a los mayores de edad.

Ahora bien, para Guastini (2) presupone un enunciado interpretativo que establezca que determinado texto tiene determinado significado y los enunciados interpretativos son semejantes a definiciones estipulativas, carentes de valor de verdad: la actividad interpretativa no es una actividad de carácter cognoscitivo sino que tiene naturaleza prescriptiva.<sup>9</sup> En este punto, su tesis es la misma que la que los autores de *CLS* extraen de las reflexiones escépticas sobre el seguimiento de reglas, de inspiración wittgensteniana. Guastini parece presuponer que

<sup>5</sup> Vid., e. g., Giovanni TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974.

<sup>6</sup> Vid., e. g., Giovanni TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1980.

<sup>7</sup> Debo esta sugerencia a una, como siempre, atinada observación de Bruno Celano.

<sup>8</sup> Vid. su importante trabajo, Tecla MAZZARESE, «Norm Proposition»: «Epistemic and Semantic Queries», *Rechtstheorie*, 22 (1991), pp. 39-70.

<sup>9</sup> La única actividad descriptiva posible en sede interpretativa va referida, según Guastini, es aquella que está destinada a poner de manifiesto cómo ha sido interpretado un texto por otros intérpretes. De entre multitud de lugares donde Guastini defiende

la plausibilidad de su posición no necesita apoyarse en ninguna teoría del significado, basta con observar la actividad interpretativa de los juristas. Sin embargo, Tarello sí había realizado algunas consideraciones de filosofía del lenguaje capaces de fundamentar el escepticismo interpretativo<sup>10</sup> y T. Mazzaresse ha escrito recientemente un interesante trabajo sobre la interpretación literal con el mismo objetivo.<sup>11</sup> Desafortunadamente, no es éste el lugar para tratar de analizar estos presuntos fundamentos del escepticismo interpretativo, que son distintos de los de *CLS*. Debo contentarme con una reflexión general que, tal vez, por obvia suele pasar desapercibida en este contexto. Es posiblemente verdad que cualquier texto plantea dudas interpretativas, es decir que los enunciados interpretativos que atribuyen determinado significado a determinado texto no resuelven todos los casos de aplicación. Ahora bien, de ello no se deriva, como a veces parecen pensar los escépticos, que cualquier aplicación de un texto a un caso plantea dudas de aplicación. Si fuera así (y si el escepticismo se aplicara a todos los usos del lenguaje) la comunicación humana no sería posible y esta conclusión tan radical sólo ha sido sostenida por algunos autores de *CLS*.<sup>12</sup>

Finalmente, García Figueroa añade que si mis reflexiones acerca de la posición de Guastini son correctas, entonces Guastini incurriría en una «cierta incoherencia». Guastini defendería que las normas jurídicas no existen, al menos de manera objetiva, y a la vez elaboraría una articulada teoría del derecho, cuyo objeto son las normas jurídicas. Al respecto, sólo deseo señalar que la posición de Guastini no es necesariamente incoherente: la teoría general del Derecho *à la* Guastini analiza fundamentalmente los problemas de estructura y dinámica de los sistemas jurídicos, este análisis presupone la existencia de normas jurídicas como significados. El hecho de que estos significados sean estipulados por el intérprete, hace de la teoría general del Derecho de Guastini una teoría dependiente de cuáles sean los significados atribuidos a determinados textos y, por lo tanto, para dotar de contenido a la teoría general del Derecho habrá que esperar a que cada intérprete realice su actividad. No hay incoherencia en ello, sino sólo pérdida de objetividad. Además, Guastini reconocería posiblemente que muchos de los intérpretes atribuyen el mismo significado a muchos de los textos, con lo cual el escepticismo no conduce necesariamente al desa-

---

su concepción de la interpretación haré referencia aquí al último, el primer capítulo de Riccardo GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998. Tarello ya había señalado este único aspecto descriptivo de la actividad teórica referida a la interpretación: poner de relieve cómo un texto ha sido interpretado en el pasado o prever cómo será interpretado en el futuro. Vid. Giovanni TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 61-67.

<sup>10</sup> Giovanni TARELLO, «La semántica del neustico. Osservazione sulla 'parte descrittiva' degli enunciati precettivi» en *Diritto, enunciati, usi, cit.* en nota 5, pp. 329-366.

<sup>11</sup> Tecla MAZZARESE, «Literal Interpretation: Jurists and Linguists Confronted» en *IVR 18th World Congress*, Buenos Aires/La Plata, 1997, en vías de publicación.

<sup>12</sup> Un trabajo ya clásico en esta línea es Joseph W. SINGER, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *The Yale Law Journal*, 94 (1984), pp. 1-70.

cuerto perpetuo. Ahora bien, el acuerdo está dado, por así decirlo, por causalidad. En mi opinión el escepticismo –las teorías de la *Pesadilla*– no es incoherente, sino que es implausible.

## II

4. Esta segunda parte ya no está destinada a matizar el comentario de García Figueroa, sino a intentar mostrar la manera en qué determinadas ideas presentadas en el libro pueden ser de utilidad para analizar problemas importantes de la interpretación constitucional como son la presencia en los textos constitucionales de términos que expresan conceptos esencialmente controvertidos, así «dignidad humana», «libertad de expresión», «tratos inhumanos o degradantes», etc. y la presencia de disposiciones que expresan principios en conflicto.<sup>13</sup>

García Figueroa señala en su comentario que al tratar la vaguedad y el problema planteado por la paradoja de *sorites* en mi libro, parece que me inclino por analizar la vaguedad con la teoría de las superevaluaciones, a pesar de que presenta algunas incompatibilidades con la (s) lógica (s) de la verdad de G. H. Von Wright, con las que construyo mi argumento. Lleva razón García Figueroa, es más pienso que la teoría de las superevaluaciones habría sido una alternativa interesante para defender mis tesis. A continuación voy a mostrar sumariamente cómo tal tarea podría realizarse y cómo se aplicaría a las cuestiones de interpretación constitucional antes mencionadas.

5. El análisis de la vaguedad llevado a cabo por la teoría de las superevaluaciones<sup>14</sup> puede iluminar algunos aspectos del análisis de las proposiciones normativas jurídicas. Un predicado vago no consigue dividir las cosas de manera precisa en dos conjuntos, sus extensiones positiva y negativa. Cuando un predicado es aplicado a un caso marginal, obtenemos proposiciones que no son ni verdaderas ni falsas. Esta laguna en los valores de verdad revela una deficiencia en el predicado vago. Podemos remediar esta deficiencia y reemplazar vaguedad por precisión estipulando una frontera arbitraria entre sus extensiones positiva y negativa, una frontera en la penumbra del concepto.

<sup>13</sup> Un análisis de la importancia de este tipo de problemas en la interpretación constitucional puede hallarse en Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 24-36.

<sup>14</sup> *Vid., e. g.*, Henryk MEHLBERG, *The Reach of Science*, Toronto, Toronto University Press, 1958; Bas C. VAN FRAASSEN, «Singular Terms, Truth-Value Gaps and Free Logic» *The Journal of Philosophy*, 63 (1966), pp. 136-152; Kite FINE, «Vagueness, Truth and Logic», *Synthese*, 30 (1975), pp. 285-300; Michael DUMMETT, *Truth and Other Enigmas*, London, Duckworth, 1978, cap. 15; David LEWIS, «General Semantics», *Philosophical Papers. I.*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 189-232; Timothy WILLIAMSON, *Vagueness*, London, Routledge, cap. 5; R. M. SAINSBURY, *Paradoxes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, cap. 2; Rosanna KEEFE, Peter SMITH, «Introduction: Theories of Vagueness», R. Keefe, P. Smith (eds.), *Vagueness: A Reader*, Cambridge, Mass., The MIT Press, pp. 1-57.

Entonces, logramos una *precisión* o *compleción* de este predicado. Sin embargo, no hay sólo una, sino muchas compleciones posibles. Según el superevaluacionismo, debemos tenerlas todas en cuenta. Para esta teoría, una proposición  $p$  –que contiene un concepto vago– es verdadera si y sólo si es verdadera para todas sus compleciones; es falsa si y sólo si es falsa para todas sus compleciones; en cualquier otro caso no tiene valor de verdad, es decir, es indeterminada. Una *compleción* es una forma de convertir un concepto vago en uno preciso. Ahora, debemos distinguir dos sentidos de «verdadero»: «verdadero» con arreglo a una compleción particular y «verdadero» de acuerdo con todas las compleciones, o *superverdadero*. Lo mismo ocurre, *mutatis mutandis*, con «falso». Si un número  $x$  de granos de arena está en la penumbra del concepto de *montón*, entonces será verdadero que es un montón para algunas compleciones y falso para otras y, por lo tanto, no será ni superverdadero ni superfalso.

Las compleciones deben satisfacer algunas condiciones. En especial, las proposiciones que son verdaderas (falsas) de manera no problemática antes de la compleción deben ser verdaderas (falsas) después de que la compleción es llevada a cabo. De esta forma, el superevaluacionismo retiene una gran parte de la lógica clásica. Por ejemplo, todas las tautologías de la lógica clásica son válidas en una teoría de las superevaluaciones, « $x$  es un montón o no es un montón» –un supuesto de la ley del tercero excluido– es válida porque es verdadera en todas las compleciones independientemente del valor de verdad de sus disjuntos. Tal vez podemos construir un enfoque superevaluacionista para todas las proposiciones normativas (y no sólo para las que contienen conceptos vagos). La idea es sugerida por A. Gibbard de la siguiente forma:<sup>15</sup>

Una persona que acepta sólo un sistema incompleto de normas está, en efecto, indeciso entre sistemas completos de normas que son compatibles con él. Está indeciso acerca de cómo extender o precisar este sistema incompleto de normas para hacerlo completo. Podríamos, entonces, representar un sistema incompleto de normas mediante las formas en que puede ser completado sin cambiar nuestra posición inicial. Hablamos, entonces, de las varias *compleciones* posibles del sistema de normas incompleto  $N$  que un observador acepta. Una *compleción* de un sistema de normas incompleto  $N$  será un sistema de normas completo que preserva todo lo que  $N$  establece de manera definitiva. Con esta terminología, podemos decir cosas como la siguiente: sea  $N$  un sistema de normas incompleto y sea  $X$  un acto o actitud. Entonces  $X$  está *N-permitido* si y sólo si para toda compleción  $N^*$  de  $N$ ,  $X$  está *N-permitido*.

De manera similar, podemos analizar las antinomias normativas. Consideramos como compleciones todas aquellas que consigan eliminar al menos una de las normas inconsistentes. Dado que hay una plu-

<sup>15</sup> Allan GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 88.



ralidad de compleciones posibles que satisfacen este requisito, las proposiciones normativas referidas a normas inconsistentes también carecerán de valor de verdad.

La distinción entre sistemas normativos *reales* y sus compleciones *ideales* es, en mi opinión, similar a la distinción de C. E. Alchourrón entre lo que denomina *Book System* y *Master System*.<sup>16</sup> Alchourrón escribió: «...cuando un artículo de una ley recibe dos interpretaciones diferentes, es decir, cuando expresa dos normas diferentes, cada una de las normas forma parte de un *Master System* diferente coordinado el mismo *Master Book*. Cada una de las interpretaciones del *Master Book* da lugar a un *Master System* diferente». Es decir un *Master Book* puede ser contemplado como el conjunto de *Master Systems* que lo completan, como el conjunto de sus compleciones.

A continuación, unas breves indicaciones de cómo aplicar el enfoque superevaluacionista al análisis de los conceptos esencialmente controvertidos y a los conflictos entre principios.

6. Los *conceptos esencialmente controvertidos*<sup>17</sup> no satisfacen criterios no controvertidos para su uso: todos podemos identificar ciertos paradigmas de, por ejemplo, excelente jugador de fútbol, como Pelé, o de magnífico pintor cubista, como Picasso, o de soneto profundo, como alguno de los sonetos de Shakespeare, pero queda un amplio desacuerdo –fundado en nuestros desacuerdos valorativos, que forman parte del significado del término en cuestión– acerca de los criterios que nos permiten identificarlos como excelente jugador de fútbol, magnífico pintor cubista o soneto profundo, respectivamente. Tomando la distinción entre *concepto* y *concepción*<sup>18</sup>, podríamos decir que captamos un concepto porque somos capaces de identificar algunos casos paradigmáticos de aplicación, pero no estamos de acuerdo acerca de las concepciones, porque no compartimos los criterios para su aplicación. Un concepto, sugiere Dworkin, es como un *plateau* sobre el que se sitúan sus concepciones; esto es, un concepto esencialmente controvertido es el conjunto de sus compleciones. Lo mismo ocurre en el Derecho. Todos estamos de acuerdo en que la esclavitud viola la dignidad humana (la esclavitud es un caso paradigmático de violación de la dignidad humana), pero tenemos diferentes concepciones del concepto de dignidad humana, por ejemplo ¿incluye el concepto de dignidad humana, reconocido en nuestra Constitución, el derecho a la eutanasia? En mi opinión, nuestro sistema constitucional es incompleto acerca de este punto y son posibles varias y enfrentadas compleciones del mismo. Por esta razón, una proposición normativa referida a la eutanasia bajo la Constitución española carece de valor de verdad.

<sup>16</sup> Carlos E. ALCHOURRÓN, «Law and Logic», *Ratio Juris*, 9 (1996), pp. 331-348.

<sup>17</sup> Vid. W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of Aristotelian Society*, 56 (1955-6), pp. 167-198.

<sup>18</sup> Vid. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 155-169; John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, p. 5 y Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit. en nota 3, pp. 70-73.

7. De forma similar, los conflictos entre principios jurídicos revelan de forma clara un problema general: la mayoría de nuestras normas jurídicas son derrotables. Cuando la Constitución reconoce la libertad de expresión y la libertad de información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen no nos suministra soluciones en caso de que los valores reconocidos por estos principios entren en colisión. Tal vez estos valores son inconmensurables.<sup>19</sup> Sin embargo, los jueces deben proporcionarnos soluciones en los casos reales. Como es sabido, la solución propuesta es la *ponderación*.<sup>20</sup> Pero, en este contexto, ponderación significa una forma de generar una compleción que elimine la derrotabilidad de estos principios. Aquí de nuevo no hay una sola forma de ordenar y completar el sistema; desafortunadamente hay más de una. Valga notar, sin embargo, que no todos los casos de conflicto entre principios son problemáticos, es decir, también en casos de conflicto entre principios hay casos paradigmáticos (no todos los casos son difíciles). Pongamos el siguiente ejemplo: si el editor de un periódico ordena o autoriza que algunos de los ejemplares de ese periódico se fabriquen con un papel que contiene alguna sustancia altamente tóxica que afecta a la vida o a la salud de algunos de sus lectores, entonces nos hallamos ante una colisión entre la libertad de información y el derecho a la vida o a la integridad física de las personas. Creo que nadie dudaría de que la libertad de información debe ser sacrificada en este caso, es decir, todas las compleciones admisibles de nuestro sistema constitucional establecen la misma ordenación en este caso. Obviamente la dificultad reside en saber cuándo una compleción es *admisible*, ahora bien de la misma forma que podemos afirmar con garantías que una concepción estética de la pintura cubista que no reconozca a Picasso como paradigma es una concepción inadmisibile, podemos sostener que una compleción de nuestro sistema constitucional que no ponga, en un caso como el anterior, el derecho a la vida por encima de la libertad de información no es una concepción admisible.<sup>21</sup>

¿Cómo debemos construir un puente entre nuestros sistemas jurídicos reales y sus compleciones ideales? Y, ¿cómo debemos elegir entre las varias compleciones posibles? Son cuestiones de gran trascendencia, pero deberán aguardar a otra ocasión.

<sup>19</sup> Entre la importante literatura iusfilosófica sobre la inconmensurabilidad, puede verse la reciente y excelente recopilación de trabajos Ruth CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.

<sup>20</sup> *Vid.*, por todos, Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, [1986], trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81-114.

<sup>21</sup> Los paradigmas tienen también otras funciones. En la medida en que seamos capaces de mostrar que un determinado caso controvertido es semejante, en todos los aspectos relevantes, a un caso paradigmático, tendremos más razones para elegir una u otra de las compleciones admisibles. Esto me parece que es lo que ocurre con —escribo a fines de julio de 1998— la decisión de un conocido juez de la Audiencia Nacional por la que clausura cautelarmente dos, también conocidos, medios de comunicación del entorno abertzale en Euskadi: en la medida en que seamos capaces de mostrar que las razones de la clausura se asemejan, en los aspectos relevantes, al caso hipotético descrito en el texto, más razones tendremos para considerar la medida constitucionalmente adecuada.



## **IV**

# **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**



**HANS Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik. Der Antirealismus und das Problem des Verstehens*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, XIV-272 pp.**

El llamado «racionalismo crítico» de ascendencia popperiana representa para muchos, y desde luego para H. Albert, su más eminente sistematizador a través de obras ya clásicas como el *Traktat über kritische Vernunft* (5ª edición ampliada, Tübingen, Mohr, 1991) o el *Traktat über rationale Praxis* (Tübingen, Mohr, 1978), una suerte de «tercera vía» a oponer frente a la usual división de la filosofía europea contemporánea en «filosofía analítica» y «filosofía hermenéutica». Si a finales de los años 60 el racionalismo crítico de Popper debatió en una célebre polémica con los planteamientos de la «teoría crítica» frankfurtiana encabezada por Th. W. Adorno (véase *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, trad. de Jacobo Muñoz, Barcelona, Grijalbo, 1973), y pudo verse entonces en ella un enfrentamiento entre la «razón analítica» y la «razón dialéctica», en nuestros días las posiciones parecen estar bastante más difuminadas. Precisamente lo que con este libro viene de nuevo a denunciar H. Albert es cierta inexistencia ya de criterios ciertos de demarcación entre «filosofía analítica» y «filosofía hermenéutica»: el «giro lingüístico» y en especial los desarrollos de la última filosofía de Wittgenstein han dado lugar a una convergencia de la tradición de pensamiento anglosajona con la filosofía continental heideggeriano-gadameriana en una «hermenéutica pura», una difusa concepción filosófica común en la que tras la universalización de la voz «hermenéutica» no se escondería otra cosa que una reactualización del idealismo clásico alemán. «Como en la filosofía de la historia del siglo XIX lo Absoluto, el Espíritu o la Historia se colocan en el lugar de Dios, así ahora ocupa el lenguaje ese lugar en esta nueva versión del idealismo» (95). El motivo principal de la crítica es nuevamente de raíz epistemológica y en particular la cuestión del método y posición diferencial de las ciencias sociales o humanas. Por un lado, buena parte de la filosofía analítica ha renunciado a su filiación histórica, ligada ineludiblemente a la herencia positivista y antimetafísica del Círculo de Viena, es decir, al desarrollo de instrumentos lógico-lingüísticos para el análisis de las ciencias, consideradas como el referente básico de la filosofía. Por otro lado, los planteamientos iniciados por Heidegger y ampliados por Gadamer, a una posición general de rechazo de las ciencias naturales han unido la extensión *ad libitum* de ciertas ideas tradicionales sobre el modo *sui generis* de operar de las «ciencias del espíritu», especialmente la idea de comprensión o *Verstehen* que, no sin cierta incoherencia, si por una parte se considera, en la línea del historicismo, como método específicamente ligado a este género particular de ciencias, por otra se proyecta por vía ontológico-trascendental

para cualificar originariamente toda posible forma de conocimiento y experiencia, incluidas (si bien en forma «devaluada») las propias ciencias naturales. La concepción del proceso de conocimiento como un proceso *interpretativo*, hermenéutico (la «metáfora del texto», dice Albert), revestida de cierto ropaje metafísico-trascendental-dramático, sirve de base a esa proyección a la cual se halla, al parecer, inevitablemente condicionada cualquier aproximación filosófica a la teoría de las ciencias humanas, como se desprende del hecho de su aceptación general en la metodología de diversas ciencias sociales (economía, sociología, historia, etc.) y de su recepción en filosofías como la de Apel o Habermas. Prolongando perspectivas ya desarrolladas en obras anteriores suyas (en esta ocasión a veces de un modo acaso demasiado repetitivo y disperso, dado que el libro está compuesto a base de artículos aparecidos independientemente), H. Albert examina y desmenuza los fundamentos ante todo *epistemológicos* que están en el trasfondo de esta «hermenéutica universal», considerando las razones que justifican la singularidad de las ciencias sociales y su calificación de «ciencias hermenéuticas», esto es, ciencias en las que intervienen decisivamente, como material de análisis, textos, normas, valores, testimonios subjetivos, etc., y mostrando que la propia tradición de la hermenéutica como disciplina técnica especial no avala en modo alguno esa operación de hipóstasis como método universal del conocimiento, ni una desconexión de la necesaria comparación de las ciencias sociales (en tanto *ciencias*) con los procedimientos típicos de las ciencias naturales, ni menos aún, en definitiva, ese blindaje metafísico de consecuencias relativistas con que se presenta en nuestros días.

En el capítulo primero se ocupa Albert del pensamiento de Heidegger, retomando la obra principal de éste (*Sein und Zeit*, 1927, 11ª ed. 1967). La pregunta inicial sobre el sentido del ser abre una perspectiva ontológico-fundamental en la que Heidegger emprende la conocida analítica existencial del *Dasein* como «ser-en-el-mundo», «ser-con», que posee las estructuras fundamentales del «encontrarse en», el «comprender», el «habla», un ser «arrojado» en el mundo, «inauténtico» pero abierto a posibilidades y situado en el horizonte esencial de la «temporalidad». Albert hace una revisión crítica de este pensamiento basándose fundamentalmente en consideraciones lógico-lingüísticas. Parecería plausible pensar que Heidegger se sitúa en la tradición de pensamiento trascendental del racionalismo continental en la que desde Kant a Husserl se ha intentado desplazar el fundamento del conocimiento y sus condiciones de posibilidad hacia la conciencia del sujeto cognoscente, un intento que Albert ya sometió a crítica en obras anteriores (véase *Traktat über kritische Vernunft*, pp. 13 ss, y *Kritik der reinen Erkenntnislehre*, Tübingen, Mohr, 1987, p. 18 ss). Sin embargo, Heidegger incurriría más bien en una «perversión» de esta tradición de pensamiento al transformar el Yo trascendental husserliano, que es un sujeto abstracto, cartesiano, en un sujeto mundano, empírico, personal (27). El análisis fenomenológico del *Dasein* aparece como un conjunto de descripciones de circunstancias ordinarias por sí mismas pertenecientes a la realidad empírica, a las que se hace objeto de una maniobra de hipóstasis o «apriorización», mientras que en la crítica del conocimiento, desde una perspectiva trascendental, debería tratarse del problema de la *constitución* de esta realidad. Esta «apriorización del pensamiento ordinario» (18) que preside cada una de las determinaciones del *Dasein* por medio de conceptos fenomenológicos como el de «muerte» (*Tod*), «angustia» (*Angst*), «cuidado» (*Sorge*), etc., en buena parte deudores de la teología tradicional cristiana, no serviría a fin de cuentas sino como recurso para «blindar» o inmunizar el sentido de todos estos conceptos frente a toda posible concurrencia con los contenidos y aseveraciones de las ciencias teóricas de enfoque naturalista-racionalista (biológicas,

psicológicas, sociológicas, lingüísticas, económicas). Así, por ejemplo, la originaria vinculación del problema ontológico con el problema de la estructura del lenguaje da ocasión a Heidegger para una «dramatización» en torno a la esencia del lenguaje como «lenguaje del ser» que no sólo no resiste una confrontación con los resultados de la moderna investigación lingüística (Albert cita aquí la teoría del lenguaje de Bühler), sino que, bajo la apariencia de «análisis esencial», estaría deliberadamente diseñada como un puro «juego de palabras», una logomaquia incorregible e incontrastable que rehúye todo intento de explicación racional (20). Esto convierte a la filosofía de Heidegger, en el mejor de los casos, en una «poesía conceptual» (30 ss), en una actividad de creación de neologismos, rasgo en torno al cual cifra Albert buena parte de la fascinación que ha generado, tras cuya máscara de «pensamiento radical» (precisamente concluye Albert este libro con un breve apéndice sobre «Heidegger como pensador», pp. 263 ss, dirigido a destruir la muy extendida impresión en torno a la figura de éste como uno de los pensadores más *profundos, radicales* u *originales* de todos los tiempos), se escondería una ruptura total con la tradición del racionalismo occidental de herencia griega y una rehabilitación del pensamiento teológico (34). La visión heideggeriana de la historia de la metafísica como la historia de un error —el error del «olvido del ser»—, y el interés de sus obras tardías por el problema de la determinación del acaecer histórico y del «destino del ser», configuran una «escatología del ser» (13), una «mística cuasireligiosa del ser» (17), en la que al analizar conceptos tales como el de *verdad* (*Vom Wesen der Wahrheit*, 1930) o el de *fundamento* (*Der Satz vom Grund*, 1957) se atribuyen al ser cualidades y modos de conducta de cuño inequívocamente teológico. Al mismo tiempo, en virtud de un prejuicio antinaturalista también de raíz cristiana, se devalúa la racionalidad lógico-objetivista de las ciencias por ejercitarse en ellas meramente la razón calculadora, instrumental, no orientada hacia el ser, reducto único del pensamiento puro y auténtico. Sólo fuera del círculo de las ciencias y las técnicas, es decir, en las regiones del espíritu, y vuelto hacia el ser, tendría cabida según Heidegger ese pensamiento radicalmente verdadero. Sobre tales supuestos se asienta el «giro hermenéutico» de la filosofía contemporánea debido a Heidegger: *Ser y Tiempo* será contemplado como un auténtico «tratado del comprender», como una hermenéutica del *Dasein*, para el cual la «comprensión del ser» es un *factum* existencial originario. En el § 32 de su obra capital desarrolla Heidegger la idea de que existe una pre-estructura (*Vor-struktur*) de la comprensión que opera necesariamente como presupuesto de toda actividad de interpretación y de la que se derivaría la pre-comprensión característica del «círculo del comprender»: cualquier interpretación debe haber comprendido ya lo que trata de interpretar. Esta doctrina de la precomprensión, según la cual no sólo no es posible una interpretación más o menos libre de pre-juicios, sino que tal posibilidad iría frontalmente contra el sentido mismo del comprender en tanto pre-estructura existencial ontológica del *Dasein*, ha devenido en verdadero credo de la hermenéutica universal a través de su recepción por H.-G. Gadamer. El ideal metódico de objetividad ligado a las ciencias naturales, y en general el proceder conforme con las reglas de la lógica que proscriben el círculo vicioso, quedan de esta manera *a priori* invalidados en su posible contraste crítico con esta forma originaria de conocimiento llamada comprensión que se considerará en adelante especialmente apropiada para dar cuenta de las ciencias del espíritu. El análisis heideggeriano de la comprensión, a la luz de sus consecuencias metodológicas, es a juicio de Albert «el resultado de la arbitrariedad filosófica, una corrupción del pensamiento filosófico bajo una mascarada trascendental» (25), por cuanto constituye una completa tergiversación de la tradición hermenéutica, en la que ha sido objetivo central como disciplina técnica *al menos* la



comprensión del sentido de un texto tal y como lo comprendía su autor. Al desaparecer este objetivo técnico se elimina también la posibilidad de contemplar las propuestas de interpretación de los textos a modo de «hipótesis», en el sentido de la aplicabilidad de un método general hipotético-deductivo no necesariamente desvinculado del ideal de objetividad de las ciencias naturales, legitimando así la idea de que tal ideal sólo para éstas es válido y de que la investigación en las ciencias humanas teóricas resulta estéril allí donde podamos hablar de «hermenéutica».

Dentro del marco de la ontología fundamental heideggeriana emprende H.-G. Gadamer en su obra capital (*Wahrheit und Methode*, 1960, 2ª ed. 1965) el proyecto de universalización filosófica de este punto de vista hermenéutico, cuyas implicaciones principales analiza Albert en los capítulos segundo y tercero. Según Gadamer, la pregunta hermenéutica se reclama como un análisis originario «de la totalidad de la experiencia humana del mundo y de la praxis vital», siendo la comprensión no una de entre diversas formas de comportamiento del sujeto, sino «el modo de ser del propio *Dasein*», y en tal sentido mediante ella se propone la superación de toda problemática *meramente* epistemológica en tanto ésta ha estado condicionada tradicionalmente por los conceptos de conocimiento, experiencia y realidad derivados de la ciencia moderna. Esa supuesta superación, sin embargo, como observa Albert, no tiene lugar a partir de una confrontación explícita con el modelo cognoscitivo de las ciencias naturales, sino más bien a partir de la universalización del concepto de *Verstehen*. Toda forma de conocimiento o experiencia queda convertida en un caso particular del comprender y todo complejo de relaciones significativas, no sólo las relativas a la realidad histórico-social, se considera asimilable a un texto, un contenido cuya vía de acceso inteligible es necesariamente de carácter comprensivo. De la innegable asunción de que toda nuestra experiencia y conocimiento están lingüísticamente constituidos, se pasa a defender así la metáfora de que la realidad total, histórica y natural, sea equiparable a un texto. La experiencia auténtica es, según Gadamer, aquella en la que el hombre toma conciencia de su propia finitud, es decir, la experiencia de la propia historicidad. La experiencia hermenéutica, dentro de este horizonte histórico, tiene que ver esencialmente con la tradición, cuyo carácter es a su vez esencialmente lingüístico. El comprender, lejos de concebirse como una actividad metódica o procedimental, es así un acaecer lingüístico, cuyo fundamento último es de carácter ontológico-universal: «el ser que puede ser comprendido es lenguaje». Éste sería el punto de partida para la rehabilitación de la hermenéutica, una vez depurada de sus antiguas pretensiones objetivistas, como guía filosófica que conduzca a una dilucidación del auténtico carácter de las ciencias del espíritu, cuya esencia no queda adecuadamente aprehendida cuando se las mide con el patrón cognoscitivo vinculado a las ciencias modernas.

Según Albert tal proyecto de ampliación universal del concepto de comprensión no puede ejecutarse más que a costa de un inevitable vaciado de su sentido y de una «dramatización» ontológica de la problemática del significado (81), cuya última consecuencia es un relativismo cognoscitivo que tiene por objeto «hacer imposible toda investigación orientada hacia la idea de verdad en las ciencias del espíritu» (57). Este relativismo tendría sus raíces en un típico prejuicio antinaturalista y anticientifista que, por lo demás, se basa en una concepción errónea, trivial e incluso *naiv* de la estructura y funcionamiento de la ciencia natural moderna, que tiende a ver en ella el producto de un mero racionalismo externo de carácter técnico-instrumental (una concepción también presente en Apel y Habermas), y que con ello quiere garantizar un *status* metodológico especial y autónomo para las ciencias del espíritu. El rechazo del método científico-natural («explicativo») para el análisis de la realidad históri-

ca y social se complementa de esta manera con la tesis de la particular cualidad del *Verstehen*, su «primado epistemológico» como modo de acceder integral y originariamente a los fenómenos histórico-sociales, y en esto se cifraría lo que ha permanecido invariable en el pensamiento hermenéutico desde la primera fundamentación del historicismo por Droysen (80). Frente a esta dicotomía tradicional *Erklären/Verstehen* hoy reactivada por la nueva filosofía *more philologico*, Albert propugna en general una teoría *realista* del conocimiento de la cual puedan resultar perspectivas para una disciplina metódica de toda praxis cognoscitiva racional que no se vea limitada a las ciencias naturales pero que tampoco excluya puntos de contacto entre éstas y las ciencias sociales. Esta teoría del conocimiento se basa en lo que llama el «programa de conocimiento del naturalismo», es decir, «el programa de la explicación teórica de todos los fenómenos sobre la base de regularidades» (117). Que este programa es aplicable *también* a la «realidad histórico-social» de la que habla Gadamer se deduce según Albert del *hecho* de la expansión de investigaciones y del desarrollo de ciencias reales teóricas de fundamento nomológico en el ámbito humano y social, desde la biología hasta la psicología, la sociología o la lingüística. Este sería el obstáculo principal contra los argumentos hermenéuticos en favor de la autonomía de las ciencias del espíritu y la demostración de que éstas no pueden prescindir de conocimientos y métodos del mismo tipo de los que son exigidos en las ciencias basadas en el método científico natural. La negación de la posibilidad de explicaciones de tipo legaliforme en el terreno social o histórico invocando una ontología apriorística cuasiteológica, no tendría la función crítica que debe exigirse a toda teoría de la ciencia, sino una función simplemente *apologética* de cierta praxis cognoscitiva de las ciencias del espíritu dirigida a legitimar su *status quo* contra todo avance de aquel método naturalista (88).

