

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XVI
1999



BOE BOLETIN
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

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

CONSEJO ASESOR

MARIO RUIZ SANZ

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

EMILIA BEA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

JOSÉ GARCÍA AÑÓN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

CONSEJO DE REDACCIÓN

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

CARLOS ALARCÓN CABRERA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Sevilla

MANUEL CALVO GARCÍA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

JAVIER ANSOATEGUI ROIG

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III

BENITO DE CASTRO CID

Catedrático de Filosofía del Derecho
UNED

MARINA GASCÓN ABELLÁN

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

MARÍA EUGENIA GAYO SANTA CECILIA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
UNED

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

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

CONSEJO DE REDACCIÓN: **Secretariado** (Departamento de Filosofía del Derecho);
Facultat de Dret, Edifici Departamental Occidental, Campus dels Tarongers,
46071 VALENCIA. Tels.: 96 382 81 29/30
E-mail: Anuario.Fil.Derecho @uv.es

ADMINISTRACIÓN: **Ministerio de Justicia** (Centro de Publicaciones),
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID. Tels.: (91) 390 20 84 / 82.

VENTA, DISTRIBUCIÓN y SUSCRIPCIONES: **Librería del Boletín Oficial del Estado,**
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID. Tel.: 91 538 21 11. Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XVI
1999

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 1999

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

NIPO (BOE): 007-99-081-0
NIPO (M. de Justicia): 051-99-033-7
ISSN: 0518-0872
ISBN (BOE): 84-340-1177-8
ISBN (M.º de Justicia): 84-7787-941-9
Depósito Legal: M-11151-1958

IMPRESA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

NOTA PRELIMINAR

Tal y como se advirtió en la circular de convocatoria de colaboraciones para este volumen XVI (1999) del Anuario, estaba previsto dedicar el habitual apartado I, monográfico, a recoger las ponencias de las Jornadas de la Sociedad celebradas en Valencia. Con posterioridad a dicha convocatoria, se ha obtenido un acuerdo que permitirá publicar no sólo las ponencias sino también las comunicaciones, como libro de Actas, en el Servicio de Publicaciones de la Universitat de València. Así pues, decidimos prescindir del apartado monográfico del Anuario para evitar reiteraciones y confusiones. En la convocatoria de colaboraciones para el volumen XVII correspondiente al año 2000, retornará ese apartado.

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
I. ESTUDIOS	
I.1. Estudios de Teoría del Derecho	
1. PABLO RAÚL BONORINO: <i>Lógica y Prueba Judicial</i>	15
2. PAOLO DI LUCIA: <i>Cómo hacer reglas con cosas</i>	25
3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: <i>Teoría del Derecho, Sociología Jurídica y pseudodisputas</i>	37
4. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA: <i>Aporías del Derecho</i> ..	61
5. CARLOS I. MASSINI CORREAS: <i>Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre un debate contemporáneo</i> .	81
6. ANTONIO M. PEÑA FREIRE: <i>Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales</i>	99
7. MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO: <i>Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve</i>	121
8. PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ: <i>Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España</i>	143
I.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política	
1. PILAR ALLEGUE AGUETE: <i>Pluralismo normativo, soberanía y diversidad cultural</i>	169
2. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: <i>La elasticidad de la «razón de Estado»</i>	185
3. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG: <i>La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública</i>	199
4. DIEGO BETANCOR CURBELO: <i>La controversia creacionismo-evolución. Perspectiva jurídica</i>	225
5. JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA: <i>El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. Von Savigny</i>	253

	<u>Pág.</u>
6. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO: <i>Derecho de resistencia y Constituciones</i>	277
7. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: <i>Ontología jurídica en perspectiva histórica</i>	283
8. BLANCA RUIZ: <i>Cultura del conflicto y diversidad cultural</i>	301
9. MARÍA DE LOURDES SOUZA: <i>La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura Sousa Santos</i>	321
 II. DEBATES	
1. ASCENSIÓN CAMBRÓN: A propósito del libro de Carlos Lema Añón, <i>Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida</i>	341
2. CARLOS LEMA AÑÓN: Respuesta a Ascensión Cambrón	347
 III. CRÍTICA DE LIBROS	
1. APARISI MIRALLES, A.: <i>El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho</i> (C. Velarde)	367
2. BODIN, J.: <i>Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas</i> (D. Blázquez Martín)	372
3. DE LORA DELTORO, P.: <i>La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho</i> (G. Marcilla Córdoba)	376
4. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: <i>La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional</i> (Q. Tejada Gorráiz)	385
5. LOSANO, M. G.: <i>Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves</i> (M. ^a J. Añón Roig)	391
6. MENGER, A.: <i>El Derecho Civil y los pobres</i> . Versión española realizada por Adolfo Posada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez 1898. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez (Ernesto J. Vidal Gil)	398
7. NUSSBAUM, M. C.: <i>Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»</i> (E. Bea Pérez)	407
8. PÉREZ LUÑO, A. E.: <i>Saggi di informatica giuridica</i> (R. González-Tablas Sastre)	412
9. SEGURA ORTEGA, M.: <i>La racionalidad jurídica</i> (Sonia E. Rodríguez Bonete)	415
10. ZOLO, D.: <i>I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico</i> (C. García Pascual)	421

	<u>Pág.</u>
11. LACASTA ZABALZA, J. I.: <i>España uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y su conciencia nacional e intelectual</i> (M. ^a José González Ordovás)	426
 IV. NOTICIAS	
1. BERNUZ BENÉITEZ, M. ^a J., Reseña sobre el Primer Congreso Internacional Derecho y Sociedad (Bilbao , 5 y 6 de febrero de 1999)...	431
2. Noticia de las <i>XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política</i> (Valencia, 15 y 16 de abril de 1999)	433
3. Crónica del XIX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social..	435
 V. NECROLÓGICA	
1. IN MEMORIAN: Antonio Fernández-Galiano Fernández (1926-1999) (B. de Castro Cid)	439

I

ESTUDIOS

I.1 ESTUDIOS DE TEORÍA DEL DERECHO

Lógica y prueba judicial

Por PABLO RAÚL BONORINO

Universidad de León (España)
Universidad de Mar del Plata (Argentina)
S.A.D.A.F.

1. Castigar es, ha sido y será una tarea ingrata. Desde el siglo dieciocho se ha incrementado la preocupación por reducir el ámbito de discrecionalidad de los órganos encargados de imponer sanciones penales. Con la pretensión de que nadie puede ser penado sin que medie juicio previo *fundado* en una ley anterior a la conducta que se le reprocha y que todo sujeto debe ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario, entre otras exigencias, se intentó limitar las arbitrariedades y aberraciones a las que históricamente había dado lugar la potestad estatal de infligir castigos. Con la recepción de estos principios políticos en las constituciones vigentes en la mayoría de los estados liberales muchos creyeron que se erradicaría la arbitrariedad en la aplicación de sanciones. En los países de tradición continental se elaboraron teorías normativas que permitían sostener la vigencia irrestricta de estos principios pero al costo de aceptar, entre otros, el dogma de la completitud de los ordenamientos jurídicos y el del carácter mecánico de la aplicación judicial de normas para resolver conflictos particulares. La denominada teoría procesal de la prueba, por ejemplo, se ha encargado de sugerir a los jueces criterios de justificación y de prueba para utilizar en el contexto de un proceso penal, con lo que creen dar sentido a las exigencias constitucionales que imponen al juez la obligación de fundar sus decisiones y de mantener la presunción de inocencia del imputado.

Las normas procesales penales suelen plantear un esquema de justificación complejo en el que deben justificarse por separado: *a)* la ocurrencia del hecho presuntamente delictivo; *b)* la participación de la persona procesada en el mismo; *c)* el encuadre jurídico a darle a la misma;

d) las sanciones a aplicar. Las normas exigen que cada una de estas cuestiones sean justificadas de manera independiente ¹. La exposición canónica en el campo de la filosofía jurídica reconstruye la sentencia como un argumento y considera a la lógica como el garante de la racionalidad de la misma. Este argumento está compuesto por una premisa normativa, un enunciado fáctico y las definiciones necesarias para interpretar la norma y subsumir los hechos en la misma. La decisión se considera justificada si la inferencia es lógicamente válida (Bulygin, 1966). Las normas que regulan el procedimiento penal imponen exigencias justificatorias mayores, pues la materialidad (la conducta, sus circunstancias, resultados y consecuencias) y la participación (autoría y responsabilidad) son dos componentes que pueden comprenderse como configurando la premisa fáctica de la inferencia y dichas normas exigen que se fundamente su adopción en forma independiente. Por otra parte, prescriben al juez que lo haga valorando la prueba incorporada durante el proceso utilizando para ello las «reglas de la sana crítica racional».

Los principales especialistas en derecho procesal penal argentino ² han intentado explicitar el contenido de estas reglas, pero a pesar de reconocer la importancia que tienen en la «teoría de la prueba», se limitan a definir las como las «leyes de la lógica, de la experiencia y de la psicología común». Muchos dan por cerrado el tema sosteniendo, como última explicación posible, que las reglas de la sana crítica no son otras que «las reglas del recto entendimiento humano». De esta manera, al mismo tiempo que sostienen la necesidad de controlar los actos de administración de justicia, están encubriendo con sus construcciones teóricas la mayor discrecionalidad judicial imaginable al respecto, pues de un conjunto determinado de pruebas y utilizando las «reglas de la sana crítica» se puede justificar tanto un enunciado como su negación.

¿Por qué los principales procesalistas argentinos no han podido explicitar el contenido de las «reglas de la sana crítica racional»? Creo que el problema está en los presupuestos epistemológicos desde los que abordan la cuestión. Por lo general los procesalistas no perciben que sus propuestas se asientan sobre posiciones filosóficas muy cuestionables respecto de distintas cuestiones epistemológicas fundamentales. Si bien la mayoría sostiene que nociones como «verdad», «justificación» o «conocimiento» se utilizan en el proceso con el mismo sentido que en las ciencias empíricas, ninguno mantiene esta tesis al adoptar los presupuestos filosóficos sobre los que elaboran sus propuestas conceptuales. En general se muestran totalmente acríticos y suelen ignorar casi por completo la discusión filosófica contemporánea.

¹ Ver, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (ley 23.984), art. 398, y el nuevo Código Procesal Penal de la Policía de Buenos Aires (ley 11.962), art. 372.

² En este trabajo se han analizado las siguientes obras: VÉLEZ MARICONDE, 1956-1981; MAIER, 1989, D'ALBORA, 1982; CAFFERATA NORES, 1986 y CLARÍA OLMEDO, 1960-1966. Cada vez que se aluda en forma genérica a la doctrina procesal penal argentina debe entenderse la afirmación como referida a los autores y obras que acabo de mencionar.

Todos los procesalistas consultados, al tratar el tema de la prueba, se comprometen en líneas generales con las siguientes afirmaciones:

1. La finalidad del proceso penal es la «búsqueda de la verdad» respecto de la hipótesis delictiva.
2. La «verdad» no es otra cosa que la adecuación de las ideas a la realidad.
3. La prueba es todo elemento capaz de generar el conocimiento de la verdad.
4. El juez es impactado por la prueba y en su conciencia se van generando distintos estados de conocimiento que reflejan los grados en que la verdad puede ser alcanzada. Así se pueden distinguir la certeza, la duda y la probabilidad, en sus versiones positivas y negativas, según tiendan a considerar verdadera o falsa la hipótesis delictiva.
5. Las pruebas se clasifican en directas e indirectas. Las pruebas directas, cuyo ejemplo paradigmático es el testimonio, son capaces de generar la certeza en el juzgador pues impactan directamente en su conciencia. Las pruebas indirectas, por el contrario, requieren de una inferencia que lleve del hecho conocido (llamado indicio o indicador) al hecho que se intenta probar en el proceso.
6. La condena sólo puede fundarse en la certeza del juez respecto de la verdad de los hechos generada a partir de las pruebas aportadas durante el proceso.
7. En caso de duda se debe absolver pues todo imputado goza de una presunción de inocencia.
8. El juez debe valorar las pruebas valiéndose de las «reglas de la sana crítica racional».
9. El juez debe justificar expresamente en su sentencia cómo ha llegado a la certeza a partir de las pruebas recibidas y de las reglas de valoración.
10. Las normas procesales vigentes deben ser interpretadas como si contuvieran las categorías conceptuales propuestas, aunque de hecho no suelen aparecer en sus formulaciones.

En este trabajo cuestionaré las afirmaciones 5 y 6, pues creo que la distinción entre pruebas directas e indirectas y la exigencia de certeza a la hora de fundar una condena se asientan en una reconstrucción deficiente de los argumentos necesarios para justificar la adopción de un enunciado fáctico en el que se alude a las intenciones de un agente. Estos enunciados constituyen la base fáctica de las hipótesis delictivas en torno a las que se articulan los procesos penales, ya que la referencia a las intenciones de los sujetos son ineliminables de las normas penales, pues la distinción de las situaciones de tentativa e imprudencia en la comisión de un delito, cruciales en toda legislación penal moderna, se basan en la determinación de la intención de los autores (cf. Hassemer, 1984: 234; Hart, 1967). A esto se suma que muchas normas definen el caso genérico tomando como propiedad relevante ciertas intenciones específicas. Sostendré que los argumentos utilizados en esa tarea suelen presuponer como condición de validez la verdad de ciertos enunciados condicionales, y que los mismos no pueden repre-

sentarse adecuadamente como «condicionales materiales», sino que constituyen casos de «condicionales derrotables o revisables».

2. Tomaré como punto de partida un ejemplo extraído de la legislación argentina referida al narcotráfico en el que las normas jurídicas definen un caso genérico considerando en forma explícita la intención del agente como condición de aplicación. Dicha ley número 23.737, en sus artículos 14 primera y segunda parte, y 5 inc. c), castiga la tenencia ilegítima de drogas, distinguiendo a los efectos de graduar la pena los siguientes casos: (1) tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes para satisfacer el consumo personal; (2) tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes; y (3) tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes con la intención de comerciar con ellas. Los casos (1) y (3) requieren, además de la acción de poseer drogas, que la misma se realice con cierta intención, propiedad que resulta relevante a los efectos de determinar la sanción que corresponde en cada caso.

En este caso las intenciones del sujeto deben ser inferidas a partir de otras propiedades observables de su conducta, como pueden ser la cantidad de droga que poseía, la disposición de la misma, la presencia de elementos que permitan fraccionarla, etc. Reconstruir y evaluar el argumento en el que ciertos enunciados observacionales obran como premisas y el enunciado en el que se alude a las intenciones de un agente como conclusión, resulta de esta manera imprescindible para determinar si la decisión judicial que se apoya en el mismo puede considerarse justificada.

Para seguir con el ejemplo propuesto plantearé una situación hipotética simple en la que se intente determinar la intención de comerciar de un sujeto al que se le encontraron en su poder estupefacientes. En este sentido es común hallar en la práctica justificaciones como la siguiente:

1. Dado que el imputado poseía en su poder, además de estupefacientes, una balanza de precisión.
2. Por lo tanto, el imputado poseía los estupefacientes con intención de comerciar.

Para que este argumento entimemático se transforme en una inferencia lógicamente correcta es necesario presuponer la existencia de otra premisa, que no ha sido expresada, pero sin la cual no es posible demostrar la conclusión. Si la incorporamos obtenemos el siguiente argumento:

1. Dado que el imputado poseía en su poder, además de los estupefacientes, una balanza de precisión.
2. Y dado que todo el que tiene, además de estupefacientes, una balanza de precisión, los posee con la intención de comerciar [*Enunciado tácito o presupuesto*].
3. Por lo tanto, el imputado poseía los estupefacientes con intención de comerciar.

Esta inferencia sí justifica lógicamente la conclusión, esto significa que si las premisas de las que se ha partido son verdaderas entonces la conclusión lo será necesariamente. Esto muestra que, a pesar de que la actividad probatoria durante el proceso gire en torno a la determinación de los enunciados observacionales, son en realidad dos los enunciados que deben considerarse verdaderos para aceptar la conclusión que luego se utilizará para fundar la decisión. Analizaré por separado la forma en que pueden justificarse la adopción de cada uno de estos enunciados.

3. Los enunciados del primer tipo poseen dos características relevantes: (1) contienen descripciones de la conducta del agente, o del contexto en el que la misma se produjo, generalmente en términos de propiedades observables, como por ejemplo «el sujeto k tenía sobre la mesa de su escritorio una balanza de precisión», «el sujeto k tenía sobre la misma mesa *doscientos gramos de cocaína*», «el sujeto k entraba y salía de su casa al menos quince veces en el lapso que va entre la una y las tres de la mañana todos los fines de semana», etc.; y (2) tienen la particularidad de aludir a sucesos ocurridos en el pasado. Esto significa que los mismos sólo pueden considerarse observacionales en un sentido débil, que surge del tipo de propiedades utilizadas en su formulación, pero en un sentido fuerte no lo son, pues dado que los sucesos históricos son irreproducibles, su verdad o falsedad no podría determinarse mediante contrastación empírica directa, sino que debería ser inferida a partir de otros enunciados.

Tomemos un situación simplificada, en la que un juez en una audiencia oral recibe una declaración testimonial con la que considera probado un enunciado de este tipo. La inferencia tendría la siguiente estructura:

1. El testigo z ha dicho que sobre la mesa del imputado había una balanza de precisión.
2. Por lo tanto, el imputado poseía sobre su mesa una balanza de precisión.

En este caso tenemos un punto de partida que además de ser observacional puede ser observado de hecho por el juez, por lo que su verdad podría considerarse acreditada por constatación directa.

Sin embargo, del hecho de que un testigo haya afirmado la ocurrencia de determinado suceso no puede inferirse que el mismo haya ocurrido efectivamente. Para poder hacerlo se requiere nuevamente de un enunciado implícito, que en este caso sería «si el testigo z dijo que p, entonces p», con el que se puede considerar válido el argumento en cuestión, pero que abre al mismo tiempo el problema de cómo determinar la verdad respecto de este nuevo elemento sobre el que descansa todo el argumento.

Si prestamos atención veremos grandes similitudes con el tipo de enunciados que actuaban como presupuestos a la hora de considerar probado el enunciado intencional, pues en ambos casos nos hallamos en presencia de (1) un enunciado condicional que (2) cumple la misma

función de enlace o garantía implícita en el argumento. Por eso, el análisis del segundo tipo de enunciados que realizaré en el punto siguiente puede servir para responder al mismo tiempo a las dos cuestiones que nos trajeron hasta aquí.

4. Los enunciados condicionales que se utilizan comúnmente en el lenguaje natural pueden ser utilizados para afirmar distintos tipos de relaciones entre el primer enunciado (antecedente) y el segundo (consecuente).