La mejor manera de mostrar lo inadecuado del planteamiento de esta «hermenéutica universal» es confrontarla con su propia tradición de pensamiento haciendo ver sus inconsecuencias internas. Albert se detiene en algunas dificultades de la crítica gadameriana a la hermenéutica clásica que culmina en Dilthey, en particular su idea de que en toda comprensión ha de tener lugar una extensión de la operación interpretativa de textos hacia el momento de su aplicación (*Anwendung, applicatio*) a la situación actual del intérprete, debiendo tomarse aquí a la hermenéutica jurídica y teológica como modelo para una reconstrucción de la hermenéutica científico-espiritual. Pero lo más importante según Albert es que en esta misma tradición, en la que Gadamer identificaba fundamentalmente una rémora «objetivista», pueden encontrarse puntos de partida para un tratamiento naturalista del problema del significado y del papel de la comprensión (98). En ella se concebía la hermenéutica como una «tecnología de la interpretación» (90), una técnica dirigida a la producción y examen de hipótesis de interpretación y manejo de textos, es decir, una praxis cognoscitiva reglada cuyo trasfondo teórico y cuyas pretensiones de generalidad no pueden ser ignoradas. Las razones en virtud de las cuales pudo verse en esta técnica algo así como una base *general* para la fundamentación epistemológica de las ciencias del espíritu tendrían su fundamento en el desarrollo de un concepto no semasiológico de comprensión, es decir, en el paso de una comprensión de *símbolos* a una comprensión de *acciones*, en virtud de lo cual el concepto de sentido (*Sinn*) adquiere un uso ampliado, de connotaciones teleológicas, que se vincula con la estructura finalista de la conducta humana (105). La relevancia «hermenéutica» de las ciencias del espíritu tendría en este hecho su justificación, en tanto en ellas sería ineliminable la referencia a los componentes significativos (intenciones, valoraciones, fines, intereses, etc) que rodean y determinan la conducta humana. Sin embargo, a este mismo reconocimiento conducen sin más los supuestos del «individualismo metodológico» al

que Albert se adscribe, de acuerdo con los cuales el análisis de los fenómenos sociales ha de conducirse a la concatenación y combinación recíproca de acciones y decisiones *individuales*, frente a toda perspectiva holística (124 ss). Ahora bien, de esta imprescindible referencia a la conducta significativa individual no se sigue que las ciencias del espíritu se vean abocadas a desarrollar procedimientos cognoscitivos *sui generis*, ajenos a todo conocimiento nomológico-explicativo, procedimientos de carácter intuitivo, espontáneo o simpatético como los que suelen suponerse a menudo bajo la idea de comprensión. Una «hermeneútica» que sirva para la identificación del sentido de las acciones ha de tener un trasfondo nomológico de igual modo que ocurre con la que se limita a la identificación del sentido de textos. La improductiva antinomia comprender-explicar y la problemática hermenéutica con ella vinculada deben ser resueltas en favor de una «explicación del comprender» (*Erklärung des Verstehens*) (107), es decir, en favor de admitir dentro del ámbito de las ciencias sociales la posibilidad (que habrá de ser indagada epistemológicamente) de explicaciones de la conducta significativa basadas en regularidades, lo que resulta además de la mayor importancia a la vista de la dimensión técnica o tecnológica que generalmente acompaña a las disciplinas aquí implicadas. En este punto Albert se remite a M. Weber y su concepción general de una sociología teórica que parte del reconocimiento de que reglas, normas y valores de todo tipo tienen un papel constitutivo en la acción social y en el desarrollo de los hechos sociales, pero que no por ello excluye en este campo los principios de la investigación empírico-nomológica y la posibilidad de genuinas explicaciones de tales hechos en las que aquellos componentes tengan un significado precisamente *causal*, esto es, «explicaciones comprensivas», aunque no siempre tengan éstas que ajustarse, añade Albert, al esquema weberiano de la «racionalización teleológica» ni tomar como referencia *exclusivamente* a esos componentes en tanto son significativos sólo para el propio agente social (Winch), sino también en su conexión con otros factores causales relevantes según regularidades determinadas (131). Estas regularidades, a su vez, no tienen por qué ser siempre accesibles por vía de la comprensión, entendida como una variedad de conocimiento ordinario o vivencial-mundano, sino que su función explicativa de la conducta individual involucra justamente a una gran variedad de disciplinas científicas convergentes cuyas perspectivas vienen muchas veces a negar o *corregir* ese conocimiento ordinario, y en cualquier caso no debe confundirse, salvo incursión en un relativismo de la verdad, el momento de la *identificación* de la perspectiva significativa (motivacional, perceptiva o valorativa) de los sujetos cuyas acciones se trata de explicar con, precisamente, el momento de su explicación (143). Los «métodos comprensivos» no representan, por tanto, sustituto alguno para la explicación teórica de las variedades de conducta relevantes en las ciencias sociales, sino que más bien proporcionan en determinadas circunstancias su presupuesto, al pertenecer a las técnicas de investigación que entran en juego para la aplicación de conocimiento teórico en tales ciencias. En consecuencia, la idea de que la diferente naturaleza de la base observacional en las ciencias sociales, que se muestra precisamente en la aplicabilidad de métodos comprensivos, trae aparejada una diferencia metodológica esencial con las ciencias naturales es sólo fruto del desconocimiento de que todo comprender implica fundamentos nomológicos. No se trata, en suma, de impugnar la legitimidad de procedimientos comprensivos en las ciencias sociales, sino sólo la versión historicista-hermenéutica que opone de manera excluyente y estéril, con la finalidad de postular esa supuesta autonomía metodológica, la comprensión a la explicación.

En los capítulos cuarto y quinto intenta Albert mostrar la justeza de su propuesta epistemológica a la situación que presentan, respectivamente, las

ciencias históricas y las ciencias económicas. Frente al programa de lo que Albert llama el «historicismo metodológico», que arranca clásicamente de la *Historik* de Droysen y que ha encontrado cierta reedición en la filosofía analítica (p. ej. en la conocida obra de W. Dray, *Laws and Explanation in History*, 1957), conforme al cual en el campo de la investigación del acaecer histórico sería no sólo inadecuado sino imposible el recurso a regularidades o leyes generales, mientras que sólo el comprender permitiría indagar lo interno de las fuerzas impulsoras de la vida histórica y su sentido inmanente, Albert sostiene que el objetivo de la ciencia histórica desde Tucídides ha consistido en ofrecer hipótesis reconstructivas del acontecer pretérito que implican una pretensión explicativa, si no del «pasado», que por definición no existe, sí al menos del estado actual de las fuentes o reliquias transmitidas al presente. Tales explicaciones deben ser constantemente contrastadas, corregidas y criticadas mediante la búsqueda de nuevas fuentes y la aplicación de regularidades pertinentes de todo tipo procedentes de las ciencias teóricas, lo que exige patentemente un fundamento nomológico-causal. Sólo la aplicación de métodos conectados con el programa de conocimiento naturalista, es decir, vinculados con el «método hipotético-deductivo», ofrece la posibilidad de ajustarse a la labor que a sí misma se ha impuesto la investigación histórica, y no la transferencia del modelo textual a la «realidad histórico-social» en el sentido gadameriano (121). En cuanto a la metodología de la economía política, Albert pasa revista a algunos intentos de introducir en este campo perspectivas hermenéuticas, como los de W. Sombart y G. Weippert en los años 30 bajo el influjo de Heidegger, y los contemporáneos de L. Lachmann, R. Ebeling o D. Lavoie en la línea de superar un supuesto «déficit hermenéutico» que aquejaría al modelo neoclásico de L. von Mises. Albert considera que estos intentos responden a una inadecuada comprensión de la doctrina de este último, quien, pese a sus excesos aprioristas kantianos, ha propuesto una aceptable reformulación metodológica del programa de la economía clásica, basada en la reivindicación de la necesidad de una «lógica de la acción» que contemple la estructura y funcionamiento generales de la conducta humana y cuyos rendimientos ha probado en sus análisis económicos efectivos. En la economía política no se plantea «problema hermenéutico» alguno, sino problemas de imputación causal en el desarrollo de teorías que contemplen aquellos elementos cognitivos que determinan la actuación de los agentes económicos como factores causales para explicar el devenir del mercado, es decir, problemas de explicación comprensiva en el sentido weberiano (158).

El capítulo sexto está dedicado al análisis de las relaciones entre hermenéutica y jurisprudencia. Pero más que ocuparse de la revisión crítica de posibles aplicaciones de la filosofía hermenéutica al campo jurídico, Albert se centra en el problema del carácter epistemológico de la ciencia jurídica, ampliando puntos de vista expuestos ya en trabajos como «Zur Kritik der reinen Jurisprudenz. Recht und Rechtswissenschaft in der Sicht des kritischen Rationalismus» (*Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1992, pp. 343-364) y sobre todo *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz* (Baden-Baden, Nomos, 1993). Ahora la argumentación va dirigida no tanto contra la autorrepresentación de la ciencia jurídica como ciencia hermenéutica, pues aquí, en el campo jurídico, al igual que ocurre en las disciplinas filológicas, es a fin de cuentas innegable la necesidad práctica de interpretación de ciertos textos, cuanto contra la concepción de la ciencia jurídica como disciplina «dogmático-normativa». La peculiar posición de la jurisprudencia como disciplina inserta en el marco de cada respectivo sistema jurídico con la

fundamental función de desarrollarlo y de influir prácticamente en su conformación, así como la propia consistencia epistemológica de su material de análisis, las *normas* del derecho, han servido tradicionalmente de base para asignarle un *status* cognoscitivo *sui generis* que parece distanciarla enteramente del modelo realista de ciencia tal y como puede ser aplicado a las demás ciencias sociales. Así, se ha considerado a la jurisprudencia como una ciencia «dogmática» (es decir, dogmáticamente vinculada a las normas), como una ciencia eminentemente «hermenéutica» (que se agotaría en la pura identificación e interpretación del *sentido* de textos normativos), o como una ciencia «normativa», sea en el sentido de ser «productiva» de normas, en la acepción que la *Begriffsjurisprudenz* hizo clásica, sea en el sentido kelseniano de ejercitar un modo de conocimiento específicamente normativo, en concordancia con una concepción idealista de la *validez* como existencia específica de las normas (idea característica de lo que Albert denomina *Normenplatonismus*). Según Albert, la visión de la jurisprudencia en términos de disciplina tecnológico-social puede arrojar nuevas perspectivas sobre este tema. No puede dudarse del carácter *normativo* del objeto de análisis de la jurisprudencia, es decir, de los textos y del lenguaje jurídicos, ni de la necesidad de contar con procedimientos hermenéuticos para el reconocimiento de las normas contenidas en tales textos, ni menos aún de que estamos ante una disciplina orientada hacia la praxis jurídica en un sentido muy determinado y preciso. Pero esto no quiere decir que haya que considerarla como una «ciencia normativa». La jurisprudencia no *produce* normas en el mismo sentido en que lo hacen los operadores jurídicos dotados de competencia, ni construye enunciados descriptivo-normativo del tipo de los kelsenianos, sino que tiene como *referencia* de su discurso a las normas del derecho, pero en tanto que son normas fácticamente válidas, es decir, ancladas en ciertos hechos sociales, en un sentido muy próximo al defendido por el realismo sociológico de A. Ross. Los procesos de interpretación de los textos constituyen así tan sólo medios auxiliares para la reconstrucción del derecho «fácticamente válido» (*faktisch geltende*) en un determinado dominio espacio-temporal, esto es, eficaz, y por tanto, para el establecimiento de hipótesis sobre hechos sociales (186). No hay por qué abandonar las premisas de tal enfoque realista si se quiere, además, reconocer en la jurisprudencia la ineludible labor, no ya sólo de reconstruir el sistema de normas válidas en el sentido dicho, sino sobre todo, a la vista del carácter no autosuficiente de tal sistema, de completarlo y desarrollarlo a través de adecuadas propuestas de interpretación. Como tecnología social, y teniendo en cuenta que las propias normas no son fines en sí mismos sino más bien medios de control social, que deben ser contemplados bajo el punto de vista de su utilidad y sus posibles efectos sobre la vida social, la jurisprudencia analiza entonces tales efectos respecto de «determinadas regulaciones posibles que resultan de propuestas de interpretación de las proposiciones jurídicas consideradas como válidas en el sistema dado, o que resultan de otras proposiciones jurídicas que pueden ser formuladas para suplir las lagunas legales existentes actualmente o para el desarrollo ulterior del ordenamiento jurídico por medio de la legislación» (188). Introduce así puntos de vista finalistas y valorativos en la formulación y discusión de los correspondientes problemas prácticos, incluyendo los ideales jurídicos tradicionales (como el de justicia) que se convierten en índices de rendimiento del sistema tecnológico en su función de sostenimiento del orden social, pero sin excluir tampoco la aplicación de información nomológica procedente de las ciencias sociales teóricas. Esta concepción tecnológica sería, por lo demás totalmente compatible con un control racional de las decisiones y valoraciones de los operadores jurídicos al exigir una explicitación de todas las premi-

sas que entran en juego en el devenir de la praxis jurídica (judicial, legislativa, etc), dentro del postulado general de deductividad, lo que haría de ella una disciplina eminentemente crítica.

El capítulo séptimo versa sobre «Hermenéutica, teología y creencia religiosa». En él muestra Albert la proximidad de las propuestas que para el campo religioso se deducen de la filosofía hermenéutica con los postulados de lo que llama la «idea de religión pura». Bajo este nombre sintetiza aquella concepción típicamente moderna surgida como reacción a la crítica ilustrada de la religión, cuya primera versión sería la romántica representada por Schleiermacher, caracterizada por replegar el concepto de religión primariamente al plano de la subjetividad (del sentimiento, de la creencia, de la experiencia subjetiva), presentándola así como una dimensión propia y radicalmente *ineliminable* de la naturaleza humana y por ello mismo convertida, cuanto a sus contenidos esenciales, en *immune* e inalcanzable a todo posible análisis crítico externo (200, 223 ss). Ambas ideas, necesidad e inmunidad de la religión, siguen constituyendo, bajo diferentes versiones, incluyendo algunas que se presentan como teniendo fundamento científico, los más eficaces instrumentos para la apología de las ideas teológicas en el pensamiento contemporáneo, en el que juegos lingüísticos, paradigmas, discursos y tradiciones supuestamente inconmensurables han sustituido al criticismo de la filosofía de principios de siglo e inaugurado un relativismo que propicia la rehabilitación de aquellas ideas. La tendencia a poner fronteras insuperables a la crítica *externa* de la religión es comprensible en una doctrina que, como la gadameriana, desemboca en ideas tales como que en la hermenéutica de textos religiosos «ha de mantenerse la convicción de que la Sagrada Escritura es el mensaje divino de la salvación» o que aquí operaría siempre una precomprensión de carácter teológico. Pero, y esto ya no resulta tan comprensible según Albert, a las mismas consecuencias apologéticas conduce el hoy muy extendido análisis en términos funcionalistas-pragmáticos, al modo de H. Lübbe en su *Religion nach der Aufklärung* (1986), donde se define la religión como «cultura del reconocimiento de la indisponible contingencia de la existencia», es decir, como ejecutora de una función cultural universal relacionada con la experiencia de la contingencia, dependencia e inmodificabilidad de las condiciones vitales que resultaría insoslayable para todos los seres humanos; función que, según Lübbe, haría de ella una instancia que por sí misma no puede entrar en conflicto con la visión del mundo derivada de la ciencia moderna, pues el interés religioso es por definición «culturalmente indiferente» al progreso del conocimiento, y en cualquier caso ese conflicto se ha evitado por vía de la reinterpretación hermenéutica de sus contenidos centrales (así la «desmitologización» de Bultmann). El punto débil de estos planteamientos, y de la idea de religión pura, estriba según Albert en el intento de desvincular el problema de la interpretación de los textos religiosos, o el de la funcionalidad de la religión como fenómeno socio-cultural, del problema de su *verdad*. Viene a utilizar así una especie de *argumentum ex actibus religiosis*: las religiones envuelven estructuralmente ciertos supuestos metafísicos de carácter cognitivo (fundamentalmente el postulado de la existencia de entidades numinosas dotadas de la posibilidad de interacción con los hombres, por medio del cual las religiones desarrollan las que son a juicio de Albert sus tres funciones básicas: explicación de la realidad, dirección de las conductas y aseguramiento) (227-8), al margen de cuya interna pretensión de verdad la propia praxis religiosa, que es una praxis «técnico-soteriológica» (*Heilstechnologie*), perdería todo su sentido. Es problemático mantener en este punto una posición de «neutralidad». Los «hechos» constitutivos de la «experiencia religiosa» (v. g., mística) no son algo por sí mismo definitivo,

último e incorregible, que deba ser sólo interpretado en concordancia con los respectivos contenidos dogmáticos de las diversas religiones, sino precisamente un *explicandum* para análisis externos correctivos de fundamento naturalista que contemplan a la religión como un fenómeno cultural humano, en consonancia con la tradición de pensamiento crítico que va desde Hume hasta Durkheim o Weber, pasando por Feuerbach, Marx, Nietzsche o Freud. Los presupuestos metafísicos que siguen sustentando a las diferentes religiones están anclados en una imagen del mundo (la antigua cosmovisión onto-teológica) que simplemente no puede encontrar ya lugar alguno en la cultura moderna determinada por las ciencias, por más que la idea de «religión pura» haya pugnado por habilitar dentro de ella un «nicho» para la conciencia religiosa. Una hermenéutica que busque, por medio de reinterpretaciones más o menos refinadas, salvar determinados componentes de las tradiciones religiosas ajustando su sentido al marco de la cultura moderna, pero eludiendo hacer tema del contenido metafísico-cognitivo que las sustenta, sería, según los criterios de una razón crítica comprometida con la búsqueda de la verdad, una hermenéutica «corrupta» (229).

El último capítulo es un análisis crítico de algunos de los puntos centrales de la filosofía de J. Habermas cuyas posiciones han evolucionado ambiguamente, según Albert, desde los supuestos de la «teoría crítica» frankfurtiana hacia una forma de «pragmatismo hermenéutico» (231). A tenor de esta evolución, la *Positivismusstreit* no puede estimarse en modo alguno cancelada y si Habermas así parece haberla considerado es porque se basa en una valoración falsa de los argumentos del adversario, del estado de la discusión y de sus propios logros en materia epistemológica. Tras recapitular sumariamente las tesis epistemológicas básicas del racionalismo crítico hasta ahora desarrolladas (falibilismo, neutralidad valorativa en la praxis cognoscitiva de las ciencias sociales, reformulación nomológica de la idea de comprensión, individualismo metodológico, realismo crítico, idea de verdad), Albert pasa revista a la concepción habermasiana centrándose en su modelo de la «acción comunicativa» (*Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, 4ª ed., 1987), cuya importancia radica no sólo en que encarna su propio ideal de racionalidad y desempeña por ello una función normativa, sino también en su repercusión sobre la teoría de las ciencias sociales al presuponerse que el conocimiento de los fenómenos sociales viene mensurado de acuerdo con el criterio contenido en ese modelo, el criterio básico del «entendimiento» (*Verständigung*) y del lenguaje como medio en que tiene lugar su consecución. Según Habermas, la constitución del campo de las ciencias sociales hace que en ellas el científico sea no sólo un «intérprete racional» en el sentido de Weber, sino un sujeto que se ve implicado y comprometido en el enjuiciamiento y la crítica de las «pretensiones de validez» que los sujetos analizados por él vinculan a sus acciones, como por ejemplo, la rectitud de determinadas normas. El investigador social precisa *comprender* los nexos significativos que aparecen en su dominio de objetos; ahora bien, dado que estos objetos están ya simbólicamente estructurados y encarnan una suerte de «saber pre-teórico», el acceso a los mismos no es para aquél en principio esencialmente diferente al que tiene el lego: el científico social ha de pertenecer de algún modo al «mundo de la vida» que quiere describir, ha de ser partícipe en su producción. La comprensión del sentido presupone así la intersubjetividad como experiencia comunicativa y exige adoptar una posición «realizativa» en oposición a una posición «objetivadora», es decir, exige la participación al menos virtual en un proceso de entendimiento, participación que para el científico social se traduce en la reactualización de las *razones* de que disponen los sujetos implicados y el enjuiciamiento de las pretensiones de validez

correlativamente asociadas a ellas. En opinión de Albert, la presentación que Habermas ofrece de la situación investigadora de las ciencias sociales es muy sesgada y unilateral, al margen incluso de si se acepta o no su *modelo* de acción social. Que en la praxis cognoscitiva de dichas ciencias tenga lugar el encuentro con fenómenos de comunicación simbólica por cuyo medio se coordinan las acciones de los sujetos, y que, en consecuencia, sea preciso tomar postura en relación con determinadas pretensiones de validez así como emprender las correspondientes valoraciones, es un hecho desde hace tiempo reconocido por teóricos de la ciencia como Weber, Bühler, Popper y otros. Un hecho, sin embargo, del que no se derivan las consecuencias que Habermas sugiere. No cabe, por ejemplo, que el científico social haya de perder su «actitud objetivadora» por efecto de la identificación o convergencia comunicativa con los sujetos a que somete a estudio: que tenga que dar cuenta de la perspectiva del agente social no comporta que deba *aceptar* la «perspectiva del participante», sino que puede limitarse a contemplar desde *su* perspectiva de observador *la* perspectiva del participante (240), con los efectos correctivos que de aquí puedan críticamente derivarse. El necesario enjuiciamiento de pretensiones de validez no supone por ello abandonar el ámbito de las descripciones objetivas y las explicaciones, como pretende, «con gran derroche retórico» (252), la contraposición habermasiana entre interpretaciones racionales e interpretaciones descriptivas. Es una afirmación enteramente fáctica la de que un sujeto haya defendido una opinión o una teoría errónea, o se haya conducido en virtud de una norma que consideramos aberrante, aun cuando para llegar a la afirmación de estos hechos, a su descripción y eventual explicación, se hayan seguido naturalmente reglas, criterios, valoraciones y decisiones de muy diferente tipo. La praxis cognoscitiva, como ocurre con toda praxis en general, está siempre determinada y mediada por valoraciones y decisiones, en este caso instrumentalmente orientadas hacia objetivos cognitivos, de modo que el *status* de «observador objetivador» no significa nunca, desde el punto de vista de la génesis, ausencia de valoración, ni siquiera en las ciencias naturales, lo cual no quiere decir, por otro lado, que no debamos distinguir convenientemente, desde el punto de vista estructural, entre descripción y valoración, ni que debamos deducir insostenibles consecuencias en favor de una ciencia social valorativa. En cuanto al concepto de acción orientada al entendimiento, considerado como modelo de acción social, Albert sostiene que se trata de un muy especial concepto cuya aplicabilidad *general* para las descripciones y explicaciones científico-sociales es problemática. Es indudable que para la solución de muchos problemas puede ser valioso o necesario el consenso de los sujetos partícipes, pero un tal consenso no tiene por qué revestir en general el carácter del «entendimiento irrestricto» habermasiano (259). El entendimiento lingüístico entre sujetos sería un fenómeno muy particular y en todo caso las acciones sociales dirigidas a este fin especial se dejan incluir fácilmente en los conceptos weberianos, sin vernos por ello forzados, como le ocurre a Habermas, a recargar innecesariamente la metodología sociológica con un indemostrable ideal normativo de validez universal de las estructuras del entendimiento, exigido como garantía de objetividad de las ciencias sociales (257). Este ideal no sería otra cosa que la transposición, dentro del marco de un «esencialismo normativo», de la antigua idea de comunidad en la perspectiva de la hermenéutica universal, la cual también en la versión de Habermas se muestra como un «callejón sin salida de la razón» (262).

Jesús VEGA LÓPEZ  
Universidad de Oviedo



**Jerónimo Betegón, Luis Prieto, Marina Gascón y Juan Ramón De Páramo, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.**

Siempre es grato, en el mundo de la docencia, saborear las tareas realizadas por personas comprometidas con el alumnado. Pero, más si cabe, en esta ocasión, y con motivo del notable esfuerzo que Luis Prieto, Juan Ramón de Páramo, Marina Gascón y Jerónimo Betegón han volcado en este trabajo. Su labor, sobresaliente sin duda, no pasará desapercibida, pues supone una nueva fórmula en la explicación de Teoría del Derecho, no tanto por la inserción de ideas excesivamente novedosas sino, sobre todo, por el enfoque desde el que se tratan los temas. Dejo al lector considerar las páginas que vienen a continuación, pero sirvan estas letras para animarle a la lectura de *Lecciones de Teoría del Derecho*. No quedará defraudado...

Al comenzar el manual de cualquier disciplina, es indispensable definir aquello que conformará el objeto de estudio por parte del alumno. Luis Prieto intenta el acercamiento de éste al mundo de lo jurídico prometiendo una definición (ésta no llegará en el primer capítulo ni en los sucesivos), y atrayendo la atención del lector acerca de las peculiaridades que, en torno el fenómeno jurídico, se generan. Pone de relieve la ambigüedad y vaguedad del término Derecho, y configura la realidad de éste en forma tridimensional (como hecho, como valor y como norma), dibujando este triple aspecto como vertientes diversas de un común denominador, y atribuyendo una también triple y respectiva cualificación a dichas configuraciones (así, a la cualidad de hecho le correspondería la de la eficacia; al Derecho como norma, la validez; y el rasgo de justicia al Derecho como valor). No obstante, la originalidad radica en que predica el autor dichos rasgos, no al hablar de las características de la norma jurídica o del ordenamiento (tal y como viene siendo habitual en gran parte de los manualistas españoles), sino que incide en un análisis comprensivo de la realidad jurídica en su conjunto, y en las interrelaciones que se dan entre el derecho concebido como norma, como hecho y como valor.

La validez, explicada desde la tradicional clasificación entre sistemas estáticos y dinámicos –y previamente definida–, nos lleva a una conclusión interesante: ésta será diversa según se trate de normas del sistema recogidas en textos, o de costumbres (ver pág. 18). Idénticamente, es objeto la eficacia de una previa definición, si bien contribuye el autor a clarificar –algo tan meritorio como infrecuente– la diferencia existente entre ambos adjetivos (validez por un lado, eficacia por otro), para concluir con el fenómeno de la *desuetudo* kelseniana, y la paralela crítica que realiza sobre el mismo. Ahora bien, comienza este tratadista a definirse por primera vez al abordar el tema de la justicia, dejando clara su posición de no identificación de la legalidad con la legitimidad, así como su apuesta por un Derecho que no resulte contrario a la moral social o convencional, puesto que considera que éste refleja el sistema de valores vivido en la sociedad.

Luis Prieto dubita en varios momentos cuando se propone ofrecer una explicación acerca de diversas ideas o fenómenos. En un primer instante, no duda en realizar un recorrido a lo largo de la historia en relación a la doctrina del Derecho Natural, periplo éste que, por su exposición diáfana, no deja lugar a dudas de ningún tipo. Sin embargo, no se encuentra en su manual una teoría de la justicia: quizá pretendió el autor reflejar la idea de que el derecho supone una transposición de aquel sistema de valores que se halla presente en la sociedad, en detrimento de una perspectiva histórica que mostrase las distintas teorías explicativas de una legitimidad distinta del derecho positivo.

Se evita profundizar sobre aspectos característicos de la obligación moral y de la obligación jurídica, mencionándolo tan de pasada que quizá dicha idea pase desapercibida. Sin embargo, las teorías de Derecho Natural van siendo analizadas desde el mundo antiguo (pasando por el epicureísmo y el estoicismo), el iusnaturalismo teológico (con especial incidencia en Tomás de Aquino), el derecho natural racionalista (con un derecho natural que no sólo dotará de fundamento racional al derecho positivo, sino que sus principios y sus métodos servirán también de instancia valorativa de la positividad vigente: y de aquí nos llevará el autor a las primeras manifestaciones constitucionalistas, así como al problema del reconocimiento del derecho de resistencia), para concluir con lo que él llama el «eterno retorno del derecho natural», en el que estudiará la pérdida de protagonismo de las corrientes iusnaturalistas, y la vuelta vigorosa de éstas tras la segunda gran guerra.

El positivismo, de la mano de Jerónimo Betegón, viene detallado desde su estado embrionario en diversos países del viejo continente. Aunque quizá menos diáfano que los capítulos precedentes, recoge y examina con un cierto detenimiento la escuela histórica del derecho y el realismo jurídico, si bien hubiera sido deseable -en mi opinión- la inclusión de aspectos relativos a las relaciones entre los órdenes normativos de la moral y el derecho, y esto por un doble motivo: en primer lugar, por la inexistencia de un tema específico que aborde esta problemática (ésta vetea las páginas de los diversos capítulos, y si bien el iniciado en derecho puede estar en condiciones de entresacar los aspectos sustanciales de la misma, desde mi punto de vista, estimo que un alumno de primer curso puede no encontrarse en condiciones óptimas para ello); y, segundo: considero que la ubicación aquí es más que idónea.

Ciertamente novedoso se presenta el cuarto capítulo de *Lecciones de Teoría del Derecho*. El lector adiestrado en el manejo de los diversos manuales al uso espera el típico aforismo *ubi societas, ibi ius*, así como la consiguiente explicación al fenómeno del derecho como necesario para la regulación de la vida social. No obstante, el choque es frontal cuando se llega a la afirmación de que los individuos pueden vivir en sociedad al margen de las instituciones estatales. Y el siguiente paso lógico -como no podría ser otro- es el interrogante de cuáles han sido entonces las razones por las que se ha necesitado al estado y al derecho como medios de organización y control social, cuestión ésta que encuentra respuesta de la mano de cuatro teorías diversas: la teoría política clásica, la concepción liberal, la concepción marxista y la postura defendida por Max Weber. Y aparte de lo hasta aquí mencionado, quizá he de referirme también al hecho de que, tradicionalmente, el surgimiento del estado se relacionaba con las tesis contractualistas de tintes iusnaturalistas, tesis éstas ciertamente presentes aquí, pero completadas por otras hasta ahora ajenas a la mayoría de los manuales existentes.

El análisis del comportamiento del individuo, así como la incidencia que éste puede provocar en el grupo social, es puesto de manifiesto siguiendo el interesante modelo explicativo de M. Olson. Según el mismo, el papel del sujeto y su incidencia en el grupo social depende de que éste sea grande o pequeño. Si es pequeño, la actitud del llamado a colaborar podrá incluso desequilibrar la distribución de los bienes públicos, algo que no sucederá en las grandes sociedades.

Independientemente de su ubicación (más acertada quizá habría sido en el primer capítulo, por el carácter introductorio de estos planteamientos), es plausible la relación que, entre poder y derecho, plantea el autor, digna de mención la referencia al poder ideológico, que proporciona una visión trascendente de la autoridad social, y clara la perspectiva del resto de los poderes que examina (el económico, el militar y el político). Estas cuatro fuentes de poder se con-

gracian con la pareja binomial poder extensivo-poder intensivo de un lado, y poder autoritario-poder difuso de otro, clasificación ésta de Mann.

No obstante, se echa de menos una parada, aunque sea breve, en la noción de derecho como posibilidad del uso de la fuerza o, lo que es lo mismo, como «coercibilidad». El autor se esmera en describir un perfil dual del derecho como instrumento de poder, así como medio de limitación del mismo (si bien, solapadamente, intuyo en Juan Ramón de Páramo un cierto escepticismo en relación a esta segunda función). Pero ignora el dato mencionado anteriormente del empleo de la fuerza en determinadas condiciones y ante concretas circunstancias, conclusión ésta que debiera haber rematado el epígrafe titulado «Derecho, fuerza y consenso», cuyo hilo argumental, en mi opinión, se ve cortado por el estudio de las variadas funciones del derecho (integradora y resolutoria de conflictos a un tiempo, limitadora de conductas desviadas –fundamentalmente delictivas– y orientadora de la conducta de los individuos).

La norma jurídica ocupará el papel principal del capítulo quinto, en el que, junto a varias novedades, ofrecerá en algún momento un perfil tembladeral.

Un aspecto a considerar radica en el hecho de que no se distingue entre la norma jurídica y la estructura que envuelve a ésta, es decir, la proposición normativa. Únicamente sale a la luz este punto al tratar de la norma jurídica en la teoría del derecho de Hans Kelsen, y se hará de un modo conciso y breve.

El análisis del precepto jurídico desde un punto de vista lingüístico resulta ciertamente útil. Expuesto de forma exhaustiva (dentro de los límites de un manual, por supuesto), brinda y arroja gran luz sobre el concreto tema tratado, por lo que su aprehensión deviene fácil. Sin embargo, se evidencia un vacío importante por cuanto que, entre los ejemplos aclaratorios que inserta, no hay ninguno que esté referido al ámbito jurídico.

Es identificativo de este libro la presentación novedosa de alguno de los aspectos que aborda (así por ejemplo, al hablar de las relaciones entre el poder y el derecho, o al tratar el tema de las fuentes del ordenamiento). Pero tan peculiar rasgo pudiera parecer que queda en ocasiones mancillado por la incompletud de algunas de las cuestiones. No obstante, dichos vacíos son comprensibles y perfectamente razonables si consideramos este texto desde su óptica real, esto es, su conformación como un manual de teoría del derecho que, en ningún caso, puede ansiar abarcar los temas tratados con una profundidad que, probablemente, desviaría al alumno de su estudio.

Ya para concluir la lección relativa a la imperatividad de la norma jurídica, hay que destacar el correcto análisis referente a las diversas teorías que han abordado el estudio de esta realidad jurídica, aplaudiendo incluso la selección que realiza entre los distintos autores. Sin embargo, se echa de menos un matiz importante, cual es el estudio del contenido de la norma, definiendo cada uno de los elementos que lo integran (supuesto de hecho y consecuencia jurídica).

Siguiendo con la metodología empleada desde el comienzo de este manual, el capítulo sexto se presenta ante el lector con una definición; en concreto, se intenta explicar qué es un sistema. Es lógico, tanto más si consideramos el título que encabeza esta parte: «El sistema jurídico».

Poco a poco, nos vemos inmersos en una imagen que va reproduciendo cada rasgo característico de ese sistema (la coactividad y el carácter institucionalizado). Pero, pese a lo dicho, el esquema argumental parece fracturarse en su exposición por la inmersión de la diferencia entre legislación, jurisdicción y ejecución, ciertamente útil para el alumno, pero quizá un tanto asistemática si consideramos el conjunto de la exposición que se nos presenta hasta ahora.

La ya conocida (por haber sido anteriormente ya explicada) distinción entre sistemas estáticos y dinámicos es, en este momento, enriquecida con las nociones de normas dependientes, independientes, derivadas y formuladas, así

como con el juego de las relaciones de deducibilidad y de legalidad, y con el concepto de sistema jurídico momentáneo de Raz. Por otra parte, se detiene el autor a mostrar diversas respuestas dadas al interrogante de la identidad del sistema jurídico. Así, salen a la luz la noción de soberano de Austin, el criterio de la norma básica de Kelsen, el reconocimiento de normas según Hart y Raz, y la concepción del derecho en Dworkin como un conglomerado de normas y principios.

Un vacío: no aparecen explicitadas aquellas posturas que niegan la concepción del derecho como sistema. Y un dato positivo: la novedosa inclusión de dos modelos de pertenencia de las normas derivadas (modelo de legalidad y de deducibilidad), los problemas prácticos que plantean y una posible conjugación alternativa de ambos.

Y de nuevo, y ya para finalizar el tema dedicado al sistema jurídico, comentar las reiteraciones que afloran esporádicamente: se retorna aquí al tema de la validez, cuando ésta ha sido objeto de estudio en el subepígrafe 3.1 de este mismo capítulo, y mencionada en otros. Además, se echa de menos una referencia, aun cuando ésta sea mínima, a los rasgos característicos del ordenamiento (unidad, plenitud, coherencia...), prestándose demasiada atención al hecho de la concepción del derecho como sistema.

A diferencia de lo que viene siendo habitual en los manuales, Jerónimo Betegón adoba sus páginas con una visión original de las categorías jurídicas de derecho subjetivo y de deber jurídico. Éstas no son comprendidas desde un prisma aislado: entremezclan sus raíces con continuas interrelaciones mutuas, de modo que se concluye con un concepto de derecho entreverado con la noción de deber. Por otra parte, el tandem *teoría de la voluntad-teoría del interés* se utiliza como argumento explicativo de la fundamentación o justificación de esta categoría jurídica. Con una novedad: la teoría de la voluntad ya no incluye solamente a Windscheid (algo que, en gran parte de los manualistas españoles, era frecuente), sino que H. L. A. Hart –con su teoría justificativa de los derechos en base al reconocimiento del derecho de todos a ser libres– (algo confusamente explicado, por otra parte), se ve inmerso en estos terrenos.

Quizá se impone aquí una doble puntualización: en primer lugar, habríamos de preguntarnos qué pasa con el resto de teorías (teoría de la protección, teoría de la posición jurídica, realismo jurídico...). Y segundo: no es del todo diáfana la concepción iusnaturalista de los derechos subjetivos (atributos predicables del individuo en función de su naturaleza humana, no creados por el derecho positivo, sino únicamente reconocidos, consagrados y tutelados por éste), en contraste con una concepción de los derechos de tintes positivistas (concebidos como facultades que, en ningún caso, pueden ser justificadas más allá del ordenamiento jurídico).

En cuanto a la categoría del deber jurídico, es de justicia reconocer el gran esfuerzo de síntesis que realiza el autor por explicar dicha obligación desde la perspectiva del normativismo puro de Kelsen, y la distinción entre obligación moral y jurídica de Hart, selección ésta quizá un tanto escasa, pero suplida sobradamente con el análisis de la acción antijurídica y de la sanción, conceptos estos olvidados por la teoría del derecho, más no por ello irrelevantes.

El esquema expositivo, aun cuando en ocasiones parezca erupcionar y tornarse un tanto anárquico, en otras se revela como sumamente valioso. Y la explicación de estas categorías es uno de esos ejemplos. Tras una definición previa de la realidad a tratar, se aborda posteriormente la problemática que la misma encierra. No obstante, y debido al carácter escueto de alguna de sus exposiciones, quizá sus líneas no puedan responder determinadas preguntas que van surgiendo en la mente del lector. Así por ejemplo, al comentar el aserto de Bobbio (ver página 53) sobre el hecho de que cualquier norma jurídica

puede ser violada, cabría plantearse: ¿cómo puede sufrir esa situación un precepto que atribuya, por ejemplo, competencias, o una norma que establezca en su enunciado una definición?... Dichas cuestiones quedan sin respuesta.

Marina Gascón encabeza una serie temática relativa a las fuentes del derecho. Insiste primeramente en el hecho de que el término fuente está referido al acto que es la causa de las disposiciones o normas. No obstante, quizá se añora un análisis más exhaustivo de las fuentes de producción no exclusivamente estatales, tema éste sumamente interesante y vital a un tiempo si se quiere comprender nuestro sistema jurídico, y que tan sólo se menciona superficialmente, algo que, por otra parte, resulta llamativo si consideramos el amplio estudio que, en este campo, se gesta.

Frente a lo que viene siendo habitual, se encarga la autora de dar un vuelco a los criterios para la calificación normativa de las fuentes, de modo que el campo de visión del espectador ve repleta su honda expansiva en el paisaje que conforman el criterio sustantivo, el de la eficacia, el de las normas utilizadas por el juez, el de la integración política y, finalmente, el criterio formal. Por otra parte, se nos adentra en el estudio de las fuentes constitucionales, y quizá esta inmersión comporte cierta confusión para el lector que, habiendo dado el primer paso en el camino de la andadura del derecho, desconoce, sin embargo, el significado de una ley-marco o de una ley de armonización, términos aquí aludidos, pero en ningún momento explicados.

Para no perder el carácter innovador, atributo que tilda a este manual, se enlaza el análisis del sistema de fuentes con la temática de la incidencia de la forma de Estado y de Gobierno en dicho sistema, deteniendo la autora el punto de mira en el modelo democrático (el cual, dicho sea de paso, lejos de quedar idealizado, es puesto en tela de juicio por cuanto que se afirma ser dudoso que, tras las democracias históricas concretas, haya una verdadera fuerza política democrática), así como en la forma más genuina de éste, el referéndum.

A partir del rasgo de la validez de las normas y de las disposiciones jurídicas construye Marina Gascón un entramado, de tintes laberínticos y vanguardistas a un tiempo, para intentar explicar, sobre las fuentes de nuestro ordenamiento español, las distintas relaciones que existen entre ellas. De igual modo, y continuando la andadura iniciada dos capítulos atrás por esta misma manualista, se explica la clasificación relativa a las distintas normas sobre la producción jurídica: en concreto, las normas que atribuyen a un sujeto competencia normativa; aquellas que indican modos o procedimientos en el ejercicio de esa competencia; las que circunscriben o delimitan el ámbito material sobre el que podrá ejercerse dicha facultad; y, finalmente, las que condicionan la validez de las normas y disposiciones que son el resultado de esos actos (página 233).

Son muchos los conceptos que afloran de forma condensada en estos capítulos: resistencia activa y pasiva, bloque de constitucionalidad, vicio de competencia y de procedimiento, vicio de inconstitucionalidad, reservas materiales de ley, ..., así como diversos criterios resolutorios para el caso de que surjan dudas entre las distintas fuentes, distinguiendo y matizando para el supuesto de que éstas posean la misma o distinta fuerza jurídica. Lo interesante de la exposición de Marina Gascón radica en la forma en que va «desvelando» cada una de las fuentes a través de la compleja trama de relaciones tejida en torno a ellas, y a través también de los mecanismos de solución de sus posibles contradicciones. Todo ello supone una visión innovadora a la hora de explicar esta parcela temática.

El capítulo décimo irrumpe en el ámbito de las fuentes del derecho -cuyo hilo argumental volverá a ser retomado cuando éste finalice-, con las nociones teóricas de sanción, promulgación y publicación. Tras exponer una triple clasificación de criterios (cronológico, jerárquico y criterio de la especialidad), ana-

liza cada uno de ellos sobre la base de los distintos tipos de antinomias. De este modo, las antinomias aparentes quedarían resueltas por el criterio de la jerarquía y de la competencia, mientras que las reales se corresponderían con el criterio de la prevalencia, el cronológico y el de la especialidad. De todo ello se desprende un todo bien estructurado, y más fácil para la comprensión si lo comparamos con los capítulos precedentes. Sin embargo, quizá se nos plantea la duda de por qué interrumpir el tema ya iniciado –en este caso, el análisis de las fuentes del derecho– dedicando un tiempo al universo de las antinomias y a la coherencia del ordenamiento, para después virar nuevamente hacia el sistema de fuentes español.

Luis Prieto se encarga de tomar el relevo y analizar la costumbre jurídica. Varios datos novedosos: los diversos ataques que ésta ha sufrido no sólo durante el absolutismo, sino también en la revolución liberal, la cual se encargó de poner fin a numerosas instituciones del Antiguo Régimen, si bien respetó la concepción estatalista del derecho, con el consiguiente recelo hacia dicha fuente, la cual se concebía como depositaria de los prejuicios y de la ignorancia durante siglos acumulada. Pero no es éste el dato más llamativo. Quizá sí lo sea el hecho de introducir la denominada «costumbre constitucional» (aquella que se crea en la cúspide del sistema y que obedece generalmente a la práctica de los órganos supremos).

A continuación, se detiene el autor a exponer distintas tesis explicativas de la juridicidad de la costumbre, así como una triple clasificación que puede establecerse en torno a ésta. Así, y habiendo sido reseñadas las principales líneas argumentativas que inspiraron al autor, queda perfilado el penúltimo capítulo de este peculiar manual. No obstante, considero casi obligada una mención –aunque sea breve– a la obra de Ortega y Gasset, con su visión dual (costumbres fuertes y débiles), así como un mayor abundamiento en las diversas caras que muestra el recelo judicial hacia esta fuente de producción jurídica, manifestado no sólo en el principio *iura novit curia*, sino también en la exigencia de alegación y prueba por las partes.

El tema 14, dedicado a los principios generales del derecho, recoge una interesante visión sobre la «reformulación del sistema jurídico» (terminología de C. Alchourrón y E. Bulygin), esto es, la sustitución de la base del sistema (conjunto de normas), por otra base nueva, más general y reducida, pero normativamente equivalente a la base primitiva. Tal y como ya es habitual en este manual, inserta acto seguido la otra cara de la moneda, los posibles fallos u objeciones que pueden argüirse a esta concepción, resultando dignas de atención las conclusiones a las que llega.

El autor se encarga de exponer las distintas acepciones del término principio, las diversas funciones que éstos pueden realizar (función explicativa y normativa), así como los criterios de distinción entre éstos y las reglas, intercalando –para una mejor comprensión– ejemplos aclaratorios en puntos oscuros de la explicación. Todo ello está bien. Sin embargo, no quiero dejar pasar la oportunidad de señalar que, en torno a la exposición sobre «la doctrina de los principios y la separación entre derecho y moral», en donde se avisa del peligro que pueden conllevar los principios como vehículo o plasmación de un supuesto Derecho Natural, el alumno puede tener alguna dificultad para comprender plenamente la importancia de este tema, dada la escueta explicación que del mismo se ofrece.

El último capítulo, algo que ya es un clásico en la generalidad de los manuales, está dedicado a la interpretación y aplicación judicial. No puede pasar desapercibido el sugerente título con que Luis Prieto rotula esta última parte: «Interpretación y creación judicial del derecho...», mención ésta que anticipará el novedoso y brillante tratamiento que se hará de la cuestión. Se invierte

—con acierto, desde mi punto de vista— en la posibilidad de creación del derecho por parte de los jueces, así como en la labor de *legislador positivo* desempeñada por nuestra Corte Constitucional. Sin embargo, y una vez más, se reiteran aspectos o temas que el autor considera importantes. Y así, reaparecerá en estos últimos epígrafes el problema de las antinomias, ampliamente tratadas —como se recordará— en la lección 11.

Queralt TEJADA GORRÁIZ  
Universidad de León

**Annabel S. BRETT, *Liberty, Right and Nature. Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge University Press, 1997, 254 pp.**

Una de las características más significativas de la Filosofía jurídica de la Modernidad es la identificación del derecho con una cualidad estrictamente personal. Al ser considerado una realidad que emana de la misma persona, no puede ser determinado desde las realidades exteriores al propio ser humano; de esa forma, el único origen del derecho es el propio querer del hombre, es decir, acaba identificado con una libertad radicalmente individual. Esta manera de pensar ya estaba firmemente asentada en la obra de algunos de los pensadores fundamentales del XVII.

Debido a la importancia de estas ideas en la conformación de la mentalidad y la ciencia jurídicas de los últimos siglos, una de las ambiciones principales de la Historia del Pensamiento Jurídico ha sido descubrir las fuentes a partir de las cuales se desarrolló esta concepción. En esa línea se inscribe el presente libro, aunque la autora señale en la Introducción que no se ha propuesto analizar el origen del concepto moderno de derecho subjetivo, sino mostrar la variedad de empleos del término *ius* a lo largo del pensamiento bajomedieval y español del siglo XVI, más concretamente en la obra de los escolásticos dominicos Francisco de Vitoria y Domingo de Soto y el jurista romanista Fernando Vázquez de Menchaca. La obra concluye con un análisis del concepto de libertad en Hobbes y su relación con las doctrinas expuestas anteriormente.

La finalidad básica del libro, que aparece expresada con claridad en la Introducción, es matizar la opinión tradicional acerca de la noción de derecho subjetivo en la época medieval. La autora estima que las nociones de *ius* desarrolladas en aquellos años fueron notoriamente diversas y, por tanto, la habitual contraposición entre la teología voluntarista-nominalista –defensora de acepciones subjetivas del derecho– y el «objetivismo» tomista resulta demasiado simplificadora. Precisamente en la llamada de atención sobre esa variedad está uno de los aciertos de la presente obra.

En líneas generales, dos fueron las vías mediante las que se desarrolló la acepción subjetivista del derecho durante la Edad Media tardía. Una de ellas consistió en la equivalencia entre *dominium* e *ius*, de tal forma que éste último fue visto como un poder de disposición sobre otra persona o sobre una cosa. La autora traza la historia de esta identificación en el capítulo primero y por él desfilan corrientes intelectuales y religiosas notablemente diferentes: los franciscanos encargados de justificar las doctrinas sobre la pobreza defendidas por su Orden; los juristas de Derecho común; los autores de la abundante literatura moral sobre los «casos de conciencia» y sobre contratos y restitución de bienes. El representante más célebre de esta primera tendencia es Conrado de Summenhart con su visión del derecho como un poder sobre las cosas, representado a la manera de un espacio de libertad concedido por la ley (p. 34). La conclusión que extrae A. Brett de todos estos planteamientos es clara: no hay en esta serie de escritos una teoría sobre el derecho subjetivo semejante a la moderna, ya que el *ius* no aparece en este caso como una idea de soberanía o libertad de elección (p. 48). Y ello también en el caso de Summenhart, a pesar de la resonancia moderna de sus opiniones (p. 40).

La otra vía, explicada en el capítulo segundo, es ajena a las relaciones entre *ius* y *dominium*; como representante destacado de esta vertiente, la autora estudia a Guillermo de Ockham. Este franciscano ha sido considerado el creador de un concepto de derecho subjetivo que marcó el inicio de la noción moderna. Aunque muchos entiendan hoy día que no fue un innovador, Brett afirma frente a ellos que su conceptualización del *ius* como una *potestas* fue realmente nove-



dosa ya que esa explicación era substancialmente diferente a lo expuesto por el anterior pensamiento franciscano (p. 51). Ockham subrayó que el *ius* era un poder subjetivo de actuación (y aquí Brett confiesa seguir la opinión de Michel Villey) no una relación de control sobre las cosas, según la tesis tradicional entre los franciscanos (p. 64). Por otra parte, esa potestad tenía un carácter derivado, en la medida en que venía determinada por la «recta razón» esto es, por la ley natural. Estas doctrinas tuvieron considerable influencia en una figura de importancia capital en el devenir del concepto de derecho: Jean Gerson. Desde el punto de vista de la autora, este teólogo no fue un simple nominalista, sino que consiguió reunir influencias culturales de origen variado: Aristóteles, San Agustín, Duns Escoto, Ockham... (p. 77). La de Escoto fue muy significativa, porque siguiendo su estela Gerson entendió –al igual que Ockham– que la calificación moral de una acción brota de su adecuación a la *recta ratio*; en consecuencia, el derecho es el poder que le pertenece a alguien según la recta razón (pp. 80-81). A partir de esa apreciación, Brett mantiene que no es posible asimilar esta doctrina a la de los derechos naturales triunfante desde el siglo XVII, ya que el derecho no tiene un papel «autónomo». Efectivamente, al estar sometido a las prescripciones o permisos de la ley, la facultad personal no tiene el carácter soberano y originario que le concedieron los modernos.

Y tras referir estas especulaciones «subjetivistas», ofrece una imagen general de las «objetivistas» desde la irrupción del pensamiento de Tomás de Aquino. A esta labor está dedicado el capítulo tercero, que comienza con una exposición del concepto de derecho defendido por Tomás. Además de referirse a la noción de *ius* como «cosa justa», la autora hace algunas apreciaciones sobre la teoría iusnaturalista del Aquinate transmitida en la *Suma Teológica*. Plantea la difícil coordinación entre el derecho natural nacido de la *natura rei*, de raíz aristotélica y el derecho natural común a hombres y animales, extraído del Derecho romano. Tomás soluciona los problemas planteados por esta última opción indicando que los hombres participan de la ley natural de una forma racional, cosa que no ocurre con los animales. Esto nos lleva a un asunto espinoso dentro de la obra tomista: las relaciones entre *lex naturalis* y *ius naturale*. Brett estima que la ley natural es la medida racional para el derecho natural, en la medida en que la racionalidad constituye la especificidad del comportamiento humano frente al animal (p. 97). Esta interpretación es cierta en buena parte, pero oculta algo de la complejidad del iusnaturalismo tomista. Y es que, para Tomás, el derecho natural no está compuesto sólo por los principios derivados de la ley natural –necesariamente muy generales–, sino también por aquellos criterios jurídicos emanados de ciertas situaciones sociales que tienen un carácter irrenunciable para el jurista. En ese sentido, es la configuración de la relación social la que proporciona la fuente jurídica «natural» y no sólo la participación de la razón humana en la ley natural.

De particular interés es la exposición de la poco conocida historia de las doctrinas consideradas «objetivistas» durante la Baja Edad Media. El libro muestra las opiniones de autores como Dionisio el Cartujano y Henry de Gorkum o los denominados «neotomistas del XVI»: el cardenal Cayetano y Konrad Köllin. Aunque estos dos últimos teólogos defienden acepciones objetivas del *ius*, sus obras poseen una peculiaridad que las separa un tanto de las explicaciones de Tomás. Entienden el derecho como una realidad objetiva, no como un poder del sujeto, pero aquél no consiste en la «cosa justa» que ajusta la relación entre dos sujetos, sino que constituye una conducta debida según el mandato de un superior. Esta parte del libro es especialmente destacable, porque añade datos útiles para comprender la actitud que tomará la Escolástica a partir de la segunda mitad del siglo XVI, favorable en gran medida a la conceptualización del derecho como ley.

En el mismo capítulo tercero, aparece la figura de Jacques Almain que mantuvo una actitud parecida a la de Gerson. Asimiló el *ius* al *dominium*, pero también sostuvo que el derecho era una facultad concedida por una ley; en ese sentido, podemos decir que el hombre posee derecho a actuar, pero sólo para conseguir cumplir aquello que la ley impone como deber (p. 121). Esto es importante porque el derecho para este teólogo no es una facultad que brote del mismo sujeto, sino que está condicionado por una ley exterior (p. 122). Su doctrina fue tenida en cuenta por los escolásticos del XVI como Vitoria y Soto.

El capítulo cuarto está destinado precisamente a las teorías de Francisco de Vitoria y Domingo de Soto. Estos autores expusieron un concepto de derecho bastante apegado a la recogida en la *Suma Teológica* de Tomás, pero Brett considera que ésta concepción no responde a la verdadera forma de pensar de los dos dominicos. En ese sentido, escribe que la obra de Vitoria oscila entre dos acepciones de derecho, «not between "objective right" and "subjective right", but between two different senses of the latter». Y éstos son la idea de un «derecho subjetivo» relacionado con el *dominium* y la noción de una tendencia natural hacia la sociabilidad propia de todo hombre (pp. 136-137). A. Brett se fija sobre todo en las afirmaciones de Vitoria acerca de la acepción de *dominium* identificable con el *ius*, que aparece configurada como un poder general de disposición sobre las cosas que pertenece al hombre como ser racional, aunque —aclara— no debemos confundir esa idea con el «derecho subjetivo natural» típico de la Modernidad (p. 130). La otra variante aparece como una manifestación de la naturaleza humana que tiende hacia el bien y, por tanto, es inteligible como una facultad propia de todo ser para conseguir esa finalidad; sin embargo, es algo distinto a la libertad, porque el hombre no puede renunciar a la consecución de ese resultado.

Al estudiar a Soto en el capítulo cuarto también son resaltados sus elementos más subjetivistas, referidos al *dominium* y al derecho natural. Soto quiere —a juicio de la autora— armonizar la vertiente humana individualista puesta de manifiesto al explicar el *dominium*, con la sociabilidad natural del hombre. No acaba de conseguirlo y esa incoherencia es la que trata de salvar Fernando Vázquez de Menchaca.

Esta caracterización de la primera generación de escolásticos españoles quizá sea uno de los aspectos discutibles de este libro. La atención prestada a sus actitudes «subjetivistas» —realmente presentes, desde luego— desplaza excesivamente a las acepciones objetivas del *ius*. Y no podemos desdeñar la impronta objetivista que posee la Filosofía jurídica de estos dominicos. Cuando escribieron sobre el concepto general de derecho, sostuvieron que es, fundamentalmente, la «cosa justa» determinable de acuerdo con las circunstancias concretas del caso. Las vertientes subjetivistas están referidas a parcelas concretas de la realidad jurídica —como el derecho de propiedad— y tal vez no sean extrapolables a la explicación de todo el fenómeno jurídico. En cualquier caso, es preciso reconocer que el interés por la *facultas* que aparece en estos autores tomistas resulta enormemente significativa ya que no se encuentra en la obra de Tomás de Aquino; era un signo claro del cambio de mentalidad que se está produciendo entonces. Claro que el libro no se ocupa demasiado de ello, pues la autora indica que su estudio tiene en cuenta sólo los inicios de la Escuela de Salamanca y no todo el pensamiento escolástico del XVI; aún así, resulta un poco decepcionante que la autora no se haya ocupado de los integrantes más tardíos de la Segunda Escolástica española, como Luis de Molina y Francisco Suárez, porque ellos sí mantuvieron que uno de los conceptos de derecho era el de *facultas* concedida por la ley con una explicitud ausente en Soto y Vitoria. Es cierto que no se les puede considerar defensores del concepto moderno de derecho subjetivo, porque la «facultad» jurídica depende de la existencia de

una ley, creada a su vez según las directrices del «bien común»; pero también es verdad que su insistencia en la consideración del derecho como un poder debió de contribuir a crear un «caldo de cultivo» muy favorable a las teorías modernas. Sobre todo si tenemos presente la enorme difusión de los escritos de estos escolásticos tardíos por toda Europa, incluidas las áreas protestantes.

En cualquier caso, la clave de los nuevos tiempos, según la autora, no está en los escritos de los teólogos dominicos, sino en los de un jurista: Fernando Vázquez de Menchaca, al que dedica el capítulo quinto. Frente a las corrientes teológicas, Vázquez partió de la libertad natural del hombre. Postuló que la utilidad individual era el fundamento para la constitución de la comunidad política, cuyo origen no obedece a razones de necesidad natural, sino a la contingente decisión de los hombres (p. 204). Sostiene Brett que Vázquez extrajo esta concepción a partir de la obra de Cicerón y del Derecho romano, aunque sólo menciona los ejemplos de otros romanistas del XVI. Se echa de menos en el libro una mayor atención a las bases medievales del pensamiento de Vázquez de Menchaca. Tengamos en cuenta que, desde sus comienzos, el *ius commune* afirmó la existencia de un período histórico en el que no existía ninguna jurisdicción de un hombre sobre otro y todas las cosas se poseían en común; tampoco los romanistas del Medievo habían inventado nada, pues esa descripción se hallaba en la Compilación de Derecho romano ordenada por Justiniano y en las *Etimologías* de San Isidoro. La novedad de Vázquez radica en que, a diferencia de sus predecesores, convirtió esa noción de libertad en la base a partir de la cual diseñar todo el edificio político.

El libro termina con unas referencias al concepto de libertad ofrecido por Thomas Hobbes nacido –según Brett– en íntima relación con la tradición jurídica representada por Vázquez (p. 205). Hace ya varios años Francisco Carpintero expuso esta noción acerca del origen de la Modernidad jurídica: las tesis básicas de la llamada Escuela de Derecho natural moderno, esto es, el estado de naturaleza, la libertad individual, el contrato social, encuentran su punto de partida en las páginas de Fernando Vázquez, heredero directo de la tradición medieval y no en la obra de los teólogos de la Segunda Escolástica (*Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca 1977). Annabel Brett parece ser de la misma opinión.

Claro que el último capítulo no se reduce a esa afirmación, porque la autora también pone de manifiesto las diferencias entre las concepciones hobbesianas y las mantenidas por los juristas. Esto resulta patente en el *Leviathan* ya que la idea de libertad natural importada de la tradición jurídica empieza a perder fuerza y es sustituida por una identificación de la libertad con la ausencia de impedimentos físicos (pp. 23 y ss.). A pesar de esas diferencias, Brett termina su estudio señalando que Vázquez y Hobbes «*belong to the same tradition of subjective right*» (p. 234). Aunque indica que esa tradición «vazquiana» se debilitó después de Hobbes, precisa inmediatamente que nunca fue olvidada del todo (p. 235). Cabría matizar aquí que no sólo no desapareció sino que, en realidad, constituyó la línea principal del desarrollo de la Escuela de Derecho Natural Moderno.

Manuel J. RODRÍGUEZ PUERTO  
Universidad de Cádiz

**Claus Wilhem CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid, Civitas, 1995, 123 pp. Traducción de Daniela Brückner y José Luis de Castro. Prólogo de Cándido Paz-Ares.**

¿Cabe hablar de algo así como «teorías» en un campo tan eminentemente «práctico» como se dice que es el Derecho? La respuesta es sin duda afirmativa cuando manejamos un concepto lato de teoría, tal que pueda suponerse ligado inseparablemente a cualquier forma de *praxis* jurídica: «Quienquiera que aplica, o que desarrolla, el Derecho, y no está practicando la simple justicia del cadí, *tiene* una teoría», señala justificadamente el autor de este trabajo (121). También sería afirmativa la respuesta si aceptamos la definición de Kant: «Se denomina teoría incluso a un conjunto de reglas prácticas, siempre que tales reglas sean pensadas como principios, con cierta universalidad». Pero C. W. Canaris, superando lo genérico de estas determinaciones, quiere dar en el presente libro (traducción del artículo aparecido originalmente en *Juristenzeitung*, 8 (1993), pp. 377-391) al concepto de teoría un sentido mucho más estrictamente categorial, vinculado a esas construcciones de la dogmática jurídica que habitualmente reciben tal nombre (teoría de la representación, teoría de la apariencia, teoría del negocio jurídico,...), teorías *jurídico-dogmáticas* («esto es, las teorías que se refieren al Derecho positivo») (30), a las que cabe analizar desde el punto de vista *epistemológico* como productos de una disciplina en situación de comparación posible con otras disciplinas científicas. Dentro de tal planteamiento específicamente epistemológico, no muy prodigado en la discusión filosófico-jurídica, como observa el mismo Canaris, pese al carácter multívoco y confuso que tiene en nuestro campo el término «teoría», el tema a demostrar sería nada menos «que la lógica de la investigación en el campo del Derecho no difiere para nada de la lógica de la investigación científica; sólo se ajusta a la especialidad del conocimiento normativo y al carácter inmediatamente práctico de la jurisprudencia» (19-20), tal y como lo describe Cándido Paz-Ares en el Prólogo, que recoge íntegramente la *laudatio* pronunciada por él con motivo de la investidura de Canaris como Doctor *honoris causa* por la U. A. de Madrid en Junio de 1993. Las referencias a las que Canaris se acoge para valorar la función que en la «lógica de la investigación jurídica» desempeñan las teorías jurídicas son, comprensiblemente, concepciones más bien «teoreticistas» de la filosofía de la ciencia contemporánea: el falsacionismo de Popper y el estructuralismo de Sneed-Stegmüller. Tras establecer ciertas premisas iniciales acerca de la función y cometido de las teorías jurídicas (epígrafe I), aplica Canaris algunas ideas básicas de la concepción estructuralista de las ciencias para describir los diferentes elementos de una teoría jurídica (epígrafes II y III) y propone una posible vía para introducir aquí el principio metodológico de la falsación (epígrafes IV y V).

La finalidad última de una teoría científica es proporcionar una explicación sistemática de determinado círculo de fenómenos mediante su integración en un orden de cosas más amplio. En las ciencias naturales los fenómenos son reducidos a leyes y éstas, a su vez, a leyes de orden superior o teorías. En la ciencia jurídica, «la función de las teorías consiste, ante todo, en hacer más comprensibles las normas con ayuda de conceptos específicamente jurídicos, es decir, dogmáticos, y/o a través de su vinculación con los principios generales del Derecho» (28-9). Las teorías jurídicas tienen, pues, una función explicativa de las normas, función que sin embargo no queda agotada en el aspecto puramente didáctico o expositivo (*ordo doctrinae*), sino que incorpora también una dimensión productiva, heurística: «El jurista, en efecto, utiliza teorías para la obtención de nuevas reglas, es decir, de reglas jurídicas hasta entonces no for-

muladas -bien a través de la interpretación de normas escritas conforme a la teoría, bien mediante el desarrollo judicial de normas no escritas—» (30). Por otro lado, las teorías jurídicas están orientadas hacia objetivos esencialmente prácticos en un sentido muy determinado: han de ajustarse a explicar, con base en las normas, circunstancias y situaciones que dependen «de las necesidades específicas de la práctica»; por ejemplo, el mercantilista, en su labor de construcción teórica, ha de encontrar un fundamento conceptual para un hecho (la no oponibilidad de las excepciones personales del deudor frente a un tercer adquirente de un título-valor), que por sí mismo es «externo» o anterior al ámbito jurídico y que tiene su base y su justificación última en la necesidad de una circulación económica eficaz de tales títulos (32-3). De acuerdo con todo esto, las funciones de una teoría jurídica pueden resumirse según Canaris en los siguientes puntos, que son asimismo criterios para medir su *eficacia*: (I) capacidad para la clarificación conceptual de soluciones a determinados problemas, (II) compatibilidad con el sistema de normas del Derecho positivo, (III) atención al contenido material de justicia en la resolución de problemas, (IV) fertilidad para resolver nuevos problemas y supuestos (35-6).

La concepción estructuralista de las teorías científicas, desarrollada por el norteamericano J. Sneed y completada por W. Stegmüller (véase de este último *Teoría y experiencia*, Barcelona, Ariel, 1979; *La concepción estructuralista de las teorías*, Madrid, Alianza, 1981; *Estructura y dinámica de teorías*, Barcelona, Ariel, 1983) es un reciente enfoque semántico basado, entre otras cosas, en una concepción «no enunciativa» (*non statement view*) de las teorías científicas, tal y como venía siendo doctrina aceptada desde los inicios del Círculo de Viena. De acuerdo con el «giro proposicionalista» en teoría de la ciencia, las teorías se concebían en la tradición neopositivista como constructos proposicionales en los que se articulaban por vía lógico-formal deductiva desde las proposiciones sensoriales (*Protokollsätze*) y las generalizaciones empíricas e hipótesis hasta las leyes más abstractas de formulación matemática (axiomas o principios), como las leyes de la mecánica newtoniana. El problema fundamental planteado en el desarrollo de esta concepción (y podría decirse que el primer problema de la filosofía de la ciencia) era qué tipo de vínculo existía entre la *teoría* y la *experiencia* en el plano lógico-lingüístico, es decir, entre el lenguaje teórico y el lenguaje observacional, o más abstractamente: entre la forma y la materia de las ciencias, puesto que es en esa relación donde se supone que ha de darse el momento de la *verdad* de una teoría en el contexto de una ciencia dada y por tanto de su demarcación crítica con respecto a cualquier otro tipo de construcciones no científicas. Los problemas de compatibilidad de este enfoque logicista de las teorías científicas con los principios empirista y verificacionista de partida (problemas del solipsismo, justificabilidad de la lógica inductiva, diferentes y sucesivas versiones del criterio empirista de significado, etc.) determinaron la peculiar evolución interna del positivismo lógico durante décadas y dieron lugar a concepciones alternativas, como el teoreticismo de Popper, quien identificó ciencia con teoría y caracterizó la relación teoría/experiencia como una relación ya no positiva sino negativa, falsadora, cuestionando el origen empírico mismo de las teorías científicas, o el historicismo de Kuhn, Lakatos y otros, que se orientaba preferentemente hacia los contextos de descubrimiento (históricos, sociológicos), subordinando a éstos los problemas de justificación lógica y marginando con ello la idea de verdad científica. Entre las alternativas al *received view* figuró también, desde los años setenta, el enfoque estructuralista de Sneed-Stegmüller que hacía uso del aparato formal de la teoría de conjuntos y la teoría de modelos, y cuya idea central es que una teoría científica puede describirse, más bien que como conjunto de proposiciones ligadas por relaciones de consecuencia lógica, como un complejo cerrado de fórmulas

abstractas (el «núcleo» estructural de la teoría) junto con un conjunto abierto de «aplicaciones que se pretenden» (*intended applications, interdierte Anwendungen*). La teoría es entendida como teoría abstracta o no (totalmente) interpretada mientras que sus aplicaciones son *modelos* de la misma, si bien constituyen elemento integrante de la propia teoría y no algo independiente de ella, siendo las interconexiones (por semejanza o analogía) entre las diversas aplicaciones lo que permite el desarrollo empírico y dinámico de la misma. A juicio de Canaris, esta idea (las condiciones de aplicación de una teoría no son independientes de la propia teoría y se vinculan entre sí por analogía paradigmática), puede resultar «especialmente fecunda» para describir la estructura de las teorías en la ciencia jurídica, en la medida en que «constituye una experiencia cotidiana para el jurista el hecho de que puedan ser identificadas todas las condiciones necesarias, y con frecuencia también algunas de las suficientes, pero casi nunca todas las condiciones correspondientes a la aplicación de una teoría o de una regla» (40-1), mientras que por otro lado es evidente que la construcción de relaciones de semejanza es tradicionalmente uno de los instrumentos más importantes del método jurídico. Sin embargo, según Canaris, debe dejarse a un lado la pretensión de formalizar las teorías jurídicas mediante predicados conjuntistas, pues por esta vía «se llega a un tipo de exposición de las teorías jurídicas cuya complejidad no está en relación razonable con la correspondiente obtención de exactitud» (60). Para una teoría jurídica, las «aplicaciones propuestas» serían «no ya las decisiones de casos particulares, ni tampoco la creación de grupos de casos, sino las soluciones de problemas» que de la misma se derivan (45). Pero, ¿qué podría considerarse como «núcleo» de una teoría jurídica, una vez descartada la formulación en clave formalista de los parámetros conceptuales que lo integran? Canaris, en este punto, reconoce paradójicamente la necesidad de recuperar la concepción tradicional según la cual una teoría se compone de enunciados o proposiciones. El núcleo de una teoría jurídica ha de consistir entonces en una «regla», en el sentido de «enunciado débil», que permite excepciones, y no en el sentido de *norma* jurídica, «aunque se refiera a esta última o conduzca a su formación» (63). Tanto las aplicaciones propuestas de una teoría jurídica (es decir, sus soluciones paradigmáticas a problemas dados), como la regla en que se basan se fundamentan en determinadas valoraciones del Derecho objetivo, que pueden formularse en la forma de «principios jurídicos generales» y, por tanto, éstos han de estimarse también parte integrante del núcleo de la teoría (68). Tales principios (p. ej., los de protección de la confianza, imputación, autodeterminación, protección del tráfico, equivalencia contractual, etc.), que no tienen el carácter de norma y por consiguiente no determinan consecuencia jurídica alguna, sino que son abiertos y necesitados de la combinación recíproca con otros principios similares, cumplen una función de fundamentación y de limitación mutua y conectan transversalmente las diversas partes del sistema jurídico. En resolución, una teoría jurídica puede caracterizarse como «tríada de valoraciones o principios jurídicos generales, reglas y soluciones paradigmáticas de problemas» (70).