En la lógica tradicional se suele simbolizar dicha relación con la conectiva denominada «condicional o implicación material», definida semánticamente como aquella conectiva que, al enlazar dos proposiciones, genera una expresión que sólo es falsa en caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso, siendo verdadera en los casos restantes. De esta manera, cuando se afirma la verdad del condicional, se sostiene que el antecedente es condición suficiente para la verdad del consecuente y que a su vez el consecuente resulta condición necesaria para la verdad del antecedente.

Si bien esta caracterización parece reflejar un núcleo de significado común a la mayoría de las expresiones condicionales que se formulan en lenguaje natural, la misma posee casos en los que no resulta aplicable, como son los casos en los que se requiere que la verdad del antecedente sea relevante para la verdad del consecuente o en los que se parte de un antecedente deliberadamente falso. Para poder dar cuenta de estas situaciones particulares se han desarrollado lógicas alternativas, como son las lógicas paraconsistentes y de los condicionales contrafácticos (cf. Haack, 1978, 1996).

Un tercer tipo de enunciados condicionales son aquellos en los que el antecedente no expresa una condición suficiente para la verdad del consecuente, sino sólo una condición que, sumada a un conjunto de condiciones que se dan por supuestas, lleva a la verdad del consecuente. Tomemos el siguiente ejemplo de enunciado condicional: «si esto es un automóvil, entonces puedes trasladarte de un lugar a otro en él». Si lo interpretamos como un condicional material, y el mismo fuera verdadero, nos llevaría a afirmar que el hecho de estar en presencia de un automóvil es una condición suficiente para trasladarse en él de un lugar a otro. Pero esto no es así, pues para que uno se pueda trasladar de un lado a otro en un automóvil se requieren una serie de condiciones no enumeradas como por ejemplo que el mismo tenga suficiente combustible, que su motor funcione, que se posean las llaves de arranque, que no tenga las gomas desinfladas, etc. La falsedad de cualquiera de estos enunciados derrota al enunciado condicional. Otra manera de presentar este tipo de condicionales es diciendo que los mismos poseen en su antecedente un conjunto de excepciones implícitas no enumerables en forma taxativa, que en caso de cumplirse lo derrotarían, por lo que comúnmente se les conoce con el nombre de «condicionales derrotables». Su estructura podría sim-

bolizarse en el lenguaje de la lógica proposicional de la siguiente manera:

$$(\sim (r \vee s \vee \dots \vee n) \wedge p) \rightarrow q$$

lo que significa que si p es verdadero, y no se dan r , s , u otras excepciones n no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q .

Recientemente se han ideado también sistemas de lógica especiales que intentan reconstruir las condiciones de verdad de estos condicionales, pero las mismas se toparon con el problema de que una lógica para condicionales derrotables no puede satisfacer la ley de refuerzo del antecedente, y que eso llevaría también a suprimir el *modus ponens*, pues del mismo puede derivarse la mencionada ley. Los intentos por construir una lógica específica para condicionales derrotables han producido hasta el momento aparatos inferenciales extremadamente débiles como para ser de utilidad. (ver Alchourrón, 1993a, 1993b, 1994b). Es por ello que la propuesta que creo más aceptable es la que sostiene que en ciertos contextos de deducción, y presuponiendo una función de cierre para el condicional derrotable, el mismo podría operar como un condicional material, por lo que no se requeriría de una lógica especial para dar cuenta de dichas inferencias (ver Alchourrón, 1994c, 1996b).

5. Volvamos a los enunciados condicionales que nos interesa analizar. El primero de ellos decía «si x poseía, además de estupefacientes, una balanza de precisión, entonces poseía los mismos con la intención de comerciar». Este condicional contiene una serie no enumerable de excepciones implícitas, como por ejemplo que x fuera vendedor de oro y utilizara la balanza para eso, que x fuera un cocinero positivista lógico obsesionado por pesar con exactitud los ingredientes que utiliza en sus platos, que x estuviera arreglándole la balanza a una vecina, etc., que en caso de ocurrir lo derrotarían.

No importa que, como de hecho ocurre, el antecedente estuviera formado por varios enunciados observacionales como el mencionado, como por ejemplo «dado que x además de estupefacientes poseía una balanza de precisión, sustancias de corte, envoltorios preparados, entonces x poseía los estupefacientes con la intención de comerciar con ellos», pues si bien algunas excepciones dejarían de formar parte de la lista de derrotadores implícitos del condicional, la misma seguiría siendo no enumerable en forma taxativa.

Con el segundo tipo de condicional que se ha detectado, que decía «si z dijo p , entonces p » también ocurre lo mismo. El mismo es verdadero, pero mientras se cumplan una serie de condiciones implícitas, como que w diga la verdad, que w no sea enemigo del imputado, que w tenga buena vista, que w tenga buena memoria, que w no haya sido sobornado, etc.

De esta manera resulta plausible reconstruir los argumentos con los que se intenta justificar la verdad de los enunciados que aluden a las intenciones de un agente, como basados en la verdad de enunciados condicionales derrotables. En contextos judiciales, y una vez vencido el plazo acordado a la defensa para mostrar que existe alguna excepción

no listada al condicional derrotable subyacente en el argumento entimemático sobre el se funda la pretensión fiscal, dicho condicional puede interpretarse como un condicional material. Esto permitiría explicar al mismo tiempo la existencia de recursos extraordinarios de revisión cuando surgen hechos no conocidos al momento de dictar la sentencia pero que se consideran relevantes para la misma. La posibilidad siempre presente de que en cualquier momento podría descubrirse un hecho que resultara una excepción al condicional utilizado en la justificación de una premisa fáctica sería el fundamento racional de dichos recursos.

6. Si se acepta esta forma de reconstruir los argumentos utilizados para justificar las afirmaciones de hecho de los que se valen los jueces para fundar sus decisiones, puede concluirse que la distinción entre prueba directa y prueba indirecta debería ser trazada de manera diferente si se la quiere mantener y se le debería conceder una importancia mayor que la que suele concederse a la denominada prueba indirecta. Esto es así pues tanto la hipótesis delictiva como la mayoría de los enunciados relevantes para su justificación sólo podrían ser probados mediante inferencias a partir otros enunciados. El número de enunciados que el juez podría considerar probados en forma directa sería mínimo, y no serían además los más importantes al momento de justificar la adopción del fragmento fáctico de cierta hipótesis delictiva.

Esto lleva directamente a cuestionar la pretensión racionalista de que el juez debe basar la premisa fáctica que utiliza en la justificación de su decisión en la certeza de su verdad. Esto es así toda vez que algunos de los enunciados necesarios para la prueba de los hechos sólo son verdaderos *prima facie*, esto es que deben considerarse verdaderos en la medida en que no se pruebe la verdad de alguna de las excepciones al mismo, cuyo control no puede realizarse en forma completa por ser las mismas no enumerables en forma taxativa.

En forma indirecta esta reconstrucción permite ampliar la forma de entender la actividad de la defensa del imputado en un proceso penal respecto de las cuestiones fácticas, pues pone en evidencia que su tarea no se reduciría al control del ingreso de enunciados básicos al proceso, sino que debería incluir las siguientes actividades: *a)* explicitar los enunciados condicionales presupuestos en los argumentos que llevan a considerar acreditado el enunciado fáctico que constituye la hipótesis delictiva; *b)* mostrar que cierto enunciado *n* expresa una excepción implícita a dicho condicional, por lo que el mismo debe considerarse una condicional derrotable; *c)* demostrar que *n* es verdadero y que ha sido debidamente probado en el proceso.

7. En este trabajo quedan pendientes muchísimas cuestiones, algunas posiblemente más relevantes que las que he podido desarrollar. La afirmación de que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad, por ejemplo, con la consecuente discusión en torno a la definición de verdad que debe adoptarse, parece errar el blanco. Si consideramos que el juez debe decidir sobre el conocimiento de los hechos que generaron el procedimiento, y partimos de la definición

tripartita tradicional de conocimiento, se podría sostener que la propiedad que se busca satisfacer mediante el procedimiento es que la creencia en la hipótesis delictiva se encuentre justificada. Esto permitiría deslizar la discusión desde la teoría de la verdad hacia el plano de la teoría de la justificación, lo que podría reportar una mejora en el tratamiento teórico de la cuestión teniendo en cuenta los objetivos que las teorías procesales de la prueba dicen perseguir.

En relación con el problema planteado en este trabajo también quedan cuentas pendientes. En la práctica se suele partir de un conjunto de indicios, los que sumandos aumentan la plausibilidad del enunciado condicional, pero que al mismo tiempo no pueden formalizarse como una conjunción, pues la falsedad de uno de ellos no trae aparejada la falsedad de toda la expresión. También resta analizar el contenido de los enunciados condicionales presupuestos en las inferencias probatorias, pues independientemente de sus semejanzas estructurales, es evidente que no todos ellos tienen el mismo grado de plausibilidad. Esta cuestión parece tener importantes puntos de contacto con el problema epistemológico generado por la explicación del conocimiento de las otras mentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos (1993a): «Defeasible logics: Demarcation and affinities», en G. Crocco, L. Fariñas del Cerro y A. Herzig (eds.), *Conditionals and Artificial Intelligence*, en curso de publicación, Oxford University Press.
- (1993b): «Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasible conditionals», en Meyer, J. J. y Wieringa, R. J. (Eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative system specification*, Wiley & sons.
- (1994a): «Defeasible conditionals as general conditionals plus revision theory», trabajo inédito obtenido por gentileza del autor.
- (1994b): «Detachment and defeasibility in deontic logic», trabajo inédito obtenido por gentileza del autor.
- (1994c): «Para una lógica de las Razones Prima Facie», trabajo inédito obtenido por gentileza del autor.
- (1995): «Concepciones de la lógica», en Alchourrón, C., Méndez, J. y Orayen, R. (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 7 - Lógica*, Trotta, Madrid, 1995.
- (1996a): «On law and logic», *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 4, diciembre 1996, 331-48.
- (1996b): «Para una lógica de las Razones Prima Facie», *Análisis Filosófico*, XVI, 2, noviembre, 113-124.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1989): «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 303-328.
- (1991): *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 624 pp.

- BERTOLINO, Pedro J. (1987): *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, concordado y anotado con jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 665 pp.
- BULYGIN, Eugenio (1966): «Sentencia Judicial y creación de derecho», *La Ley*, 124. Ahora en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 355-369.
- CAFFERATA NORES, José I. (1986): *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 208 pp.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1960): *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, volumen I, *Nociones fundamentales*, 556 pp.
- (1966): *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, volumen V, *La actividad probatoria*, 671 pp.
- D'ALBORA, Francisco (1982): *Curso de Derecho Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2 volúmenes.
- (1993): *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 569 pp.
- HAACK, Susan (1978): *Filosofía de las lógicas*, Madrid, Cátedra, 1982, 293 pp. Tr. Amador Antón y Teresa Orduña. [Edición original en inglés, *Philosophie of logics*, Cambridge University Press].
- (1996): *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the formalism*, The University of Chicago Press, Chicago and London.
- HART, H. L. A. (1967): «Intention and punishment», *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Claredo Press, Oxford, 1968, 113-35.
- HASSEMER, Winfried (1984): *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona.
- IBÁÑEZ, Andrés Perfecto (1992): «Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 257-299.
- MAIER, Julio B. J. (1989): *Derecho Procesal Penal Argentino*, tomo 1, *Fundamentos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2 volúmenes.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. (1995): «La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, núm. 4-5, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 393-422. Publicado originariamente en el *Semanario Jurídico de Córdoba*, año XIX, núm. 1047, 27 de julio de 1995, 85-98.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo (1956): *Estudios de Derecho Procesal Penal*, IUC, Córdoba, 2 volúmenes.
- (1981): *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., actualizada por los Dres. Manuel Ayán y José Cafferata Nores, Marcos Lerner (2.^a reimpresión, 1986), Córdoba, 3 tomos.

Cómo hacer reglas con cosas

Por PAOLO DI LUCIA

«*Matter matters, too*».

NICHOLAS GEORGESCU-ROEGEN

SUMARIO: 0. *Nomografía: forma y materia en la normación*. – 1. *Cómo hacer cosas con reglas*: 1.1. Las normas constitutivas según Gaetano Carcaterra. 1.2. Las reglas constitutivas según Amedeo G. Conte. – 2. *Cómo hacer reglas con cosas*: 2.1. El materialismo eidológico de Karl Marx. 2.2. Límites eidológicos *versus* límites oikológicos de la normación.

0. NOMOGRAFÍA: FORMA Y MATERIA EN LA NORMACIÓN

0.1. «The term “nomography” will be employed to distinguish that part of the art of legislation which has relation to the *form* given, or proper to be given, to the *matter* of which the body of the law and its several parties are composed: the *form*, in contradistinction to the *matter* ¹.»

Así define Jeremy Bentham (1748-1832), al principio del siglo XIX, los confines de una nueva ciencia: la *nomografía*.

¹ «El término “nomografía” se empleará para distinguir la parte de la técnica de la legislación que concierne, más que a la *materia* (*matter*), a la *forma* (*form*) que un *corpus* legal y las diversas partes de las que se compone tiene o debe tener: la *forma* en tanto que distinta de la *materia*».

Jeremy BENTHAM, *Nomography, or the Art of Inditing Laws*, en John BOWRING (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, vol. III, 1843, pp. 231-283, p. 233.

0.2. El presente ensayo no está dedicado a la nomografía o ciencia de la normación, sino que es un fragmento de una investigación más amplia sobre los fundamentos de la nomografía.

En otras palabras, el sujeto de mi ensayo no es la cuestión de cómo el legislador debería dar forma a la materia del derecho, por usar la expresión de Jeremy Bentham. Mi ensayo está dedicado a las condiciones de posibilidad de la normación.

Una investigación sobre las condiciones de posibilidad de la nomografía empieza con la formulación de una pregunta crucial y decisiva: ¿cuál es la relación entre la regla y lo que se regula?

Para investigar las relaciones entre la regla y lo regulado es necesario distinguir dos preguntas:

(i) Primera pregunta: ¿hay reglas que constituyen los propios objetos?

(ii) Segunda pregunta: ¿hay objetos que constituyen las propias reglas?

0.3. La primera pregunta que he formulado (¿hay reglas que constituyen los propios objetos?) ha tenido al menos dos respuestas afirmativas: la de Gaetano Carcaterra y la de Amedeo G. Conte.

Contrariamente, para la segunda pregunta (¿hay objetos que constituyen las propias reglas?) no es fácil ni siquiera encontrar una explícita formulación.

Una implícita formulación y una respuesta afirmativa, acerca de la segunda pregunta, se encuentra, sin embargo, en algunos escritos de juventud de Carlos Marx (1818-1883), publicados en 1842 sobre la «Gaceta Renana» («Rheinische Zeitung»).

En estos escritos, Marx se pregunta radicalmente cuál es la relación entre *forma* y *materia* en la normación, y para responder a esta cuestión formula una tesis muy atractiva, que llamo tesis del *materialismo eidológico*.

A la primera pregunta (¿hay reglas que constituyen los propios objetos?) está dedicado el primer párrafo de este ensayo titulado: *Cómo hacer cosas con reglas*; a la segunda pregunta (¿hay objetos que constituyen las propias reglas?), y acerca de la tesis del materialismo eidológico de Karl Marx, está dedicado el segundo párrafo titulado: *Cómo hacer reglas con cosas*.

1. CÓMO HACER COSAS CON REGLAS ²

Acerca de la pregunta de si hay reglas que constituyen los propios objetos, en la filosofía del derecho contemporánea, se encuentran dos

² «Cómo hacer cosas con reglas» es la traducción de «*How to Do Things with Rules*», el título icástico del libro de David MIERS y William TWINING (Weidenfeld & Nicolson, London, 1976). Los autores aluden, en el título, al libro de John LANGSHAW AUSTIN, *How to Do Things with Words*, London, Oxford University Press, 1962.

respuestas afirmativas en las obras de Gaetano Carcaterra y Amedeo G. Conte.

Carcaterra y Conte formulan paralelamente y independientemente una teoría de la constitutividad de las reglas, aunque el concepto de constitutividad es efectivamente muy diferente en las obras de los dos autores. Veamos eso en detalle.

1.1. Las normas constitutivas según Gaetano Carcaterra

1.1.1. En un primer sentido del verbo «constituir», una respuesta afirmativa acerca de la pregunta de si hay reglas que constituyen sus propios objetos se encuentra en la obra del filósofo del derecho italiano Gaetano Carcaterra.

Según Carcaterra, hay normas que constituyen *inmediatamente* el propio objeto.

Un caso paradigmático de norma constitutiva es, según Carcaterra, la disposición derogatoria ³.

Veamos los tres ejemplos de norma constitutiva formulados por Gaetano Carcaterra:

«Quando il legislatore ha detto “l’art. 100 del codice penale è abrogato”, non stava constatando una già avvenuta abrogazione; quando ha stabilito che l’ordinamento italiano “si conforma alle norme dell’ordinamento internazionale generalmente riconosciute”, non prendeva atto di una conformità realizzatasi per sé; quando ha dichiarato che il minore “ha” il domicilio nel luogo di residenza della famiglia o quello del tutore, non stava raccontando un fenomeno esistente per suo conto. Tutte queste situazioni sono venute in essere non già indipendentemente dall’atto, bensì proprio in seguito al suo porsi e, per così dire, alla sua forza produttiva».

1.1.2. Como ha observado Amedeo G. Conte, las normas constitutivas de Carcaterra son constitutivas porque no *prescriben* una conducta a un sujeto, sino que «ponen por sí misma el estado de cosas sobre el que versan». Escribe Carcaterra:

«la produttività delle norme in questione [le norme costitutive] è altra dalla produttività delle proposizioni *prescrittive* [...]. Le proposizioni *prescrittive* tendono a produrre un evento esercitando una pressione sul comportamento di qualcuno, le norme di cui ci occupiamo producono l’effetto, che è il loro scopo e il loro contenuto, realizzandolo da sé; lo costituiscono –ecco la caratteristica– nel momento stesso del loro entrare in vigore. Si possono perciò chiamare *costitutive*, o anche, con parola forse più familiare al giurista, norme *dispositive*».

1.1.3. El concepto de norma que no prescribe conducta alguna no es nuevo en la filosofía del derecho. Una interesante anticipación del

³ La primera formulación de la teoría de las normas constitutivas de Gaetano CARCATERRA es la obra: *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè, 1974. [Edizione provvisoria].

concepto de norma constitutiva de Gaetano Carcaterra es el concepto de *Gestaltungsfestsetzung* del filósofo alemán Herbert Spiegelberg (1904-1990).