La definición de las teorías científicas por medio de determinadas aplicaciones paradigmáticas de un núcleo estructural abstractamente determinado, a las que se añaden sucesivamente otras aplicaciones similares, es útil en general para describir la estructura de las teorías elaboradas por la dogmática jurídica, pero resulta insuficiente en el momento de dar cuenta del problema de la *verdad* de una teoría y Canaris no renuncia a dar una aproximación a este punto fundamental al abordar la construcción teórica en el campo jurídico. Tal insuficiencia derivaría del contacto de Stegmüller con la filosofía del uso lingüístico del último Wittgenstein, en el ámbito de la cual «no se observa ninguna solución satisfactoria para la cuestión de cuándo una respuesta es acertada

o equivocada, y por consiguiente, no se encuentra un acceso adecuado al problema de la falsación de teorías» (51-2), al renunciarse a la interpretación del significado de los enunciados en términos de las condiciones de su verdad.

Al enjuiciamiento del valor de verdad de una teoría debe anteponerse con todo el de su *eficacia*, pues si una teoría jurídica es ineficaz ni siquiera merece la pena intentar refutarla. La eficacia de una teoría es nula, de acuerdo con los criterios antes mencionados, cuando es tautológica o autoexplicativa, cuando no tiene capacidad delimitadora de su ámbito específico de aplicación, cuando contradice el Derecho vigente o cuando es incapaz de establecer un vínculo entre la solución propuesta y una valoración específicamente normativa o un criterio de justicia, supuestos todos ellos que Canaris ejemplifica abundantemente con doctrinas pertenecientes al Derecho mercantil alemán (72 ss.). A una teoría jurídica, además, se le imponen exigencias de *consistencia* interna, es decir, ausencia de contradicción y, en particular, de «contradicciones valorativas», en tanto éstas suponen «una infracción del enunciado de igualdad de trato y, con ello, del más elemental principio de la aplicación y determinación del Derecho» (78-9). También deviene inconsistente una teoría jurídica si conduce a excepciones no razonablemente justificadas de su regla, pues entonces se haría compatible en último término con cualquier otra excepción *ad hoc*.

Sin embargo, la mejor manera de fiscalizar la corrección o verdad de una teoría jurídica es contrastarla *ex consequentiis*, tal y como propone el falsacionismo de Popper, cuyo «esquema básico» se puede emplear también, «*mutatis mutandis*», en la ciencia del Derecho, ya que «para ella también es válido que un enunciado universal puede estar en contradicción con un enunciado básico, por cuanto la negación del enunciado básico contradictorio es deducible de la teoría» (86). Tales enunciados básicos que pueden operar como potenciales falsadores se obtienen del Derecho vigente «con los métodos jurídicos habituales», es decir, consisten en enunciados sobre normas, de manera tal que «una teoría jurídica está en todo caso falsada si es incompatible con un *precepto legal*» (90). Canaris afirma que una teoría puede quedar falsada no sólo a través de estos enunciados legales básicos, sino también mediante los que llama «enunciados básicos no escritos», es decir, mediante los mecanismos del «Derecho superador de la ley», basado en la analogía. Cuando una teoría queda refutada en un caso particular no debe ser «salvada» mediante hipótesis *ad hoc* u otra estrategia similar, pero el hecho de su falsación no significa tampoco que deba ser completamente abandonada, pues puede reformularse de otro modo más correcto o fortalecerse con hipótesis auxiliares de contenido informativo y explicativo adicional, o incluso puede suceder que el enunciado falsador sea a su vez falso (pues tampoco ellos son inmunes al principio de falibilidad). Toda falsación efectiva tiene un carácter sólo provisional, y el problema de sus consecuencias metodológicas es por ello un problema pragmático «para cuya solución difícilmente cabe establecer reglas que puedan ser observadas de forma estricta y sin excepción» (101), y en el que «las actitudes “personales” básicas y otras convicciones semejantes juegan, de hecho, un papel considerable, y no del todo ilegítimo» (104). Desde el punto de vista de la historia de la ciencia, la sustitución de teorías no opera exclusivamente en base a los procesos lógicos de la falsación, y por ello considera Canaris que el popperismo debe complementarse con una concepción histórica y evolutiva del desenvolvimiento de las ciencias como la que ofrece Th. S. Kuhn, en la que se hace entrar en juego a otros factores pragmáticos, «incluso “irracionales”», en la dinámica científica. Sólo de este modo podría encontrarse una respuesta aceptable al hecho de que la mayoría de las teorías falsadas cuentan de algún modo con un núcleo de verdad y que siempre se impongan las «mejores» teorías, es decir, las más correctas o próximas a la verdad. En cualquier caso, con

el fin de evitar que el principio metodológico falsacionista vea desaparecer todo su contenido (como ocurre por ejemplo en el «anarquismo epistemológico» de Feyerabend), no debe tampoco llevarse al extremo de la pura arbitrariedad la cuestión del rechazo o aceptación de una teoría. En tal sentido formula Canaris la regla general de que una teoría ha de ser abandonada en todo caso si «ha fracasado en puntos esenciales de su finalidad específica, y ésta se alcanza por una teoría competidora que, hasta el momento, ha resistido los intentos de falsación», o cuando no pueda ser salvada sino mediante una hipótesis *ad hoc* inaceptable (105-6).

¿Cómo debe ser valorado este intento (que aquí sólo hemos reseñado en sus líneas principales) de reconstrucción epistemológica de las teorías jurídicas basado en aplicar los criterios de algunas de las más importantes corrientes de la moderna teoría de la ciencia? Creemos que el punto fundamental para llevar a cabo esa valoración gira en torno a la pregunta de si aquellos dos rasgos que se presentaban como meras «especialidades» de las teorías jurídico-dogmáticas, esto es, el de ser teorías cuyo objeto de explicación son normas y el estar peculiarmente orientadas a la praxis, pueden ser satisfactoriamente asumidos por esas doctrinas y permiten efectivamente un intento de comparación metateórico como el aquí propuesto por Canaris. Es decir, se trataría de ver si esas dos características estructurales toleran una transposición cuasilínea al campo científico-jurídico de conceptos y doctrinas que están pensados para describir otras disciplinas, en particular las físico-químicas, cuya consistencia científica está sometida, parece, a menores dudas. Desde una perspectiva puramente lógico-proposicional, que a fin de cuentas parece que no ha podido ser tampoco en este caso superada, es indudable que una teoría jurídica, en tanto mero complejo de enunciados, ofrece puntos de semejanza con la teorías de las ciencias naturales. Pero el problema es si se trata sólo de semejanzas abstractas que contribuyen a ocultar más bien que a iluminar ciertas diferencias esenciales existentes entre las respectivas situaciones científicas, lo que no sería muy justificable cuando se trata en último término de dilucidar la cuestión del carácter epistemológico de la ciencia jurídica. Si se adopta, en efecto, la perspectiva de la materia o contenido de las teorías jurídicas, del marco material efectivo en que se dan, y no exclusivamente la de su forma proposicional (que tampoco, naturalmente, puede ser obviada), sucede que la relación *teoría-experiencia*, tal como puede ser epistemológicamente analizada en las ciencias naturales, no parece sin más conmensurable con la relación *teoría-praxis* en contextos como el que ofrece la ciencia jurídica (es decir, el contexto de una «ciencia práctica» o una «ciencia normativa»). Si bien Canaris se cuida de hacer las correspondientes reservas genéricas acerca de que sería inexacto sostener «que las teorías jurídicas se equiparan a las físicas en cuanto a su grado de exactitud o respecto a su contenido explicativo» (41-2, n. 23), y acerca de que la contrastación de las teorías jurídicas no puede efectuarse del mismo modo que en las ciencias empíricas mediante la precisa e impecable mecánica lógico-deductiva del *modus tollens* (85), quedaría en pie la cuestión de fondo sobre el formato de las relaciones teoría-praxis en el campo jurídico y sobre si no se está ejercitando aquí una noción enteramente distinta de «teoría». Más importante, pues, que la efectiva aplicabilidad o no de las doctrinas estructuralista y falsacionista a nuestro campo, es la cuestión de si, aun admitidas tales aplicaciones, sean ellas más o menos forzadas, sirven para dar cuenta de la estructura global del campo epistemológico de la «ciencia jurídica», ya que lo que entonces se pone a prueba sería la fertilidad de aquellas doctrinas y sus propias premisas filosóficas, en tanto teorías *generales* de la ciencia.

¿Hasta qué punto no deja traslucir Canaris en su análisis las limitaciones internas de la concepción proposicionalista de las teorías jurídicas? Esta con-



cepción encuentra su punto de partida en cierta simetría formal postulada entre las normas y los fenómenos de las ciencias empíricas. Si toda teoría empírica debe salvar los fenómenos o «apariencias», toda teoría jurídica está orientada a «salvar» las normas del Derecho positivo, lo que significa que al menos no debe contradecirlas (ésta sería también una manera de dar expresión al carácter «dogmático» de la ciencia jurídica o a su carácter «positivista»). Los fenómenos de observación son en las ciencias convenientemente registrados en un lenguaje observacional (un lenguaje de regularidades fenomenológicas o «leyes»), y las normas también pueden serlo en la forma de determinados enunciados (identificables con las proposiciones jurídicas kelsenianas) que permiten su manipulación lógico-formal. Las normas no son, por definición, veritativo-funcionalmente determinables y por tanto ni verdaderas ni falsas, pero sí el discurso que sobre ellas se elabora mediante determinadas transformaciones (tauto)lógicas. Las teorías jurídicas, de acuerdo con esto, consistirían en enunciados de un nivel superior, extraídos de la «base empírica» constituida por los enunciados sobre normas, y contrastados a su vez, en cuanto a su grado de verdad o falsedad, sobre esa misma base: así tendrían cabida, lógicamente, la explicación por subsunción, la predicción y la falsación, de modo análogo a otras ciencias.

El principal problema epistemológico que tal concepción ofrece es el de la naturaleza de esta «base empírica», porque por definición no sería precisamente empírica, sino normativa, contrafáctica, y por tanto el problema de si el carácter no cognitivo de las normas se transmite a las propias teorías jurídicas explicativas. No está clara, por ejemplo, la estructura lógica que posee la «regla» en que consiste una teoría jurídica: Canaris excluye explícitamente que se trate de una norma, pero tampoco tiene la forma de enunciado universal afirmativo, característica de las teorías científicas, que es la que posibilita, por lo demás, el juego de todos aquellos procesos lógico-proposicionales. Lo mismo cabe decir respecto de los «principios jurídicos generales», que *no* tendrían carácter normativo y a los que se describe como formando parte del núcleo de la propia teoría. Sobre las relaciones lógicas que median entre los diversos elementos de una teoría existe igualmente cierta indeterminación: la regla constitutiva de la teoría se obtiene por procedimientos de carácter fundamentalmente inductivo: sin embargo, como intento de justificación de la corrección de tal procedimiento, Canaris habla aquí de un proceso no «lógico», sino «hermenéutico» o «empírico» (65); la «conexión deductiva» existente entre una teoría y la correspondiente solución al problema para la que ha sido pensada, según Canaris «no es de carácter lógico sino teleológico» (111); tampoco queda claro el *status* de los enunciados falsadores: cuál es la relación que mantienen con las normas positivas (¿descriptiva?, ¿interpretativa?), sobre qué instancia y de qué modo son falsables (en las ciencias empíricas, según Popper, lo serían por observación empírica intersubjetiva, en tanto son enunciados existenciales singulares); es también oscuro, en consecuencia, el formato de la «relación de incompatibilidad» teoría jurídica-precepto legal sobre la que se asienta la falsabilidad: si se abandona la idea estrictamente lógico-extensional de refutación (es decir, la retransmisión «inductiva» de la falsedad de la conclusión a las premisas), como contrafigura lógica de la verificación carnapiana, ¿por qué seguir hablando de «falsacionismo» de las teorías jurídicas si de lo que se trata es de la mera rechazabilidad o aceptabilidad pragmática (no lógico-semántica), sometida a reglas, pero no por ello menos convencional, de tales teorías? Nos encontramos con la paradoja de que si, por un lado, se ha debido renunciar a la concepción no enunciativa de las teorías científicas, característica del estructuralismo, para así llegar a una formulación adecuada de la estructura de las teorías jurídicas, por otro, en el momento de analizar su falsabilidad queda tam-

bién difuminado lo más característico del criterio de Popper, ligado al tratamiento de los enunciados con los medios de la lógica deductiva. Parece, pues, que no son los aspectos estrictamente lógicos del falsacionismo los que resultan aquí de aplicación, sino más bien sus aspectos *metodológicos*, justamente aquellos en los que se ha resuelto la propia concepción epistemológica popperiana en su última evolución, al quedar disuelta en una filosofía de la discusión crítica intersubjetiva que suministra cánones normativos genéricos a cualquier actividad racionalmente conducida. Al fin y al cabo, el propio Popper recurrió al ejemplo jurídico para describir la estructura de la metodología científica al compararla con un procedimiento judicial guiado por reglas, y esto parece que ha servido al final como algo más que metáfora (si bien, para evitar el problema del puro metodologismo y del convencionalismo a que esa metáfora conducía, Popper recurrió a una idea *positiva* de verdad que viniera de algún modo a respaldar la objetividad del conocimiento científico, primero mediante su idea de verosimilitud o aproximación a la verdad y después con su teoría del «tercer mundo» objetivo).

El falsacionismo queda de esta manera «rebajado» a un plano tal que quepa parangonarlo al genérico método del *trial and error* o a la idea hermenéutica de precomprensión (115-6). Como tal se vería reducido a ser un nuevo modo de dar expresión a las relaciones teoría-praxis en el campo jurídico, partiendo del simple postulado de que debe darse un necesario ajuste entre ambos planos. Según Canaris, una disonancia entre teoría y praxis jurídica no tiene aquí cabida porque tal cosa no sería compatible con «la orientación aplicativa de las teorías jurídicas» y, por consiguiente, «se deberá abandonar o corregir la teoría o modificar la práctica» (120). Ahora bien, ¿en qué medida el par de conceptos teoría-experiencia, aplicado a la *ciencia* jurídica en clave proposicionalista (teoría jurídica-normas positivas), es capaz de dar cuenta en sus justas dimensiones de este complejo problema de la relación teoría-praxis en el Derecho?

Bajo el concepto de «praxis» jurídica, que no aparece definido con precisión, parece referirse Canaris exclusivamente al sistema abstracto de las normas escritas (o de los correspondientes enunciados isomorfos), siendo ésta la verdadera instancia resolutoria en donde se falsean las teorías jurídicas: así, cuando afirma que una teoría que contradice el Derecho vigente es «falsa» (76), quedando entonces la teoría desmentida por la praxis. Sin embargo, no es ni mucho menos evidente que las normas, en tanto en ellas se pone la clave de la contrastación de las teorías jurídicas, consten como algo *dado*, a semejanza de los «hechos puros» de observación del primer positivismo, es decir, que la determinación del contenido normativo específico de un precepto jurídico (por tanto: su configuración como *norma*) sea independiente de toda teoría. Canaris insiste con acierto en que es utópico suponer que las normas se den al margen de toda teoría, y cifra en ello el hecho de que los enunciados básicos falsadores puedan no ser a su vez independientes de la teoría que pretenden someter a contrastación (un problema central del popperismo); pero debido acaso a una concepción puramente proposicionalista de las normas no presta la atención suficiente al hecho de que la construcción y evaluación crítica de las teorías jurídicas no opera meramente sobre el conjunto estático de las normas escritas, sino sobre éstas en su desarrollo práctico y sobre todo jurisdiccional. Las normas positivas no son una realidad lingüística autorreferente, sino que remiten a una esfera práctica circundante en la que se hallan insertas y que re-configura constantemente su significado. Dicho de otro modo: el concepto de «norma» es un concepto complejo, abstracto o de segundo grado, que implica múltiples operaciones dadas en diversos planos (operaciones judiciales, operaciones de los sujetos jurídicos ordinarios, etc.), *sobre* las cuales opera a su vez el jurista científico (teórico). La ciencia jurídica, como ocurre con todas las ciencias

humanas, está estratificada en un doble plano epistemológico. La «teoría» (siempre que la «ciencia» quiera identificarse con sus momentos teóricos) deja de aparecer como algo perteneciente a la perspectiva del «conocimiento» propia de un «sujeto cognoscente» (concordante con su origen etimológico), para mostrarse como algo que ya está presente y realizado en el propio campo de estudio (en el *objeto*). Las normas mismas, pese a constituir un elemento perteneciente al plano de la «praxis», pueden ser contempladas como poseyendo a su vez una dimensión «teórica», incluso «axiomática», respecto de las relaciones y procesos prácticos-operatorios por ellas inducidos y controlados (baste pensar en la naturaleza abstracta que ofrecen los conceptos normativos básicos, como el de «persona» y sus relacionados «voluntad», «culpa», etc., que son conceptos «ideales» o «no empíricos» en el mismo sentido (no en otros) en que es ideal y no empírico el concepto de «electrón» o «masa inercial»). En este sentido, ¿por qué no considerar aplicable también, en ésta su acepción extensiva o «blanda», el falsacionismo, o el verificacionismo, a las propias normas? Las teorías jurídicas (p. ej., la doctrina del negocio jurídico) se hallan según esto situadas en un plano coextenso con el de las propias normas que deben «explicar» (las normas correspondientes del Código Civil); y ambas, doctrina y normas, serían «teoría», si adoptamos la perspectiva *práctica* de su realización judicial y social. Por ello, el jurista dogmático no sólo ha de «explicar» las normas en su literalidad inmanente (como sugiere el concepto de «eficacia» de las teorías, relacionado con su capacidad heurística y reconstructiva), sino también en su modulación diversa por los órganos judiciales o aplicadores en un sentido amplio (es decir, en su «eficacia» kelseniana: en el ejemplo, la praxis contractual efectiva en la sociedad de referencia), en donde ha de enfrentarse también con múltiples «teorías» (por ejemplo, diferentes interpretaciones asentadas que conforman la jurisprudencia o doctrina de los tribunales). Y si la norma ha de ser contemplada como algo muy próximo a una «teoría» (más que como una sustancia o entidad de cualquier género), en tanto *instrumento* de una praxis social compleja, entonces el juez habrá de ser entendido también como un «científico» en sentido amplio (al menos en el mismo sentido en que lo pueda ser el jurista dogmático teórico, con relación al cual se hallaría, *epistemológicamente*, en un plano de contigüidad).

La relación teoría-praxis, en resolución, es de carácter relativo, y su sentido epistemológico depende del plano en que en cada ocasión se utilice. Es indudable que Canaris tiene muy presentes todos estos planos y sus interrelaciones. Por ejemplo, su concepto de «Derecho superador de la ley» como instancia falsadora de las teorías jurídicas a través de «enunciados básicos no escritos», supone una vía para trascender el puro formalismo-estático de las normas, ya que ahora es el desarrollo judicial de las normas aquello que parece desempeñar las funciones de praxis jurídica. En otro momento, cuando Canaris afirma que una teoría no peca de inconsistencia si ella misma no instaura, sino que simplemente refleja, una contradicción valorativa presente en el seno del propio Derecho objetivo, está con ello reconociendo que la distancia existente entre la teoría y la experiencia en la ciencia jurídica no es, por la dimensión pragmática de esa experiencia, comparable a la existente en las ciencias naturales. Sin embargo con esto no viene a clarificarse del todo la posición peculiar de la ciencia jurídica: ¿constituye ese «Derecho superador de la ley» verdadero «Derecho» o «teoría jurídica» *lege ferenda*?, ¿se trata de enunciados del Derecho o de la ciencia jurídica? Admitida la proximidad o casi identidad de la labor racional del jurista teórico y del juez o aplicador («práctico»), en tanto ambos son sujetos que operan con las normas, debe admitirse que las relaciones teoría-praxis en el campo jurídico conducen, no ya la conclusión trivial de que la teoría deba ajustarse a la praxis, sino la más

radical de que la propia «teoría» (la doctrina o ciencia jurídica) constituye un elemento o episodio más dentro del curso de la praxis jurídica global. Lo que, en cuanto al problema fundamental de la *verdad* de la ciencia jurídica (su «falsación» o «verificación»), se traduce en una cierta inversión del lugar que corresponde a la teoría: si las teorías de las ciencias naturales involucran esencias o estructuras explicativas que son universales y anteriores por respecto al plano fenoménico constitutivo de la experiencia, aquí ocurriría que es la propia teoría quien pasa a ocupar el puesto de los fenómenos: la doctrina jurídica es particular, posterior y fenoménica por respecto a la praxis respectiva, que sería el plano «esencial». Entre dos doctrinas rivales no decide sino la praxis y ésta es quien, mediante su incorporación, las convierte en operativas y verdaderas. ¿Qué sentido epistemológico tienen entonces las críticas que, en alguna ocasión, Canaris formula a la jurisprudencia mercantil alemana por no seguir o ignorar en sus decisiones determinadas doctrinas, por muy asentadas y unánimes que ellas sean (35, 107)? ¿Qué queda más «falsada», la sentencia judicial que contradice una determinada doctrina o la propia doctrina que contradice la sentencia y por tanto va contra la praxis jurídica real? ¿En qué sentido puede decirse de una teoría que no sea seguida en la praxis, es decir, que no toma contacto con la materia de su campo, que sigue siendo verdadera? ¿No queda una teoría «verificada», aun cuando esté en abierta contradicción con las normas del Derecho positivo, si es efectivamente adoptada y asumida por la praxis judicial? ¿No resulta «falsada» si, pese a su perfecta compatibilidad formal con esas normas, es ignorada por completo en la praxis? ¿No debe considerarse verificada, incluso, cuando ha sido tenida en cuenta «negativamente», del mismo modo que ciertas predicciones económicas dejan de cumplirse precisamente porque han sido tenidas en cuenta y ello ha modificado el curso de determinados acontecimientos o decisiones, lo que las hace de algún modo exitosas, acertadas o «verdaderas»? En cualquier caso, parece que habría que invertir la paráfrasis hegeliana de Canaris: «tanto peor para el Derecho positivo, si no coincide con la teoría» (80).

Jesús VEGA LÓPEZ  
Universidad de Oviedo

**Sergio COTTA, *Soggetto umano-soggetto giuridico*, Milano, Giuffrè (1997) 117 pp.**

*Soggetto umano-soggetto giuridico* es el libro más reciente de Sergio Cotta, profesor durante muchos años de la Universidad romana «La Sapienza», a través del cual pone de manifiesto, entre otras cosas, que su reciente retiro de las labores académicas no se traduce en un retiro de su incansable actividad investigadora. En efecto, el libro del profesor Cotta sorprende por la agilidad verbal e intelectual –esto es, en cuanto a la forma y al fondo– con que está escrito y que, por otra parte, es ya un rasgo habitual en sus obras.

El hilo argumental es fundamentalmente una búsqueda minuciosa de las raíces del fenómeno jurídico, una búsqueda que no se contenta con las respuestas que aportan las visiones formales acerca del Derecho –demasiado centradas en la existencia concreta de un determinado sistema jurídico como para poder solucionar problemas más profundos–, o aquellas otras que analizan el Derecho en clave política, por lo general también ancladas en un tipo de comunidad social bien preciso. Por el contrario, la respuesta al *por qué* del Derecho se encuentra, a juicio de Cotta, en el sujeto humano, razón y fin de la existencia del Derecho. Así pues, el objetivo perseguido por el libro es la comprensión del fenómeno jurídico mediante una hermenéutica del sujeto humano en sí, pero esta labor no se lleva a cabo con el ánimo de valorar el Derecho, o de cambiarlo, como haría una ideología, sino que la intención de Cotta es hacer una filosofía rigurosamente noética en función aléctica, que escrute el Derecho para comprender la razón de su existir en el ámbito global de la condición humana. Por este motivo, en la indagación de hasta qué punto se encuentran implicados Derecho y sujeto humano el autor se vale de las aportaciones de disciplinas aparentemente ajenas al ámbito jurídico que, sin embargo, toman al sujeto humano como objeto de estudio; es el caso, entre otras, de la antropología y la fonología.

La referencia al ser humano como centro de atención y clave filosófica para un adecuado entendimiento del Derecho sitúa al libro analizado en la trayectoria filosófica que desde hace tiempo ha asumido el autor y que hasta ahora se revelaba, a mi juicio más que en ningún otro lugar, en su *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica* –seconza edizione riveduta e ampliata, Milano, Giuffrè (1991)–. Ello no obstante, *Soggetto umano-soggetto giuridico* no es una reelaboración de los temas allí tratados, ni una revisión de los mismos; por el contrario, se trata de una indagación sobre el origen del Derecho en sentido estricto, y no ya de la *juridicidad* entendida como *normatividad*, como sucedía en la obra anterior; además Cotta utiliza métodos y vías de investigación que no aparecían en la obra citada, aportando así nuevas razones y argumentos para hacer del ser humano el centro del Derecho, el punto de referencia del fenómeno jurídico, sea cual sea el momento y el lugar en que éste se desarrolla, siendo como es, en su esencia, un fenómeno transhistórico, transcultural. En este sentido, pues, el libro es innovador respecto a lo escrito con anterioridad por el autor, pero, al mismo tiempo, supone un paso más, un eslabón a tener en cuenta en la cadena bibliográfica que conforma la visión filosófica, siempre inquieta y original, de Sergio Cotta acerca del Derecho.

Por lo que respecta a su estructura, el libro se compone de una premisa, cinco capítulos y una conclusión. Los dos primeros, «Ambiguità del soggetto» e «Individuo e persona» están dedicados a aclarar el concepto de ser humano y su relación con el Derecho a través de un examen de las diversas concepciones jurídicas y filosóficas dominantes en nuestro entorno cultural más reciente.

Tras esta larga introducción comienza la investigación *vera e propria* en la que los tres capítulos restantes corresponden a tres pasos progresivos de profundización en el entendimiento del Derecho desde la perspectiva del individuo humano. Así, mientras el capítulo tercero se encarga del estudio «Del significato fenomenologico del diritto», analizando las circunstancias por las que el Derecho surge en la vida de los individuos en comunidad, el capítulo cuarto, «Dall'antropologia strutturale al diritto», da un paso más hacia el interior del sujeto, adoptando algunas de las aportaciones de la antropología estructural para explicar la conexión entre sujeto humano y Derecho. Por último, el capítulo quinto, titulado «La relazionalità ontologica del soggetto umano», concluye la unión de individuo y Derecho desde lo más fundamental del individuo, desde su esencia ontológica. La conclusión lleva un rótulo elocuente, «Il diritto: seconda natura del uomo».

Una de las virtudes con las que cuenta el libro que está siendo analizado es la claridad con la que el autor desenvuelve un hilo argumental que desde los primeros momentos nos lleva con paso decidido hacia las conclusiones, sin hacer más digresiones que las necesarias y sin entretenerse en vano en el camino. Siendo mi misión ahora transmitir cuál ha sido ese recorrido, sería también mi deseo dar una idea de la agilidad y de la trepidante sucesión de sugerentes ideas y perspectivas originales que, como en las buenas películas, no dejan al lector un momento de distracción.

La primera toma de contacto con el tema se realiza a través del análisis lingüístico del sustantivo «sujeto», y ya desde ese momento el autor revela que dicha noción puede desempeñar en el lenguaje dos funciones diversas, una activa y otra pasiva, según cuál sea la preposición que acompaña en cada momento al sustantivo, de modo que no es lo mismo decir «sujeto de» que «sujeto a». Esa doble visión, que ya se manifiesta en el plano del lenguaje, se traslada al ámbito jurídico, señalando dos posibles relaciones entre sujeto humano y Derecho: aquella a tenor de la cual el sujeto se configura como el punto de referencia positivo de la regulación jurídica, y aquella otra que se centra en la fuerza impositiva que el Derecho ejerce sobre sus sometidos. Esta distinción es particularmente relevante porque se traslada a las teorías contemporáneas acerca del fenómeno jurídico, que, o bien confieren supremacía al individuo sobre el ordenamiento, o bien es el ordenamiento jurídico el que confiere al individuo su condición de sujeto jurídico. De cualquier modo, la elección de uno u otro tipo de teorías no puede realizarse estrictamente desde un plano jurídico, pues el aspecto crucial en que ambas difieren es el concepto de individuo, que sólo puede ser resuelto desde una perspectiva filosófica. Por ello, el autor se dirige a las explicaciones filosóficas acerca del Derecho, donde, sin embargo, se sigue dando en líneas generales la misma polaridad. Solamente Capograssi, a juicio de Cotta, ha realizado un intento que debe ser tenido en cuenta para superar la dicotomía citada, pero el intento no ha tenido éxito, y en consecuencia es necesario continuar la búsqueda.

El siguiente paso, pues, es el estudio de las categorías de individuo y persona, distinguidas en varias ocasiones, no sólo en un plano semántico o tipológico, sino también axiológico. Sin embargo, Cotta apuesta en este punto por una distinción filosófica entre ambas categorías que no refleja una separación o una contraposición, sino que, por el contrario, señala una secuencia. Conforme a ella, el individuo asume las connotaciones de «posibilidad» o «potencia», en tanto que el término persona se refiere al «ejercicio» y al «acto», y así, desde el individuo a la persona se concreta el pasaje filosófico y lógico de la potencia al acto. Partiendo de este punto de vista, la persona no detenta en sí el valor, sino que «valor» y «dignidad» pertenecen al individuo de por sí, es decir, a *todo* individuo, por el hecho de detentar la posibilidad de escoger y actuar que hace

evidente la «diferencia ontológica» respecto a cosas y animales. A través de esta diferencia se podría reconocer en el individuo la capacidad de atestiguar la juridicidad ínsita en el sujeto humano, pero para ello habrá que seguir desarrollando la investigación por otras vías.

Esas otras vías son, por de pronto, la búsqueda de lo que es el Derecho «en general», entendiendo ese «general» por el resultado del proceso husserliano de «reducción» fenomenológica de la pluralidad particularística de fenómenos diversos, aunque similares, a un residuo «uniforme», idéntico en todos ellos. El método que adopta Cotta, y que ya fue utilizado por otros estudiosos como Lévi-Strauss, consiste en una «mirada desde arriba» o «desde lejos» de fenómenos de la misma apariencia o denominación lingüística a fin de individualizar el significado subyacente que los unifica en el tiempo. Se trata, pues, de una línea hermenéutica anti-historicista basada sin embargo en la confrontación histórica.

En el caso del Derecho ese residuo es la regla vinculante del actuar *–regola vincolativa dell'agire–*, que constituye la categoría de la juridicidad y que se representa a través de la cifra deóntica «se debe/no se debe». Y ante él se replantea la pregunta apuntada desde el inicio: el ¿por qué el Derecho? se convierte en ¿por qué la regla vinculante del actuar? Pues bien, esta cuestión va a recibir tres respuestas que se desarrollan en los tres últimos capítulos y que constituyen a su vez una explicación global del por qué del Derecho, pues las tres se complementan y la una lleva a la otra.

Así, en primer lugar, en un plano fenomenológico, la solución radica en las necesidades sustanciales a *todo* individuo, que pueden reconducirse a dos principalmente –la necesidad de ser uno mismo, y la necesidad de no estar sólo, a las que ya el autor se ha referido en obras anteriores– y que el Derecho satisface dotando de certeza y seguridad a las relaciones interpersonales.