No es por azar que Spiegelberg, como Carcaterra, se base en la teoría de los actos sociales del fenomenólogo alemán Adolf Reinach.

Según Spiegelberg:

«Festsetzungen sind also nicht notwendig Pflichtfestsetzungen. Es ist aber nicht einmal so, daß Gesetze notwendig irgendein Verhalten, ein Tun oder Unterlassen zum Gegenstand hätten, Verpflichtungen aufstellten, die erst in Zukunft zu erfüllen, Berechtigungen gewährten, die erst in Zukunft auszuüben wären. Das ist gewiß der bei weitem häufigste Fall. Zum Wesen eines Festsetzungsgedankens gehört eine solche unmittelbare Verhaltensnormierung trotzdem nicht. Sie bedeutet ein Mehr einer besonderen Festsetzungsart gegenüber der Festsetzung überhaupt. Durch die Festsetzung kann z. B. auch unmittelbar ein Sachverhalt geschaffen werden, der einer weiteren Verwirklichung weder fähig noch bedürftig ist. Man könnte solche Gesetze auch als Gestaltungsgesetze bezeichnen in Analogie zu den sog. Gestaltungsurteilen eines Gerichtshofs, durch die unmittelbar Rechtsverhältnisse, z. B. Eigentum gestaltet, geschaffen oder vernichtet wird»⁴.

«No necesariamente las normas instituyen obligaciones. No necesariamente las leyes tienen por objeto un comportamiento (comisivo u omisivo); no necesariamente las leyes instituyen un deber jurídico a cumplir en el futuro; no necesariamente las leyes adscriben un derecho a ejercitar en el futuro. Indudablemente, lo más frecuente es que una norma tenga por objeto un comportamiento. Pero no necesariamente una norma es directa normación de un comportamiento. Mediante normas se constituyen inmediatamente estados de cosas que ni consienten ni admiten realización. Tales leyes se pueden denominar leyes constitutivas [*Gestaltungsgesetze*] en analogía con las llamadas sentencias constitutivas [*Gestaltungsurteile*] dictadas por los Tribunales de Justicia (sentencias mediante las cuales se constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas, como por ejemplo la propiedad)».

1.2. Las reglas constitutivas según Amedeo G. Conte

1.2.1. En un segundo sentido del verbo «constituir», una respuesta afirmativa acerca de la pregunta de si no hay reglas que constituyen los propios objetos se encuentra en la teoría de las reglas constitutivas de Amedeo G. Conte⁵.

⁴ Herbert SPIEGELBERG, *Gesetz und Sittengesetz*, Zürich, Niehans, 1935, p. 54. Traducción de Paolo Di Lucia: *Leggi costitutive*, 1935. En: Uberto SCARPELLI/Paolo DI LUCIA (eds.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 1994, pp. 115-117, p. 115.

⁵ El primer ensayo de CONTE sobre la constitutividad es: *Regola costitutiva in Wittgenstein*, 1981. Reedición en: *Filosofia del linguaggio normativo. I Studi 1965-1981*,

Conte define las reglas constitutivas («regole-eidetico costitutive») como las reglas que «son el “prius” de aquello sobre lo que versan en el triple sentido de que de ello son condición de concebibilidad, de posibilidad y de perceptibilidad».

Estas reglas no versan sobre actos, situaciones o estados de cosas cronológicamente preexistentes ni ontológicamente independientes, sino que en sí mismas constituyen la actividad sobre la que versan. El caso paradigmático de reglas que son el prius de aquello que reglan son las reglas del juego: el juego no preexiste ni es ontológicamente independiente de las reglas.

En contraste con la significación común del término regla, se invierte la relación entre ésta y aquello que regla. Las reglas constitutivas no son posteriores a las situaciones reguladas y no derivan lógicamente de la experiencia de las acciones que se realizan conforme a ellas, ya que precisamente son condiciones de posibilidad de esa misma experiencia.

1.2.2. ¿En qué sentido hay en el derecho (*en el orden jurídico*) reglas que constituyen los propios objetos?

Según Conte, en el derecho son constitutivas las reglas que ponen condiciones necesarias de aquello que reglan. Reglas que Conte llama reglas anankástico-constitutivas (por el nombre griego de la necesidad: *ananke*).

Un ejemplo es el artículo 602 del Código Civil italiano que prescribe que un testamento ológrafo sea firmado, como condición necesaria de validez del acto: «Un testamento ológrafo tiene que ser firmado».

Esta regla, en términos semióticos, presupone el concepto de testamento (la *connotación* del término «testamento»), pero constituye el objeto testamento (determina la *denotación* del término «testamento»; porque pone una condición necesaria de lo que este término designa). En este preciso sentido, la regla del artículo 602 del Código Civil italiano constituye su propio objeto ⁶.

2. CÓMO HACER REGLAS CON COSAS

2.0. La vocación deóntica de las cosas

Mientras la primera pregunta que he formulado (¿hay reglas que constituyen los propios objetos?) ha tenido al menos dos respuestas afirmativas, para la segunda pregunta (¿hay cosas que constituyen sus propias reglas?) es, como he dicho, difícil encontrar una formulación explícita.

Torino, Giappichelli, 1989. Sobre la constitutividad de las reglas constitutivas de Conte cfr. Carlos ALARCÓN CABRERA, *Sobre el concepto y la tipología de las reglas constitutivas*, 1991.

⁶ Cfr. Giampaolo M. AZZONI, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, CEDAM, 1988.

Una excepción se halla en el filósofo alemán Carlos Marx, quien en sus escritos de juventud afirmó que los objetos materiales constituyen las propias reglas (llamo esta tesis *tesis del materialismo eidológico*).

La reflexión de Marx sobre este tema se articula en artículos en los que Marx discute un proyecto de ley de la Dieta regional, llamada a decidir si considera o no robo el hecho de sustraer ramas de árbol o de recoger leña seca, castigándolo como la sustracción de madera verde y en pie.

2.1. El materialismo eidológico de Karl Marx

La tesis de Marx del materialismo eidológico, según la cual los objetos materiales no son deónticamente inertes, sino que tienen *una vocación deóntica* (y constituyen sus propias reglas), se coloca en el contexto de su concepción filosófica que Gerald Cohen ha denominado: «el comunismo como liberación del contenido».

Esta tesis, que llamo tesis del materialismo eidológico, puede ser, efectivamente, descrita como un capítulo de «la conquista de la forma por la materia».

Veamos ahora cómo nace esta tesis y cómo Marx la introduce en sus escritos de juventud.

2.1.1. *El legislador como científico (Naturforscher)*

A la pregunta de si hay objetos que constituyen sus propias reglas, Marx da, como he dicho, una respuesta afirmativa.

Esta respuesta se inscribe en su concepción (más general) del legislador como científico (*Naturforscher*).

Marx niega que la acción del legislador consista en forjar y conformar una *materia inerte*, imprimiéndole *ex novo* una *forma*.

Los objetos –afirma Marx– no son deónticamente (o normativamente) *inertes*. Precisamente en virtud de su propia estructura eidética material, un objeto material prefigura y preconstituye sus propias reglas.

Escribe Marx:

«Der Gesetzgeber hat sich wie ein Naturforscher zu betrachten. Er *macht* die Gesetze nicht, er erfindet sie nicht, er formuliert sie nur, er spricht die innern Gesetze geistiger Verhältnisse in bewußten positiven Gesetze aus».

«El legislador debe considerarse a sí mismo como un científico (*Naturforscher*). No es él quien *hace* las leyes, no las inventa, sino que se limita a formularlas, expresando en leyes positivas y conscientes las leyes interiores de las relaciones espirituales».

2.1.2. *La no-inercia deóntica de los objetos (materiales y sociales)*

Según Marx, la reconfiguración del rol del legislador como científico (*Naturforscher*) obliga a revisar la relación entre la verdad y la ley.

«Das Gesetz ist nicht von der allgemeinen Verpflichtung entbunden, die Wahrheit zu sagen. Es hat sie doppelt, denn es ist der allgemeine und authentische Sprecher über die *rechtliche Natur der Dinge*. Die rechtliche Natur der Dinge kann sich daher nicht nach dem Gesetz, sondern das Gesetz muß sich nach der rechtlichen Natur der Dinge richten».

«La ley no se halla exenta del deber general de decir la verdad. Sobre ella pesa este deber por doble concepto, pues es la llamada a definir de un modo general y auténtico la naturaleza jurídica de las cosas. No es, pues, la naturaleza jurídica de las cosas la que tiene que atenerse a la ley, sino ésta a aquélla».

En concreto, Marx mantiene que no son deónticamente inertes ni las cosas (los objetos y los estados de cosas) materiales ni las cosas (los objetos y los estados de cosas) sociales.

Así, elabora su tesis de la no-inercia deóntica de los objetos en dos momentos.

En primer lugar, Marx presenta el ejemplo de un objeto social (el *matrimonio*); en segundo lugar, formula el ejemplo de un objeto material (la *leña caída*).

La originalidad y la fecundidad heurística del análisis ontológico de Marx se manifiesta precisamente en la elección del ejemplo de la leña caída, que permite a Marx introducir la tesis que llamo *tesis del materialismo eidológico*. (Un breve comentario acerca de los términos castellano «madera» y «materialismo». Curiosamente, el término que designa la leña en castellano «madera» es etimológicamente afín al término «materialismo»).

2.1.2.1. La no-inercia deóntica de los objetos sociales: el ejemplo del matrimonio

El primer ejemplo de no-inercia deóntica de las cosas es el ejemplo de un *objeto social*: el matrimonio.

Según Marx, la *Natur der Sache*, la naturaleza de la «cosa» que es el matrimonio, limita y restringe la posibilidad del legislador de intervenir legislativamente acerca del propio matrimonio.

Como escribe Marx:

«Niemand wird gezwungen, eine Ehe zu schließen; aber jeder muß gezwungen werden, sobald er eine Ehe schließt, sich zum Gehorsam gegen die Gesetze der Ehe zu entschließen. Wer eine Ehe schließt, der *macht*, der *erfindet* die Ehe nicht, so wenig als ein Schwimmer die Natur und die Gesetze des Wassers und der Schwere erfindet. Die Ehe kann sich daher nicht seiner Willkür, sondern seine Willkür muß sich der Ehe fügen».

«A nadie se le obliga a casarse; pero, cuando lo hace, se le debe obligar a respetar las leyes matrimoniales. El que se casa no *crea*, no *inventa* el matrimonio, lo mismo que el nadador no inventa la naturaleza ni las leyes del agua y de la gravedad. No es, por tanto, el matrimonio el que debe someterse a su voluntad, sino su voluntad la que debe plegarse al matrimonio».

Añade Marx:

«Der Gesetzgeber kann hinsichtlich der Ehe nur bestimmen, wann sie aufgelöst werden *darf*, also ihrem Wesen nach *aufgelöst* ist. Die richterliche Auflösung kann nur eine Protokollierung der inneren Auflösung sein. Der Gesichtspunkt des Gesetzgebers ist der Gesichtspunkt der Nothwendigkeit»⁷.

«Pues bien, el legislador, en lo que al matrimonio se refiere, no puede hacer otra cosa que determinar cuándo es *lícito* disolverlo, o, lo que tanto vale, cuándo está ya *disuelto* en su esencia. La disolución judicial del matrimonio se limita a protocolizar su disolución interior. El punto de vista del legislador es el punto de vista de la necesidad».

2.1.2.2. La no-inercia deóntica de los objetos materiales: el ejemplo de la *leña caída*

El segundo ejemplo de no-inercia deóntica de las cosas es el ejemplo de un *objeto material*: la leña caída.

Según Marx, la *Natur der Dinge*, la naturaleza del objeto material que es la leña caída limita y restringe la posibilidad del legislador de intervenir, calificando legislativamente la recogida de leña caída.

En particular, la diferencia *ontológica* entre leña verde y leña caída impide al legislador calificar también como «robo» la recogida de leña caída.

Escribe Marx:

«Sammeln von Raffholz und Holzdiebstahl sind also wesentlich verschiedene Sachen. Der Gegenstand ist verschieden, die Handlung in bezug auf den Gegenstand ist nicht minder verschieden, die Gesinnung muß also auch verschieden sein, denn welches objektive Maß sollten wir an die Gesinnung legen, wenn nicht den Inhalt der Handlung und die Form der Handlung? Und diesem wesentlichen Unterschiede zum Trotz nennt ihr beides Diebstahl und bestraft beides als Diebstahl».

«Recoger ramas secas y robar madera son, por tanto, dos cosas esencialmente distintas. Recaen sobre distinto objeto, el acto que versa sobre el objeto es asimismo distinto y ello hace necesariamente que difiera también la intención, pues ¿por qué pauta objetiva podríamos medir la intención sino por el contenido y la forma del acto? Pero, a despecho de esta diferencia esencial, calificáis como robo estos dos actos distintos».

Marx añade:

«Wenn das Gesetz eine Handlung, die kaum ein Holzfrevel ist, einen Holzdiebstahl nennt, so *lügt* das Gesetz, und der Arme wird einer gesetzlichen Lüge geopfert»⁸.

⁷ Karl MARX, «Der Ehescheidungsgesetzentwurf», en *Rheinische Zeitung*, núm. 353, 19 de diciembre de 1842, p. 289.

⁸ Karl MARX, «Debatten über das Holzdiebstahls-Gesetz», en *Rheinische Zeitung*, núm. 298, 25 de octubre de 1842, p. 202.

«Y si la ley llama robo de leña a un acto que apenas constituye una transgresión, la ley *miente*, y el pobre es inmolado a una mentira legal».

2.1.3. *Naturaleza de la cosa (Natur der Sache) vs. naturaleza del objeto (Natur der Dinge) en Marx*

Analizando las dos referencias que hace Marx (al matrimonio y a la leña caída), resulta interesante (filológicamente y filosóficamente) observar cómo queda marcada lexicalmente la tesis del materialismo eidológico.

Mientras, efectivamente, en el caso del matrimonio, Marx emplea el término *Natur der Sache*, en el segundo ejemplo, el ejemplo de la leña caída, emplea el término *Natur der Dinge*.

Así, Marx subraya también lexicalmente la heterogeneidad de los dos casos de no-inercia de las cosas: la no-inercia de los *objetos sociales* y la no-inercia de los *objetos materiales*.

2.2. Límites eidológicos ⁹ versus límites oikológicos de la normación

2.2.1. La tesis del materialismo eidológico tiene importantes consecuencias en lo relativo a la teoría de los límites de la actividad legislativa.

En efecto, si los objetos materiales no son deónticamente inertes, sino que constituyen sus propias reglas, el legislador encuentra, en la configuración material de las *cosas mismas*, unos límites objetivos al ejercicio de la propia potencia creativa.

Ahora bien, mientras que en el caso del matrimonio los límites a la actividad legislativa son límites que derivan de la constitución intrínseca del matrimonio mismo (de sus leyes eidéticas), en el caso de la leña caída los límites a la actividad legislativa no derivan de la constitución esencial del objeto (de su pertenencia a un determinado *eidos*), sino de su accidental configuración.

2.2.2. Con el ejemplo de la leña caída, Marx nos induce a concebir una nueva especie de límites de la normación: límites no-eidológicos que no dependen por tanto de la configuración eidética de la leña, sino de su accidental colocación en el ambiente (*oikos*), límites que por este motivo llamaré de ahora en adelante límites *oikológicos*.

Efectivamente, según Marx, la leña caída no puede ser objeto de propiedad privada no sólo en virtud de su esencia elemental (*elementarisches Wesen*), sino en virtud de su existencia accidental (*zufälliges Dasein*).

⁹ Sobre el concepto de eidológico cfr. Luigi A. DE CARO, *Eidonómico y eidológico*, en Carlos ALARCÓN CABRERA (ed.), *Estudios de deóntica*, Sevilla, Castillejo, 1995, pp. 123-143.

En general, existen según Marx objetos materiales que son, por su existencia accidental, refractarios a transformarse en objetos de propiedad, objetos susceptibles de derecho de ocupación.

Escribe Marx:

«Es gibt Gegenstände des Eigenthums, die ihrer Natur nach nie den Charakter des vorherbestimmten Privateigenthums erlangen können, die durch ihr elementarisches Wesen und ihr zufälliges Dasein dem Occupationsrecht anheimfallen, also dem Occupationsrecht der Klasse anheimfallen, welche eben durch das Occupationsrecht von allem andern Eigenthum ausgeschlossen ist, welche in der bürgerlichen Gesellschaft dieselbe Stellung einnimmt wie jene Gegenstände in der Natur»¹⁰.

«Hay objetos de propiedad que, por su naturaleza, no pueden llegar nunca a adquirir el carácter de la propiedad privada determinada de antemano, sino que, por su carácter elemental y su existencia fortuita, se hallan sujetos al derecho de ocupación, y, por tanto, al derecho de ocupación de la clase que se halla precisamente al margen del derecho de ocupación de toda propiedad y que en la sociedad civil ocupa la misma posición que en la naturaleza ocupan aquellos objetos».

2.2.3. Con el ejemplo de la leña caída, Marx introduce por tanto la hipótesis de una valencia deóntica de los objetos en su *oikos*. Una valencia que se manifiesta en la producción muda de las costumbres (*Gewonheiten*) y en un instintivo sentido del derecho (*ein instinktmäßiger Rechtssinn*).

Escribe Marx:

«Auch in ihrer *Tätigkeit* findet die Armut schon ihr Recht. Im *Sammeln* stellt sich die elementarische Klasse der menschlichen Gesellschaft ordnend den Produkten der elementarischen Naturmacht gegenüber. Ähnlich verhält es sich mit Produkten, die in wildem Wachstum ein ganz zufälliges Akzidens des Besitzes und schon wegen ihrer Unbedeutendheit keinen Gegenstand für die Tätigkeit des eigentlichen Eigentümers bilden; ähnlich verhält es sich mit dem Nachlesen, Nachernten und dergleichen Gewohnheitsrechten»¹¹.

«Pero la pobreza encuentra ya su derecho en su propia *actividad*. Al recoger las ramas secas, la clase elemental de la sociedad humana cumple una función ordenadora con respecto a los productos de la potencia elemental de la naturaleza. Y lo mismo ocurre con los productos silvestres, que brotan como un mero accidente de la propiedad y que, por su misma carencia de valor, no brindan objeto a la actividad del propietario propiamente dicho: por eso acontece otro tanto con la recogida, la apropiación de las espigas caídas después de la recolección y otros derechos consuetudinarios análogos a éstos».

¹⁰ Karl MARX, «Debatten über das Holzdiebstahls-Gesetz», en *Rheinische Zeitung*, núm. 300, 27 de octubre de 1842, p. 208.

¹¹ Karl MARX, «Debatten über das Holzdiesbstahls-Gesetz», en *Rheinische Zeitung*, núm. 300, 27 de octubre de 1842, p. 209.

Concluye Marx:

«Es lebt also in diesen Gewohnheiten der armen Klasse ein instinktmäßiger Rechtssinn; ihre Wurzel ist positiv und legitim»¹².

«En estas costumbres de la clase pobre palpita, por tanto, un sentido jurídico instintivo, su raíz es positiva y legítima».

(Traducción castellana de Carlos Alarcón Cabrera.)

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, Carlos (1991): «Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8 (1991), 273-295.
- AUSTIN, John Langshaw (1962): *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, London. Traducción castellana de Genaro R. CARRIÓ y Eduardo A. RABOSI (1981): *Cómo hacer cosa con palabras*, Paidós, Barcelona.
- AZZONI, Giampaolo (1988): *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, CEDAM, Padova.
- BENTHAM, Jeremy (1843): *Nomography, or the Art of Inditing Laws*, en John BOWRING (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edinburgh, vol. III, 231-283.
- BETANCUR, Cayetano (1959): *Ensayo de una filosofía del derecho*, Temis, Bogotá.
- BUENO, Gustavo (1990): *Materia*, Pentalfa, Oviedo.
- CARCATERRA, Gaetano (1974): *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano.
- COHEN, Gerald A. (1986): *La teoría de la historia de Karl Marx, Una defensa*, Pablo Iglesias, Madrid.
- CONTE, Amedeo G. (1981): *Regola costitutiva in Wittgenstein*, en Francesca Castellani (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi scientifici nella Vienna degli anni Venti*, Trento Dipartimento di Metodologia, Teoria e Storia sociale, 51-68. Reedición en: A. G. CONTE, *Filosofía del lenguaje normativo. I Studi 1965-1981*, Giappichelli, Torino, 1989.
- CONTE, Amedeo/ALARCÓN CABRERA, Carlos (1995): *Deóntica de la validez*, Tecnos, Madrid.
- CONTE, Amedeo G. (1994): «Forma performativa», *Anuario de filosofía del derecho*, 11 381-392.
- CUETO RÚA, Julio (1955): *Límites de la normación positiva de la conducta*, en Abel J. ARÍSTEGUI *et alii* (eds.), *Del actual pensamiento jurídico argentino*, Arayù, Buenos Aires, 161-216.
- DE CARO, Luigi A. (1995): *Eidonómico vs. idológico*, en Carlos ALARCÓN CABRERA (ed.), *Estudios de deóntica*, Castillejo, Sevilla, 123-143.
- DI LUCIA, Paolo (ed.) (1995): *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, Milano.
- DI LUCIA, Paolo (1997): *Pragmática de los actos y ontología del derecho*, en Adrián RENTIERÍA DÍAZ (ed.), «Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia», Universidad Autónoma de Ciudad Juárez [*Nóesis. Revista de ciencias sociales y humanidades*, Juárez, 9, 61-75].

¹² Karl MARX, «Debatten über das Holzdiesbstahls-Gesetz», en *Rheinische Zeitung*, núm. 300, 27 de octubre de 1842, p. 209.

- GIBSON, James J. (1986): *An Ecological Approach to Visual Perception*, Houghton-Mufflin, Boston, 1979. Reedición: Hillsdale, Lawrence Erlbaum, New Jersey.
- LORINI, Giuseppe (1999): *Sobre la teoría de los objetos jurídicos*, Manuscrito.
- MARX, Karl (1975): «Debatten über das Holzdiebstahls-Gesetz», *Rheinische Zeitung*, núm. 298, 25 de octubre de 1842. Reedición en: Karl MARX, *Werke. Artikel Literarische Versuche bis März 1843*, Dietz, Berlin, 199-205.
- MARX, Karl (1975): «Debatten über das Holzdiebstahls-Gesetz», *Rheinische Zeitung*, núm. 300, 27 de octubre de 1842. Reedición en: Karl MARX, *Werke. Artikel Literarische Versuche bis März 1843*, Dietz, Berlin, 206-214.
- MARX, Karl (1975): «Der Ehescheidungsgesetzentwurf», *Rheinische Zeitung*, núm. 353, 19 de diciembre de 1842. Reedición en: Karl MARX, *Werke. Artikel Literarische Versuche bis März 1843*, Dietz, Berlin, 287-290.
- MARX, Carlos (1982): *Escritos de juventud*, Traducción de Wenceslao ROCES. Fondo de Cultura Económica, México.
- MIERS, David/TWINING, William (1976): *How to Do Things with Rules*, Weidenfeld & Nicholson, London.
- PÉREZ RUIZ, Carlos (1996): *La construcción social del derecho*, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- SPIEGELBERG, Hebert (1994): *Gesetz und Sittengesetz*, Zürich, Niehans, 1935. Traducción de Paolo DI LUCIA: *Leggi costitutive*, en Uberto SCARPELLI/Paolo DI LUCIA (eds.), *Il linguaggio del diritto*, LED, Milano, 54-115-117.

Teoría del Derecho, Sociología Jurídica y pseudodisputas¹

Por MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA
Universidad de León (España)

En España el estudio acerca de las relaciones entre el derecho y la sociedad sigue siendo una preocupación constante tanto para los estudiosos del ámbito jurídico cuanto para los que se dedican al campo propio de la sociología en general.

En el ámbito jurídico, el desarrollo de este tipo de estudio empezó a manifestarse a través de corrientes doctrinales diversas cuyo objetivo básico fue la lucha contra el formalismo legal². Actualmente han proliferado las manifestaciones dentro de la ciencia jurídica a favor de los estudios sociojurídicos, no únicamente en el seno de la disciplina de la teoría general del derecho sino también en el derecho penal, en algunas parcelas del derecho civil, como es el derecho de familia, en el derecho laboral, mercantil o administrativo³.

¹ El presente artículo se refiere especialmente a la situación de la sociología del derecho en España actualmente. Sin embargo, aparecen a lo largo del trabajo referencias que incluyen autores y obras extranjeros, ello se debe no únicamente a que algunos problemas aquí planteados se pueden extender a la situación de la sociología del derecho en otros países europeos, sino también y sobretodo porque los mismos han influido de forma decisiva en la formación y desarrollo de esta disciplina en nuestro país.

² Si bien en Europa la entrada de la sociología en la ciencia jurídica a través de la crítica al formalismo jurídico se desarrolló fundamentalmente por los partidarios de la llamada Jurisprudencia sociológica, la influencia de la Jurisprudencia sociológica en España no repercutió de igual forma que en el resto de los países, al respecto ver PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Estado teórico e instrumental de la sociología jurídica: un breve diagnóstico y un enésimo manifiesto», en *El desarrollo y las aplicaciones de la Sociología jurídica en España*, Oñati Proceedings, núm. 19, 1995, pp 262-263.

³ Un estudio acerca de cuáles son en España las manifestaciones, dentro de la ciencia del derecho, en favor de los estudios sociológicos, ver CALVO GARCÍA, M., «La investi-

En el ámbito de las ciencias sociales, las investigaciones en torno a las relaciones derecho y sociedad quizás hayan sido más numerosas y antiguas que las elaboradas en el campo jurídico. Sin embargo, el estudio de la realidad jurídica realizado en este ámbito científico ha sido parcial y siempre ha permanecido en un segundo plano respecto a los temas principales de la sociología, dándose mayor prioridad a los estudios concernientes a las instituciones sociales, al cambio social, a las estructuras de poder, al análisis de la cultura, individuo e interacción social, que a los estrictamente jurídicos⁴. No obstante, la preocupación por los factores sociales y su influencia en la realidad jurídica también ha aumentado entre los científicos sociales aunque siempre como una disciplina subsumida dentro de la ciencia social en general⁵.

Actualmente, podemos afirmar que el interés progresivo en los estudios sociojurídicos se manifiesta en un esfuerzo colectivo por parte de la comunidad científica en aras a conseguir una reflexión común hacia la construcción de una disciplina autónoma respecto a las otras dos ramas del saber⁶. Sin embargo, aun la denominada «sociología jurídica» se caracteriza fundamentalmente por las disparidades, las contradicciones y la falta de unanimidad en casi todo lo concerniente a la misma, desde su naturaleza, pasando por el objeto que le es propio hasta llegar al método de investigación que debe adoptar⁷.

gación socio-jurídica en España: estado actual y perspectivas» en *El desarrollo y las aplicaciones de la Sociología jurídica en España*, Oñati Proceedings, núm. 19, 1995, pp. 18-21.

⁴ Según Toharia el desinterés por parte de los científicos sociales y sociólogos por los temas jurídicos se explica por el hecho de que para ellos «el mundo del derecho resulta demasiado complejo: desde el lenguaje hasta la organización y funcionamiento de las instituciones, todo en él les resulta hermético y difícilmente aprehensible». TOHARIA, J. J., «La Sociología del Derecho en España», *Saber leer*, núm. 63, marzo de 1993.

⁵ Concretamente en España este interés progresivo dentro del ámbito de la sociología, por los temas jurídicos se manifiesta, tal y como señala J.A. Pérez Lledó, en la formación en los últimos años de grupos de trabajo de sociología jurídica en la antigua Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español y en la actual Federación Española de Sociología. PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Estado teórico e institucional de la sociología jurídica en España», cit., 1995, p. 260.

⁶ Debo advertir que el panorama de la sociología jurídica no es homogéneo en toda Europa, así, en países como Francia e Italia los primeros manuales en torno a esta disciplina datan de épocas anteriores que los que aparecen en España donde esta rama del saber se está consolidando más despacio que en sus países vecinos. Prueba de ello, es que en España esta falta de manuales se cubrió con la traducción de otros de procedencia extranjera, especialmente procedentes de Francia e Italia (como el de Carbonnier, Ferrari o Treves entre otros), sin embargo y pese a esto, se puede afirmar que la labor de síntesis que exige una obra de este tipo es en toda Europa una tarea que se desarrolló en fechas relativamente recientes si la comparamos con la de estudios similares dedicados a la ciencia jurídica o a la sociología en general. Véase por ejemplo en Francia CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, París, 1972; o, en España, SORIANO, R., *Sociología del derecho*, Barcelona, 1997; FARIÑAS, M. J., y ARNAUD, J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, 1996; Gregorio ROBLES, etc.; en los países hispano-americanos, el mismo intento aparece en épocas similares, véase en este sentido el trabajo del argentino FUCITO, F., *Sociología del derecho*, Buenos Aires, 1993, Universidad.

⁷ Como lo demuestra la investigación emprendida por el «Research Committee on Sociology of Law» de la *International Sociological Association* y coordinada por Vincenzo FERRARI, investigación presentada en el Congreso anual del RCSL celebrado en Bolonia (mayo-junio de 1988).

En este estudio voy a sostener que la ciencia sociojurídica no progresa tan rápidamente como debería en nuestro país, teniendo en cuenta el interés que despierta y la cantidad de investigadores que se está dedicando a ella actualmente, porque la mayoría convierten sus estudios en pseudodisputas, descuidando por un lado los problemas de fondo, que no se analizan con el rigor que se debiera, y, por otro, la realización de las investigaciones específicas. Con esta tesis no quiero afirmar que exista una única causa que obstaculiza el desarrollo de la sociología del derecho, lo que sería una simpleza. Lo que quiero demostrar con en este trabajo es que, si bien existen muchas más dificultades de tipo institucional, económico o político, no nos podemos escudar en ellas para explicar el porqué la disciplina no termina de prosperar como debiera, sino que es nuestro deber ahondar en las fallas que existen dentro de la propia dinámica interna de los debates que centran la atención prioritaria de los estudiosos de la materia.

La primera parte del estudio tiene como misión aclarar qué significa en este contexto el término pseudodisputas, en una segunda parte expondré los temas que actualmente están en discusión por parte de los científicos dedicados al estudio de las relaciones derecho y sociedad, argumentando porqué considero que tales temas son, a mi entender, pseudodisputas. Para finalizar, en la última parte del trabajo, intentaré determinar cuáles son los problemas más interesantes con los que considero se debería enfrentar en la actualidad los estudios sociojurídicos así como intentaré exponer brevemente una de las posibles vías que se puede adoptar para obtener resultados más fructíferos que nos ayuden a avanzar en el ámbito de los estudios sociojurídicos.

1) Podemos afirmar que *son pseudodisputas* todos los desacuerdos entre científicos que no son auténticas divergencias, sino sólo apariencias de divergencias. Ello puede suceder: 1. Cuando las disputas tienen su origen en pasar por inadvertidas o ignorar todas o algunas de las características del lenguaje; o 2. Cuando la disputa se intenta resolver como si fuese una discrepancia de creencias cuando realmente se trata de una discrepancia de actitudes entre los contendientes.

Las primeras de ellas, siguiendo a Genaro Carrió⁸, olvidan alguna de las siguientes características del lenguaje:

1. Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay por lo tanto significados intrínsecos verdaderos o reales, al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado. Es vana la tarea de descubrir tales significados inexistentes ya que por esa vía no es dable alcanzar ninguna información valedera.

2. Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y solo uno, la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad.

⁸ CARRIO, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1979, Abeledo Perrot, 2.ª ed., capítulo primero, tercera parte, «Sobre los desacuerdos entre los juristas», pp. 91 a 133.

También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estemos usando una misma palabra no garantiza que nos estemos refiriendo a la misma cosa.

3. No puede hablarse por lo tanto, sin grave riesgo de equívocos de dar definiciones reales o de describir el significado intrínseco o esencial de un término o expresión, o de determinar la naturaleza de la entidad designada por la palabra.

4. Es verdad que quien se vale de una palabra apartándose del significado usual que en contextos análogos ella recibe, o escogiendo como único aceptable uno de los significados usuales con exclusión de los otros, corre el riesgo de que los demás no lo entiendan, o lo entiendan mal, si no hace explícita la estipulación o ella no resulta del contexto. Pero tal estipulación no puede ser calificada de verdadera ni de falsa y, por lo tanto, no puede ser probada ni refutada mediante la invocación de hechos. Tampoco pueden serlo los enunciados que se derivan directamente de ella.

5. No todas las palabras u oraciones se usan exclusivamente para describir. Otras se usan, además o únicamente, para recomendar, aprobar o desaprobado, o también para llamar la atención sobre algo previamente desatendido colocándolo, por decir así, en un sorpresivo primer plano que destaca su importancia.

El segundo tipo de pseudodisputas, como ya indiqué, son aquellas en las que los contendientes plantean un problema y su posible resolución como si en el fondo se estuvieran discutiendo sobre creencias sin darse cuenta que en el fondo lo que se está discutiendo son actitudes.

Siguiendo en este punto a Stevenson⁹, las disputas aparecen, en la mayoría de los casos, como desacuerdos interpersonales. Tales desacuerdos pueden ser de creencia o de actitud. Los primeros son propios de la ciencia, la historia la biografía y de sus contrapartidas de la vida cotidiana. En estos casos, una persona cree que la respuesta a un problema es p , y otra que es no $-p$ o alguna otra proposición incompatible con p . En el curso de la discusión, cada una de ellas trata de probar, de alguna manera, su punto de vista, o bien corregirlo sobre la base de nuevos datos.

Los segundos, a los que se les denomina desacuerdos de actitud, consisten en una oposición de aspiraciones, exigencias, preferencias, deseos, etc. Diremos que dos personas tienen un desacuerdo en la actitud cuando adoptan actitudes opuestas respecto del mismo objeto, que una aprueba, por ejemplo y otra desaprueba, y cuando al menos una de ellas tiene un motivo para cambiar o cuestionar la actitud de la otra.

⁹ La distinción entre este tipo de desacuerdos encierra asimismo la distinción entre creencia y actitud. Para un estudio acerca de este tema así como un análisis detallado de este tipo de pseudodisputas ver STEVENSON, Ch. L., *Ética y lenguaje*, Buenos Aires, Paidós, versión castellana por Eduardo Rabossi, en especial el capítulo 1.

Ambos tipos de desacuerdo difieren, principalmente, en el siguiente aspecto: el primero tiene que ver con la forma en que las cosas son fielmente descritas y explicadas; el segundo, con la manera en que son apreciadas favorable o desfavorablemente y, por lo tanto, con la manera en que han de ser afectadas por el esfuerzo del hombre.

El desacuerdo entre dos oponentes puede ser en la creencia, puede ser en las actitudes, o puede ser un desacuerdo en la creencia acerca de actitudes. En este último caso, no supone la oposición de las actitudes de los interlocutores sino sólo la de algunas de sus creencias que se refieren a actitudes. El desacuerdo en la actitud, implica una oposición de las actitudes mismas de los interlocutores. Los interlocutores pueden sostener creencias distintas acerca de actitudes sin llegar a adoptar actitudes encontradas. En tanto procuran ofrecer descripciones aisladas referentes a la condición de ciertas actitudes humanas, su desacuerdo es de creencia. En este caso las actitudes sólo aparecen como un tema de estudio.

El problema radica fundamentalmente cuando en una discusión los oponentes se contraatacan planteando el tema como si se tratara de una discusión de creencias sin darse cuenta que lo que realmente discuten es una polémica de actitud¹⁰, con lo que se enredan en una larga especulación que no dejará ningún fruto.

2) Existe entre los científicos que estudian las relaciones entre derecho y sociedad una serie de discusiones que aparecen como insolubles o respecto de las cuales pareciera que no se puede llegar a una solución más o menos consensual. Sin embargo, todos ellos parten en sus investigaciones del estudio de las mismas como si se tratara de los temas elementales para poder llevar a cabo cualquier estudio sociojurídico¹¹. Tales discusiones versan:

¹⁰ Es cierto que existen claras relaciones entre los dos tipos de desacuerdo. Así, Stevenson, afirma que no debe pensarse que toda discusión muestra un tipo de desacuerdo con exclusión del otro. A menudo, se dan ambos tipos de desacuerdo. Y esto es lo mismo que decir que no debemos aislar las creencias de las actitudes. Nuestras actitudes afectan a menudo nuestras creencias, no sólo haciéndonos construir castillos en el aire sino también llevándonos a desarrollarlas y a comprobarlas como medio de obtener lo que deseamos. A su vez, nuestras creencias también afectan a menudo nuestras actitudes, ya que podemos cambiar nuestra aprobación de algo cuando cambiamos nuestras creencias acerca de su naturaleza. Normalmente, la conexión causal entre creencias y actitudes no sólo es muy estrecha sino también recíproca. Preguntar si las creencias determinan las actitudes o si la conexión causal tiene un signo inverso, es plantear un problema equívoco. Toda implicación de que las alternativas son mutuamente excluyentes deber ser rechazada. La influencia es mutua, aunque a veces puede predominar una sola línea de influencia. En consecuencia, existe una íntima relación entre los tipos de desacuerdo que hemos distinguido. Por cierto, que en algunos casos, la existencia de uno puede depender totalmente de la existencia del otro.