Sin embargo, aún es posible dar un paso adelante en la investigación de la mano de la antropología estructural, que, más allá del nivel superficial y evidente, en el que las diversas culturas se presentan en su diversidad y particularidad, sostiene la presencia de un segundo nivel cultural, profundo y escondido, que revela la presencia de ciertas «invariables» estructurales, independientes de las circunstancias históricas y territoriales, y por ello atemporales y universales; los dos niveles dan cuenta de la realidad de cada cultura, pues se complementan entre sí, permitiendo además, a través de su confrontación, una mejor apreciación de los matices constitutivos de cada cultura. Aplicando este tipo de investigación al plano jurídico, resulta que también en el Derecho es posible descubrir, al lado de las variables propias de cada sistema jurídico, la presencia de «invariables» –que Cotta identifica con las interdicciones referentes al incesto, al homicidio del inocente, a la mentira y al hurto, así como la obligación de hospitalidad– que no deben ser entendidas en términos represivos, sino como condiciones de una efectiva «relacionalidad» pacífica e incluso amistosa, ya que la finalidad perseguida por tales invariables es la defensa del individuo en su propio ser. De este modo, la antropología estructural pone también de manifiesto la juridicidad intrínseca al ser humano.

Pero además, los dos estratos antropológicos de la juridicidad, el de las invariables y el de las variables, no sólo concuerdan con la distinción señalada anteriormente entre individuo y persona, sino que, lo que es más importante, corresponden en el plano filosófico a dos niveles conceptuales del ser humano: el nivel estructural u ontológico, universal y referente al ser en sí; y el nivel óntico de su existencia según particularidad. Así pues, en este punto, la perspectiva antropológica deriva en la perspectiva ontológica, que supone la tercera respuesta a la pregunta del por qué el Derecho.

Desde esta última perspectiva el individuo deja de ser sujeto pasivo del Derecho para convertirse en sujeto activo del conocimiento del Derecho, esto es, en cifra heurística del permanente ser de la forma jurídica en la existencia. Solamente el individuo humano constituye un punto de referencia válido para conocer, o más bien, para reconocer, la juridicidad, tanto en su dimensión empírica, como en su dimensión global espacio-temporal, pues sólo él puede determinar el significado del Derecho. De cualquier modo, hay que tener en cuenta que el reconocimiento universal del ser de la juridicidad no sólo depende de la reducción fenomenológica de éste al residuo de la «regla vinculante del actuar», sino que encuentra su explicación en la consciente interrelacionalidad del ser humano con los otros-yo que habitan en su mundo y que, participando todos ellos de la modalidad *sinolica* de finito/infinito, se configuran como seres estructuralmente iguales.

La conclusión a la que llega el libro es que existe una unión vital indisoluble entre el hombre y el Derecho, a tenor de la cual el Derecho se presenta como la segunda naturaleza del hombre; segunda en cuanto fruto de la primera, que es su constitutiva estructura antro-po-ontológica. Y es aquí donde radica el cognoscitivismo de la teoría de Cotta. Pero antes de acabar, el autor formula el contenido de la regla vinculante del actuar, que, a su modo de ver, sólo puede ser aquella regla universal y temporal, de sabor kantiano y resonancias rosminianas, que diga «respetar la estructura ontológica del individuo humano en tus actuaciones y, antes, en tus proyectos y, antes todavía, en tus pensamientos».

Para terminar, sólo me queda añadir algunas consideraciones personales sobre la obra analizada. A mi modo de ver, uno de los mayores méritos del libro consiste precisamente en el punto de vista adoptado, esto es, en el hecho de que el autor sitúa la investigación en torno al ser humano y en torno al Derecho considerado en sí mismo. En este fin de siglo en el que el tal cacareado «agotamiento de las ideologías» parece traducirse en Filosofía del Derecho en el agotamiento de los dos sistemas que han polarizado la discusión sobre esta materia en los últimos siglos —me refiero, por supuesto, al iusnaturalismo y al positivismo—, parece que ha llegado el momento de abrir nuevas vías, de ofrecer alternativas superadoras de esa dicotomía. En este sentido, la explicación y justificación del Derecho a través del papel que desempeña en la vida humana, de las necesidades que ayuda a cubrir, me parece acertada, al menos por dos razones. En primer lugar, porque permite vadear tanto las fundamentaciones políticas como las morales basadas en un juicio sobre los contenidos del Derecho —ambas mucho más restringidas y, lo que es más importante, *externas* a la juridicidad—. Y, en segundo lugar, porque en cambio aporta un tipo de justificación jurídica —y no por ello formal— que, sin desoír la importancia del ser humano en su relación con el Derecho, busca en estas dos instancias la razón de ser y de existir de la juridicidad.

El libro de Cotta, no obstante, va mucho más allá de esto, pues supone una propuesta global acerca del por qué del Derecho. Pero, quien no quiera acompañarle hasta el final de ese viaje que lleva indefectiblemente a la universalidad, al absoluto en términos filosóficos, a Dios en términos religiosos, puede detenerse en las etapas anteriores de ese itinerario filosófico, que comienza con el análisis del lenguaje y de los fenómenos que dan lugar al nacimiento del Derecho.

Por otra parte, también hay cuestiones que no llegan a ser totalmente aclaradas a lo largo del libro, entre ellas, fundamentalmente, la ambigüedad del residuo fenomenológico según el cual el Derecho es la regla vinculativa del actuar, pues dicha descripción podría ser asimismo válida para otros tipos de normatividad social, incluida la moral. El autor es consciente de la conflictivi-



dad de este punto, y aunque lo justifica, lo cierto es que no se detiene demasiado en él, quizás porque no vea tampoco la necesidad de establecer una tajante separación entre Moral y Derecho.

En cualquier caso, *Soggetto umano soggetto giuridico* es, ante todo, una genuina obra de Filosofía del Derecho y un magnífico ejercicio de erudición y brillantez a través de los cuales es posible reconocer a un maestro.

Nora María MARTÍNEZ YÁÑEZ  
Universidad de Santiago de Compostela

**DÍAZ-OTERO, E., OLIVAS, E., *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, 209 pp.**

Con harta frecuencia, el alumno de Derecho concluye sus estudios sin una idea mínimamente clara de los problemas teóricos y prácticos que genera el concepto de derecho subjetivo, incluso con la sensación de que se trata de una categoría universalmente válida para toda forma jurídica. Las asignaturas no dogmáticas raramente le ayudan a paliar este desconocimiento, proporcionándole, a lo más, información sobre las distintas configuraciones que el derecho subjetivo ha adoptado en los últimos doscientos años, o sobre las teorías que lo fundamentan o critican.

El objetivo del presente libro es ofrecer al lector una crítica *realmente* histórica de los derechos subjetivos (en particular, de los llamados derechos humanos), que ponga de manifiesto su condición de instrumentos de una función mediadora entre la ideología política imperante y las necesidades del cuerpo social (jurídicamente re-construidas). Y lo hace de manera radical: rastreando su proceso de transformación al socaire de las circunstancias históricas. Una de las virtudes del texto (a sus defectos me referiré después) está en que, lejos de acotar de manera más o menos arbitraria el objeto de su estudio, restringiéndolo ya a debates doctrinales, ya a textos normativos, a datos históricos o sociológicos, etc., integra todos los aspectos de la cuestión, cortando transversalmente, por así decirlo, el extenso lapso histórico que trata.

Ya en el prólogo, se enuncia este propósito de forma sintética: «Ningún acontecimiento, en efecto –tampoco, los jurídicos–, puede sustraerse a la lógica unitaria de la ciencia social ni escapar metodológicamente a su completitud organizativa, por muy específicos y singulares que fueren sus desarrollos y tratamientos. Es en el soporte histórico-real, y no en un tiempo mítico, donde aquellos hechos son susceptibles de ser condicionados y, a la postre, explicados. El “habla”, las “conductas”, “los procedimientos”, las formas del “razonamiento jurídico” sólo pueden ser comprendidos bajo la perspectiva de su rigurosa historicación» (p. XIII).

Un propósito loable, especialmente en una materia como la nuestra, donde las «partes históricas» no pasan, en tantas ocasiones, de ser meras *secuencias* de doctrinas, hechos, y normas sin estructura, conexión ni orden interno. Pero, si esto último resulta cuestionable, no lo es menos el intento opuesto de las «historias de problemas», presas del intento –ilusorio– de sistematizar la evolución de los conceptos desencarnándolos, aceptando sin más la inocencia de las *palabras* en que quedan convertidos.

De ambas tentaciones se han propuesto huir los autores, que parten de los problemas derivados de la fundamentación de los derechos establecidos en la Declaración de 1789, así como de los conflictos planteados por la necesidad de otorgar una forma técnico-política y técnico-jurídica aceptable al constructo de «voluntad general». Conflictos, todos ellos, que ocultan vicisitudes históricas y doctrinales en gran medida *necesarias* (como la propia realidad social que los genera), pero que han de ser casadas con el afán de la Declaración de 1789 de constituir un reducto sagrado de lo *individual*. Es en esos puntos de intersección «...entre el idealismo individualista y la determinación o fatalidad histórica» (p. 16) donde se halla la esencia de los derechos humanos como instrumento histórico, contingente, *ideológico*, considerado como «... eje mediador entre el sujeto y la historia en el espacio de lo público, que trata de sistematizar la relación entre la razón y la política» (p. 16).

Esta mediación resultaría incomprensible sin el recurso a sus orígenes remotos. En contra de la extendida opinión que considera a Ockham el referente más

lejano de la categoría de derecho subjetivo, los autores retroceden hasta Duns Scoto. En la filosofía del Doctor Sutil, y más concretamente en el *Tratado del primer principio*, encuentran, siguiendo la línea marcada por los trabajos de De Muralt, el inicio de esa progresiva deificación de la voluntad que culmina en Rousseau y Kant. La posibilidad, contemplada por Duns Scoto en la citada obra, de que Dios produjera *de potentia absoluta* un acto de conocimiento desprovisto de todo objeto real, constituye la clave última de una cadena de construcciones que organizan el espacio político, meras ideas regulativas emanadas de una subjetividad abstracta. Con el correr de los siglos, el Sujeto autorreferente del que emanan actuará, ya periclitado el discurso teológico que lo hizo surgir, al modo de un dios vicario, productor de constructos cuya utilidad se halla, no en su capacidad para explicar lo real, sino para reconstruirlo en «objetos preformados» (Orestano *dixit*): Naturaleza, Legislador, Razón, Historia. Ficciones hermenéuticas de las cuales ha vivido la ciencia jurídica hasta épocas muy recientes, en que la Posmodernidad ha destruido sus bases teóricas y la evolución social sus mismas condiciones de posibilidad.

Denominador común de este dilatado periodo es el abstraccionismo que caracteriza al ideal cartesiano de ciencia, vacío y analítico, basado en el principio de no contradicción (como subrayó Foucault, el mismo empirismo es hijo de esta *epistemé* y no su adversario). Su producto más destacado es la Nación: concepto político vacío cuyo correlato político será el Estado, «... concebido como una técnica sin sujeto, es decir, como una pura tecnicidad no fundada» (p. 62). No en vano la Revolución, como dijo Tocqueville, se limitó a adoptar la máquina y rechazar el producto. El final del proceso, con todo, es posterior a la misma Revolución, incluso a la depurada técnica legalista del *Code*; requiere unas formas de «legalidad cosificada» que sólo aparecen en el transcurso del XIX: será entonces cuando el orden social encuentre la posibilidad de materializarse en la estructura formal que proporcionan los derechos humanos, como después veremos. Esa legalidad es la que deriva de una nueva forma de organizar el trabajo, que prima la máquina sobre la manufactura y determina el imperio definitivo de la generalidad: pura técnica administrativa sin sujeto, mera coacción. Sólo entonces Forma y Contenido, Moral y Derecho, encuentran su mediación en un mercado generalizado, regulado por técnicas jurídico-políticas también generales y abstractas. «En esta forma social contemporánea, las garantías de los derechos, como funciones sociales, son reconocibles sólo lingüísticamente, ya que la kantiana “voluntad legisladora”, Dios, el sujeto, sus “fines”, han pasado a ser referencias de un horizonte, ontológico y constitucional, definitivamente extinguido. No obstante, constituyen un ingrediente importante de la simbólica político-constitucional, ya que... han devenido en forma retórica de una organización política completamente funcionalizada a la gobernabilidad social de la economía» (p. XIV).

El camino recorrido hasta la contemporaneidad está salpicado de controversias y debates doctrinales que, lejos de aparecer en el libro como meros episodios teóricos, son mostrados en su conexión profunda con ese esfuerzo de mediación entre lo económico-social y lo jurídico-político al que antes me referí. Los autores han seleccionado dos de capital importancia: las de Rousseau y Hegel contra Kant.

La primera se trata al hilo del artículo 16 de la Declaración de 1789: la separación de poderes que establece se explica perfectamente desde la concepción kantiana del Estado de derecho y de los poderes como «personas morales». Los autores, coherentes con el método utilizado a lo largo de la obra, la interpretan como una manifestación del dios inmanente que se hace uno con el poder. «Por ello, el poder no se ve en esta época, se pierde y difumina» (p. 83). En contra de esta tendencia a positivar los derechos naturales a partir del

orden jurídico, conectándolos con la soberanía nacional mediante el artificio de la voluntad general, Rousseau recurre directamente a esta última. Y la toma en lo que tiene de irreductiblemente subjetivo e individual, frente al apriorismo racionalista de Kant. «No la sociabilidad, que ha negado los principios naturales de la razón, sino el carácter político de la razón, la subjetividad política acaparadora de la Moral..., será el instrumento de renaturalización de la sociedad según los principios de la naturaleza del alma humana –la “piedad” y el “amor de sí” anteriores a la razón» (p. 85).

La segunda da lugar a las que acaso sean las páginas más profundas y enjundiosas de la obra: las dedicadas a la crítica hegeliana contra la «vaciedad de los derechos de la humanidad» (capítulo VII). Hegel ve en el formalismo kantiano un obstáculo para aceptar la unidad esencial –no formal– de idea y realidad; su concepción de lo «ético objetivo», por el contrario, lejos de evacuar el contenido en aras de una forma tautológica, vacía, acepta las contradicciones como constitutivas de toda esencia. Una cosa y su opuesta confluyen, así, como constitutivas de una unidad de sentido. Por eso, la teoría de los derechos aparece, en el sistema de la Eticidad superadora de la mera Moralidad, referida a las limitaciones de una subjetividad abstracta, de una voluntad moral más o menos arbitraria: los derechos del ciudadano sólo se comprenden como contrafigura de los deberes que ponen de manifiesto su inserción en una unidad política que los dota de auténtico sentido.

Este conciso y apretado ejercicio de «arqueología jurídica», si bien en ningún momento ha dejado de referirse a la Declaración, y en particular a su artículo 16, se centra en ella de forma casi exclusiva en los últimos temas del libro. Allí se muestra el significado del citado artículo como una pretensión de resolver la contradicción –muy kantiana– entre las máximas del orden jurídico y del orden político a través de una técnica de centralización administrativa, con lo que ésta comporta: codificación legislativa y homogeneidad de las ramas de la Administración. El «poder irresistible» que emana de ello asegura, en los términos de generalidad antes referidos, los derechos subjetivos como forma abstracta del proceso social y económico, como unidad ficticia que «... se hace *Forma pública* como necesidad no-empírica de la sociedad civil» (p. 127).

Con ello el círculo se cierra, y la «mediación entre el sujeto y la historia en el espacio de lo público» a que antes hacíamos referencia queda explicada en términos «arqueológicos».

Los dos últimos capítulos del libro se dedican a analizar el papel de los derechos civiles en las declaraciones de derechos de las constituciones francesas de 1793 y 1795, desde el punto de vista de la «mistificación de la realidad social» que comportan. En este sentido, afirma Preuss que la libertad burguesa, entendida como «libertad de actuar», comporta un ámbito donde el trabajo pierde precisamente la cualidad que mejor lo define, su relación específica con las cosas producidas en unas condiciones socialmente determinadas; de igual modo, las acciones concretas del individuo se subsumen en una genérica «capacidad de actuar» sin referente alguno en la actividad social (p. 138). Cualificado ejemplo de la mistificación referida es la figura del kantiano «derecho personal de naturaleza real», que apunta claramente a una «alienación de la personalidad política del trabajador» (G. Vlachos), pero sin dejar de ser compatible –*jurídicamente* compatible– con el concepto de sujeto *sui iuris*. O, por decirlo en términos de los autores, «... las contradicciones de dicho contrato representan en estado puro la *ideología jurídica* mediadora en la separación entre lo universal político y lo universal económico, entre la *proclamación* universal de la igualdad jurídico-política y la *conservación* universal de la desigualdad económica» (p. 152). La irrupción en el panorama del contrato de trabajo, que tiende a paliar esa desigualdad esencial reconociéndola jurídicamente, no se

produce hasta finales del XIX. Es entonces cuando más claramente se pone de manifiesto la contradicción existente entre un constitucionalismo formalista que hace abstracción de toda sustancia material y una realidad económica que impone sus propias leyes, tan ajenas a las del igualitarismo abstracto.

El último paso lo constituye el Estado social y democrático de Derecho, que unifica las leyes jurídicas (regulación técnico-administrativa del proceso económico) y las económicas (regulación técnica de dicho proceso), partiendo de la distinción schmittiana entre legalidad y legitimidad. La técnica económico-administrativa resultante no hace sino pervertir ideológicamente «...el viejo lenguaje de la subjetividad fundante y la técnica cognoscitiva de la unidad volitivo-racional» (p. 161). Este proceso marca el fin de una legalidad protectora de la propiedad, en abstracto, en favor de otra que toma como fin la «institución de la propiedad» (pensamiento institucionalista o del orden jurídico concreto).

Éstos son, sucintamente explicados, los jalones que, según los autores, marcan el tránsito desde «...los derechos subjetivos-naturales de la individualidad» hasta «...la ciencia jurídico-sistemática de los derechos subjetivos» (p. 178). El libro incluye, como anexo, una interesante «Documentación constitucional comparada», que repasa las equivalencias entre la Constitución española de 1978 y los textos franceses postrevolucionarios (Declaración de 1789, constituciones de 1991, 1993, 1995 y 1999, Declaración de Derechos y Deberes de 1995).

El resultado es una obra que, pese a su brevedad (apenas doscientas páginas), encierra un honrado y serio esfuerzo por plantear en términos histórico-críticos la génesis de los derechos subjetivos y que nunca nos proporciona la sensación de «*déjà vu*» tan frecuente en muchas monografías.

Cuestión distinta es la del estilo. El carácter conciso del texto no debería estar reñido con una claridad que no siempre aparece en sus páginas: en ocasiones, el lenguaje se torna críptico, poniendo a prueba las dotes exegéticas del lector. Algunas de estas durezas, debidas a la propia dificultad de la materia y a la complejidad del enfoque, desaparecen en la segunda lectura, una vez que nos hemos familiarizado con la dificultad del estilo; pero un mayor esfuerzo de clarificación habría simplificado la tarea, ganando el resultado en brillantez. Conceptos tan interesantes como el de «mediación», quizá el de mayor potencia de todos los aportados por los autores, aparecen con frecuencia en contextos muy diferentes, y una explicación independiente del sentido en que son manejados habría sido de agradecer.

La edición no es precisamente modélica. En general, adolece de un cierto desmaño (erratas sin corregir, citas incompletas...). La espléndida bibliografía que se adjunta al final aparece algo deslucida por los errores –la mayoría tipográficos– que la salpican aquí y allá. Se diría que el texto ha carecido de un último «pulido», que lo habría mejorado considerablemente en su presentación. Resulta evidente que los dos motivos habituales de apresuramiento en las ediciones de textos universitarios (proximidad de oposiciones, urgencia de beneficios sustanciosos a costa del «público cautivo») no han concurrido en esta obra. Por eso mismo, es de lamentar que su presentación no esté más cuidada.

En resumen, un libro sólido y muy estimable, que aborda con rigor y honradez un tema difícil y aporta sobre él una mirada crítica, con momentos de gran brillantez. Da lo que su título promete y demuestra que sus autores han comprendido muy bien el sentido del término «historicidad». Lo que hace especialmente recomendable su lectura para los que desconfían del «historicismo»: desconfianza muy característica de quienes confunden la historia con una cronología, los hechos con los fenómenos y las estructuras con las clasificaciones.

José Luis MUÑOZ DE BAENA SIMÓN  
UNED

**Elías DÍAZ, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, 205 pp.; *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus (1.ª ed. 1966), nueva edición 1998, 203 pp.**

La recuperación de la memoria cultural democrática y socialista liberal, así como la defensa del Estado de Derecho, frente a sus críticos de derechas y de izquierdas, han sido motivos fundamentales de la investigación y de las publicaciones de Elías Díaz [*Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático* (1978)]. Un planteamiento riguroso de la objetividad valorativa en la investigación social exige, de una parte, que el investigador posea una opción valorativa que oriente las elecciones de unos u otros objetos de estudio, por más que deba expresar en qué consiste aquélla; y, además, requiere que desligue sus análisis sociales de los intereses más espúreos o teledirigidos por los poderes fácticos, políticos, económicos, o sociales. La neutralidad valorativa no sólo no es incompatible con el compromiso político sino que más bien lo pide. Creo que Elías Díaz ha sido muy fiel a estos requisitos de la investigación social y política, con frecuencia olvidados en beneficio de una asepsia que poco explica científicamente o posee pocas vinculaciones prácticas con la realidad social. Además, me parece que pocos libros expresan mejor el fondo valorativo subyacente a los estudios sociales de Elías Díaz que, de una parte, aquellos dedicados al pensamiento español [*Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político* (1968), *La filosofía social del krausismo español* (1973), *Socialismo en España: el partido y el Estado* (1982), *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)* (1983)] y, de otra parte, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), ahora nuevamente reeditado tras dieciséis ediciones.

## I

La reciente reedición de *Estado de Derecho y sociedad democrática* tiene una clara intención de presentarse como el horizonte ético y político básico que había de reunir y sigue requiriendo la organización jurídica del Estado y la sociedad democrática. A los conspicuos lectores de la censura franquista no les pasó desapercibido que el libro sabía demasiado sobre las ideologías, los mitos, las suplantaciones del derecho por la fuerza, y las creencias divinas y luego tecnocráticas de los totalitarismos, en general, y del franquismo, en particular. Así que evitaron se extendiera su perspicacia, mediante su secuestro. Pero, además, su lectura hoy posee un valor no sólo histórico, para captar las exigencias democráticas de la oposición democrática al franquismo, sino, y esto me parece casi más necesario y urgente en la controvertida actualidad, nemotécnico, para evitar que aquellos valores democráticos básicos pudieran ser hoy olvidados. Entre los antiguos la repetición de algunas ideas eran un ejercicio básico para grabar aquello que, por fundamental, no debería ser nunca olvidado por los avatares del discurrir del tiempo. Su autor manifiesta en el reciente prólogo que el contenido básico del Estado democrático de Derecho debe seguir defendiéndose, hoy, frente a sus degradaciones, ya sean de organizaciones terroristas o parapoliciales. Así que su contenido no se resiente mucho por el paso del tiempo. Elías Díaz ha expuesto el impacto presente de las transformaciones y desarrollos constitucionales en la materialización efectiva del Estado Democrático de Derecho en otra ocasión («El Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales», *Sistema*, núm. 125, marzo de 1995, pp. 5-22). En la reedición de este libro ya clásico sin cambios, matizaciones o enmiendas necesarias a su adaptación al inapelable transcurso del tiempo, hay

alguna intención, creo, de guardar su valor documental de un pasado de oposición individual y colectiva muy rico para el presente. Y esta herencia política de oposición, me parece, debe esgrimirse, incluso, por encima de cualquier imponderable realista marcado por la prudencia política, siempre en favor del Estado democrático de Derecho y frente a sus insuficiencias históricas concretas. La demanda de intangibilidad de los derechos y garantías de sus requisitos básicos ni fue ni debe ser hoy aplazable o suspendible por ningún gobierno.

El prólogo a la nueva edición del autor señala cuatro observaciones que actualizan un libro de los años sesenta y evitan, así, que pueda ser leído y criticado ahistóricamente. Para el autor, la crisis económica del año setenta y tres, y el hundimiento de los países comunistas suponen nuevos retos, claro está, a la socialdemocracia en el mantenimiento del Estado social y democrático, frente a las rápidas salidas del liberalismo. Y al planteamiento de estos nuevos retos se dedica este prólogo, de partida muy crítico con el predominio del «pensamiento único», presto a diluir las diferencias políticas, de derechas e izquierdas, en aras de la defensa de la única dirección económica de los asuntos políticos, marcada por las agencias internacionales de intereses, al margen de la discusión democrática colectiva.

En primer lugar, uno de los objetivos del prólogo es salir al paso a la negativa reducción del Estado de Derecho a restrictivo imperio de la ley. Eusebio Fernández ha discutido a Elías Díaz esta prioridad de los valores sobre la ley en la definición de Estado de Derecho, para defender una definición jurídica del Estado de Derecho («Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», *Sistema*, núm. 138, mayo de 1997, pp. 101-114). Por el contrario, para Elías Díaz, los Estados de Derecho democráticos se diferencian de los regímenes totalitarios porque sólo los primeros significan el imperio de la voluntad popular plasmada en ley.

En segundo lugar, las páginas iniciales cuestionan el predominio últimamente concedido al Estado Constitucional sobre el Estado de Derecho. El entendimiento del imperio de la ley como imperio de la Constitución, según Elías Díaz, es obvio que requiere la subordinación de todos los poderes democráticos a la Constitución, pues todos los poderes constituidos están supeditados al poder constituyente, único capaz de modificar la Constitución. Para el autor del prólogo, todo Estado de Derecho es Estado Constitucional de Derecho, y se incurre en sofisma argumental cuando se opone Estado legislativo a Estado constitucional. Acrecida la grieta entre las equívocas mayorías, producto de un sistema de partidos tocado por el mal de origen, y unas minorías defendidas por la experiencia y sabiduría de los jueces, la virtualidad del Parlamento aparece muy dislocada -desde la perspectiva judicialista- si se la compara con la capacidad constitucional de los jueces para resolver conflictos inabarcados por la ley. Elías Díaz se muestra, por el contrario, partidario de aproximar mucho más la ley y la Constitución. No se trata ni de demonizar la ley del Parlamento, ni de deificar la Constitución de los jueces. Ni el Parlamento está viciado necesariamente por el mal de origen del sistema de partidos, ni cabe reducir la tensión entre ley y Constitución al mero predominio del judicialismo creativo sobre el legalismo parlamentario. Dado que todo Estado de Derecho encuentra su fundamento en la Constitución, todo Estado de Derecho es Estado Constitucional de Derecho. Las objeciones de Elías Díaz van dirigidas a quienes supervaloran teóricamente el papel de los jueces como creadores de derecho y protectores de los derechos individuales, a través de la interpretación y aplicación constitucional, en detrimento de la legitimidad mayoritaria del Parlamento y el descrédito de la democracia por supuestos vicios endémicos del sistema de partidos. Y aquí, Elías Díaz es muy contundente en uno de los pasajes del *Curso de Filosofía del Derecho* (1998): «Desde

el principio, desde siempre –pero luchando a lo largo del siglo XIX contra las concepciones no normativas, meramente programáticas, de la Constitución–, el mejor Estado de Derecho es y ha tendido a ser Estado constitucional de Derecho (...) Por ello, cuando hoy se invoca a todas horas, de manera un tanto indiscriminada, no sin equívocos no sin ambigüedades, un Estado constitucional de Derecho, yo sólo advertiría que al menos no lo sea para sustituir el imperio de la ley por el imperio del jurista y del juez (casi como exigía el reaccionario Savigny). Que en su adecuación a la Constitución, la palabra, por lo demás siempre respetable, de los jueces o del propio Tribunal Constitucional, su interpretación y decisión, no pretenda desconocer ni imponerse sobre la palabra democrática del Parlamento, representante legal y legítimo de esa soberanía popular. El Estado constitucional de Derecho no debe ser disfraz –la máscara ideológica– del Estado judicial de Derecho (...)» (p. 110). Una rigurosa exposición del modelo judicialista, creo yo, con sus postulados fundamentales, con su génesis histórica y nacional, y sin reduccionismos teóricos, puede leerse en el libro de Cristina García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial* (Valencia, 1996), con prólogo del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez. Al margen de la alusión a este buen libro, en mi opinión, aunque la disciplina de voto y la estructuración oligárquica de las maquinarias de los partidos limiten mucho la función deliberativa del Parlamento, hasta niveles mínimos, no cabe incurrir en el olvido de que la composición social, muchas veces muy conservadora, de la judicatura dificulta mucho la resolución progresista de los casos a partir de la aplicación de la Constitución. La biografía de un cargo funcional vitalicio no está más legitimada por la Constitución que una composición democráticamente elegida de las Cortes Generales.

En tercer lugar, Elías Díaz resalta el contenido cívico del Estado de Derecho, más allá de su interés jurídico. Su interés como criterio regulativo, sustentado en el reconocimiento de derechos y libertades, beneficia al conjunto de los ciudadanos y, dentro de ellos, a los más desfavorecidos socialmente. De aquí, la cuarta observación contra la acometida liberal frente al Estado democrático de Derecho, para Elías Díaz auténtica regresión respecto de las conquistas históricas que habían engrandecido y ensanchado el «coto vedado» –en expresión de Ernesto Garzón Valdés– de derechos fundamentales. En *De la maldad estatal y la soberanía popular* (1984), ya debatía las iniciativas económicas y políticas reductoras de la igual libertad en la sociedad y el Estado democrático, desde sus posiciones socialdemócratas. Su autor se niega a que se justifique esa devaluación del progreso político, narrado en *Estado de Derecho y sociedad democrática*, bajo la excusa del «fin de la historia» o naturalización del orden económico en el que vivimos. El análisis de la situación histórica presente o el estudio de la plasmación efectiva del derecho positivo no deben abocarnos al conformismo. Así concluye su más reciente publicación: «Frente a esta sacralización acrítica del pasado y de lo existente sin más (jurídico o social), la filosofía es y debe ser, por el contrario –recuérdese–, conciencia crítica de la historia, conciencia crítica de la realidad. No para cualquier cosa sino precisamente para, desde ese conocimiento racional, contribuir a transformar el Derecho y la Justicia, desde esos valores, exigencias éticas fundamentales de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Y, a mi juicio, la mejor vía concreta para ello es hoy la que se expresa en el Estado social y democrático de Derecho» (p. 188).

## II

El último libro de Elías Díaz, *Curso de Filosofía del Derecho*, también especifica los presupuestos metodológicos y valorativos de su aproximación a esta materia. Se trata de una filosofía normativa que considera imprescindibles los



avances de la ciencia y las aportaciones de la filosofía de la ciencia. Aunque nunca concedería a la filosofía –jurídica y política– un papel estricto de lenguaje de segundo grado o metalenguaje científico. Las aportaciones de la metaética en la búsqueda de un lenguaje conceptualmente depurado y coherente no sustituyen la exigencia de una ética material que oriente a los individuos y a las instituciones. Para Elías Díaz, la filosofía tampoco puede reducirse a ser una reflexión inductiva que trascienda y parta exclusivamente de los hechos científicamente comprobados –«empirismo abstracto», o «hechología» en la terminología de Unamuno– sino que ha de partir de una revisión de la falacia naturalista –la estricta división positivista entre hechos y valores– para reconstruir un modelo de racionalidad de los valores y cognoscitivismo moral. La propuesta de Elías Díaz es una «abierto reconstrucción» de «supuestos fácticos, totalidad real y conciencia crítica» en interrelación (p. 179). En el respetuoso silencio de Wittgenstein al otro lado del lenguaje referencial comienza, dentro del mismo planteamiento, la palabra filosófica de Russell en donde Elías Díaz sitúa su reflexión filosófica. Las cuestiones valorativas que inquietan fundamentalmente a los hombres no están resueltas por la ciencia –señala Wittgenstein en la *Conferencia sobre Ética* (1929, 1930)– y la filosofía se introduce en un terreno en el que hay que «arremeter contra las paredes de nuestra jaula» desesperanzadamente, «arremeter contra los límites del lenguaje», del lenguaje significativo, y traspasar los límites del mundo. La filosofía tiene una función imaginativa, no restringida a los estrechos límites del lenguaje científico, imprescindible porque nos orienta sobre fines y valores, donde la ciencia nada indica. Descartado el más romo positivismo o la más científicista filosofía analítica, Elías Díaz no está lejos del punto de partida de muchos filósofos del lenguaje cuando proponen modelos de racionalidad no limitadas por los límites estrictos de la ciencia, a sabiendas de que la «reflexión crítica sobre los valores» no cuenta con la prueba de la demostración. Si bien no llega a esta propuesta de racionalidad de los valores desde una metaética no cognoscitiva que califique a estos de expresión de emociones o prescripciones, sino desde el compromiso con una filosofía que debe ser conciencia crítica de la historia y de la realidad. Ya no se trata de trascender los hechos sino de trascenderlos críticamente de acuerdo con una «práctica racional» (p. 183).