La relación entre ambos tipos de desacuerdo, toda vez que acaece es siempre fáctica y no lógica, y como consecuencia cada vez que aparecen un caso o familia de casos, de desacuerdos, debe apelarse a la experiencia para determinar cuál de las posibilidades se da en los hechos.

¹¹ Una ojeada a los manuales de sociología jurídica y a los artículos publicados en algunas revistas especializadas, nos hace apreciar la importancia que los científicos, no únicamente los españoles, otorgan a estos temas, así ver: ARNAUD, A. J., y FARIÑAS, M. J., *Sistemas jurídicos: elementos para una análisis sociológico*, Madrid, Universidad Car-

2.1. La discusión terminológica y de definición

El primero de los problemas que la doctrina plantea en torno al estudio de las relaciones derecho y sociedad es la terminología con la que se debe nombrar a la disciplina encargada de su estudio. Existen tres posibilidades: denominarla sociología del derecho, sociología jurídica, o análisis sociológico de los sistemas jurídicos.

La primera discusión respecto a esta polémica se centra entre los sociólogos que estudian la realidad jurídica y los juristas que estudian la implicación de los factores sociales en el derecho, ya que los primeros son partidarios de usar la expresión sociología jurídica frente a los segundos que prefieren emplear la de sociología del derecho.

Al mismo tiempo el debate está planteado, dentro del ámbito jurídico entre los investigadores que utilizan el término sociología del derecho y los que sostienen como expresión más adecuada análisis sociológico de la realidad jurídica.

Ambas distinciones, es decir, la que se da entre sociólogos y juristas, y la que existe entre estos últimos, están basadas en la definición que cada uno de ellos sostiene acerca de uno de los términos que componen la expresión Sociología del derecho, es decir la disputa depende de qué es lo que se entiende por derecho o por jurídico.

Las razones esgrimidas por los investigadores pertenecientes a la sociología general para criticar el empleo por parte de los juristas del término sociología del derecho, radican básicamente en sostener que este término limita el objeto de la disciplina, ya que, según los sociólogos, sólo englobaría el análisis del derecho en cuanto realidad en sí misma considerada, es decir como conjunto de reglas e instituciones, mientras que el término sociología jurídica hace referencia al estudio del derecho en un sentido más amplio que el dado por la ciencia jurídica, o sea no sólo analiza el derecho en sí mismo sino que también abarca el estudio de la totalidad de fenómenos que contribuyen a su creación, su aplicación o su eficacia, englobando los fenómenos de vulneración, de ineficacia o de desviación.

En lo que respecta a la disputa terminológica, dentro del ámbito jurídico, el problema se plantea, como ya he indicado, entre quienes hablan de sociología del derecho y quienes prefieren utilizar la voz análisis sociológico de los sistemas jurídicos ¹². La razón de esta

los III, 1996, pp. 29-52; BOBBIO, N., «Teoria sociologica e teoria geneale del diritto», en *Sociología del diritto*, 1974, I, pp. 9-15; CARBONIER, J., *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 15-45; FUCITO, F., *Sociología del derecho*, Buenos Aires, Universidad, 1993, pp. 36-38, 38-65 y 86-90; LIPARI, N., «Sociologia del diritto o diritto della sociologia?», en *Sociologia del diritto*, 1974, I, pp. 30-36; PODGÓRECHI, A., «Defining Sociology of Law» en *Sociologia del diritto*, 1974, I, pp. 36-40; TREVES, R., y REBUFFA, G., «Quale sociologia del diritto?», en *Sociologia del diritto*, IX, 1982, 2, pp. 39-51; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Sociología del derecho*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 9-49; SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 15-55; etc.

¹² Entre los autores que prefieren concebir a la sociología jurídica como un análisis sociológico de los sistemas jurídicos, la definición de esta disciplina se lleva a cabo a

segunda diferenciación terminológica obedece a razones parcialmente similares a la disputa anterior, en cuanto que los autores que critican la voz sociología del derecho lo hacen aludiendo a que hace referencia a una concepción tradicional de esta disciplina basada, una vez más, en una concepción dogmática del derecho, en un método de investigación positivista y en una falta de consideración dentro de estos estudios de las dimensiones política, económica y valorativa del derecho, cuando cualquier estudio sociojurídico debe relacionar el derecho con los aspectos sociopolíticos, socioeconómicos y socioantropológicos.

Sin embargo, actualmente muchos partidarios de seguir empleando la terminología «tradicional», estarían de acuerdo con muchos de los postulados que sostienen los que emplean la expresión análisis sociológico de los sistemas jurídicos, negándose por lo tanto a ser identificados como representantes de una concepción de ciencia jurídica formal, reflejo de la corriente positivista ¹³.

partir de una previa conceptualización de lo que se entiende por sistema social y sistema jurídico. Desde esta postura, Fariñas define sistema social como el ámbito donde los individuos interactúan socialmente, esto es, actúan con referencia unos a otros conforme a unos modelos normativos. En cuanto la definición del sistema jurídico, se puede abordar desde dos perspectivas diferentes, ya sea entendiéndolo desde el punto de vista jurídico dogmático, ya sea concibiéndolo desde el punto socio-jurídico. Si atendemos a la primera perspectiva el sistema jurídico aparece como un conjunto lógico formal de reglas jurídicas, cuyas características básicas son la sistematicidad, la generalidad, la plenitud, la unidad y la coherencia. Desde la segunda perspectiva, la socio jurídica, el sistema jurídico es, por una parte, el ámbito de interacción, esto es el sistema de comunicación formado por símbolos normativos, que cumplen una función persuasiva, y por otra, es el sistema de símbolos normativos que actúa como un elemento causal de los comportamientos sociales. En virtud de estas definiciones se define la sociología del derecho como la ciencia que tiene por objeto el conocimiento del sistema jurídico y ello incluye el estudio de los comportamientos sociales que tiene que ver con el derechos desde las dos perspectivas socio-jurídicas, y las interpretaciones jurídico-dogmáticas que los juristas dan de las normas jurídicas, porque éstas operan también como elementos determinantes de las conductas sociales de los individuos.

¹³ Así, tal y como la concibió Renato Treves y sus discípulos se puede definir la sociología del derecho como una perspectiva científica de análisis del derecho o de los sistemas jurídicos cuyo objeto es, desde un punto de vista amplio, el análisis de la situación del derecho en la sociedad, esto es, el análisis de la situación que ocupan y de la función que cumplen los sistemas jurídicos, así como sus instituciones y reglas, con respecto al sistema social en su conjunto, y, por otra parte, en el análisis de la sociedad en el derecho, esto es, el análisis de las repercusiones fácticas que los sistemas jurídicos provocan en los comportamientos sociales, lo cual constituye lo que se denomina la respuesta social ante las diferentes regulaciones jurídico formales del derecho. Este estudio puede hacerse desde dos puntos de vista, uno teórico, que da lugar a la sociología teórica del derecho, y otro empírico, que da lugar a la sociología empírica del derecho, aspectos que se coimplican y se necesitan mutuamente.

Siguiendo esta misma perspectiva, Ramón Soriano define la sociología jurídica como «la ciencia que se ocupa de la influencia de los factores sociales en el derecho y de la incidencia que éste tiene, a su vez en la sociedad», aunque el autor español considera que es inútil el intento de definir exactamente esta ciencia y que de hacerlo se debe realizar de forma muy extensa en cuanto que se trata de una ciencia social de reciente creación y que ha experimentado en los últimos tiempos un gran desarrollo temático y metodológico.

2.2. El problema de las relaciones de la sociología del derecho con otras ciencias sociales y jurídicas como pseudodisputas

De la distinción terminológica y de definición se pasa casi directamente a plantearse el problema de las relaciones que la sociología jurídica guarda con la sociología en general, con la ciencia jurídica en su doble perspectiva de teoría general del derecho y ciencia dogmática, con la filosofía del derecho y con el resto de las ciencias que ya sea de forma directa o indirecta estudian las relaciones entre derecho y sociedad.

2.2.1. Debate en torno a las relaciones de la sociología jurídica y la sociología general

Existen autores que consideran a la sociología jurídica como una rama desgajada de la sociología general, por lo que afirman que posee por lo tanto su misma naturaleza ¹⁴. Otros autores, por el contrario, consideran que, aunque la sociología jurídica adopte en parte métodos sociológicos, en realidad es una ciencia derivada de la ciencia jurídica que debe su origen y principal desarrollo a juristas y no a sociólogos ¹⁵. Por último existen también quienes consideran a la sociología jurídica como una rama totalmente independiente de la sociología general y de la ciencia jurídica aunque afirmen la existencia de relaciones con ambas ramas del saber ¹⁶.

Para los partidarios de primera tesis, no se puede diferenciar entre sociología jurídica y sociología en general excepto que la primera posee un objeto más delimitado como es el derecho. La realidad jurídica no obstante para este grupo de autores era ya materia a estudiar por la sociología general de tal forma que el único aporte que consideran otorga la sociología jurídica a su rama principal vendría dado por la teoría de la prueba ¹⁷.

Sin embargo, quienes niegan esta postura, que llega a identificar a la sociología jurídica como una rama más de la sociología general, sostienen que la diferencia entre ambas viene dada no únicamente por el objeto de estudio, sino también por los temas o contenidos de análisis y por los métodos empleados. Para estos autores, metodológicamente

¹⁴ De esta opinión son COTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 24., o CARBONNIER, *op., cit.*, 1972.

¹⁵ SORIANO, R., *op., cit.*, 1997.

¹⁶ ARNAUD, J., y FARIÑAS, M. J., *op., cit.*, 1996.

¹⁷ De esta forma Carbonnier afirma que la búsqueda de la verdad judicial tiene como resorte el principio de contradicción, que es un conflicto organizado de parcialidades. La encuesta y la contra encuesta son algo que el derecho conoce. La sociología no tiene hoy una preocupación de objetividad tan rigurosa como en los tiempos durkheimianos, y a veces erige la parcialidad en método. Se trata, sin embargo, de una parcialidad unilateral. Por ello, introducir un procedimiento contradictorio en la administración de la prueba científica, podría ser el regalo que el derecho le hiciera a la sociología: todo proyecto de investigación deberá hacerse por partida doble, de manera que a cada equipo de investigadores se le contrapusiera otro de sentido contrario.

la sociología jurídica depende de la sociología general pero con las matizaciones propias del objeto peculiar que estudia. Materialmente, no es una parte especializada de la sociología general es decir un estudio de los temas generales de la sociología en el ámbito jurídico, sino que incorpora una sociología de las ciencias positivas¹⁸.

Por último, para quienes consideran que la sociología jurídica es una rama independiente establecen las relaciones entre esta y la sociología general en virtud de la perspectiva científica empleada a la hora de abordar el estudio del derecho. Así, Arnaud y Fariñas afirma que la sociología del derecho aporta una perspectiva científica externa de análisis de los sistemas jurídicos, cual es la perspectiva sociológica o empírica. En virtud de esto se afirma que la sociología jurídica es una ciencia social, no una ciencia jurídica en sentido estricto, que tiene por objeto el estudio de los sistemas jurídicos y de sus instituciones, en su génesis, evolución y efectos prácticos, o sea la comprensión de los contextos sociales en los que se desenvuelve el derecho, sosteniendo que el estudio del derecho no sólo es patrimonio del jurista dogmático.

2.2.2. Debate en torno a las relaciones entre la sociología jurídica y la ciencia del derecho¹⁹

Existen disparidades entre los científicos a la hora de establecer las diferencias y analogías existentes entre la sociología jurídica y el derecho dogmático. Así, hay autores (como Carbonnier) que sostienen que

¹⁸ SORIANO, R., *op. cit.*, pp. 28 y 29.

¹⁹ Este debate en torno a las relaciones entre ambas ciencias se puede plantear desde dos perspectivas diferentes: 1. Explicando el debate originado entre quienes optan por separar ambas disciplinas y quienes optan por la no separación. 2.- Examinando el debate originado en base a establecer qué tipo de relación o relaciones hay entre sociología y ciencia jurídica. Así se discute, tal y como expondré, si las diferencias o analogías entre estas dos ciencias vienen dadas en virtud del objeto, del método, de ambos a la vez. En este epígrafe voy a examinar el tema atendiendo al segundo de los aspectos, no obstante respecto al primero de ellos la polémica se establece entre los partidarios de separar la sociología del derecho de la ciencia jurídica (los cuales prefieren hablar de una sociología del derecho), frente a los partidarios de dejar ambas unidas (los cuales optan por hablar de una sociología en el derecho). Este debate, entre otras muchas manifestaciones, está reflejado por la polémica mantenida en Italia entre Renato Treves y Giovanni Tarello respectivamente, o entre Realino Marra y Roberto Bergalli. Para un estudio detallado sobre el debate suscitado por estos últimos ver: Marra, R., «Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e la tutela weberiana», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, junio de 1991, pp 277-287, en la que Marra recensionaba el libro coordinado por BERGALLI, R., *El derecho y sus realidades*, PPU, Barcelona, 1989; BERGALLI, R., «Más sobre la institucionalización de la sociología jurídica (un agradecimiento y una respuesta a Realino Marra)», *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 329-338; Marra, R., «Weber y la duplicación de la ciencia jurídica. Una réplica a Bergalli», *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 375-381. Estos datos han sido extraídos del artículo de PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Estado teórico e institucional de la Sociología jurídica en España», en *El Desarrollo y las aplicaciones de la Sociología jurídica en España*, Oñati proceedings, núm. 19, 1995, nota al pie núm. 13, pp. 264-265. Respecto al debate establecido entre Treves y Tarello, ver: TREVES, R., *Sociología del Derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, especialmente la p. 215, y TARELLO, G., «La sociologia nella giurisprudenza», *Sociologia del diritto*, 1974/1, pp. 42 ss.

las diferencias entre ambas ramas es mucho más significativa que entre la sociología general y la jurídica. Afirma el autor francés, que la diferencia entre ambas no viene determinada en base al objeto, ya que actualmente ningún jurista dogmático aceptaría que el estudio del derecho se reduce al análisis de las reglas de derecho en sí mismas, al margen del estudio de las causas sociales que las han producido y los efectos sociales que ellas producen, es más, continúa el autor, a lo largo de la historia los juristas dogmáticos han analizado tanto la historia legislativa como el estudio de las consecuencias que la ley lleva aparejadas en una sociedad. Por otro lado, Carbonnier sigue argumentando en contra de los científicos que afirman que la diferencia entre ambas disciplinas recae en el objeto, negando que sea cierto que el jurista estudia el derecho como un conjunto de hechos normativos, obligatorios y coactivos, mientras el sociólogo, cuyo método de estudio debe basarse en el principio de objetividad, lo hace únicamente en tanto que fenómenos despojados de toda autoridad. Esta diferencia traería a juicio del autor, como consecuencia inmediata, que la Sociología jurídica pudiera estudiar las reglas de derecho eliminando enteramente su carácter obligatorio, incluido el carácter obligatorio que tienen respecto a sus naturales destinatarios. Lo cual, para el autor es inadmisibles ya que la autoridad es un elemento consustancial del fenómeno jurídico. Por esta razón, afirma que entre el derecho dogmático y la Sociología jurídica, la diferencia no se refiere al objeto. «Es una diferencia de punto de vista de o de ángulo de visión»²⁰: El objeto de estudio tanto del derecho dogmático como de la sociología del derecho es el mismo, pero el primero lo examina desde dentro, mientras que la segunda lo haría desde fuera, sin prestar atención sobre lo que puede ser en sí mismo, en su aspecto ontológico²¹.

Sin embargo, otra parte de la doctrina sostiene que la diferencia entre dogmática jurídica y sociología del derecho recae en el objeto y en el método de estudio. Así por ejemplo Ramón Soriano afirma que la distinción entre ambas presenta un doble carácter: formal y material. Formalmente, la dogmática jurídica sigue cultivando el método racional-deductivo, incluso las nuevas corrientes críticas suponen una readaptación de este método, mientras que la sociología del derecho se basa en observación de los hechos, la inducción y la experimentación y verificación de las hipótesis. O sea se parte de los hechos para inducir una hipótesis racional. Materialmente, la dogmática se fija en el derecho

²⁰ CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, cit., p. 19.

²¹ En virtud de esta diferenciación se puede apreciar cuál es el método de investigación que según Carbonnier debe adoptar el sociólogo del derecho, caracterizado por la separación entre el observador y la materia observada. El autor francés sigue viendo la sociología del derecho en cuanto una ciencia experimental. Esta concepción de la sociología del derecho no es unánime. Veremos posteriormente cómo la etnometodología o la teoría de la estructuración aplicadas al derecho rompe con esta visión y con el doble punto de vista interior y exterior. Ahora baste dejar señalada esta controversia y el punto de vista utilizado por parte de la doctrina francesa para diferenciar entre ciencia dogmática y sociología jurídica.

positivo como tal, en sus fases de creación o aplicación jurídica, sin tener en cuenta los factores que lo configuran, ni su proyección en la sociedad, lo contemplan desde dentro. La sociología del derecho lo estudia desde fuera, en su funcionamiento dentro de la sociedad, indagando las razones de su creación y las formas de aplicación y adaptación a la sociedad. Comporta una visión global del derecho, que se sale fuera del análisis meramente formal de las normas, propio de la dogmática, y del estudio de los valores jurídicos propio de la filosofía del derecho.

Pese a las diferencias que Ramón Soriano establece, este autor considera que existen grandes relaciones entre ambas ciencias. Así, afirma que la sociología del derecho es tangencial a la dogmática pero no yuxtapuesta. Necesita de una previa dogmática jurídica. La apertura del dogmático del derecho a la sociología se puede hacer de dos formas: desde el dentro de la propia ciencia jurídica creando y desarrollando nuevos métodos interpretativos que pongan al intérprete en relación con la realidad social (hermenéutica), o desde fuera, estableciendo nexos con los métodos y adelantos de la sociología del derecho y teniéndolos en cuenta en el momento de la interpretación de las normas jurídicas²².

Otra parte de la doctrina (como Fariñas y Arnaud), a la hora de estudiar el tema, parten de hacer una distinción previa entre ciencia jurídica entendida como dogmática, y ciencia jurídica entendida como teoría general del derecho. En base a esta diferenciación previa, se define la dogmática jurídica como el estudio científico del derecho centrado en el análisis de los contenidos materiales de un sistema jurídico. Las diferencias entre sociología jurídica y dogmática jurídica vendrían establecidas en virtud del objeto, de la finalidad que persiguen y del tipo de validez que estudian. De esta forma a juicio de los autores antes indicados, la dogmática estudia el sistema jurídico vigente en lo que se refiere al contenido material de sus normas. Es definida como la ciencia que estudia el significado conceptual de las normas, que forman parte de un sistema jurídico particular. Su misión es la de interpretar el derecho vigente con vistas a su aplicación práctica, construyendo a su vez, un sistema conceptual lo más coherente y completo posible. Se ocupa de la validez formal del derecho. Su objeto es un conjunto de normas jurídicas formalmente válidas.

La sociología del derecho se ocupa de la realidad social subyacente a esas normas jurídicas, esto es, de su génesis, desarrollo y efectos prácticos. Estudia si existe una correspondencia entre el conjunto de normas formalmente válidas, que constituyen cada sistema jurídico y la realidad social en la cual se producen y se desarrollan. Estudia asimismo el comportamiento y los fenómenos sociales en cuanto pueden actuar como elementos determinantes de la elaboración de ciertas normas jurídicas, así como el análisis de los comportamientos sociales que se producen condicionados o mediatizados por la existencia de un sistema jurídico formalmente válido, que impone coactivamente exigen-

²² SORIANO, R., *Sociología del derecho*, cit, pp. 29 y 30.

cias de comportamiento concretos. Estudia también las funciones sociales asignadas a los elementos jurídico formales de cada sistema, tanto normas como instituciones, comprobando si existe una correlación entre funciones asignadas y fines perseguidos, así como las consecuencias prácticas de la vigencia formal de determinadas normas e instituciones, o sea el estudio de las funciones patentes y latentes del sistema jurídico e instituciones. La sociología jurídica se ocupa de la validez empírica o de la eficacia del derecho.

Una vez examinadas las diferencias entre ambas disciplinas también los partidarios de esta posición afirman, como lo hicieron los científicos anteriores, que pese a las diferencias, en la actualidad se reconoce la absoluta interdependencia y complementariedad de ambas disciplinas²³. Afirma que la sociología jurídica requiere de una construcción teórica, y la dogmática que tiende a ser cada vez más prescriptiva y valorativa, necesita las aportaciones socio-jurídicas para llevar a cabo su interpretación jurídica.

Si por ciencia jurídica entendemos teoría general del derecho, la postura de Fariñas no difiere de la anterior, en el sentido de que la autora sigue sosteniendo la necesaria correlación entre ambas ciencias, aunque las diferencia en virtud del objeto de estudio, del objetivo que persiguen y del método empleado. Define Fariñas esta segunda acepción de ciencia jurídica como aquella ciencia que estudia el aspecto formal de los sistemas jurídicos, su objetivo es la elaboración de conceptos jurídicos básicos y comunes a todos los sistemas jurídicos, así como el conocimiento de la estructura y funcionamiento de los mismos. La sociología del derecho teórica también ha tenido un aspecto de desarrollo formal consistente en el estudio y elaboración de los conceptos sociológicos jurídicos básicos y comunes a las demás ramas de la sociología del derecho, esto es, los que se denominan conceptos sociojurídicos formales. En su aspecto formal la sociología del derecho es una ciencia natural empírica de lo sociojurídico, cuyo objetivo sería la construcción conceptual de los fenómenos y comportamientos de la realidad social, afectados por el derecho. En esta parte se estudiaría también las materias generales de la sociología del derecho relativas a todas las ciencias jurídico dogmáticas: los problemas acerca de la eficacia social del derecho, los problemas relativos a las funciones sociales del derecho y de sus instituciones con respecto al funcionamiento global del sistema social, la formalización y descripción de los conceptos

²³ En el ámbito jurídico tal reconocimiento no ha sido la pauta común entre los científicos. Es más, las propuestas en torno al tema han sido de lo más variopinto y opuestas. Así están quienes optan por una separación estricta de las dos ciencias, afirmando que sólo es ciencia jurídica la dogmática (siguiendo así la teoría normativista de Kelsen), y quienes por el contrario sostienen que sólo es ciencia del derecho la ciencia social o sociológica del derecho (movimiento del derecho libre, los partidarios del realismo jurídico escandinavo, la jurisprudencia sociológica o el movimiento del realismo jurídico norteamericano. Por último están quienes propugnan una diferenciación metodológica de las dos disciplinas científicas pero su complementariedad desde el punto de vista práctico: Kantorowicz y Weber.

socio-jurídicos, tales como obligatoriedad, de expectativa social, de sanción, de conducta desviada, de acción social, de sistema social y sistema jurídico, etc.

Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las dos disciplinas la relación entre ambas se puede resumir afirmando que los desarrollos teórico-científicos de la teoría general del derecho han cumplido un papel instrumental y heurístico con respecto a los fines cognoscitivos de la sociología teórica del derecho. La sociología del derecho necesita de los conceptos jurídico-ficticios aportados por la teoría general del derecho para ser el punto de partida en la elaboración de sus propios conceptos o categorías sociológicas elaboradas por la sociología teórica o general del derecho, sin ello el desarrollo y análisis empírico sería imposible. Fariñas considera que el nexo de unión entre ambas perspectivas científicas vendría dado hoy día por una epistemología constructivista, que entiende el derecho como un campo en continua construcción.

2.2.3. *Debate en torno a las relaciones con la filosofía del Derecho*

Parece ser en este punto donde coinciden la mayor parte de los científicos. Sin embargo, pese a este consenso, nos llama la atención que el debate continúe abierto y se dediquen grandes apartados en las obras sobre sociología jurídica en torno a su estudio. La razón puede ser que, si bien todos ellos están afirman que las diferencias entre estas dos ciencias recaen en el método y en los campos de estudio²⁴, y, además, están de acuerdo en que actualmente existen interrelaciones entre

²⁴ Carbonnier parte de establecer las relaciones entre Sociología jurídica y Filosofía del derecho, en base a las relaciones entre Sociología general y Filosofía. Así el autor establece un paralelismo en la evolución de estas dos ramas, sosteniendo que en principio, la sociología era una rama más de la Filosofía que posteriormente se fue desgajando de la misma, como lo hicieran la psicología o la Lógica, quedando los estudios filosóficos limitados a la moral y sobre todo a la Metafísica. De forma análoga, la sociología jurídica se fue desgajando de la Filosofía jurídica, que se encargaría de las especulaciones sobre los derechos y los deberes individuales, la esencia de la justicia y el derecho natural, pasando así la sociología jurídica a tener autonomía propia. La escisión entre ambas ramas fue provocada ante un cambio de métodos por parte de la sociología jurídica que dejó de ser un tipo de actividad intelectual basada en el razonamiento y meditación sobre los hombres en sociedad a partir de la experiencia personal para pasar a adoptar métodos empíricos.

Ramón Soriano, en este aspecto parece coincidir con Carbonnier ya que al igual que éste afirma que las diferencias se basan tanto en el método como en los campos de estudio. Afirma este autor, que la filosofía sigue aproximándose a la realidad del derecho con un método racional deductivo, mientras que la sociología en tanto que ciencia positiva se apoya en el método empírico, es decir, observación de hechos, la inducción y la comprobación empírica de hipótesis; y, en los campos de estudio, la filosofía estudia metodología jurídica, la ontología y la axiología, es decir los procedimientos de conocimiento del derecho, el derecho en general y los valores jurídicos, mientras que la sociología del derecho se sitúa en el ámbito del derecho positivo y desde allí establece una conexión entre factores sociales y ordenamientos jurídicos, y entre ordenamiento jurídico y sociedad.

Los partidarios de un análisis sociológico de los sistemas jurídicos también establecen en el método la principal diferencia entre una y otra disciplina.

ambas, sin embargo, las disputas aparecen a la hora de establecer en qué consisten estas relaciones, y sobre todo a la hora de determinar el grado de importancia que juega cada una de estas ramas respecto a la otra. Así la polémica queda abierta para determinar quién aporta más a quién. Para algunos la filosofía es la que está atenta a los estudios sociológicos ²⁵, resaltando cómo existen corrientes filosóficas que sólo consideran filosofía del derecho a aquella filosofía sociologista, mientras que para otros, la sociología del derecho no tiene sentido sin un previo marco teórico filosófico ²⁶.

2.2.4. *Debate en torno a las relaciones de la sociología jurídica con otras ramas*

Son muy numerosos los debates concernientes al estudio de las relaciones y diferencias entre la sociología jurídica y otras ramas científicas muy diversas. Entre todos ellos destacan fundamentalmente los que se refieren al estudio acerca de hasta qué punto se puede diferenciar o aunar la sociología jurídica y la historia del derecho, o a aquella con la Política.

Con respecto a la primera problemática, es decir la que versa sobre las relaciones entre la sociología jurídica y la historia jurídica, el debate se establece entre los partidarios de mantener distanciadas ambas ramas científicas pero estableciendo zonas de transición entre ambas, frente a los que abogan por la unión de las dos ²⁷.

²⁵ Así por ejemplo autores como Carbonnier señala que a pesar de la independencia propia de cada disciplina existen también relaciones entre ambas. El autor afirma que es la filosofía la que está atenta a los estudios sociológicos, señalando cómo incluso hay una doctrina de la filosofía del derecho que llega a sostener que la vida social es la única fuente del derecho (sociologismo) con lo que mantienen que la sociología jurídica no es una ciencia distinta de la filosofía sino una doctrina más dentro de aquélla. Por la otra parte, Carbonnier afirma que existen sociólogos del derecho que consideran a la sociología como una filosofía ya que muchos de ellos desarrollan una sociología jurídica más teórica que empírica haciendo especial hincapié en los temas más generales del derecho (fuentes, instituciones...). Es el caso de Geiger, o Weber o Gurvitch cuya doctrina se puede considerar como una filosofía de la sociología jurídica.

²⁶ Así, para los partidarios de considerar a la sociología jurídica como un análisis sociológico de los sistemas jurídicos consideran la importancia de la relación entre ambas ciencias señalando cómo la filosofía jurídica ha experimentado un paso positivo hacia delante al tener en cuenta los estudios socio empíricos realizado en torno al derecho. Si bien se trata de ciencias con métodos diferentes cualquier estudio de sociología jurídica requiere de una teoría iusfilosófica. Estos autores afirman que la relación entre sociología jurídica y filosofía del derecho ha sido más estrecha en el ámbito de investigación europeo que en el anglosajón y ello porque en Europa se configuró a través de los departamentos de filosofía del derecho. Por esta razón ha predominado una sociología empírica del derecho. En el ámbito angloamericano el acercamiento se produce desde la sociología general al mundo del Derecho, aplicando técnicas y métodos de investigación empíricos al estudio del sistema jurídico, y desarrollándose por tanto la parte empírica de la sociología del derecho más que la teórica. En Europa la sociología del derecho surge más como una doctrina jurídica antiformalista o como una doctrina sociologista que como disciplina científica autónoma.

²⁷ Esta misma polémica se planteó en el ámbito de la sociología en general. Así ya en la época de Durkheim se debatía en torno a si la sociología es una ciencia distinta a la

Por otro lado, también existen discrepancias a la hora de plantear las relaciones entre sociología jurídica/sociología política o entre sociología jurídica/economía jurídica. Una vez más los intentos para dar una solución al tema no son unánimes y se bifurcan en posiciones que han llegado a ser antagónicas, existiendo en el momento presente entre ambas posiciones radicalmente diferentes, posturas más o menos conciliadoras que intentan encontrar más que diferencias entre ambas, las enseñanzas que la vecindad con la política o la economía han adquirido importancia en los estudios sociojurídicos. empleando entonces métodos sociológicos.

3) Si examinamos la primera de las cuestiones que tratan los sociólogos del derecho, o sea, *el problema de la terminología o definición de la sociología jurídica* podemos apreciar cómo este problema encierra una discrepancia de tipo conceptual ya que de lo que se trata es de definir qué se entiende por derecho o por «jurídico», por una parte, y por sociedad por otra. El problema se origina por la propia ambigüedad que encierra este vocablo. Sin embargo carece de sentido dedicar largas especulaciones en torno a cuál es la expresión más óptima, en base a determinar cuál es el concepto válido de derecho ya que ello supone: 1. Partir de la creencia falsa de que los términos derecho, sociedad y por lo tanto sociología del derecho tienen un significado intrínseco o propio, que no puede ni debe confundirse con la extensión que el uso lingüístico pretende añadir-

historia tratándose de determinar si existían diferencias en el método y en el objeto de la investigación lo suficientemente importantes como para poder hablar de independencia entre ambas. Ver DURKHEIM., E., *Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, Madrid, Alianza, 2 reimpresión, 1995.

En el ámbito concreto de la sociología del derecho la primera de las posturas (sostenida entre otros por Carbonnier) afirma que en este contexto se puede aplicar la distinción hecha entre sociología jurídica y dogmática jurídica, sosteniendo pues, que los historiadores del derecho estudian los sistemas jurídicos en los que participan, siendo una circunstancia accesoria el que estos sistemas se sitúen en el pasado o en el extranjero, y en ambas disciplinas se entremezclan muy legítimamente preocupaciones de derecho dogmático y no únicamente de carácter sociológico. Así, el autor francés afirma que no se puede aceptar sin reservas la unión entre Historia del derecho, derecho comparado y sociología jurídica en cuanto que los estudios de derecho comparado o históricos no tienden los primeros a descubrir correlaciones entre fenómenos jurídicos de diversos países para establecer leyes científicas ni los segundos tienden simplemente a proporcionar un conocimiento sociológico de los fenómenos jurídicos del pasado, sino que en ambos existe un componente dogmático que es el que predomina, y así la historia del derecho tenderá fundamentalmente a estudiar las fuentes jurídicas del pasado para lograr una mejor interpretación del derecho positivo, y el derecho comparado se fijará como tarea principal la búsqueda de los mejores modelos para reforma (legal, jurisprudencial o práctica) de los derechos nacionales.

La postura de Carbonnier niega así la mantenida por otros autores como Lévy Bruhl, para quien era apropiado agrupar las tres disciplinas en una sola ciencia a la que dio el nombre de Jurística. Pese a la postura de Carbonnier, separadora de la historia del derecho y la sociología jurídica así como de ésta con el derecho comparado, el autor sostiene que existe una parcela común a ambos saberes que vendría dada por al historia sociológica del derecho, o por el derecho comparado sociológico donde el sociólogo historiador no estudiaría las formas dogmáticas del pasado o del extranjero sino que se trata de alcanzar la realidad social subyacentes a ellos empleando entonces métodos sociológicos.

le, en lugar de pensar que tales términos son ambiguos no expresan un solo significado y que por lo tanto cualquiera de los sentidos que los científicos le den pueden ser igualmente válidos. La controversia en torno a la definición y a la terminología a adoptar se convierte así en una pseudo-disputa verbal. 2. Además, el intento de llevar a cabo una definición real de lo que es el derecho, concibiéndole como un objeto e intentando describir los aspectos esenciales del mismo, les lleva a elaborar réplicas a sus contendientes basadas en cuestiones de hecho, utilizando enunciados descriptivos para argumentar a favor de un concepto de derecho, sociedad o sociología jurídica en contra de otro, cuando en realidad tales enunciados no pueden ser nunca descriptivos sino especulativos ya que encierran más bien una pretensión o un deseo. 3. La polémica queda planteada en términos de «este concepto de derecho, y por ende tal expresión para denominar los estudios sociojurídicos, es el verdadero o es falso», cuando se debería argumentar en favor de uno u otro sentido en términos de «este significado del término derecho, y por lo tanto tal expresión para definir lo estudios que versan en las relaciones entre derecho y sociedad, son más convenientes, o más ventajosos o más útiles»²⁸.

El segundo de los grandes temas polémicos a tratar fue el de *las relaciones entre la sociología jurídica con otras ramas del saber, en especial con la sociología general y con la ciencia jurídica*. En este apartado se puede comprobar cómo todos los autores están de acuerdo en sostener la existencia de relaciones entre la sociología jurídica y el resto de las disciplinas. Por ello considero que el origen de la controversia no es en realidad el estudio de las semejanzas y diferencias entre las distintas ramas del saber, lo que creo es simplemente una apariencia o mejor dicho una forma de enmascarar una disputa de diferente cariz. Y ello porque lo que la doctrina parece querer lograr, planteando así este tema, es hermanar a la sociología jurídica o bien con la ciencia del derecho, o bien con la sociología en general, para, a partir de ahí, indicar cuál es la naturaleza de esta nueva disciplina y utilizar tal naturaleza como criterio último justificatorio de cuál es el método, la función y la finalidad de un estudio sociojurídico, evitando abordar como novedosas estas problemáticas mediante la absorción de los objetos, métodos, funciones, y demás ideas ya elaboradas y afianzadas en las otras ciencias tradicionales. Sin embargo, tal criterio justificatorio último no existe y la búsqueda del mismo responde a la falsa creencia de que la naturaleza de la sociología jurídica sirve de argumento descriptivo de la realidad, mostrando los aspectos esenciales de esta rama del saber. Sin embargo las discusiones sobre la supuesta naturaleza jurídica de la disciplina, no finalizarán mientras los contendientes no se hagan cargo de lo que están

²⁸ Algo muy similar sucede cuando se quiere establecer el método que se debería usar en dichos estudios, recayendo la discusión en cuál es el método esencial, único y verdadero para llevar a cabo estos estudios, en lugar de plantearse el problema en determinar el método más eficaz, útil o conveniente. En este sentido comparto la posición mantenida por MANZANOS BILBAO, C., «Introducción a las cuestiones metodológicas en los estudios socio-jurídicos» en *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 222 y 223, especialmente.

buscando, ni de la verdadera causa del desacuerdo, convirtiendo este debate doctrinal en estéril e insoluble. Se tratan en realidad de un intento erróneo basado en la pretensión de dar definiciones reales o de explicitar el verdadero, único y último sentido de ciertas expresiones de estructura y comportamientos complejos. Esto convierte la disputa en pseudodisputa difícil de resolver mientras no se abandone tal pretensión o creencia y se empiecen a utilizar juicios valorativos.