Desde la reflexión acerca de los cometidos de la Filosofía, Elías Díaz define las tareas fundamentales de la Filosofía del Derecho: «la Filosofía del Derecho viene a ser, por su parte, buena representación y aplicación de esas condiciones y campos temáticos que caracterizan y corresponden a la filosofía general: los dos primeros, epistemología y ontología, al campo de la razón teórica; el tercero, axiología (sin pretender abusar de Kant) al de la razón práctica. Trascender críticamente la empírica facticidad significa en aquella –la Filosofía jurídica– ir más allá, poniendo previamente en cuestión tanto el concreto hecho normativo con el que trabaja la Ciencia (Dogmática) del Derecho como el hecho (jurídico) social que investiga la Sociología del Derecho y el hecho (jurídico) temporal que estudia la Historia del Derecho. Así, con la reflexión sobre esas y otras ciencias jurídicas, con el debate sobre los conceptos, categorías y paradigmas que organizan y dan sentido a las normas y a sus referidas dimensiones, con (cuestión más privativa suya) la valoración de éstas desde el deber ser que propone la justicia, es como se constituye la Filosofía del Derecho –recupero la concordante definición– en cuanto totalización racional y crítica de las plurales dimensiones de la positividad jurídica» (pp. 184, 185). Así, la Filosofía del Derecho aparece aquí concebida, en primer lugar, como filosofía de la praxis, críticamente contrastada con la concreción fáctica e histórica del derecho positivo, desde una teoría de la justicia que postula los valores de justicia, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. En segundo lugar, la

Filosofía del Derecho ha de desarrollar –en la concepción de Elías Díaz– una teoría crítica del derecho para construir y criticar los ordenamientos jurídicos, menos apegada a la Dogmática jurídica que a las explicaciones cercanas al proceder inmediato de los operadores jurídicos. Además, en tercer lugar, la Filosofía del Derecho ha de aportar una teoría de las ciencias jurídicas, que conexione las aportaciones de saberes como la Sociología y la Historia del Derecho al estudio de los ordenamientos jurídicos concretos y profundice las aportaciones de la Ciencia Jurídica en un sentido estricto.

Los seis capítulos de este *Curso de Filosofía del Derecho* responden a este plan de trabajo, con clara intención de dirigirse a los estudiantes de derecho o a un público no iniciado en los problemas de nuestra asignatura. El primer capítulo define al derecho a través de los enfoques de validez, eficacia y justicia. Atiende a una definición del derecho no tanto por sus fines como por el medio coactivo empleado para asegurar sus órdenes. El lector que se inicia en el estudio del derecho encuentra una serie de conceptos y diferenciaciones que le van a ser necesarios en su posterior formación dentro de las ciencias sociales: la interrelación entre derecho objetivo y derecho subjetivo; la importancia de la positivación de los derechos fundamentales; la diferencia entre legalidad, legitimidad (crítica y positiva) y legitimación; la diferencia entre derecho vigente y derecho válido; y la eficacia de las normas como razón de su validez.

El segundo capítulo analiza las relaciones entre derecho y moral, así como los criterios kantianos de diferenciación entre ambas esferas de la acción social por el origen autónomo o heterónomo de las normas. Estudia aquí los diferentes tipos de normas que predisponen a la acción, desde las legisladas por la propia conciencia individual, las reglas de trato social y de la moral positiva, hasta las propiamente jurídicas. Entre la adhesión interna y la adhesión externa, el diálogo intersubjetivo opera como factor de aceptación de las normas éticas, las normas morales y las normas jurídicas. La especificación de los diversos espacios sociales de la ética y del derecho conducen al autor del *Curso de Filosofía del Derecho* a plantear las diferencias entre un derecho totalitario y un derecho liberal y democrático facilitador de más razones cara a los individuos para su obediencia que para su desobediencia. Desde posiciones liberales, en cuestiones éticas, Elías Díaz defiende la existencia de zonas de la moral intangibles para el derecho, a pesar de la existencia de coincidencias en las regulaciones de la moral y el derecho. La clásica distinción entre libertad positiva y libertad negativa, le conduce a criticar el excesivo énfasis en favor de la libertad negativa en detrimento de la libertad positiva por su carácter conservador, así como a resaltar el papel organizador de la convivencia social y política que puede tener la intervención del Estado en la esfera de la libertad negativa, no como incursión paternalista sino como deseable organización eficiente de la economía. Desde la posición socialista de Elías Díaz, la no intervención del derecho en la esfera individual no es necesariamente perfeccionadora del ámbito ético. Muy al contrario, las regulaciones jurídicas son coincidentes en el favorecimiento de una convivencia social regida por la felicidad, la justicia, la seguridad y el bienestar como valores supremos. El libro se rige en sus postulados éticos por un doble vínculo entre liberalismo y socialdemocracia, de una parte; y, de otra, entre liberalismo, ética de intenciones, y utilitarismo, ética de resultados. Los pares de socialdemocracia y utilitarismo poseen una importante relevancia dentro de la concepción de la moral pública de Elías Díaz.

El estudio de la función institucionalizadora de la coacción abre paso al tercer capítulo dedicado a las relaciones entre la fuerza y el derecho. Aquí se diferencia formalmente, y no finalistamente, a través de la coacción institucionalizada como elemento diferenciador del derecho. Planteadas las consideraciones acerca de la necesidad de un alto grado de cumplimiento espontáneo del dere-

cho y el estímulo que las normas jurídicas ocasionan a través no de amenazas sino de premios, el *Curso de Filosofía del Derecho* destaca cómo la fuerza posee una función estructuralmente decisoria para el derecho. Elías Díaz sigue los argumentos clásicos sobre la relación entre derecho y fuerza, a través de las teorías de Olivecrona, Kelsen, Ross y Hart, en las que el papel caracterizador de la fuerza se predica no del ordenamiento sino de las normas jurídicas. Para reparar, después, en el origen coactivo y no siempre ético del derecho. Y resaltar cuatro líneas de relación del derecho con la fuerza. Entre el derecho democráticamente creado y el derecho oligárquicamente producido se abren los dos extremos entre un derecho que cuenta con legitimación social y otro que carece de tal aceptación efectiva de la sociedad. Aquí vuelve a aparecer la posición normativa que subyace a todo el libro, pues el planteamiento no se reduce a la aceptación posible de la ley del más fuerte sino que postula el interés social de que la justicia se convierta en el criterio regulativo más fuerte a través del derecho, mediante una necesaria compenetración entre medios jurídicos y fines éticos. No todas las fuerzas sociales poseen el mismo valor ético y a la justicia le corresponde ponderar y discriminar entre una y otra fuerza. Mientras el argumento clásico de Calicles es defender la supremacía de los más fuertes en el establecimiento de lo justo, por encima de la prevalencia otorgada por la democracia a los más débiles, el razonamiento de Trasímaco le recuerda a Calicles que está confundiendo y equiparando erróneamente los más fuertes con los mejores y más justos, cuando no existe un vínculo natural entre unas y otras virtudes, sino que se debe a la contingencia de la vida que a los más justos y sencillos les vaya peor que a los injustos y poderosos. De aquí que el planteamiento propuesto por Elías Díaz sea la necesaria corrección democrática del imperio de los más fuertes y la limitación teórica de cualquier definición estrictamente formal del derecho. No existe legitimidad de la fuerza jurídica si no se dan la libre e igual participación de todos en la creación de las normas y en la participación política, bien sea representativamente; y la protección igual para todos de los derechos fundamentales y necesidades básicas.

En el cuarto capítulo, dedicado a las relaciones entre sociedad, Estado y Derecho, realiza una crítica del frecuente control minoritario de la producción de las normas. El cada vez mayor pluralismo jurídico, propiciado por el aumento de los centros de imputación de la producción del derecho, hace que quepa referirse a una producción social y otra derivativa del derecho. A este pluralismo de fuentes del derecho le debe corresponder su necesaria estructuración en un ordenamiento jurídico dinámico y abierto, organizado con la protección del Estado y la crítica de la sociedad civil a todas las desigualdades. El Estado democrático posee, para Elías Díaz, un papel básico en la mediación con los nuevos poderes sociales contemporáneamente aparecidos entre la esfera pública y la privada –poderes económicos, mediáticos, informáticos, fácticos, burocráticos, científicos-culturales–, y es el mejor instrumento de análisis de cuál es la pluralidad histórica concreta de la voluntad general. El Estado Democrático de Derecho es el árbitro contemporáneo más adecuado a la limitación de poderes sociales oligárquicos no democráticos. De aquí que Elías Díaz conceda importancia fundamental en el *Curso de Filosofía del Derecho* a la caracterización normativa del Estado Social y Democrático de Derecho, al progresivo incremento de los derechos fundamentales con sus nuevas formulaciones, y al trazado de su génesis histórica frente a otros consumados poderes, técnicos y económicos, no democráticos. Aquí el lector puede encontrar una reescritura de aquella genealogía de las formas de Estado de Derecho –liberal, social y democrático–, que leímos en *Estado de Derecho y sociedad democrática*, con un estilo, ahora, quizás más polémico con los críticos economicistas del carácter redistributivo de la riqueza y valedor de las prestaciones sociales, así como

garante de los derechos individuales, que posee el Estado social y democrático de Derecho.

En el capítulo cinco, Elías Díaz vuelve a alguna de las preocupaciones que había desarrollado en *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971) acerca de las funciones de organización e integración sociales, seguridad, control social, cambio y liberación social, atribuibles al derecho positivo, desde un interés más subrayado por la teoría social. El libro cierra donde comencé a dar cuenta del contenido y aportaciones de ésta, su última publicación: un sexto y último capítulo dedicado al lugar teórico ocupado por la Filosofía del Derecho entre nuevas y más clásicas ciencias del derecho.

### III

Aunque se trate de un libro fundamentalmente pensado para los estudiantes, con un ánimo claramente pedagógico, su autor no cesa de hacer referencia a algunos problemas actuales planteados entre quienes nos dedicamos a la filosofía práctica en general. A veces, se aprovecha la exposición para discutir críticamente algunas posiciones éticas y políticas devaluadoras del contenido mínimo del Estado democrático de Derecho, de sus exigencias morales. Quien ha seguido la lectura de las publicaciones de Elías Díaz va a encontrar una línea argumentativa socialista liberal, muy coherente con las tesis sostenidas en ocasiones anteriores. «El profesor Elías Díaz sigue en sus trece». Tampoco habría que esperar un cambio extraño en unas páginas que se anuncian como la organización de las notas que han servido a la enseñanza de varias décadas de estudiantes en la Facultad de Derecho. Las notas que nos animaron a muchos a dedicarnos a la Filosofía del Derecho. Quienes repasen estas conocidas notas van a encontrar mencionados, a veces discutidos, a toda una progenie de filósofos del derecho españoles. Una progenie universitaria siempre atizada y, a veces, irónicamente criticada por su creador.

Creo que la diatriba más actual y candente de su planteamiento en torno al Estado democrático de Derecho va dirigida a los valedores del Estado Constitucional de Derecho, cada vez más pujante. Elías Díaz destaca entre estos valedores a Luigi Ferrajoli, Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Pérez Luño, Modesto Saavedra o Cristina García Pascual, todos ellos partidarios de exagerar las insuficiencias del sistema parlamentario de partidos y el carácter incompleto del ordenamiento jurídico cara a dar solución a todos los conflictos sociales mediante la aplicación mecánica de la ley. Recientes encuentros de filósofos del derecho (así el organizado por el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 8-10 de octubre de 1998) ponen de manifiesto el actual debate entre el modelo parlamentario y judicialista de entendimiento de la operatividad idónea del derecho y sus operadores en la resolución de los conflictos sociales. Elías Díaz busca en el *Curso de Filosofía del Derecho* una solución de acercamiento entre ley y constitución a la inconmensurabilidad del debate entre los dos cuernos del dilema: «es en el marco de una legislación democráticamente producida, que busca a su vez resultados democráticos, donde asimismo encuentra su más coherente cabida esa función judicial entendida como factor de cambio y transformación social» (p. 153).

Nadie niega el papel creador de los jueces y las insuficiencias del mecanismo lógico deductivo en la resolución de los casos técnicos y de los casos difíciles, tampoco Elías Díaz, y coincido con él en que no ha de atribuirse una sobrevaloración de la legitimidad de los jueces como mejor legitimados democráticamente por ser, supuestamente, auténticos defensores de los derechos individuales, ante la presunta tiranía de mayorías democráticas manipuladas por el sistema de partidos, frecuentemente tachado de corrupto. Desde

Tocqueville, Mill, Weber, a Schmitt, los críticos del parlamentarismo son tan sagaces en sus críticas como elitistas y aristocráticas sus demoledoras objeciones al debate parlamentario en las dos cámaras. Son tan inteligentes como escasamente demócratas. Y, sin embargo, de todo el mundo se aprende y de los liberales se aprende mucho. Espero coincidir también con Elías Díaz en que la soberanía del parlamento viene necesitando desde hace ya tanto tiempo una continua reflexión sobre los acicates a la participación y, paradójicamente, sus continuos aplazamientos y simplificaciones por los imprescindibles estructuradores de las voluntades individuales como voluntad política colectiva: los partidos políticos. Una continua reflexión y más de una terapia. Pero éste es tema para otro debate, y, como alguien dijo, el único remedio para no resultar demasiado aburrido es hablar de las cosas sin agotar nunca los temas.

Julián SAUQUILLO  
Universidad Autónoma de Madrid

**Andrew DOBSON, *Pensamiento político verde. Una nueva ideología para el siglo XXI*, Paidós, Barcelona, 1997, 270 pp., traducción de José Pedro Tosaus.**

En los setenta se levantó la voz de alarma por la crisis del medio ambiente. En los ochenta fueron las cuestiones relacionadas con la manipulación de la vida humana las que dispararon el interés de la opinión pública mundial. En los noventa, el centro de las preocupaciones gira entorno a cómo alcanzar la integración entre culturas diferentes. Ecologismo, bioética y multiculturalismo constituyen tres campos que, por las inmediatas y trascendentes consecuencias que pueden tener para la humanidad, son objeto principal de estudio desde la filosofía práctica. Cada uno de estos racimos de cuestiones ha generado su propia terminología; y el acceso y discusión sobre esas cuestiones pasa por una cierta iniciación terminológica.

El libro de Andrew Dobson *Pensamiento político verde. Una ideología para el siglo XXI*, trata de ser esa guía que permita adentrarse en la discusión acerca del ecologismo. Dobson es profesor de Política en la Universidad de Keele (Gran Bretaña). Antes de ocuparse de los problemas relacionados con el papel de la naturaleza en la teoría política moderna, trabajó sobre el pensamiento político de Ortega y de Sartre.

Dobson entiende que el ecologismo es una ideología, pero una ideología peculiar porque se desmarca tanto de las ideologías propias de la Modernidad como de lo que llama medioambientalismo. Se desmarca de las ideologías modernas porque, a diferencia de éstas, el ecologismo parte de la «convicción de que hay límites naturales para el crecimiento» (p. 37). Pero lo que más le interesa subrayar es la distinción entre el ecologismo y el medioambientalismo: «el medioambientalismo aboga por una aproximación administrativa a los problemas ambientales, convencido de que pueden ser resueltos sin cambios fundamentales en los actuales valores o modelos de producción y consumo, mientras que el ecologismo mantiene que una existencia sustentable y satisfactoria presupone cambios radicales en nuestra relación con el mundo natural no humano y en nuestra forma de vida social y política» (p. 22).

En estos momentos, en que son pocos los que renuncian a calificarse como ecologistas, viene muy bien esta distinción entre quienes consideran que la crisis ambiental no es más que una disfuncionalidad técnica, capaz de ser resuelta por el mismo sistema, y quienes estiman que el problema radica en una concepción errada acerca del lugar del hombre en el mundo. Estos últimos son los propiamente ecologistas, que cuentan con una verdadera ideología, constituida por sus tres elementos fundamentales: una *interpretación* propia del mundo, un nuevo *orden* que debe implantarse derivado de esa interpretación, y una *estrategia* para que ese nuevo orden llegue a ser realidad. Por ello, el núcleo del libro (caps. 2, 3 y 4) se centra en «exponer las ideas con que los verdes radicales describen el mundo social y político (cap. 2), prescriben una acción dentro de él (cap. 3) e intentan motivarnos para dicha acción (cap. 4)» (p. 34). El último capítulo trata de las relaciones entre el ecologismo y dos ideologías que le son vecinas pero que, entre otras cosas por esa misma vecindad, están frecuentemente dominadas por la confrontación más que por la cooperación: el socialismo y el ecofeminismo (cap. 5).

Quizá la idea que más destaque Dobson a lo largo del libro es la de las diferencias entre ecologismo y medioambientalismo, hasta el punto de considerarlas contrapuestas. Ello es así porque el ecologismo se funda sobre la puesta en cuestión del proyecto ilustrado de la Modernidad, en el que el hombre es el centro del universo y la razón la herramienta con la que lograr el dominio total

sobre la naturaleza. Para el ecologismo, por el contrario, el punto de partida es el carácter limitado del mundo natural, el reconocimiento de un valor intrínseco a la naturaleza y, en consecuencia, la exigencia de liquidar el modelo del industrialismo, que no reconoce límites ni valor a la naturaleza.

Frente a esto, sostiene Dobson, «los medioambientalistas no suscriben necesariamente la tesis de los límites del crecimiento, ni pretenden, en general, dismantelar el industrialismo. Es improbable que defiendan el valor intrínseco del medio ambiente no humano y rechazarán cualquier afirmación de que nosotros (como especie) necesitemos una reconstrucción metafísica. Por lo común, los medioambientalistas creerán que la tecnología puede resolver los problemas que genera, y probablemente considerarán la fórmula de que «sólo una forma de vida "frugal" proporcionará sustentabilidad como una solemne tontería» (p. 60). Según esto, lo que entendemos generalmente como política verde no es propiamente la ideología ecologista.

Después de señalar que una cosa son las posturas medioambientalistas y otra cualitativamente distinta la ideología ecologista, Dobson se centra en el estudio de ésta, comenzando por la visión del mundo que propone. Frente al universo mecanicista de la Modernidad, constituido por elementos independientes jerárquicamente organizados, el ecologismo propone una visión del universo formada por partículas interdependientes entre sí y sustancialmente iguales: frente a la jerarquía, el igualitarismo; y frente a la independencia, la interdependencia.

Esa visión, que se apoya en la física probabilística de Bohr, comporta una nueva construcción metafísica del yo. Se trata de ir más allá del individuo como identidad corporal aislada y alcanzar la mayor identificación posible con el mundo no humano. De esta manera, la ética deja de verse como un código de conducta y se convierte en la consecuencia natural de esa ecología transpersonal: «si uno tiene un sentido del yo amplio, expansivo o como un campo, entonces protegerá de forma natural el despliegue natural del yo expansivo (la ecosfera, el cosmos) en todos sus aspectos» (Fox, *cit.* en p. 81). Las relaciones del hombre con la naturaleza no consisten en un conjunto de deberes derivados del valor intrínseco del objeto natural; más bien, son la consecuencia espontánea de nuestra identificación con el mundo no humano.

«La piedra angular de la política verde radical es la creencia de que nuestra tierra finita pone límites al crecimiento industrial» (p. 97). Si el hombre forma parte de la naturaleza y el mundo en que habita es limitado, los principios que deberán orientar su comportamiento serán vivir lo más próximo a la naturaleza y reducir el consumo para no agotar los recursos.

Esa reducción del consumo pasa por cuestionar el puesto de la tecnología en la sociedad, ya que ha sido precisamente ella la causante de buena parte de los problemas que ahora tratamos de combatir. A su vez, es imprescindible distinguir entre necesidades del ser humano y simples deseos porque, como decía Gandhi, el mundo tiene recursos para atender las necesidades de todos, pero no los caprichos. Por último, el ecologismo radical estima que el modo más eficaz de reducir el consumo consistiría en reducir el número de consumidores. En este marco, Dobson recuerda –y critica como no aceptada de forma general por los ecologistas– la teoría del bote salvavidas de Hardin, «según la cual, si en un bote salvavidas sólo hay sitio suficiente para que puedan sobrevivir diez personas, la undécima (generalmente entendida como las poblaciones del Tercer Mundo) tendría que ser tirada por la borda» (p. 122).

Junto a la necesidad de una vida frugal, se aboga por el arraigo a la propia tierra, lo que conduce al biorregionalismo: que cada uno viva en la biorregión en que ha nacido y con los recursos que en ella se encuentre. La crítica de la desigual dotación de las regiones por lo que respecta a los recursos naturales,

la despachan los biorregionalistas diciendo que todas las biorregiones (de los Estados Unidos) pueden proporcionar a sus residentes alimento, energía, cobijo y vestidos. Dobson subraya las situaciones de injusticia que generaría una actitud semejante.

Una concepción del mundo y unos principios de actuación requieren de una estrategia que pueda convertir esas ideas en realidad. La cuestión, por lo que se refiere al ecologismo, resulta complicada porque se puede convencer a la gente de que modifique determinados comportamientos para no sufrir un daño futuro mayor pero es muy difícil convencerla de que debe consumir menos –como pretenden los ecologistas– en base al igual derecho del resto de la naturaleza a vivir. A esta dificultad hay que añadir la tendencia de los ecologistas a rechazar el uso de los cauces oficiales de participación al considerar que conducen a una integración de la ideología ecologista en la sociedad cuando, en realidad, la aspiración es precisamente cambiar esa sociedad.

A pesar de sus reticencias, los ecologistas han utilizado las vías institucionales junto a las informales. Respecto a aquéllas, Dobson nos refiere los conflictos que se suscitaron, sobre todo dentro del partido verde alemán, entre la fidelidad a los postulados ecologistas y la conveniencia de adaptarse a las reglas del juego político establecido. En todo caso, los ecologistas se sienten más cómodos en el terreno de lo informal. Por eso, ante la cuestión, ¿qué podemos hacer realmente para cambiar la sociedad?, inmediatamente hacen suyas las palabras de Schumacher: «cada uno de nosotros podemos trabajar para poner en orden el interior de nuestra propia casa» (*cit.* en p. 166).

Aunque estos tres movimientos se suelen englobar bajo la carpa de lo alternativo, lo cierto es que las relaciones entre ellos no han sido fáciles. En cualquier caso, tanto por la confrontación como por la influencia recíproca que se ha dado entre ellas, la evolución del ecologismo no se comprende si no se estudian estas relaciones. A ellas se dedica el último capítulo del libro.

Dobson parte de la idea de que el debate entre ecología política y socialismo es un debate *entre* diferentes modos de pensamiento y acción, mientras que el debate ecofeminista es un debate *dentro* de un modo de pensamiento y acción (p. 223). En concreto, la cuestión que centra el debate entre socialistas y verdes radicales es la de saber si la fuente de los problemas está en las relaciones de producción (postura socialista) o en el modo mismo de producción (postura ecologista). Para los ecologistas, los intereses del capital y de los trabajadores resultan convergentes desde la aparición de la crisis ecológica, que es la principal amenaza para la supervivencia planetaria. El problema ya no sería tanto el capitalismo como el modelo de producción industrialista. Los socialistas, por el contrario, siguen sosteniendo que la fuente de los problemas sociales –y también de los ecológicos– está en las relaciones conflictivas entre capital y trabajadores, y que la solución está en el cambio de las mismas.

Los socialistas critican el concepto de medio ambiente de los ecologistas por considerarlo demasiado estrecho, al reducirlo a los espacios naturales intactos, cuya preservación constituye el objetivo prioritario de su actuación. Los socialistas amplían el concepto de medio ambiente para incluir todos los ámbitos donde se despliegan las relaciones de los seres humanos entre sí y con la naturaleza. Ello exigirá que la preocupación por los parques naturales vaya acompañada, e incluso precedida de, por ejemplo, la preocupación por la salubridad en los lugares de trabajo o la contaminación de las ciudades.

Los ecologistas, por su parte, critican a los socialistas por su desconsideración de los límites del crecimiento. Éstos se defienden diciendo que su preocupación es «no abandonar el humanismo por condescender en exceso con los supuestos verdes acerca de los límites naturales de la transformación de la naturaleza» (Pepper, *cit.* en p. 218). Aunque no rechazan por completo la cues-



ción acerca de los límites, piensan que la excesiva preocupación de los ecologistas por éstos, se ha convertido en una excusa para descuidar el objetivo de abolir la pobreza y crear unas condiciones de vida más equitativas.

Aunque Dobson no lo mencione (porque la primera edición de la versión original del libro es de 1990, y apenas lo ha incluido en la segunda, que es de 1995), el *Environmental Justice Movement*, surgido en los Estados Unidos a lo largo de los noventa, ha sintetizado los principios del ecologismo y del socialismo tradicionales en una fórmula que aspira a la mayor igualdad social mediante un reparto más equitativo de los costes ambientales del crecimiento. Este intento de convergencia reconoce simultáneamente la necesidad de ampliar el concepto de medio ambiente que debe ser protegido y de contar con el carácter limitado de los recursos naturales.

Aunque el ecofeminismo es un movimiento que ha desarrollado muchas ramificaciones en los últimos años, Dobson centra el análisis en dos aspectos: su confrontación con el movimiento de la ecología profunda (*deep ecology*) y la polémica dentro del ecofeminismo, entre el ecofeminismo de la diferencia y el ecofeminismo deconstructivo.

El ecofeminismo ha sido muy crítico con la *deep ecology* por estimar que la denuncia de antropocentrismo vertida sobre todos los seres humanos, como causa de la crisis ecológica, era injusta al incluir en ella a las mujeres. Éstas habrían sido, más bien, víctimas que responsables del deterioro de la naturaleza porque, de hecho, se ha tendido históricamente a identificarlas con ella. Por eso, más que de antropocentrismo, ellas creen que se debe hablar de androcentrismo.

Pero, dentro del ecofeminismo, no existe acuerdo acerca de la consideración de los valores femeninos y de la estrategia adecuada para conseguir la igualdad entre los seres humanos y la armonía con la naturaleza. Las ecofeministas de la diferencia sostienen que existen unos valores que son propios de las mujeres, que la dominación de la naturaleza está relacionada con la de las mujeres, y que «las mujeres están más cerca de la naturaleza que los hombres y, por tanto, están potencialmente en la vanguardia por lo que respecta al descubrimiento de modos sustentables de relacionarse con el medio ambiente» (p. 224). Se trata de conseguir que esos valores femeninos informen las relaciones sociales y con la naturaleza. Las ecofeministas deconstructivas, por el contrario, se niegan a hablar de valores femeninos porque estiman muy difícil discernir cuáles lo son y cuáles no; y porque, en lo que se define como valores femeninos, no sólo existen aspectos positivos sino también otros negativos que la completa asunción de la categoría de valores femeninos nos impediría separar. Frente a ese ecofeminismo de la diferencia, que las deconstructivistas ven anclado en el pensamiento dualista de la modernidad, hacen una propuesta superadora: «las mujeres han encarnado una elección inaceptable dentro del patriarcado con respecto a su antigua identidad como naturaleza. O la aceptan (naturalismo) o la rechazan (y ratifican el modelo de autoridad dominante). La atención a la problemática dualista muestra un modo de resolver este dilema. Las mujeres deben ser tratadas como tan plenamente humanas y tan plenamente parte de la cultura humana como los hombres. Pero tanto hombres como mujeres deben cuestionar la concepción dual de la identidad humana y crear una cultura alternativa que reconozca plenamente la identidad humana como continua con la naturaleza, y no ajena a ella» (Plumwood, *cit.* p. 228).

Otra crítica que el ecofeminismo deconstructivo hace al ecofeminismo de la diferencia es que su estrategia puede conducir a una perpetuación del estado de sometimiento de la mujer al varón. Si la estrategia consiste en que la gente adopte los modos «femeninos» de relacionarse con el mundo para llegar a la armonía con él, lo más probable es que lo hagan de nuevo las mujeres y no los

hombres, con lo que se mantendrá la explotación de las mujeres y de la naturaleza.

Creo que el mérito y la carencia del libro *Pensamiento Político Verde* está en ser una excelente introducción a la ideología ecologista en el ámbito anglosajón. Lo que Dobson define como ideología ecologista no es, en realidad, más que la expresión anglosajona de la misma: y eso hace que un ecologista continental, y no digamos un ecologista del Tercer Mundo, no se sientan identificados con la descripción propuesta por Dobson. Ello no obsta para que el libro resulte una excelente guía en el proceloso mar del ecologismo anglosajón; mar de aguas poco transparentes –porque las discusiones y polémicas se han llevado hasta extremos que las vuelven estériles– y, al mismo tiempo, superficiales –porque ese discurso ecologista no parece capaz de afrontar la cuestión antropológica y cosmológica clave para repensar las relaciones del hombre con la naturaleza–.

Vicente BELLVER CAPELLA  
Universitat de València

**Tommaso Edoardo FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè Editore, Milán, 1997, 341 pp.**

El ciclo cultural de la modernidad, en el que se inscribe el movimiento ilustrado, tuvo como valores-guía en el plano filosófico los ideales kantianos de la racionalidad, la dignidad, la emancipación y el cosmopolitismo; mientras que en el político-jurídico se expresaba en los consabidos ideales de la «tricolor»: libertad, igualdad y fraternidad. Hoy el signo de los tiempos parece orientarse hacia otro tipo de sensibilidad. En la últimas décadas se están abriendo grietas en los valores que eran tenidos como más sólidos cimientos de la cultura humanista occidental. Al racionalismo se le oponen ahora una serie de pulsiones irracionales; el universalismo cosmopolita es combatido por particularismos nacionalistas de distinto signo; frente a la igualdad se reivindican y enaltecen los más insólitos rasgos diferenciales...

Es sabido que el arsenal de valores, principios, categorías y conceptos de las sociedades democráticas (Estado de Derecho, constitucionalismo, soberanía popular, derechos fundamentales...), se forjaron en el ámbito cultural de la modernidad. Como quiera que estamos asistiendo al ataque «posmoderno» al proyecto moderno de la ilustración, se hace inevitable indagar hasta qué punto el constitucionalismo y la soberanía popular, en cuanto ideales de la modernidad, mantienen su vigencia o han devenido obsoletos, o, en todo caso, si deben ser objeto de una revisión que elucide su sentido actual. A esa inquietud no es ajeno el núcleo temático y la propia intencionalidad de este libro. Sus páginas son otras tantas contribuciones al diagnóstico y, en cierto modo, a la terapia doctrinal de los grandes problemas sobre los que ahora se centra el debate del constitucionalismo y la soberanía popular. El logro de ese propósito informa y articula los distintos Capítulos que integran el volumen. No ensayaré la inútil tarea de resumirlos. Cada uno de ellos expresa un amplio entramado de ideas, problemas y sugerencias; por lo que tratar de compendiarlos obliga a admitir que algo precioso se ha perdido. Me limitaré, por eso, a consignar el argumento sobre el que versan.

La tarea intelectual asumida por Frosini exige, como presupuesto preliminar y básico, establecer los antecedentes inmediatos que explican la situación actual. Para ello, Frosini parte del planteamiento del debate sobre la soberanía y la teoría constitucional en la etapa que denomina del «laboratorio de Weimar». Se detiene aquí en una exposición clara y rigurosa de las tesis de los grandes protagonistas de aquel debate: Kelsen, Schmitt, Heller y Smend (cap. I). A continuación estudia el proceso negador de la soberanía popular y su suplantación por la soberanía del Estado durante el régimen fascista (cap. II). A la subsiguiente reivindicación y restauración de la idea de la soberanía popular en la Constitución republicana de la Italia de la posguerra se hallan dedicadas páginas de incuestionable mérito clarificador y sintético (cap. III). El núcleo de la investigación del autor se centra en un interesante análisis sobre el papel de la soberanía popular en la vigente Constitución Italiana de 1947. Adquieren aquí especial relevancia las consideraciones del autor en relación con el control popular de la actividad de los gobernantes; su actuación a través de los partidos políticos; y sus manifestaciones por medio de la práctica del principio mayoritario (cap. IV). La obra se cierra con un estimulante estudio sobre los problemas actuales y las perspectivas de futuro de la soberanía popular en los sistemas constitucionales. El análisis del papel presente del referéndum y otros fenómenos de democracia directa en el ámbito de las actuales formas de gobierno, permiten a Frosini plantear algunos de los problemas más acuciantes del debate político del presente. Singular interés tienen, por ejem-

plo, sus breves, pero enjundiosas, reflexiones sobre la denominada «democracia electrónica» como una nueva forma de participación popular que se proyecta hacia el horizonte del siglo XXI (cap. V).

Esta obra constituye un excelente balance de la situación actual, es decir, el *status quaestionis* teórico y práctico del constitucionalismo y la soberanía popular. El autor trata de dibujar una especie de mapa orientador de las cuestiones y tendencias del presente. Pero, trata también, de arriesgar itinerarios de vanguardia, de otear los rumbos futuros de unas realidades que hoy sólo pueden presagiarse. Indica un conocido *motto* orteguiano que una teoría es digna del nombre de científica en la medida en que es capaz de avanzar profecías. Al asumir tácitamente esa *working hypothese* el autor de ese libro no ha querido reducir su tarea a la explicación de las contingencias presentes del constitucionalismo y la soberanía popular; se ha esforzado también en aventurar conjeturas sobre su realidad próxima, cuyos rasgos pueden ya vislumbrarse. En este punto resulta elocuente la conclusión del autor cuando advierte la importancia decisiva de los nuevos procesos de información y comunicación en el mundo globalizado del presente. Todo ello ha determinado la progresiva limitación o erosión de la soberanía absoluta del Estado y exige una redefinición de la propia soberanía, para lo cual adquiere una renovada importancia la expansión de la soberanía popular, como nuevo fenómeno que caracteriza el proceso evolutivo de las Constituciones de democracia liberal (p. 304).

Al iniciar este comentario indicaba que este libro plantea, de forma implícita, el interrogante de si la coyuntura actual del constitucionalismo y la soberanía popular implica una continuidad o cambio de paradigma. Tras su lectura estimo que puede afirmarse que los nuevos perfiles que determinan la aparición de un paradigma metódico y problemático novedoso avalado por las nuevas formas de ver esas categorías, no ha supuesto la renuncia a lo que fue el programa emancipatorio ilustrado del constitucionalismo y la soberanía popular en la modernidad y que continúa vigente. La obra del joven constitucionalista de la Universidad «La Sapienza» de Roma constituye, en definitiva, una valiosa aportación expositiva, avalada por una amplísima y actualizada bibliografía, y crítica sobre los problemas básicos de la soberanía popular y el constitucionalismo en el milenio que ahora declina.