Por otra parte, la disputa en torno a la naturaleza de la sociología jurídica sirve a los científicos como punto de partida para plantear el problema de *las clasificaciones o subdivisiones dentro de esta ciencia*. Surgen así divisiones de la sociología jurídica teniendo en cuenta las distintas ramas del derecho ²⁹, y, de forma paralela se efectúan clasificaciones atendiendo a las categorías sociológicas haciendo reproducir en la sociología jurídica algunas de las escisiones que han tenido lugar, con anterioridad en la Sociología general ³⁰. Por último existen autores que consideran que no es oportuno ni válido escindir a la sociología jurídica en tantos compartimentos diferentes pues optan por considerar que no existen tales diferenciaciones y afirman que no se puede hablar de conexiones en el sentido de que la sociología jurídica aglutina e integra a todas estas posibles perspectivas. El concepto de sociología va mucho más allá. Es un concepto aglutinante de todos ellos, de ahí que consideren uno de los caracteres fundamentales de esta rama del saber la *interdisciplinariedad* ³¹.

Una vez más, en el ámbito de la sociología del derecho cuando se plantean disputas clasificatorias se suele hacer intentando mostrar que la clasificación propia y no la ajena refleja la verdadera naturaleza de las relaciones entre el derecho y la sociedad, pretendiendo, cada postura doctrinal mantener su clasificación como la única clasificación compatible con la esencia de los objetos clasificados. Esta forma de abordar la problemática origina una controversia sin resultado alguno ni posibilidad de consenso mientras no se empiece a advertir, como sostuvo Carrió, que las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles, su importancia dependerá del interés de quien las formula y de su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables, el criterio para decidirse por una clasificación o por otra no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica.

4) A la vista de las críticas efectuadas en el epígrafe anterior voy a dedicar este último epígrafe a esbozar, muy someramente, una *posi-*

²⁹ Distinguiendo entre una sociología del derecho civil, fiscal, mercantil, etc, incluso llegan a diferenciar posibles estudios sociojurídicos dentro de cada una de estas disciplinas teniendo en cuenta el estudio de alguna institución en particular hablándose así de una sociología jurídica de la familia, de los usos mercantiles, etc.

³⁰ De este modo convierten en disciplinas diferentes a aquella la etnología jurídica, la antropología jurídica o la psicología jurídica.

³¹ GIDDENS, A., *Sociología*, Madrid, Alianza Universidad, 1990.

ble vía alternativa para abordar los estudios sociojurídicos. Me limitaré, en esta ocasión, únicamente a establecer la perspectiva con la que se debe, a mi juicio, enfocar un análisis de este tipo, y a señalar cuáles son los problemas más importantes con los que se enfrenta hoy en día la sociología del derecho.

En primer lugar no comparto las propuestas consistentes en construir una investigación sociológica a partir puramente de descripciones acerca de qué es la realidad jurídica. Este tipo de debates no sólo no está suficientemente elaborado ni justificado desde un punto de vista teórico general, como hemos visto a lo largo de este trabajo, sino que además tampoco está suficientemente apoyado por la investigación empírica. Las razones dadas por los científicos (a partir del concepto y naturaleza de la sociología jurídica que proponen), para establecer cuál es el objeto, método, fin y función de los estudios sociojurídicos, no se discuten ni argumentan seriamente, y tampoco se sustentan empíricamente, sino que se afirman sin más de forma breve y superficial, en el intento de seguir manteniendo una clara distinción entre el discurso científico supuestamente neutral y todavía marcadamente riguroso y determinado, y el discurso valorativo, abiertamente político-moral, que está en la raíz de las discusiones jurídicas. Por ello, considero que habría que dejar a un lado todo cuanto se refiera a las disquisiciones terminológicas, definicionales, de naturaleza o clasificación. No quiero decir que no se tengan en cuenta, sino que cada investigador debe especificar en sus estudios el aparato conceptual que usará indicando al menos de qué conceptos de sociología jurídica, de derecho y de sociedad parte, así como especificar cuál es su teoría a aplicar al estudio empírico y la finalidad de su investigación. Deberá explicar por lo tanto, las «actitudes» de las que parte en su investigación, es decir las pretensiones que mueve su investigación, evitando en todo caso enmascarar juicios valorativos bajo la apariencia de enunciados descriptivos de la realidad sociojurídica y por lo tanto con carácter de verdaderos o falsos. Por último deberá aclarar los métodos que van a usar a lo largo del trabajo argumentando la elección de los mismos en base al carácter del estudio. Todo esto nos ayudará a evitar perdernos en paralizantes discusiones de sofisticada metasociología jurídica, nos permitirá empezar a valorar qué puede ser positivo para el desarrollo de la sociología jurídica y qué no, nos permitirá plantearnos el sentido de nuestros debates desde otra perspectiva, cuál sea la efectividad de nuestras investigaciones en virtud de lo que se demanda en este momento de la sociología del derecho, y nos obligará a plantear y poner en discusión algunos problemas importantes a los que los sociólogos del derecho deben enfrentarse de forma ineludible. A mi parecer algunos de estos problemas son:

a) El problema del método ³². La sociología del derecho actualmente adolece de una pobreza metodológica, especialmente las inves-

³² Un estudio interesante que pone de manifiesto los problemas metodológicos con los que se enfrentan las ciencias sociales, y, que a mi juicio se puede extender a la pro-

tigaciones que en este ámbito realizan los juristas. Este factor unido a una falta de objetivos de los sociólogos para abrir la investigación sociojurídica más allá de los temas tópicos, contribuyen a obstaculizar el desarrollo científico de esta disciplina. Es cierto que en el tema referente a la metodología empieza a existir un consenso generalizado, que comparto, acerca de la integración en un estudio sociojurídico de la dimensión teórica y de la dimensión empírica. Actualmente se considera que no son acertadas ni las investigaciones empíricas que dejan en un segundo plano el fundamento teórico, centrándose en la cuantificación de hipótesis o en la mera recogida de datos que luego no se interpretan ni se les da sentido alguno ³³, ni tampoco lo son, las investigaciones teóricas meramente especulativas y sin ningún soporte empírico. Sin embargo, pese al consenso este debate continúa abierto y sin resolver, porque excepto en este aspecto en nada más se ha progresado ³⁴. Falta, lo más difícil especificar o encontrar la manera concreta cómo se debe producir dicha integración. Y para ello es necesario examinar y determinar:

a.1) Qué tipo de estudio empírico, valorando rigurosamente los pros y los contras de los métodos cuantitativos y cualitativos, intentando compatibilizar los mismos, y, para ello, se hace necesario estudiar las nuevas propuestas y auges que el método cualitativo está teniendo en el ámbito de la sociología en general. El empuje de la metodología cualitativa puede ser muy útil para completar las posibilidades de la investigación cuantitativa. Servirá además para ampliar el campo de las investigaciones socio-jurídicas y producir información atractiva para los juristas que les permitan superar el formalismo jurídico. Considero que un estudio sociojurídico debe basarse fundamentalmente en la investigación empírica. Por eso, es necesario que los juristas que estudien esta disciplina adquieran los métodos y las técnicas de investigación social a través de la enseñanza de los sociólogos. Se requiere así una renovación metodológica basada en una pluralidad de métodos, donde el investigador deberá seleccionar los métodos adecuados en función de los objetivos y las exigencias del campo de investigación. En

blemática metodológica que sufre la sociología del derecho es: KLIMOVSKY, G., e HIDALGO, C., *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, Buenos Aires, A.Z editorial, 1997, en especial las pp. 165-236.

³³ Se insiste acertadamente en que la investigación empírica es una práctica social y valorativa, cuyo grado de validez objetiva es relativo y por consiguiente no se le considera como el único conocimiento válido.

³⁴ Tal y como señala CALVO GARCÍA, M., «la pobreza metodológica de la sociología del derecho... se deriva de un doble reduccionismo. Por una parte, el reduccionismo de los juristas, que a veces no dominan suficientemente los recursos metodológicos de la investigación social y tienden a instarse en las rutinas. Y por otra parte, el reduccionismo de los sociólogos quienes, además de tender fácilmente a realizar investigaciones cuantitativas, van a ver agudizada esta propensión por su ignorancia de la lógica específica y las claves simbólicas del mundo del derecho. Ambos factores propician que el sociólogo tienda a limitar sus investigaciones en función de las posibilidades de la investigación cuantitativa y un punto de vista externo sobre el derecho», *op. cit.*, p. 31.

esto consiste la pluralidad metodológica, en la utilización de la diversidad de métodos particulares comunes a las ciencias sociales y humanas en función de su capacidad de descubrir la infinidad de relaciones, procesos y dimensiones que conforman lo social ³⁵.

a.2) Qué tipo de teoría: Existe la necesidad de vincular la teoría con la investigación sociojurídica, tal vinculación no deberá obedecer a una etapa exclusiva de la investigación. La teoría debe estar presente en todas las fases de la investigación, desde el planteamiento del problema hasta el análisis de datos, en la formulación de los objetivos y en el diseño de la investigación. Por otra parte, creo que el debate en torno a qué teoría se debe utilizar, no deberá plantearse cómo la búsqueda de una nueva «gran teoría» única capaz de aplicarse a cualquier problema sociojurídico, es decir, no se trata de saber cuál es la mejor teoría social, sino en determinar cuál es la mejor forma posible de teorizar ³⁶. Creo, que la sociología jurídica debe beber tanto en las fuentes teóricas sociales como jurídicas, en este sentido estoy de acuerdo con Pérez Lledó, cuando sostiene el eclecticismo teórico, afirmando: «El eclecticismo del que hablo no sólo no es un sistema teórico, sino que tampoco aspira a construir una nueva gran teoría, síntesis que pretenda compatibilizar el rico bagaje de su almacén de herramientas teóricas. Esto no significa pues que se abracen de modo contradictorio diversas teorías incompatibles entre sí, porque no se pretende adoptarlas y aplicarlas cada una como un todo, sino más bien practicar una especie de «bricolaje intelectual», extrayendo de cada sistema teórico aquellos elementos que puedan ser útiles para un determinado proyecto intelectual, transformándolos en ese proceso en relación con la finalidad para la que habían sido diseñados» ³⁷.

Cualquier trabajo sociojurídico es un sin sentido si no se comprueba sus resultados en el campo específico que se estudia. Sólo así se puede llegar a saber si es un buen trabajo, sólo comparando otros estudios sobre el mismo problema, que han empleado otras teorías y otros métodos nos podemos aproximar a un conocimiento más exacto de lo que es nuestra convivencia en sociedad.

Un estudio de sociología jurídica es necesariamente un estudio interdisciplinario, con ello queremos afirmar que son ineficaces los intentos de deslindar en compartimentos estancos lo que es propio de la sociología jurídica y lo propio del resto de ciencias sociales porque el estudio sociojurídico requiere consustancialmente aportes de una y otra ciencia, el grado de aporte de cada una de ellas será diferente según el estudio concreto que se quiera hacer, por otra parte la inter-

³⁵ En torno a lo que significa la pluralidad metodológica y su adecuación al punto de vista de los objetivos que persigue la investigación, ver MANZANOS BILBAO, C., «Introducción a las cuestiones metodológicas en los estudios sociojurídicos», *op. cit.*, pp. 234-235.

³⁶ A este respecto es sumamente interesante la obra de ALEXANDER, J. C., *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial. Análisis multidimensional*, Barcelona, Gedisa, 1995, en especial el capítulo 20.

³⁷ PÉREZ LLEDÓ, J. A., *op. cit.*, p. 282.

disciplinarietà implica que sean válidos todos los métodos que se aporten, pero siempre que los mismos se hagan de forma coherente. No se puede hablar de un paradigma teórico ni práctico apropiado en un estudio sociojurídico porque no existe paradigma único y definitivo. Lo realmente óptimo sería examinar el mismo problema sociojurídico con distintas perspectivas, con distintos métodos, con distintos marcos teóricos para comparar conclusiones y lograr encontrar el equilibrio dentro de la investigación a través de la integración de los mismos. El conocimiento de la realidad sociojurídica será más completo y exacto cada vez que con el mismo se consiga integrar en la investigación y dar un sentido al mayor número de recursos aportados por cada opción separada. Se debe encontrar una manera de integrar la descripción y la comprensión, los métodos cuantitativos y cualitativos ³⁸, porque toda interpretación requiere de una base objetiva, y porque resulta necesario las interpretaciones de los datos cuantitativos que se han investigado, asimismo requiere de la aplicación de diversas teorías en el mismo tema a tratar. Nada de esto es incompatible sino todo lo contrario.

Quizás la gran tarea pendiente en la actualidad por la sociología jurídica es la plasmación en trabajos empíricos de una teoría sociojurídica que haya tomado conciencia de la interdisciplinarietà que la caracteriza.

b) El problema del carácter, que debe tener un estudio sociojurídico (esta polémica reviste importancia significativa tanto en el plano teórico como práctico). Cuando nos preguntamos por el carácter que debe tener un estudio sociojurídico intentamos dar una respuesta a la cuestión consistente en determinar si es tarea de los investigadores que se encargan de realizar un estudio de esta naturaleza el describir la realidad social de los sistemas jurídicos en cuestión o pertenece también a su labor la de comprender o intentar dar una explicación a los fenómenos sociales que analiza. Si partimos de la primera propuesta, el papel que se reserva a la sociología jurídica es análogo al de un estudio histórico-jurídico entendiendo por historia del derecho el relato de los acontecimientos del pasado normativo de una comunidad del pasado. La diferencia entre ambos saberes recaería únicamente en el aspecto temporal de la sociedad cuyo ordenamiento estudia. En ambos casos, se requiere la máxima objetividad en la investigación y la separación tajante entre el sujeto que investiga que examinaría el objeto de la investigación desde fuera de la misma, como un agente claramente diferenciado de su objeto de investigación, ya sea éste individuos o fenómenos sociales. Existen y han existido una gran parte de partida-

³⁸ Ver HOLLIS, M., *Filosofía de las ciencias sociales*, Barcelona, Ariel Sociología, 1998. En esta obra el autor presenta y desarrolla de forma muy interesante los principales problemas que implica la integración, entre métodos cualitativos y cuantitativos y entre explicación y comprensión. Si bien la obra se refiere a las ciencias sociales, un estudio comparativo de los problemas que presenta la sociología jurídica hoy en día nos hace apreciar cómo se trata de los mismos problemas. Especialmente interesantes son las pp. 201-221.

rios en esta opción. Sin embargo, puede ser que la misión de un sociólogo del derecho sea no exclusivamente el análisis objetivo y descriptivo de los hechos que analiza sino la comprensión y la explicación de los mismos. En este caso la comprensión implica un cambio de posición en la figura del investigador que deja de ser un mero observador ajeno a su propio objeto de estudio para pasar a participar y configurar el mismo. Los sujetos sociales que definen la naturaleza del objeto social y los procedimientos para su estudio, no lo hacen de un modo aséptico, aconfesional, sino que la interpretan en función de claves diversas relacionadas con sus intereses prácticos y con la intencionalidad y pretensión de conocimiento y validez que sus definiciones tratan de tener en y sobre el mundo social frente a las definiciones de los demás sujetos que la interpretan ³⁹.

Somos conscientes de que esta postura implica el gran riesgo de convertir a la sociología jurídica en una ciencia que se usa como instrumento de una determinada ideología, con lo que puede ser tachada de perder su carácter científico. Sin embargo este peligro no es suficiente como para no afrontar la necesaria relación que un estudio sociojurídico tiene con la sociología política. Es más, nuestra posición no es contraria a una influencia por parte de los estudios sociológicos en los cambios políticos, ya que si el carácter sociológico de una investigación implica un mayor conocimiento de la realidad social y del hombre en cuanto sujeto que configura la misma la verdadera importancia de este conocimiento debe traslucirse en la práctica en un intento por comprender y mejorar en la medida de lo posible las circunstancias en las que vivimos y en este caso concreto el sistema jurídico por el que navega nuestra conducta en sociedad. La tarea del cambio es tarea que concierne a todos los agentes que configuran la sociedad y el sociólogo es sin lugar a dudas uno de ellos que no debe mantenerse aislado del objeto que estudia en un segundo plano o por encima del mismo sino que debe intervenir de forma consensuada con el resto de los

³⁹ En interesante en este tema el estudio de HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*, 1988, p. 466, donde el autor alemán da una explicación acerca de la relación entre el sujeto interpretado y el objeto social interpretado en base a la teoría de la acción comunicativa. También es interesante en este tema SCHUTZ, A., *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974, p. 80, donde el autor afirma que es misión del científico social el estudio y evaluación de los efectos que la acción de los agentes sociales tiene sobre la realidad. También ver: HERITAGE, J., «Etnometodología» en Anthony GIDDENS, Jonathan TURNER y otros, *La teoría social hoy*, Alianza Universidad, 1990, pp. 290-350, en especial ver las pp. 341 y 342. También ver: GIDDENS, A., *Sociología, op. cit.*, 1993, donde el autor afirma: «Hay quienes defienden que la sociología puede preservar su objetividad sólo si quienes la practican son cuidadosamente neutrales en controversias morales y políticas, pero no hay razón alguna para pensar que los estudiosos que se quedan al margen de los debates de actualidad sean necesariamente más imparciales que otros en su examen de las cuestiones sociológicas. Existe un nexo insoslayable entre el estudio de la sociología y las exigencias de la conciencia social», y posteriormente en la misma página «Sería extraño que los sociólogos no tomaran posición sobre las cuestiones prácticas, y sería tan ilógico como poco práctico intentar prohibirles que recurrieran a su conocimiento sociológico al hacerlo», p. 57.

agentes en hacer de la sociedad y su porvenir un proyecto común. Cuando se habla de Política se hace en la mayoría de los casos usando un sentido peyorativo del término como uso del poder para satisfacer intereses particulares. En este caso el peligro de las interrelaciones entre sociología jurídica y sociología política puede acarrear resultados graves, sin embargo, a mi entender la objetividad no reside en describir o comprender una serie de normas o factores sociales que intervienen en su configuración o aplicación, la objetividad de un investigador no se pierde si además de ello, pone sus conocimientos científicos a la luz del grupo social en su conjunto para que los resultados de su investigación sean conocidos por la sociedad, no sólo la sociedad científica sino la sociedad en su más amplio sentido. El diálogo y la información no manipuladora, son los mecanismos que más aseguran los resultados objetivos de una investigación. A través del consenso que implica el saber mutuo es como la sociedad se va reconstituyendo y se van superando los posibles obstáculos que impiden una vida social que progrese adecuadamente, armónicamente ⁴⁰.

⁴⁰ En este sentido GIDDENS, A., *Sociología, op. cit.*, 1993, p. 58, punto octavo.

Aporías del Derecho

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

Universidad de Cantabria

No deja de ser chocante que el saber jurídico, pragmático y practicable, se descubra en momentos de lucidez como pensamiento de la aporía. El derecho aparece como uno de los lugares en los que se impone la aporía. El jurista, asediado por sus múltiples figuras, no cesa de debatirse en ella.