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO  
Universidad de Sevilla

**Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1997, 259 pp.**

El manual objeto de esta reseña es una aportación más de Antonio Enrique Pérez Luño, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, al campo de la reflexión en torno a la Ciencia jurídica.

Como el profesor pone de manifiesto en el prólogo de la obra, nos encontramos ante el producto de los muchos años dedicados por él a la investigación y a la docencia en las aulas de la Universidad. En la medida en que es el resultado de una particular experiencia docente, el libro se ajusta en cuanto a sus pretensiones a lo que el propio autor califica como «manual balance». No obstante ello, su espíritu está penetrado del compromiso reivindicativo de un derecho más justo, que no se pierde en aras de los propósitos pedagógicos lo que presiden.

En el relato «El Aleph», Borges cuenta la historia de un lugar en cierto sótano desde el que era posible contemplar el universo entero, de un solo vistazo. De igual manera, la obra que se reseña «tiene una de sus ideas-guía en propiciar una sinopsis, integradora y omnicomprensiva de las grandes cuestiones de la Teoría del derecho» (pp. 14-15).

El autor tiene la habilidad de mostrar al alumno desde sus primeras páginas cómo lo jurídico es algo presente en todas las esferas de la vida humana. Una vez puesto de manifiesto que la expresión «*ubi societas, ibi ius*» es más que una célebre cita, el estudiante se enfrentará a la reflexión sobre el derecho con un renovado interés.

El Catedrático de la Universidad Hispalense comienza su estudio con la delimitación conceptual del derecho, cuestión fundamental que dota de unidad a todo el libro, pues creemos que el mismo puede ser entendido como un desenvolvimiento de la idea del derecho que aquí se expone.

A este respecto, el título de la obra es ya suficientemente descriptivo: el profesor Pérez Luño opta por ofrecer su particular visión del derecho en cuanto experiencia jurídica. Siguiendo la indicación de Giambattista Vico, la teoría de la experiencia jurídica pone el acento en la inseparabilidad de las dimensiones teórica y práctica del conocimiento. El derecho puede conocerse porque se vive.

Desde esta perspectiva, el derecho es concebido como una experiencia de vida colectiva, «como el conjunto de acciones sociales creadoras “de” o reguladas “por” normas, que deben establecer un orden justo en un determinado contexto histórico» (p. 38).

Con esta noción de derecho, el Catedrático de la Universidad sevillana viene a enriquecer la teoría sostenida, entre otros, por el profesor brasileño Miguel Reale en su obra fundamental *Teoría tridimensional del Derecho*. La aportación esencial del planteamiento «tetradimensionalista» que propone el profesor Pérez Luño, consiste en que las tres dimensiones básicas del derecho (hecho, norma, valor) adquieren un nuevo significado al estimarse en un sentido diacrónico.

La teoría de la experiencia jurídica reivindica además el necesario condicionamiento entre estas cuatro (o, mejor, tres más una) dimensiones del derecho. El interés del autor en mostrar una visión integradora de todo el fenómeno jurídico es una de las ideas clave del manual.

La parte segunda, a cargo del profesor Ruiz de la Cuesta, estudia los conceptos y dicotomías jurídicas fundamentales. Los alumnos que inician sus

estudios en las Facultades de Derecho no han recibido (a diferencia de lo que ocurre con otras licenciaturas) conocimientos que les sirvan de base suficiente a la hora de adentrarse en el mundo del derecho. No es preciso insistir, por tanto, en lo oportuno que resulta ofrecer al estudiante de primer curso un análisis claro y detallado de cuestiones fundamentales, tales como la distinción entre derecho subjetivo y objetivo o derecho público y derecho privado. Merece ser destacado el capítulo V en el que Antonio Ruiz de la Cuesta lleva a cabo un repaso histórico en torno a los conceptos de derecho natural y derecho positivo, apostando por un iusnaturalismo de signo progresista.

En la parte tercera, el profesor Pérez Luño aborda las relaciones entre derecho, moral y política como formas de organización social. En cuanto instancias normativas que rigen la conducta del hombre en su dimensión tanto individual como colectiva, estos tres órdenes normativos han de verse por fuerza interrelacionados. El *ethos* social se manifiesta como el punto de referencia común: «la experiencia jurídica parece empeñada en recordar y religar la unidad originaria de la conducta práctica» (p. 107). El Estado de derecho es entendido en este contexto como categoría en la que culmina el sistema de conexiones entre derecho, moral y política.

La dimensión normativa de la experiencia jurídica es tomada en consideración en la parte cuarta del libro. En ella el profesor Alarcón Cabrera estudia, entre otros, el problema de las fuentes del derecho. En este ámbito, la crítica de Dworkin al criterio de la regla de reconocimiento hartiana en cuanto modo de identificar las fuentes del derecho, brinda ocasión al autor para subrayar la importancia de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico español. Para ello recurre al magisterio del profesor Pérez Luño, quien en su obra *El desbordamiento de las fuentes del derecho* hizo en su día hincapié en la trascendencia de la función desempeñada por los principios dentro del sistema jurídico.

Como ya puso de manifiesto Miguel Reale, la experiencia jurídica no puede tener otro valor fundante que el valor de lo justo, concebido como bien común. De ahí que la última parte del manual («Derecho y valor: el derecho justo») se dedique a la cuestión de la legitimidad del derecho. No podía ser de otra manera puesto que el profesor Pérez Luño afirma no rendirse en la lucha por el derecho justo, resaltando que no puede ser invalidado «el esfuerzo por vincular el derecho a aquellos valores que deben informar los sistemas normativos sociales para hacerlos dignos de los seres humanos» (p. 16).

Asimismo, debemos resaltar el análisis certero y valiente que en este contexto elabora el Catedrático de la Universidad Hispalense de la llamada «discriminación inversa» (pp. 230-232), tan de moda en los últimos años en países de larga tradición democrática como los Estados Unidos de América. Igualmente destacable a mi juicio resulta la concepción intersubjetiva de la dignidad humana en cuanto pilar del Estado social de derecho.

A través de las páginas de esta *Teoría del Derecho*, cada cuestión es abordada con una gran claridad expositiva, para ello los autores recurren con frecuencia a ejemplos que posibilitan la mejor comprensión de las ideas expuestas, y citan opiniones doctrinales que han sido relevantes a lo largo de la historia.

Una esmerada bibliografía (a cargo del profesor González Tablas) permite al interesado profundizar cómodamente en aquellos problemas que le resulten más sugestivos.

Podemos concluir que el manual cumple el propósito de sus autores de informar cumplidamente al alumno de los principales asuntos que se plantean en el campo de la reflexión iusfilosófica, pero lejos de limitarse a ser una mera

vía de transmisión de conocimientos, consigue despertar el interés por la asignatura entre aquellos que inician sus estudios jurídicos.

En suma, las características señaladas de este libro hacen de él un texto indispensable para todos los que desean tener una visión actual de las principales cuestiones en torno a la Teoría del derecho.

Marta ALBERT MÁRQUEZ.  
Universidad de Córdoba

**L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.**

En nuestros días, un gran número de autores consideran que el triunfo del constitucionalismo frente a las tesis positivistas es ya indiscutible. Según este sector doctrinal, tal éxito se debe principalmente a la capacidad del primero para desvelar que tras los problemas jurídicos se ocultan problemas de moralidad y de poder, que los conflictos jurídicos se resuelven con respuestas en las que no se oculta un posicionamiento moral, y que en el razonamiento jurídico se conjugan argumentos procedentes del Derecho con otros derivados de la filosofía de la justicia. El profesor Prieto Sanchís ha querido desmitificar la victoria y, sin desprestigiarlo, ha puesto de manifiesto que este pensamiento supuestamente antipositivista no ha sabido evadirse de una cierta versión de positivismo. Efectivamente, la corriente constitucionalista no ha logrado desmentir la tesis positivista de la neutralidad por más que la relación entre Derecho y moral pueda darse circunstancialmente en el marco del Estado constitucional. Es decir, su crítica está orientada a aspectos ya revisados por el propio positivismo y se basa en argumentos que no logran desvirtuar totalmente la corrección de sus principales planteamientos.

Los rasgos más sobresalientes del constitucionalismo podrían resumirse como sigue:

1) «Rematerialización» de los documentos constitucionales: la Constitución está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales que condicionan la validez de las normas inferiores. El legislador ya no es, por tanto, la viva voz del soberano sino que ha de acomodar su política a las exigencias constitucionales. De este modo, la ley es atacada por un doble frente. Por un lado, ha de ceder al paso de la Constitución y por otro, merced a la mayor complejidad y extensión del Estado contemporáneo, escapa al ámbito parlamentario para ser asumida por el ejecutivo.

2) Ponderación en vez de subsunción como consecuencia de la mayor relevancia que adquieren los principios (frente a las reglas) en la interpretación y aplicación del Derecho. La superación del formalismo legalista no desemboca en un decisionismo arbitrario del Juez pues sus fallos han de adaptarse a las pautas éticas y políticas que informan el Estado de Derecho y que se encarnan en sus valores y principios. Estos últimos estimulan el desarrollo de nuevas formas de razonamiento jurídico (una racionalidad práctica que no difiere de la argumentación moral) y su fuerza ha de ser ponderada en cada caso por el propio órgano jurisdiccional.

3) Supremacía judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático en el marco constitucional. Este último ha dejado de ser el dueño absoluto del Derecho, el juez ha salido de la alternativa «boca muda» o «juez legislador», y finalmente la moral ha penetrado en el ámbito jurídico no sólo a través de las decisiones legales sino también de la simbiosis Constitución-jurisdicción.

El resultado de tales transformaciones no se ha hecho esperar: la corriente constitucionalista, al incorporar contenidos sustantivos o morales tanto a los documentos normativos como al proceso de razonamiento jurídico, ha propiciado tesis más vigorosas a propósito de la obligación de obediencia al ordenamiento y de la conexión Derecho-moral.

A lo largo de su monografía, Prieto Sanchís examina con todo detalle el contraste que parece existir entre el constitucionalismo y las diferentes formas



de positivismo (siguiendo a Bobbio: ideológico, teórico y metodológico) para dilucidar en qué medida el segundo modelo se ha visto alterado por el primero. Tras el consistente análisis que el autor presenta no parece que existan tantas, ni tan buenas razones para creer ciegamente en la retirada del positivismo y mucho menos para celebrar su desaparición. Quizás no debamos anunciar con tanta antelación supuestas modificaciones que, con el tiempo, pueden descubrirse falaces y traducirse únicamente en «más de lo mismo»:

1) Frente al positivismo ideológico radical, cuya más conocida tesis asegura que la ley, por ser fruto de la voluntad dominante, es justa y ha de ser obedecida en virtud de un deber moral, el constitucionalismo se presenta menos complaciente con el poder. Somete su actuación a múltiples condiciones formales y sustanciales de manera que ninguna norma es válida ni justa por proceder de una autoridad legítima si no resulta congruente con el conjunto de principios y reglas constitucionales. Sin embargo, desde sus filas no se aprecia inconveniente alguno para abrazar una forma moderada de positivismo ideológico, aquella que presupone que el Derecho realiza en alguna medida ciertos valores morales. No es de extrañar que el profesor Prieto Sanchís encuentre que este positivismo ético tan comedido tiene muy poco de positivista, siempre que se considere que el aspecto metodológico es el central en el positivismo. Si de lo que se trata es de señalar la presencia de valores morales de carácter sustantivo o procedimental entre los criterios de validez o de identificación de normas, no hace falta tanto contorsionismo; pero sí lo que quiere decirse es que, en la medida en que tales valores morales sean buenos o correctos, generan una obligación de obediencia moral y jurídica, el resultado es entonces contundente. Es sólo en esta última versión en la que se dan la mano el constitucionalismo y una suerte de positivismo ético y anti-positivismo metodológico.

2) Frente a las tesis centrales del positivismo teórico en relación a la naturaleza de la norma jurídica, la teoría de las fuentes del Derecho y la teoría de la interpretación, el constitucionalismo pretende servir de instancia crítica. Sin embargo, como pone de manifiesto el profesor Prieto Sanchís, la nueva corriente no resulta tan novedosa como quisiera pues cuestiona aspectos del positivismo que sus más fieles seguidores se han encargado de analizar hace ya algunos años. En otras palabras, reincidiendo en insuficiencias superadas, los constitucionalistas pueden derrochar sus energías esforzándose en golpear lo que no es sino una imagen del pasado. Veamos algunas de sus críticas:

a) La concepción de norma jurídica que se mantiene en el positivismo (supuesto de hecho, cópula de «deber ser» y consecuencia jurídica) resulta difícilmente compatible con la estructura que se predica de las normas, principios y valores constitucionales. Su formulación se halla abierta a distintos y aún contradictorios desarrollos y ejecuciones y carecen con frecuencia de determinación fáctica o jurídica, cuando no de ambas. Esto nos obliga a llevar a cabo un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica y a revisar la tesis según la cual toda contradicción normativa debe 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.

b) El constitucionalismo somete a revisión la supremacía absoluta de la ley como expresión de la soberanía representada en el Parlamento, pues sustituye su imperio por el de la Constitución. Esta última no sólo se opone al legalismo en cuanto que norma superior sino también en cuanto que, por su contenido material, dota a otros centros de producción jurídica de una justificación más o menos independiente: la Administración, los Tribunales constitucionales,

las comunidades autónomas o los estados federales en los países con cierta organización territorial y, por último, los agentes sociales.

Esta pluralidad de fuentes implica un fuerte golpe para el legalismo estatista, un replanteamiento de la unidad del Ordenamiento que ha de construirse a partir de la Constitución, la necesidad de armonizar el orden jerárquico con la concurrencia de distintas fuentes y la sustitución de una decisión legislativa relativamente coherente por los principios tendencialmente contradictorios de la Constitución.

c) El positivismo ha defendido dos concepciones de la interpretación abiertamente contradictorias, la tesis de la subsunción y la de la discrecionalidad, y el constitucionalismo se opone a ambas. En cuanto a la primera, viene a confirmar las teorías de algunos positivistas que ya venían señalando que la aplicación del Derecho no es un proceso mecánico y que las decisiones judiciales tienen un componente valorativo. Es decir, se trata de una tesis ya abandonada por el propio positivismo. En efecto, frente a dos posiciones extremas (la de quienes veían en el Derecho una realidad inconsistente compuesta de inconexas decisiones judiciales y la de los que imaginaban el Ordenamiento como un sistema cerrado y seguro) Hart, por ejemplo, propuso una solución intermedia: las leyes, costumbres y precedentes disciplinan la realidad social y no son meras fuentes de inspiración de los fallos judiciales, pero tampoco éstos representan la ejecución mecánica de las normas, sino que existe un irreductible momento de discrecionalidad. El Juez se convierte en un órgano de creación jurídica. En cuanto a la segunda tesis, es cierto que el constitucionalismo, al revalorizar el papel de los principios en la Constitución (lo que equivale a ampliar las fronteras de la racionalidad jurídica), introduce una limitación a la discrecionalidad, un procedimiento racional y controlable, pero, como señala Prieto Sanchís, no logra eliminarla totalmente. Según el autor, si no se mantiene la idea de la «unidad de solución justa», según la cual el Derecho y las reglas de argumentación proporcionan siempre una respuesta intersubjetivamente válida ante cualquier problema práctico, el positivismo puede asumir la restricción de discrecionalidad que exige la corriente constitucionalista.

3) El positivismo metodológico se revela hoy compatible con el fenómeno de la «rematerialización» de los textos constitucionales pues no niega que toda Constitución necesita de una determinada moral institucional, que las opciones jurídicas reflejan un tipo de moral social que puede, además, ser correcta o racional, o que la moralidad pública se realiza a través del Derecho limitando el poder del Estado social y democrático. Otra cosa es que de aquí se intenten deducir conclusiones generales a propósito del concepto de Derecho, como ha pretendido hacer el constitucionalismo. Desde la perspectiva constitucional se afirma efectivamente, que el conocimiento y aplicación de la Constitución requiere asumir subjetivamente su obligatoriedad; una obligatoriedad que se basa en el origen democrático de sus disposiciones y en el contenido de justicia de sus principios. Para comprender esta nueva línea supuestamente superadora del positivismo y representada entre otros, por Dworkin, Soper, Nino y Alexy, es preciso señalar los tres pilares en los que se asienta: el conocimiento del Derecho requiere asumir el punto de vista interno o propio del participante en el sistema, tal punto de vista presenta un carácter normativo y no sólo descriptivo donde la fuerza de las normas se apoya en un fundamento moral y finalmente, esto supone la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral que se produce a través de las normas constitucionales.

La mencionada conexión no se presenta en los términos tradicionales del iusnaturalismo, en relación con singulares normas de conducta, sino que se pre-

dica o del sistema en su conjunto o de las denominadas normas secundarias. Se produce a través de los funcionarios y de las normas de producción o reconocimiento de normas aunque acaba desembocando en una obligatoriedad que afecta a todos los ciudadanos. Es decir, si los funcionarios creen en las reglas que aplican, los ciudadanos vienen obligados a la obediencia, siquiera como obligación *prima facie*. Lo que ocurre es que, como afirma Prieto, «*la pretensión de corrección del Ordenamiento jurídico de donde se deduce tal obligación, se traduce en muy poco más que una exigencia de eficacia y regularidad en la aplicación del Derecho, con lo que se vuelve a la teoría de Kelsen o, mejor dicho, a la de Hobbes*».

En definitiva, con la nueva estrategia antipositivista:

a) Se subraya el fundamento moral de la aceptación por los gobernantes, jueces y funcionarios de las normas que sirven para identificar aquellas que aplican.

b) Se transmite dicho fundamento al conjunto del Derecho y también a sus destinatarios. Al establecer la conexión Derecho-moral se genera en los mismos un sentimiento de obediencia.

c) Se sostiene que ninguna descripción del Derecho puede obviar esta circunstancia como un elemento constitutivo de la teoría que está llamada a justificar las reglas y principios del sistema.

d) Se postula una teoría del Derecho y del Derecho constitucional comprometida entre cuyas competencias está la de descubrir y completar las claves morales del Derecho.

Según Prieto, con este sistema el jurista participante que quiera emitir un juicio definitivo sobre la moralidad de las normas, puede terminar padeciendo una cierta esquizofrenia: de un lado, ha tenido que adoptar el punto de vista interno para afrontar el problema de la justicia u obligación *prima facie* de obediencia, pero debe pasarse al punto de vista externo para responder a la pregunta de si *en definitiva* la norma es justa o no, ya que esta pregunta no la puede responder desde la regla de reconocimiento. Con el agravante de que ambos juicios pueden resultar diferentes. En la práctica lo que sucede de acuerdo con el constitucionalismo antipositivista, es que el juicio moral sobre el contenido de las normas individuales se desplaza tanto que queda eliminado. Es decir, la conexión con la moral acaba siendo parcial porque se circunscribe a unos criterios de reconocimiento que a su vez se remiten a una decisión de autoridad. Tal autoridad, aún democrática, sería sólo formal o procedimental porque rehusaría el enjuiciamiento del contenido de la norma. No puede objetarse ante esto que las Constituciones democráticas asumen un contenido sustantivo de principios y derechos individuales que condicionan el ejercicio del poder porque, en última instancia, el Juez está obligado a aplicar o la norma del Parlamento o la del Tribunal Constitucional pero en ningún caso puede desaplicar la norma procedente de la autoridad. En definitiva, concluye Prieto, el postulado fundamento moral de la aceptación de las reglas se resuelve en una «moralización» del poder esto es, en un revestimiento de la fuerza con los ropajes de la justicia.

No satisfecho con tal conclusión, el autor añade algunas otras deficiencias e insuficiencias que es posible apreciar en este planteamiento:

a) El constitucionalismo hace referencia a la moral social y no a la moral crítica que es, a la postre, la única relevante cuando nos planteamos el problema de la relación Derecho-moral. Al señalar la conexión necesaria y conceptual entre Derecho y moral social se afirma tajantemente que el mantenimiento del sistema jurídico no requiere únicamente fuerza sino también legitimidad.

Pero esta forma de entender la moralidad no es incompatible con el positivismo. Ningún positivista rechazaría que, si la eficacia es condición de la existencia del sistema, éste no puede fundarse sólo en la fuerza sino también en la adhesión voluntaria de, al menos, quienes aplican las normas. La tesis de neutralidad no se refiere a la moral social sino a la moral crítica que no es más que la del observador externo que está en condiciones de comparar lo que exige el Derecho con una normatividad diferente. De este modo se puede estar fustigando al positivismo cuando en realidad se está hablando de cosas distintas.

En efecto, las tesis positivistas no niegan que en el Derecho existen valores morales (cualesquiera sean) pero añade que la validez jurídica de los mismos no depende de su plausibilidad moral, sino de su efectiva vigencia y de ahí que el sistema pueda existir sin ellos. Por consiguiente, también desde esta óptica la legitimidad representa una condición del Derecho que no puede ser concebido al margen de la moral, pero tanto una como otra remiten a modelos históricos o socialmente vigentes. El problema que se deriva de tal argumentación es que tras ella puede esconderse cualquier moral, incluso una moral aberrante. Ésta es la dificultad que, desde su prisma constitucionalista, pretende salvar Alexy cuando afirma que las normas injustas en una medida insoportable (desde la perspectiva interna del participante) no pueden ser normas jurídicas. La cuestión es que, como pone de manifiesto Prieto Sanchís, para constatar la injusticia absoluta de ciertas normas, es necesario adoptar el punto de vista externo propio de la moral crítica. De este modo *«la tesis de Alexy se halla en un callejón sin salida: el observador externo puede constatar la injusticia de una norma pero para él tiene sentido decir que esa norma es una norma jurídica, en cambio no se comprende bien que el participante, sin dejar de serlo, pueda siquiera constatar la injusticia extrema de una ley pues para él la moral (social) que está detrás del Derecho positivo es la correcta»* (aunque sea injusta ha hecho de ella su moral crítica). En definitiva, si una ley es injusta cuando discrepa de la moral social, para que su injusticia sea absoluta tiene que contrastar con los valores fundamentales del sistema y entonces es sobre todo, inválida; esto es, no sería norma jurídica pero no por su inmoralidad, juzgada desde la moral crítica, sino por su inconstitucionalidad, juzgada desde la moralidad incorporada al Derecho (esto último es lo único que puede hacer el participante).

El peligro que observa Prieto en todas estas teorías es que, a partir de la exigencia de una pretensión de corrección (conexión Derecho-moral social) que ya asume el positivismo, se pueda obtener algo tan fuerte como la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho (a todo Derecho). Por esta razón el autor afirma que la tesis positivista de la neutralidad sigue sobreviviendo en el marco de una cultura jurídica alentada por el constitucionalismo.

b) Otra de las deficiencias que el profesor Prieto señala es que, aunque la actitud interna presente un carácter moral y sea necesaria para la existencia del sistema, de ella no se deduce un obligación de obediencia por parte de los ciudadanos o un conocimiento necesariamente inferior o más deficiente del Derecho. En efecto, los diferentes puntos de vista, interno y externo, sólo se diferencian por suponer distintos grados de adhesión pero no de conocimiento. Este segundo problema se deriva también de la conexión Derecho-moral social que postula el constitucionalismo.

c) Por último, la separación entre Derecho y moral es además éticamente preferible porque fomenta la responsabilidad del individuo y fortalece el principio de autonomía y el sentido crítico de los ciudadanos.

A partir de estas consideraciones, Prieto no ve ningún inconveniente en el desarrollo de un constitucionalismo positivista concededor de que la

Constitución encarna un consenso de moralidad pública y expresa decisiones abiertamente morales, pero sabedor de que ni siquiera en los Ordenamientos del constitucionalismo democrático todas las normas y decisiones han de ser las mejores normas y decisiones morales, ni la concepción de la justicia que aquéllas encarnan representa la última palabra sobre la justicia. Esta postura implica adoptar un punto de vista moderadamente externo o moderadamente interno que es lo que el autor juzga idóneo para la dogmática constitucional. En el esquema que Prieto propone tiene cabida tanto la crítica externa al Derecho desde la perspectiva de la moralidad (si se asume la separación Derecho-moral) como la crítica interna del propio operador jurídico cuyas denuncias estarían orientadas a mostrar las disfunciones entre validez y eficacia, es decir, la existencia de normas válidas pero ineficaces y de normas eficaces pero inválidas.

Este programa de dogmática constitucional conserva el postulado positivista de la neutralidad, la aproximación avalorativa, porque no afirma que el parámetro constitucional requiera adhesión moral. Funciona como criterio de validez sustantiva de la norma inferior, pero criterio jurídico a la luz de la constitución y no necesariamente de la moral. Por otra parte, no incurre en «*la caricatura del antropólogo*» que trata de describir algún Derecho extraño porque el constitucionalista está capacitado para discernir cuáles son los valores morales del sistema y distinguirlos de la moral crítica o racional. Precisamente por esto puede pronunciar un dictamen externo y no sólo interno, sobre la moralidad del Ordenamiento jurídico.

En definitiva, el constitucionalismo parece estar orientado a justificar un determinado tipo de Derecho más que a configurar una teoría del mismo. Su tentativa de obviar la reflexión sobre la justicia del sistema democrático-constitucional eliminando la crítica externa permite entrever sus fuertes connotaciones ideológicas, es decir, parece clara su tendencia a eludir las deficiencias de que adolece la práctica jurídica real en los Estados constitucionales. Por otra parte, si bien es cierto que el positivismo ha perdido vigencia como teoría a consecuencia de las transformaciones que están sufriendo nuestros actuales sistemas jurídicos, aún está por demostrar su ineficacia como método de aproximación al Derecho. La corriente constitucionalista no sólo no ha conseguido malograr las tesis centrales del positivismo contemporáneo sino que ha dejado vislumbrar entre sus argumentos una cierta incapacidad para desembarazarse completamente de las mismas. Efectivamente, en última instancia, parece coincidir con una suerte de positivismo ético moderado a pesar de sus esfuerzos por ocultarse disfrazándose de corriente antipositivista. Esta inclinación a los juegos de prestidigitación puede resultar peligrosa sobre todo cuando, como señala el profesor Prieto Sanchís, el resultado es ofrecer una visión falseada de la legitimidad del sistema, justificar la ciega obediencia al mismo y desencadenar actitudes acríicas entre jueces y ciudadanos de maduras sociedades democráticas.

María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP  
Universidad de Comillas

**Avelino Manuel QUINTAS, *Obbligazione politica e governo legittimo*, Giuffrè, Milán, 1997, 300 pp.**

La filosofía jurídica y política registra, junto a cambios de interés coyunturales hacia determinadas materias que revisten actualidad efímera, la preocupación persistente por cuestiones que conforman un núcleo temático y problemático constante. Entre estas últimas, sin resquicio a duda, ocupa un lugar preferente la que se refiere al deber de obediencia al derecho y la consiguiente obligación política respecto al gobierno. La obra aquí reseñada resume admirablemente y con insólita claridad el estado actual del debate teórico sobre esas cuestiones.

El profesor Avelino Manuel Quintas, de la *Libera Università Internazionale degli studi Sociali* de Roma, advierte al prologar su libro que ha sido algo totalmente involuntario el que su temática coincida con un momento en el que Italia vive una persistente crisis política. La lectura de la obra corrobora esta confesión preliminar de su autor, que prueba en el cúmulo de fuentes clásicas y modernas conformadoras de la arquitectura de su investigación que, en modo alguno, ésta puede considerarse una improvisación oportunista. Es cierto que en el libro se estudian lo que el autor califica de «*temi caldi*» de la filosofía política; pero esas materias son abordadas desde una infatigable exploración intelectual que avala cada uno de sus planteamientos y conclusiones. No obstante, si el intelectual, en particular el filósofo político, no debe dejarse arrastrar por las oscilantes y efímeras modas que también surcan el ámbito teórico, ello no significa que deba, ni que pueda, hacer total abstracción de su circunstancia. Una circunstancia que en la obra de Quintas se concreta en los importantes problemas relativos al ejercicio del poder en nuestro siglo, con las igualmente peligrosas polaridades de un exceso de poder, tal como operó en las terribles experiencias totalitarias, o de un defecto como ha sucedido en los fenómenos anárquicos. En ese mismo contexto se han producido las disfunciones de la representación política y la participación de los ciudadanos en las sociedades democráticas.

La obra se articula en cuatro partes que corresponden a otros tantos núcleos temáticos: 1) Se refiere la primera a la estructura y función de la autoridad política. 2) La segunda estudia el concepto de obligación política y los deberes cívicos en relación con el estatuto de los derechos fundamentales que conforman el aparato legitimador de los sistemas políticos. Se plantean también aquí los factores que determinan la patología del ejercicio del poder y justifican la resistencia de los ciudadanos. 3) En la tercera parte se analizan las relaciones entre el poder político y la garantía de la libertad de conciencia. 4) La cuarta parte, con la que se cierra la obra, se consagra al estudio del Estado como forma peculiar de organización política y con especial referencia al significado y función de los entes intermedios integrados en la estructura estatal.

Dos son, a mi entender, las ideas-guía que han informado la elaboración de este libro: la defensa de una justificación teleológico-axiológica de la obligación política; y la consideración del bien común como categoría clave legitimadora de la sociedad política.

El profesor Quintas considera que la obligación política reposa sobre una necesaria fundamentación moral. Conviene recordar que en el inicio de su *Vorlesung über Ethik*, conjunto de lecciones impartidas en la Universidad de Koenisberg entre los años 1775 y 1780-81 publicadas en edición póstuma en nuestro siglo, Kant indica, de forma rotunda, que la coacción no crea ninguna obligatoriedad. Esta observación adquiere particular relevancia cuando se la proyecta sobre el deber de obediencia al derecho y a la obligación política.

Porque para evitar que tal deber responda al hecho empírico de la coacción se requiere apelar a su fundamentación moral. El planteamiento de la obligación política como obligación moral dimana de la necesidad de eludir el círculo vicioso de autorreferencias o el regreso al infinito. Si las obligaciones jurídicas y políticas se derivasen sólo de las leyes y de la coacción, tendría que haber una ley que dijese que debemos obedecer la ley. ¿Qué obligación habría, entonces, de obedecer esa ley? Si fuera una obligación legal, entonces tendría que haber otra ley..., etcétera. Si hay alguna obligación de obedecer la ley, debe ser en última instancia una obligación moral.

De igual forma, se incurre en un contrasentido al pretender fundar la normatividad del deber en un elemento fáctico como es la coacción. Definir el deber jurídico y la obligación política como deberes coactivos implica «una contradicción *in adjecto*: la coacción coacciona pero no «obliga». La coacción jurídica y política en tanto coacción obliga de la misma manera como la pistola del bandido «obliga» a su víctima. El concepto de deber coactivo es una contradicción. La coacción no puede imponer que ella misma se aplique, requiere siempre una instancia superior con poder para aplicarla a quienes se hallan sujetos a ella con lo que resulta inevitable el *regressus in infinitum*. De ahí, que en la cúspide de toda organización estatal se adviertan los límites de la coacción sea jurídica o política: *Quis custodiet custodes ipsos?*

La otra categoría nuclear en torno a la que se construye la obra es el bien común, noción a la que el propio profesor Quintas había dedicado, hace algunos años, un importante libro (*Analisi del bene comune*, Bulzoni, Roma, 1979). Según el autor, el bien común político es la meta y el criterio de la «unidad de acción» de los ciudadanos que conforma la sociedad política. El bien común y los derechos fundamentales son realidades diversas, aunque simultáneamente correlativas: los derechos fundamentales constituyen los títulos subjetivos de acceso al bien común y a sus valores; mientras que el bien común es la realidad objetiva que sirve de soporte a los detentadores de tales títulos. La conexión entre la idea del bien común y los derechos humanos nos sitúa ante un aspecto nuclear de las multiseculares discusiones sobre el bien común prolongadas hasta el presente. La historia jurídico-política de Occidente tiene una de sus referencias obligadas en la tensión entre dos polaridades antitéticas en la forma de entender las relaciones entre la comunidad y sus miembros: personalismo y transpersonalismo. Se trata de optar entre una concepción del bien común como una realidad sustantiva con existencia propia, independiente y cualitativamente superior a los intereses individuales (transpersonalismo); o reputarlo como la suma de los bienes de las personas concretas que integran la sociedad, al no reconocerse ninguna entidad con valor superior a la persona humana (personalismo).

Estas dos actitudes han contado en su expresión histórica con dos célebres metáforas: 1) La del *organismo*, del hombre en grande, propia del transpersonalismo: del mismo modo que en el cuerpo humano, también en un Estado el todo no existe a causa de los miembros, sino éstos a causa del todo; 2) La del *contrato*, defendida por el personalismo: el Estado tiene su origen y fundamento en el libre acuerdo de sus miembros para defender sus intereses personales.

Las dos concepciones aludidas tienen ventajas e inconvenientes. El personalismo cuenta en su *haber* la contribución a afirmar la dignidad y la libertad humanas como valores inalienables, frente a cualquier tentativa de degradación, opresión o manipulación realizada en nombre de entidades colectivas de cualquier tipo. Tiene razón al postular que el Estado y la sociedad no existen como «entes» independientes de los individuos que los componen. Pero entraña el *riesgo* de considerar la sociedad y el Estado como algo accesorio y coyun-

tural, olvidando o infravalorando la dimensión social de la persona. Fuera de la sociedad y del Estado la persona no se puede realizar plenamente como tal, ni alcanzar sus fines.

El transpersonalismo ha tenido a su favor el *mérito* de subrayar esa dimensión social humana y de haber reforzado los deberes esenciales de solidaridad que orientan y limitan las acciones individuales en pro del bien de la comunidad. Pero implica el *demérito* de concebir a la sociedad, el pueblo, la nación o el Estado como personalidades colectivas naturales dotadas de un espíritu propio, cifrado en esencias, en muchas ocasiones, místicas o irracionales que trascienden y absorben los derechos de sus miembros.

Frente a esta bipolarización de enfoques sobre las relaciones entre la comunidad y sus miembros el profesor Quintas opta por una actitud mediadora. El bien común no puede concebirse como una entidad independiente y absoluta respecto de los bienes de las personas que lo integran; pero tampoco puede quedar relegado a los meros intereses de los individuos. El bien común no puede ser una abstracción ideal en cuyo nombre se tiranice a las personas reales; pero tampoco es un principio contingente que pueda quedar al arbitrio de egoísmos individualistas e insolidarios. Más allá de la unilateralidad del personalismo y del transpersonalismo el bien común, que fundamenta la obligación política y la legitimación del poder, supone, en definitiva, el principio orientador axiológico para la satisfacción de las ineludibles necesidades que la vida en sociedad plantea.

En una comunidad intelectual libre y crítica, sin sumisión a imposiciones y dogmatismos, la respuesta que se ofrezca a problemas tales como la obligación y la legitimidad políticas será necesariamente plural. Son plurales las visiones del mundo, las concepciones de la filosofía política y las opciones metodológicas para abordarla. De esa pluralidad infinita de vías teóricas de acceso a la reflexión política, el autor de esta obra ha querido recorrer la suya movilizándolo hechos y soluciones hacia una determinada concepción. El resultado ha sido una teoría sólidamente fundamentada que, casi siempre, invita al acuerdo y siempre incita a la prosecución de sus estimulantes planteamientos.

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO  
Universidad de Sevilla



**José María ROSALES, *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, 277 pp. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 4).**

*Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía* es un ensayo sobre la condición política de nuestro tiempo. Escrito en clave republicana, el trabajo plantea la oportunidad de una redefinición del modelo democrático-liberal de ciudadanía en términos universalistas. En los términos de un *universalismo cívico* que contrapesa, aunque no anule, la tendencia regresiva de los nuevos nacionalismos. El patriotismo como adhesión al sistema de instituciones y el nacionalismo como adhesión a la tradición cultural de una comunidad política constituyen las dos dimensiones básicas de la identidad cívica, como ya hubiera señalado Connor. La configuran, sin embargo, como una identidad en permanente tensión, pues cada dimensión prioriza una instancia diferente de cohesión política: la tradición constitucional en el caso del patriotismo y la tradición cultural en el caso del nacionalismo.

A clarificar la historia entrecruzada de ambos conceptos se dedica la primera parte del trabajo. En los capítulos I al III el autor reconstruye los argumentos centrales del patriotismo republicano y del nacionalismo en la modernidad. Su atención se centra en las revoluciones liberales del siglo XVIII, el momento de confluencia de las tradiciones republicana, liberal y nacionalista. La experiencia constitucional de la Revolución francesa ilustra de manera portentosa el significado universalista de esta síntesis, que habría de inspirar el diseño del constitucionalismo liberal hasta la primera mitad del siglo XIX. Pero no sólo en Europa. En gran medida, la virtualidad del constitucionalismo liberal, más de carácter reformista que revolucionario, se vería plasmada en su traslación al continente americano. Así, los estados independientes de América Latina reproducían en sus textos constitucionales la más avanzada articulación del liberalismo con los principios republicanos de la política. Y aunque integradora de ese primer nacionalismo, habría de ser, sin embargo, la evolución de la tradición nacionalista la que pondría en evidencia, desde la segunda mitad del siglo XIX, su creciente incompatibilidad con el constitucionalismo liberal.

El modelo de ciudadanía demoliberal, ecléctico en su origen, se consolidaba así como un modelo escindido, aunque no hasta su disolución, entre sus componentes republicano y liberal y su componente nacionalista: de naturaleza expansiva y universalista los primeros y de carácter separatista el segundo. Al reconstruir la génesis del modelo, propone José María Rosales que ha sido el componente nacionalista de diferenciación de las identidades políticas el que ha conseguido bascular el equilibrio inicial a su favor. Si la configuración nacionalista de principios del siglo XX responde a un entramado de estados multinacionales todavía limitado por las condiciones de estatalidad impuestas por la comunidad internacional, durante la segunda mitad del siglo esa primera configuración entra en crisis. El final de la guerra fría reabre la caja de Pandora de los agravios nacionalistas. De nuevo, el mito que hacía corresponder a cada cultura un estado recobra vigencia en el debate público. Una vigencia controvertida y forzada, no obstante, pero cuyas implicaciones sobre la comunidad de los estados y, de forma inminente, sobre la paz en Europa, ya se han dejado sentir.

Aun siendo un argumento sólo delineado en sus rasgos más genéricos, podría decirse que es uno de los hilos conductores del ensayo de Rosales. Quizá por eso mismo, por tratarse de un ensayo, su factura ágil y sobria exige

un tratamiento de síntesis. En la segunda parte del trabajo, entre los capítulos IV y VI, se lleva a cabo una nueva reconstrucción normativa. En esta ocasión, con el propósito de contrapesar la argumentación nacionalista mediante la reconstrucción histórico-normativa de la tradición republicana en la modernidad. Con los primeros antecedentes en los gobiernos comunales italianos de los siglos XI y XII, o en los gobiernos cantonales de la Confederación Helvética desde el siglo XIII, la experiencia republicana de la política es vivida en un ambiente de entusiasmo civil. En efecto, los diferentes casos de autogobierno comunitario son percibidos en su momento y con posterioridad como la confirmación de la posibilidad de poner en práctica el ideal clásico del autogobierno de la ciudadanía.

La diferencia, sin embargo, radicaba en la idea misma de comunidad política, pues ya desde la primera modernidad la condición ciudadana se había desligado de la experiencia griega de la ciudadanía comunitaria local acercándose, en sus presupuestos y en la práctica, a la experiencia romana de una ciudadanía universal y múltiple. Será éste el referente para los teóricos modernos del republicanismo, desde la tradición del republicanismo cívico renacentista, notablemente con Maquiavelo, hasta la obra de Montesquieu y Rousseau.

Ya Montesquieu, por ejemplo, había planteado la adecuación del modelo republicano al entorno de una federación de estados. El problema de la complejidad de las sociedades modernas no resultaba un obstáculo definitivo para el desarrollo del republicanismo político. En este sentido, la experiencia americana de fines del siglo XVIII iba a poner de manifiesto que era posible conjugar en la práctica el gobierno de una sociedad compleja con el desarrollo de fórmulas de participación ciudadana. Apuntados estos antecedentes, procede el autor a analizar el debate del republicanismo en nuestro tiempo. Desde una de sus perspectivas, cuyo alcance resulta, sin embargo, suficientemente ilustrativa de la complejidad del debate.

En realidad, esta fase de la argumentación nos permite conectar la segunda parte del trabajo con la tercera y última, como veremos a continuación. El ensayo se interna en el debate a través de la obra de Dolf Sternberger. Y en concreto, a través de sus trabajos sobre la tradición republicana y el «patriotismo constitucional». Resulta interesante en este punto la confrontación con la obra de Habermas, bastante más conocida en la comunidad académica, pero deudora de los trabajos de Sternberger. El contexto político de la formulación del patriotismo constitucional también es esclarecedor de su posterior repercusión política. Sternberger retoma una de las claves del patriotismo republicano (la lealtad a la constitución) al describir la cultura política que había inaugurado en Alemania la Ley Fundamental de 1949. Una cultura de la reconciliación civil construida sobre los cimientos de la nueva constitución. Corría el año 1979 y el trigésimo aniversario permitía hacer un balance esperanzador, que algunos años después, a raíz de la reunificación de las dos Alemanias en 1990, todavía conservaba esa impronta de esperanza ante en futuro.

La misma que llevaría a Jürgen Habermas a proponer una traslación de esta experiencia al contexto de transformación de las Comunidades Europeas en una Unión, no sólo económica y monetaria, sino, en última instancia, también política. Entramos así en la tercera parte del trabajo, de los capítulos VII al IX. Y pasamos a contrastar, a la luz de un caso de estudio aplicado, la virtualidad política de la argumentación republicana. Si en Alemania la constitución de 1949 había logrado, como escribe el autor, «inspirar una nueva forma, pluralista e integradora, de identidad colectiva y aglutinar a la sociedad, escindida y traumatizada por la barbarie del nazismo, en torno a la tarea de construir una cultura política democrática», la analogía de Habermas podría ponerse a prueba al explorar el papel que el patriotismo constitucional podría jugar

en la formación de una cultura política de la Unión Europea. Y, si esta vía se demostrara transitable, su virtualidad, apunta José María Rosales, podría no quedar reducida a Europa. Este último es el sentido del subtítulo del libro: «En defensa de un cosmopolitismo cívico».

Un cosmopolitismo cívico que todavía no se identifica con una ciudadanía mundial. El trabajo de Rosales, razonablemente esperanzado, no peca de ingenuidad, que en su opinión, sería otra forma de irresponsabilidad política. Pero elabora los cimientos de una alternativa. Todavía no de una manera comprensiva, pero sí bien argumentada. Sus argumentos se enraizan en un detallado recorrido por el proceso de construcción política europea desde sus orígenes hasta el debate posterior a los acuerdos de Maastricht de 1991. Por razones cronológicas, no incluye el Tratado de Amsterdam de junio de 1997, pero por lo que se refiere al nuevo modelo de ciudadanía, su razonamiento no ha perdido validez.

En su opinión, la transformación informacional de la vida política crea ya las condiciones técnicas básicas para la construcción de una esfera política europea. No aún, desde luego, para la formación de una cultura política europea. El primer paso ha sido romper la limitación de las fronteras físicas y acercar a los diferentes públicos europeos en un mismo espacio comunicativo, no exento de interferencias ni de obstáculos para el acceso igualitario de los individuos a la arena política, como el autor reconoce. Pero, en segundo lugar, las tecnologías de la información ponen ya en cuestión la credibilidad de un espacio político *genuinamente* europeo. La clave parece estar más bien en la oportunidad de olvidar ya esta ilusión eurocéntrica y aventurarse en una experiencia de civilidad propiamente cosmopolita. Que no invalidaría el proyecto de una esfera pública europea, cada vez menos referida a la Unión Europea, sino que, al contrario, generaría una experiencia, comunicable y explorable en otros contextos, de cosmopolitismo ciudadano. Probablemente, la mejor confirmación de la validez del republicanismo en nuestro tiempo.

José CALVO GONZÁLEZ  
Universidad de Málaga

**Karl Peter SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, 592 pp.**

Este libro del profesor Karl Peter Sommermann es, pienso, la más lúcida y completa obra sobre los fines estatales y su determinación publicada hasta el presente. Es un libro estimulante y claro. Como el autor anuncia su designio estriba en ofrecer una panorámica de la formación y evolución de los fines estatales, así como de su significado presente en el seno de los Estados constitucionales democráticos.

De conformidad con este propósito la obra se articula en torno a dos grandes partes. En la primera se traza una cuidada y documentadísima exposición histórica del desarrollo evolutivo de los fines de la comunidad política, que abarca desde su génesis en los «espejos de príncipes» medievales a su conformación en la etapa preconstitucional (cap. I). Se prosigue este estudio diacrónico con la exposición de los fines estatales durante el periodo del constitucionalismo del siglo XIX a través de la decantación del iusracionalismo liberal al positivismo jurídico-político (cap. II). Se analiza, asimismo, la fijación de los fines estatales en los sistemas políticos del siglo XX: la abierta tensión entre la idea de los fines estatales en los Estados totalitarios de distinto signo (marxista, fascista, nacionalsocialista y franquista) y su papel en los Estados sociales de Derecho, así como la actual configuración de dichos fines en los Estados constitucionales de nuestros días. Son también objeto de una atenta y pormenorizada indagación plena de rigor, los procesos de internacionalización de dichos fines y su integración en el marco jurídico e institucional de la Unión Europea (cap. III). Cierra esta primera parte del libro el estudio de los presupuestos científico-jurídicos de la teoría de los fines políticos en el seno de los modernos Estados constitucionales. La concepción analítica y normativa, las tendencias iusnaturalistas y positivistas, las concepciones formalistas y finalistas son aquí enjuiciadas con certera y precisa concisión, que permite abordar luego al autor los criterios teóricos para una fundamentación racional de los fines del Estado y su concreción a través del discurso práctico (cap. IV).

La segunda parte del libro se dirige al estudio de la determinación de los fines estatales como tipo normativo de los Estados constitucionales modernos. Este núcleo temático fundamental se desglosa en tres grandes apartados, correspondientes a otros tantos capítulos. En el primero se plantean las relaciones entre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales y el carácter objetivo de los fines del Estado, para lo que previamente se toman en consideración las diferentes concepciones de signo objetivista y subjetivista de las libertades. Se estudia también la estructura normativa que pueden revestir los fines estatales que pueden venir considerados como programas finalistas, como principios o como normas específicas (cap. V). A continuación se consideran los vínculos normativos que dimanar de los fines estatales, su relevancia como fuente de obligaciones y límites jurídicos respecto a los poderes públicos, su concreción a través de los procesos hermenéuticos y, al propio tiempo, se analizan los conflictos intrasistemáticos entre diferentes fines estatales y extrasistemáticos entre tales fines y los derechos y libertades fundamentales (cap. VI). La obra se prosigue con unas certeras referencias sobre la implementación de los fines estatales a través de la actividad legislativa, de su incidencia en el control de constitucionalidad, su relevancia en la labor del Parlamento y del Gobierno, así como su eficacia social en la vida cívica de las sociedades democráticas y sus mecanismos de garantía internacional (cap. VII). Cierra el libro un breve apartado en el que se compendian, recapitulan y concluyen los aspectos básicos que lo integran.

La mera referencia a las cuestiones tratadas en esta investigación revela que nos hallamos ante una obra de admirable e insólita ambición intelectual. El signo de la teoría jurídica de nuestro tiempo es el de la interdisciplinariedad. Nunca como hoy se había hecho tan constante referencia a la condición poliédrica de las grandes cuestiones jurídicas y a la consiguiente necesidad de captarlas a través de su insoslayable dimensión plural. Pero son muy pocos los que se atreven, y menos todavía los que pueden, llevar a cabo esa tarea. Se requiere para hacerlo poseer una sólida formación en diferentes ámbitos metodológicos de la Teoría del Derecho. Karl-Peter Sommermann cuenta con esa formación y lo demuestra cumplidamente en la páginas de su libro. En ellas aparecen, sin confundirse ni solaparse, la visión constitucionalista, internacionalista, comparatista y filosófico-jurídica de los fines del Estado. El autor ha partido de un problema nuclear de la Dogmática del Derecho Público, como sin duda lo es el de la determinación de los fines estatales, para desplegar toda su admirable erudición y sentido crítico en el planteamiento histórico y sistemático de las grandes cuestiones que dimanaban del engarce entre la Teoría del Derecho y la Teoría del Estado.

Conviene advertir que lo que vale más en la obra de Sommermann no es la infatigable exposición, o el cúmulo de saberes, ni siquiera la riqueza de sus enfoques metodológicos. Hay en su libro algo que acredita todavía más su valor científico. Ciencia no es sólo erudición, sino teoría. La laboriosidad de un investigador erudito se convierte en saber científico cuando moviliza los datos y los conocimientos hacia la construcción de una teoría. Para ello se requiere talento y talante crítico, integrado por dosis compensadas de rigor y de audacia. Éste es, a mi entender, el don ejemplar del que hace gala el libro de Karl-Peter Sommermann, documentado e innovador a un tiempo.

Entre los aspectos que mejor reflejan la aportación renovadora del autor a los estudios del Derecho Público pudieran citarse sus certeras páginas sobre la decantación de los tipos de Estado de Derecho, a través de los modelos del Estado social, el Estado ecológico y el Estado constitucional (pp. 171 ss. y 207 ss.); así como sus sugerentes observaciones sobre el significado, evolución y funciones presentes de los derechos fundamentales (pp. 331 ss. y 415 ss.). Conviene no resbalar sobre el interés de la acertada perspectiva desde la que el autor enfoca estas cuestiones, por ser temas de notable incidencia en la actual Dogmática del Derecho Público. Conviene recordar que 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*. Hay que advertir, de inmediato, que estos autores no inventan la denominación *Verfassungsstaat*, la cual era ya utilizada en la teorías constitucionales clásicas como las debidas a Carl Schmitt y Karl Loewenstein, e incluso como se desprende de la propia exposición de Sommermann, esa denominación había sido utilizada con cierta asiduidad por los iuspublicistas germanos del s. XIX. Entre las circunstancias actuales que pueden explicar esa decantación terminológica cabe citar al desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución. En efecto, 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 deveni-

do 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*. 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. Es notorio 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).

Interés no menor reviste la plena consciencia histórica desde la que hoy se accede al estudio de las libertades y de la que Sommermann se hace puntual eco. En efecto, la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho. 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.

Pero quizás la aportación más original y estimulante de Sommermann reside en su lúcido análisis de los cinco grandes fines de los Estados constitucionales actuales: la garantía e impulso formal, material e institucional de los derechos y libertades; la política de desarrollo y promoción social; el fomento de la cultura; la defensa de la paz; y la tutela del ambiente (pp. 198 ss.). Fines que son también estudiados en su incidencia en el plano de las relaciones internacionales (pp. 252 ss.) y como objetivos estructurales de la Unión Europea (pp. 280 ss.). Importa no soslayar la estrecha interdependencia que existe entre los fines del Estado y el sistema de los derechos fundamentales. Esa íntima conexión cuestiona la validez de las tesis postuladoras de una radical fractura entre la dimensión objetiva de los fines estatales y la subjetiva de las libertades. Frente a tales planteamientos la obra de Sommermann muestra con elocuencia el doble carácter de ambas categorías que son a un tiempo el contexto axiológico objetivo legitimador de los Estados constitucionales de Derecho y señala las metas políticas a conseguir en una convivencia democrática y como garantías del conjunto de facultades, poderes, pretensiones e inmunidades que determinan el *status* jurídico activo de los ciudadanos.

Admira la abundancia de materiales normativos, jurisprudenciales y las fuentes bibliográficas, de distintas áreas culturales y lingüísticas que han servido de soporte a esta investigación. En este punto no sería justo, para un comentarista español, pasar por alto la constante y competente referencia a los textos, a la jurisprudencia y a la doctrina de nuestro sistema constitucional. No en vano Karl Peter Sommermann es probablemente el isuspublicista alemán que mejor conoce nuestro panorama constitucional, desde que llevara a cabo su importante investigación sobre la protección de los derechos fundamentales en la Constitución española vigente (*Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978*, Duncker und Humblot, Berlín, 1984).

Para someter a un esquema ordenado el botín normativo, jurisprudencial y doctrinal que integra su libro y para preservar su arquitectura metódica, se requerían toneladas de saber y de sentido crítico. Sommermann acredita sobradas dosis de ambas condiciones y para corroborarlo basta la lectura de las páginas que integran la obra aquí comentada.

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO  
Universidad de Sevilla

**Isabel TRUJILLO PÉREZ, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Giappichelli, Torino, 1997.**

A partir de la década de los noventa, dentro de una tendencia que pretende analizar con objetividad una tradición de pensadores antes instrumentalizados, se han ido publicando estudios sobre el pensamiento de Francisco de Vitoria, desde distintos puntos de vista: F. Castilla Urbano en perspectiva antropológica y filosófico-política<sup>1</sup>, F. Tito Lomas desde la filosofía del derecho<sup>2</sup>, M. L. Redondo sobre la realidad y la utopía indiana<sup>3</sup> o R. Hernández sobre el pensamiento internacionalista<sup>4</sup>. La recuperación de Vitoria no se ha limitado a las fronteras españolas. Es significativa la traducción y difusión de la traducción inglesa de sus escritos políticos en la colección *Texts in the History of Political Thought*<sup>5</sup>. También en Italia se ha publicado recientemente una traducción de la *Relectio de indis*<sup>6</sup>. Asimismo, en este país es notable el mérito de Ferrajoli, que ha tomado del pensamiento de Vitoria algunas ideas relacionadas con el tema de la revisión de la soberanía desde la perspectiva de un constitucionalismo internacional que permita superar la última de las discriminaciones, tras la discriminación racial y de sexo: la de la nacionalidad.

El presente libro surge ahora en Italia con la intención de contribuir al conocimiento de este pensador y de facilitar, a la vez, la comprensión de su pensamiento filosófico, político y jurídico. Su finalidad es doble: por un lado se intenta presentar el pensamiento de Vitoria en sus planteamientos esenciales y, por otro, reflexionar sobre la utilidad que podría tener la aplicación de algunos de ellos a problemas de nuestro tiempo.

Desde el primer capítulo, dedicado a encuadrar la obra de Vitoria en el debate sobre el conflicto indiano, se pone de manifiesto la gran importancia del «título» de la comunicación. Considera la autora, partiendo de una sugerencia de A. E. Pérez Luño<sup>7</sup>, que este título, sinónimo de «derecho a la comunicación», es la clave para una lectura unitaria de la obra de Vitoria que permita relacionar su doctrina colonial —contenida principalmente en la *Relectio de indis*— con sus textos de pensamiento político.

Dentro de la antropología, la tendencia que explica la comunidad política en términos de comunicación entronca a Vitoria con la tradición aristotélica, a través, probablemente, de Tomás de Aquino, quien, aunque ya concebía la comunidad política como una forma de comunicación, había negado la posibilidad de comunicación con los bárbaros en la obra *In libros Politicorum expo-*

<sup>1</sup> CASTILLA URBANO, F., *El pensamiento político de Francisco de Vitoria. Filosofía política e indio americano*, Barcelona, Anthropos, 1992.

<sup>2</sup> TITOS LOMAS, F.; *Filosofía jurídica y política de Francisco de Vitoria*, Córdoba, Caja Sur, 1996.

<sup>3</sup> REDONDO REDONDO, M. L., *Utopía vitoriana y realidad indiana*, Madrid, Fundación universitaria española, 1992.

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Francisco de Vitoria: vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 1995.

<sup>5</sup> DE VITORIA, F., *Political Writings*, by A. PAGDEN and J. LAWRENCE, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

<sup>6</sup> LAMARCHIA, A., *Francisco de Vitoria. Relectio de indis. La questione degli indios*, Bari, Levante editori, 1996.

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La polémica sobre el nuevo mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 1992.



*sitio*. Vitoria recoge las enseñanzas de su maestro y adopta este presupuesto, pero se basa en la idea de una comunidad política mundial y, en lugar de considerarla tan sólo un presupuesto antropológico, la articula en categorías específicas de derechos inherentes a las comunidades políticas y a los individuos.

Isabel Trujillo aborda el estudio de Vitoria desde la óptica de la comunicación, lo que concede a su libro una visión bastante amplia del fenómeno social y jurídico que el Nuevo Mundo constituía para este autor y revela la audacia y modernidad de muchos de sus planteamientos. En efecto –afirma Trujillo–, Vitoria continúa las enseñanzas de Aristóteles y Santo Tomás en cuanto a la convicción de la esencial sociabilidad humana, pues el rasgo que distingue a los seres humanos de los animales no sería tanto el lenguaje sino la dimensión social del lenguaje: el diálogo, la comunicación entre los hombres. Así, dice Vitoria que «el diálogo es el mensajero del intelecto» y, coherentemente, acepta que sociabilidad y comunicación son las dos caras de la misma moneda. Trujillo llega más allá en su interpretación y conecta la comunicación con la justicia a través de la idea de «bien común», cuyo logro sería la finalidad de la comunidad política, puesto que «bien común» sería, según Trujillo (p. 59): «todo aquello que puede ser compartido por todos los miembros de la comunidad; lo que es comunicable, más aún que lo que ya ha sido comunicado». Esta comunicabilidad es, afirma, una exigencia de la justicia. Vitoria elige como núcleo de su discurso en relación con el Nuevo Mundo el derecho a la comunicación entre los individuos y los pueblos y de él deriva la necesidad de unos principios de justicia.

La autora, basándose en la afirmación de Pérez Luño de que el título de la comunicación tiene para Vitoria un sentido a la vez descriptivo y prescriptivo, argumenta que la concepción de la comunidad política como sociedad de comunicación permite configurar el derecho como la forma de comunicación explícita por excelencia, que en el plano internacional halla su expresión en el «*ius gentium*». Su existencia es reconocida por Vitoria, aunque en ocasiones no parece distinguirlo del derecho natural. En cualquier caso, lo considera una limitación a la soberanía de los Estados y reconoce a la Humanidad como sujeto de derecho, admitiendo la unidad del género humano.

Se trata, en definitiva, dice Trujillo (p. 129), «del paso de una comunidad medieval, basada en la unidad cultural del cristianismo, a una comunidad universal, basada en el reconocimiento de la igualdad de todos los hombres y en el respeto a la dignidad humana». La relación entre la comunicación y el derecho es evidente, pues sólo si vemos los derechos como expresión de la comunicación aceptaremos la exigencia de la cooperación y asistencia mútua; de otro modo, los derechos serán círculos cerrados que excluirán al «otro». Vitoria señala la interdependencia entre hombres y naciones, lo que constituye una clara respuesta al problema de la alteridad, que surge con fuerza en el siglo XVI, a raíz del descubrimiento del Nuevo Mundo. Los indígenas no son, en su opinión, una raza inferior, sino individuos distintos con los que se ha entrado en comunicación, con el consiguiente conflicto entre culturas. Ahí precisamente radica la interesante aportación de Vitoria: en que es capaz de transformar el problema de la naturaleza de los indígenas –su consideración de raza inferior– en un problema de choque de culturas (p. 150). De este modo viene a decirse que la diversidad no sólo no excluye de la titularidad de derechos sino que la exige, haciendo nacer un derecho fundamental a la asistencia y colaboración con los menos favorecidos.

Con ciertas vacilaciones –propias de la época– este autor niega la cualidad natural de esclavos que solía atribuirse a los indígenas, aunque afirma su menor desarrollo cultural frente a los colonizadores. No obstante –resalta Trujillo– ello implica reconocer su igualdad, porque cualquier desigualdad de tipo cul-

tural puede ser salvada mediante la colaboración y la asistencia; sin embargo, la desigualdad se torna radical e insalvable cuando se considera al otro de raza inferior<sup>8</sup>.

La autora elogia el antipaternalismo de Vitoria, apuntando –con acierto– que el derecho a la comunicación que fundamenta toda su obra constituye una vía intermedia entre el paternalismo y el antipaternalismo, pues la comunicación implica transmisión, participación e intercambio, permitiendo la promoción de los más desfavorecidos.

Por último, el libro hace frente a las críticas que se realizan a Vitoria –basadas casi siempre en las graves injusticias que sucedían en la práctica en el trato con los indígenas– alegando que no cabe confundir la validez de los principios por él defendidos con las circunstancias empíricas concretas, que causaron a menudo su violación. Isabel Trujillo prefiere incidir en el mérito de su teoría del título de la comunicación para encuadrar con criterios de modernidad el descubrimiento del Nuevo Mundo. Quedan, ciertamente, aspectos sin analizar y otros que son simplemente insinuados por la autora (p. ej., el posible utopismo de Vitoria), en beneficio del motivo central de la comunicación. Se echa en falta asimismo una mayor claridad expositiva y la estructura resulta en algunos momentos repetitiva; pero ello no impide que el libro sea de fácil e instructiva lectura.

Carmen HERRANDO PÉREZ  
Universitat de València

---

<sup>8</sup> Cfr. BALLESTEROS, J., «El primado de la idea de *humanitas* en Vitoria como fundamento de los derechos humanos», *Anuario mexicano de Historia del derecho*, 6, 1994, pp. 25-36.



**Anuario de Filosofía del Derecho****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. MARTÍN KRIELE, Política de paz en la encrucijada. ALBERT CASAMIGLIA, 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». FRANCISCA 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 GUIÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad de la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALÉS, La fundamentación normativa de un principio igualitarista. II. IHERING, 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 ego-lógica 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 Max 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 AMUCHÁSTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, La revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención. II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deóntica del último Kelsen. ENRIQUE BONENTE PERALES, Tugendhat contra Rawls y Habermas. JOSÉ JUAN MORENO MATEOS, Cinco diferencias entre Bentham y Austin. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924).

#### VOLUMEN VII (1990)

I. LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. GILBERTO GUTIÉRREZ, La trauma moral de la democracia en la vida cotidiana. E. QUESADA, F. COLOM, J. M. HERNÁNDEZ, La formación de la soberanía democrática: Entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Higler Law, pactum uniones y pactum socialis. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, 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. ÁNGELES 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: neoestoicismo, 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. ÁNGELA 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 ÁNGELES BARKEKE UNZUETA, Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista? MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, Los derechos de la mujer keniana: conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA. Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUIÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el



feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA. El concepto de poder y su relación con la mujer. II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTO NOVALES. Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ÁNGELA APARISI MIRALLES. Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA. El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS, De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía. FRANCISCO CARPINTERO, Historia y justicia según los juristas de formación prudencial. JOSÉ LÓPEZ FERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO. Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

#### VOLUMEN X (1993)

I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. JOSÉ MONTOYA, PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, El contractualismo constitucionalista de James Buchanan. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad. FRANCISCO PUY, La socialdemocracia y su parentela ideológica. ERNESTO J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. EMILIA BEA PÉREZ, Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar. JOSÉ MARÍA ROSALES, Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea. JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, Ecología, Estado de Derecho y Democracia. II. ESTUDIOS. 1. SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Concepto de la Filosofía del Derecho, MARINA GASCÓN ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO, JOSÉ ÁNGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de la 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 ZACCARÍA, 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 GUIÁN, 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 BOENTE 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 AUSÍN, Conflictos normativos y análisis lógico del Derecho. JOSEP AGUILÓ 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 encuadrador 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. EVARISTO J. VIDAL GIL, Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La sentencia 215/97 (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. ÁNGEL CUENCA, Objeción de conciencia: Reflexión ética. ALFONSO DE JULIO CAMPUZANO, Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías de 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. JUAN JOSÉ 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. BÉNITO 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 jurídi-

cos (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, Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994 (Carlos Alarcón Cabrera). JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, 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 NEGRIE-DORMONT Y STAMATIOS TZITZIS, Criminologie de l'acte e philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Ancies 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).

#### VOLUMEN XIII (1996)

I. HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN DEBATE. MARINA GASCÓN ABELLÁN, Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil». ENOCH ALBERTI, El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (debate sobre «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España). ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, La ley y el legislador. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky. RICCARDO GUASTINI, Derecho dúctil, Derecho incierto. LUIS PRIETO SANCHÍS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). ALFONSO RUIZ MIGUEL, Del dúctil derecho a la virtuosa necesidad. II. ESTUDIOS. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Hacia un *tractatus* deóntico-philosophicus. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO, A vueltas con la justicia. Una reflexión sobre posmodernidad y comunitarismo. FERNANDO H. LLANO ALONOS, La armonización del Derecho y la justicia en el pensamiento jurídico-político de Guido Fassò. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, La justicia paradójica de Emmanuel Lévinas. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Libertad y Estado en la teoría neoliberal. JOSÉ MANUEL PANEA MÁRQUEZ, Soberanía, obediencia y *salus populi* en Thomas Hobbes. JOSÉ MARÍA ROSALES, Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Igualdad y discriminación genética. VICENTE BELLVER CAPELLA, El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos. JUANA MARÍA GIL RUIZ, Reflexiones jurídicas sobre un reto de futuro: la

maternidad. III. DEBATES. PABLO DE LORA, Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella (La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial). ROBERTO GARGARELLA, Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora. IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación). (José Calvo González). JOHN AUSTIN, The province of jurisprudence determined (Isabel Turégano Mansilla). MIGUEL AYUSO TORRES, La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada (Benjamín Rivaya). JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho. (José María Rosales). MARÍA CASADO GONZÁLEZ, La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos (Ana María Marcos del Cano). AMADEO G. CONTE, CARLOS ALARCÓN CABRERA, Deontica de la validez (Victoria Iturralde Sesma). NEIL DUXBURY, Patterns of American Jurisprudence. (Félix Francisco Sánchez Díaz). VITTORIO FROSINI, La letra y el espíritu de la ley (Fernando H. Llano Alonso). EMMANUEL MOUNIER, Obras completas (M. Leonor Suárez Llanos). LLUIS PEÑUELAS I REIXACH, La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado (Nora M. Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Manual de Informática y Derecho (Nora M. Martínez Yáñez). JOSÉ RUBIO CARRACEDO, Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo (José L. del Barco). JOHN HENRY SCHLEGEL, American Legal Realism & Empirical Social Science (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, La teoría de la tolerancia en John Locke (José María Lassalle). STAMATIOS TZITZIS, La Philosophie Pénale (José Calvo González). V. NECROLÓGICA. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Francisco Tomás y Valiente: Una evocación prospectiva. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, José Luis López Aranguren, 1909-1996.

#### 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. MANUEL ATIENZA, Estado de Derecho, argumentación e interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación. ANDRÉS OLLERO TASSARA, Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Ética pública-Ética privada. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Estado constitucional y derechos de la tercera generación. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Derecho y punto de vista moral. II. ESTUDIOS. 1. Estudios de Teoría del Derecho. CRISTINA GARCÍA PASCUAL, Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores. MILAGROS OTERO PARGA, Notas sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico. MARIO RUIZ SANZ, De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. SUSANA SÁNCHEZ FERRO, Analogía e imperio de la ley. 2. Estudios sobre Justicia y Derechos. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? CRISTINA HERMIDA DEL LLANO, Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, La Justicia

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

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.



PVP: 5.000 ptas.  
30,05 €  
(IVA incluido)