La aporía –literalmente ausencia de camino o camino sin salida– es lo que no puede resolverse; todo lo más cabrá reducir su perfil problemático. Malas noticias para un jurista empeñado en solventar problemas pero irremediabilmente convertido en personaje aporético. Tendrá que problematizar lo que es para él un problema y una solución. Pero la aporética, incapaz de eliminar los problemas, no lleva al escepticismo sino a preguntarse cómo convivir con ellos. El pensamiento no se embrolla hasta el punto de verse obligado a desistir de sus pretensiones. Se desquitará incluso de su fracaso promoviendo una reivindicación de la aporía. Paradójicamente la aporía acaba por convertirse en orgullo de la ciencia que la padece. Lugar de máxima tensión en el que el *impasse* desespera por convertirse en punto de partida.

1. EL PRIVILEGIO DE LA APORÍA

Viehweg recordaba a un jurista demasiado tranquilo que «el término *aporía* designa precisamente una cuestión que es acuciante e ineludible, la “falta de un camino”, la situación de un problema que no es posible apartar, lo que Boecio tradujo, acaso débilmente, con la palabra latina “*dubitatio*”». Se preguntaba «de dónde procede la inquie-

tante constancia o permanencia del problema» pues hay casos en los que «no es posible liquidar totalmente la problemática que se quiere dominar, y ésta reaparece por doquier con una forma nueva», lo que «impide el tranquilo razonamiento lógico hacia atrás y hacia adelante». Entonces el hombre de leyes «se ve continuamente perturbado por el problema y no se libera de él»¹. Vale la pena recordarlo porque hay quien todavía sigue pensando que el derecho resuelve los problemas, es decir, los verdaderos problemas.

Si dispusiéramos de alguna base de primeros principios aproblemática y universalmente admitida, y si fuera realmente eficaz, estaríamos a salvo de la aporía. Mientras tanto la aporética, en palabras de Hartmann, nos golpea con «el resto insoluble de los problemas», con las «preguntas irrecusables, pero que no pueden contestarse». Esas «eternas preguntas enigmáticas» que son el destino de todos los saberes, y también del jurídico, que «se agolpan sin consideración alguna a solubilidad o insolubilidad» y que «si se las rechaza, regresan en otra forma»². Problemas que el pensador no puede soslayar pero tampoco resolver, que «tiene que reconocerlos y quedarse con ellos»³.

Siempre cuestiones persistentes que acosan implacables y se convierten en obsesión del pensamiento. Nunca problemas inventados por el estudioso sino que «le han sido impuestos» como algo forzoso. Claro está que «hay también aporías artificiales y dificultades forjadas por uno mismo», pero no se trata ahora de esto⁴.

Ante todo hay que rescatar la aporía del horizonte del error, el engaño, el absurdo y la astucia dialéctica. La antigua patología del pensamiento se ha convertido en principio estructural, inherente a su ejercicio. Estamos demasiado acostumbrados a considerar lo aporético como cuestión marginal o como rareza. Como si fuera el cabo suelto de la lógica o la inesperada complicación de un punto oscuro. El caso difícil o el artificio ingenioso que pone a prueba la sutileza razonadora, la inconsecuencia o la trampa. Pero —dando la vuelta al tópico— habría que ver cómo «las figuras de la racionalidad están perfiladas en la locura de lo aporético»⁵. La aporía es un *prius* y habrá que reconocerle un derecho propio.

No pensemos en errores de planteamiento que podrían detectarse eliminando los falsos problemas. Las aporías que nos interesan no proceden del error y no reclaman, al modo racionalista, una *intellectus emendatione*. No son accidente de un razonamiento desviado, no pertenecen al paralogismo. Tampoco son productos del engaño. Si, por ejemplo, «bajo la Constitución británica, se dan necesariamente una

¹ VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, tr. L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964, pp. 53-54, 56 y 62.

² HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, tr. E. Navarro, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 11 y 12.

³ *Ibidem*, p. 39.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁵ DERRIDA, J., *Memorias para Paul de Man*, tr. C. Gardini, Barcelona, Gedisa, 1989, p. 136.

demanda y una oferta de falacias que no pueden compararse, en cuanto a abundancia y variedad, con las de ningún otro lugar», puede imaginarse lo insostenible de esta situación ⁶. Pero no es la persecución fraude lo que nos lleva tras las aporías del derecho.

La caída en la aporía por el empuje de una serie de argumentos tampoco tiene por qué ser *reductio ad absurdum*, ni en el significado de absurdo para Hobbes como «expresión sin sentido» que habría que distinguir del error, ni con la implicación pascaliana de ridículo ⁷. De «las aporías más inflexibles» se ha observado que «no implican desaprobación de la filosofía que las descubre» sino que, «por el contrario, contribuyen a su crédito». Una teoría no resiste a otra sólo por la fuerza de sus argumentos «sino más aún por la fuerza de las aporías que se forman bajo sus propios argumentos» ⁸.

Hay un tipo de argumentación que se complace en aporías para provocar el desconcierto del interlocutor y acorralarle, que incluso está condenada a la aporía. La mente se traba constantemente y queda en un callejón sin salida en su alarde de habilidad en la refutación de las tesis del adversario. Ante ciertas propuestas sofísticas reconocía Aristóteles que «el pensamiento queda maniatado cuando no quiere acceder porque no le agrada la conclusión y no puede avanzar porque es incapaz de deshacer el argumento» ⁹. Pero nunca echemos toda la culpa a los sofistas. Cualquier posición filosófica se encontrará en la aporía si se le desarrolla más.

No hay que pensar en la enconada lucha dialéctica entre el sostenedor y el impugnador de una tesis. Las preguntas capciosas, las cautelas para no conceder demasiado, la estrategia ofensiva que desarma al adversario, pueden generar aporías, pero hay algo que escapa a los discutidores. Hay una aporía que no es refutación, que no es derrota. Que es ajena a las controversias en las que —sabiendo que no se soluciona— se pone especial cuidado en sortearla, eludirla, rodearla, para evitar caer en su poder. No se trata aquí de esquivarla sino de encontrarla e introducirse en ella.

Al margen de la astucia argumentativa la aporía se alza como punto elevado del pensamiento. Imposible resbalar por los inevitables conflictos que lo cercan. Habrá que aproximarse al rigor de la aporía, enraizada en los asuntos decisivos. Ya advertía Aristóteles que «los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las aporías». En todas partes «la aporía del pensamiento pone de mani-

⁶ BENTHAM, J., *Falacias políticas*, tr. J. BALLARÍN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 216.

⁷ HOBBS, Th., *Leviatán o la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, tr. M. SÁNCHEZ, México, F. C. E., 1984, I, 5, p. 34. Cfr. PASCAL, B., *Pensamientos*, tr. J. LLANSÓ, Madrid, Alianza, 1994, núm. 273 de Brunschvicg, p. 71.

⁸ RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, tr. A. NEIRA, Madrid, Siglo XXI Editores, 1996, p. 85. ÍD., *Tiempo y narración*, vol. III: *El tiempo narrado*, tr. A. NEIRA, México, Siglo XXI Editores, 1996, p. 654.

⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tr. M. ARAUJO y J. MARÍAS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 1146 a (p. 104).

fiesto la atadura» que habrá que intentar «soltar». Y «los que investigan sin haberse planteado antes las aporías son semejantes a los que desconocen adónde se debe ir». Pues ante todo hay que ir a las aporías, a las que no son falaces ni gratuitas, de las que puede decirse: «estas aporías se plantean necesariamente acerca de los principios»¹⁰. Toda gran teoría las multiplica pero no puede renunciar al *logos*. Se empeña en trabajarlas aunque sepa que no tienen solución.

Ya se ve que no estamos ante artimañas, burlas del ingenio, ilusiones o arbitrariedades del pensamiento. Con expresiones de Kant puede decirse de las aporías más fuertes que «ya no se trata de ficciones ni de productos fortuitos, sino que han surgido de la naturaleza de la razón». Su hallazgo es una experiencia «perfectamente natural, obtenida sin necesidad de trenzar sutilezas ni de poner trampas artificiales», puesto que «la razón cae en ella por sí sola y, además, inevitablemente». No son episodios esporádicos pues nunca faltan situaciones que «ponen a la razón en un inevitable conflicto consigo misma»¹¹. Su fundamento está en el razonamiento más exigente. Y es irritante comprobar que no es la torpeza sino la consecuencia extremada lo que las provoca, como en esas disputas jurídicas «en las que precisamente el rigor empleado en resolverlas demostraría su insolubilidad»¹².

En todos los saberes nos encontramos con que «cuanto mayor resulta la condensación del contenido, tanto más tiene que condensarse también la implicación de lo irracional». Así «en el ascenso a grados más altos» habrá que esperar que «las aporías se hagan cada vez más densas». Y desde «la aporía fundamental» a «las aporías particulares» ni siquiera hay tranquila derivación, un sistema ordenado que permita ir poco a poco, dividiendo y venciendo. Abrupto paisaje en el que «los problemas aparentemente sencillos se dividen en una ramificada red de puntos problemáticos de índole totalmente diversa»¹³.

Es singular este rasgo de la teoría, una *hybris* aporética por la que el conocimiento suscita, paso a paso, aporías cada vez más graves, de modo que «debe pagar su progresión con el precio, cada vez más elevado, de una aporicidad creciente». Los progresos de nuestros análisis acentúan el aprieto de las propias aporías, su virulencia, mostrando una creciente inadecuación de las respuestas a las preguntas formuladas. Ninguna última palabra cuando «una aporía aún más inflexible se esconde» y «circula, en cierto modo, incluso en los intersticios de la aporética»¹⁴.

¹⁰ ÍD., *Metafísica*, edic. V. GARCÍA YEBRA, Madrid, Gredos, 1982, libro III, 995 a y 1003 a (pp. 98, 99 y 147). Recupero el término original de «aporía» en vez de la traducción propuesta de «dificultad».

¹¹ KANT, I., *Crítica de la razón pura*, tr. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1989, pp. 327, 383 y 441. Se está refiriendo aquí a las antinomias de la razón pura.

¹² BOBBIO, N., «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», en ÍD., *Contribución a la teoría del derecho*, tr. A. RUIZ MIGUEL, Madrid, Debate, 1990, p. 194.

¹³ HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, *op. cit.*, pp. 41, 47, 36 y 11.

¹⁴ RICOEUR, P., *Tiempo y narración*, vol. III, *op. cit.*, pp. 641 y 993-994.

La aporía no es anécdota: brota en el centro mismo del saber ¹⁵. Aparece por doquier y nadie puede erradicar «las grandes aporías que hay en los horizontes y en el corazón de nuestra razón». Con su virulencia la aporía arruina la lógica más segura y «alcanza de rebote los principios de identidad, contradicción y tercio excluso». En su proliferación hasta «las cuestiones más simples desembocan en la indecidibilidad». Y lo más preocupante sigue siendo que no es indicio de un razonamiento fallido pues lo que impone la aporía «es una exigencia racional más fuerte que la que exige su eliminación» ¹⁶.

Ante las grandes cuestiones inevitablemente cristaliza un «grupo aporético», una familia de tesis relevantes que se caracteriza porque hay buenas razones para aceptar cada una de ellas pero tomadas juntas son incompatibles. De este modo «una aporía da lugar a un grupo de argumentos válidos que conducen a conclusiones mutuamente contradictorias, aun cuando cada uno posee sólo tesis probablemente verdaderas como premisas» ¹⁷. Estamos sobredeterminados por la pluralidad insostenible de la aporía, desconcertados por un exceso de posibilidades disponibles, y no sólo tentados por su fuerza de atracción sino vinculados con algún grado de compromiso, quizá ineludible, con todos los miembros del grupo.

Hay que salir del atolladero y no de cualquier manera. La aporía se recrudece ante una razón que ordena ser racionales y no tolera apaños. Conmina el «imperativo hacia la razón», una exigencia ineludible de racionalidad ¹⁸. Carecemos, al menos a primera vista, de la oportunidad de ser racionales y sin embargo tenemos el deber de serlo.

La situación es muy peligrosa pues «la aporía, una vez presente, tiende a extenderse como incendio sin control a través de cualquier sistema racional». Nuestras victorias serán sólo locales pues «una especie de principio de entropía está en juego: la disonancia o fricción conceptual que quitamos en un punto es incrementada en otro». Todo lo más conseguiremos amortiguar su impacto en lugares particulares. No se puede domesticar totalmente y en algún sitio seguirá encerrada «la oscura sombra de la inconsistencia». Los éxitos nunca la eliminan sino que «en el mejor de los casos, se las arreglarán para empujarla aún más hacia el trasfondo». Hay algo que no se dejará iluminar pues todo concepto básico «tiene su penumbra de esquematismo inarticulado» ¹⁹.

¹⁵ Como reconoce MORIN, E., *El Método*, vol. IV, *Las ideas: Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, tr. A. SÁNCHEZ, Madrid, Cátedra, 1992, la aporía es cuestión decisiva: «Heráclito, Nicolás de Cusa, Pascal, Hegel, Hartmann expresaron, cada uno a su manera, la idea de que el Ser pertenece a la esfera aporética. Kant mostró que la aporía surgía inevitablemente en los fundamentos y los horizontes de la racionalidad. Después, la microfísica del siglo XX encontró la aporía en la base y el corazón de la realidad a la que aspiraba» (p. 187).

¹⁶ *Ibidem*, pp. 201, 184, 191 y 186.

¹⁷ RESCHER, N., *La lucha de los sistemas: Un ensayo sobre los fundamentos e implicaciones de la diversidad filosófica*, tr. A. GARCÍA DE LA SIERRA, México, Universidad Nacional Autónoma, 1995, pp. 36 y 38.

¹⁸ ÍD., *La racionalidad: Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, tr. S. NUCCETELLI, Madrid, Tecnos, 1993, p. 224.

¹⁹ ÍD., *La lucha de los sistemas*, op. cit., pp. 47, 110, 67 y 89.

Y téngase en cuenta que no es sólo la razón la que engendra aporías. No tienen su fuente exclusiva en el pensamiento pues también son las cosas mismas las que las provocan. La aporía no es sólo subjetiva sino objetiva. De otro modo recaeríamos en el reproche que dirigía Hegel a Kant, porque «muestra aquí demasiada ternura por las cosas»²⁰. La misma realidad se atasca y cae en el atolladero. Las ásperas dificultades de la vida social, lo que la hace inviable, la cruda realidad, no cesan de arrojarlos a la aporía.

Es cierto que no todas las aporías tienen la misma virulencia, pero conviene estar preparado para lo peor. La textura de ciertas aporías teóricas es tan áspera que no podrá suavizarse en una *unitas multiplex*. No hay que abrigar esperanzas de que *contraria sunt complementa*, ni buscar la síntesis de una *coincidentia oppositorum*. Y con las aporías prácticas más enconadas no se podrá contemporizar. No hay lugar para el acuerdo. De poco servirá la actitud diplomática que confía en dilatar el asunto y aplazarlo para un momento más oportuno, cuando quizá haya remitido y tengamos mejor conocimiento de causa. La virtud del término medio y la visión poderada no hallan el esperado equilibrio cuando la aporía se empeña en rechazar cualquier *modus operandi* y no dejar margen de maniobra.

Hay conceptos que se rompen cuando se les fuerza más allá de su resistencia. No ocurre lo mismo con las aporías más rebeldes, capaces de resistir destrozando todo lo que se les aproxima. Y ni siquiera son el límite infranqueable que nos retrotrae a lo ya conocido, el obstáculo que obliga a emprender el regreso. Clavados en la aporía, cogidos por ella, ya no hay camino de vuelta.

2. LOS ESFUERZOS APORÉTICOS DEL DERECHO

Como la aporía no es accidente transitorio, sino cualidad permanente e ineludible, hay que esperarla en el derecho. Irrumpirá tarde o temprano, y no en regiones aisladas y remotas. Elige los mejores sitios para hacerlo, el lugar crucial. Central y onnipresente, todo lo permea y puede decirse que todo asunto jurídico es parte de situaciones aporéticas. No es figura anómala sino del todo paradigmática.

Es elocuente reunir una serie de testimonios de conciencia aporética referida al derecho, tomados desde actitudes muy diferentes y en contextos variados. No es preciso homogeneizar ni clasificar. Es preferible seguir reteniendo la polisemia de la palabra aporía, que como la misma aporía no se deja dominar fácilmente, sin poder precisar su uso legítimo o abusivo. Conviene dejarla en su amenaza, tentada por su propio vértigo y desmesura, expuesta a un proceso de hiperbolización por el exceso de atracción que desencadena.

²⁰ HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tr. W. ROCES, México, F. C. E., vol. III, p. 439.

Sin duda al jurista le aguarda «la entrada en la aporética». El mismo Hartmann se preguntaba si «sabe acaso la jurisprudencia sobre qué descansa la validez de las normas de derecho vigentes». Claro está que no, pues «si se las reduce al sentimiento jurídico, su origen resulta subjetivo; si se apoya uno en su relatividad histórica, su existencia resulta accidental», de modo que «pierden el carácter de norma». No hay escapatoria y «la misma irracionalidad de los fundamentos se refleja en la relación de derecho y poder, de libertad y obligación, de exigencia de la comunidad y exigencia del individuo»²¹.

La fisonomía de los grandes asuntos jurídicos se revela aporética. Por ejemplo la libertad «tiene la forma de una autonomía de lo dependiente, o de una independencia de lo condicionado, de una absolutez de lo relativo». Como si sólo pudiera hacerse comprensible en el quiasmo, en lo incomprensible de esas líneas cruzadas. Como si el destino de la lógica jurídica no fuera sino trazar figuras que «son solamente perífrasis para explicar un residuo problemático, y de ningún modo una solución»²².

Con la rehabilitación de la tópica se hace arrancar al pensamiento jurídico de la aporía. Tras tomar en consideración un «método de trabajo aporético» el derecho se descubre como «técnica que está al servicio de una aporía». Parece incluso que «una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable». Las grandes corrientes de la metodología jurídica –en este caso la jurisprudencia de intereses– destacan por su capacidad para «poner al día las perpetuas aporías fundamentales»²³. Habrá que esperarlo todo cuando los juristas se hacen eco de «la aporética de toda situación práctica de toma de decisiones»²⁴.

El problema de la justicia es nada menos que la *Grundaporie* del derecho. Lo aporético da lugar a un lenguaje extraordinario que puede leerse del modo más radical. En el derecho «todo se orienta, de modo reiterado y concluyente, hacia la gran aporía fundamental». Fundamental no en el sentido de más importante sino de fundamentadora, de lo que atañe al fundamento, de modo que «el único momento fundacional de nuestra disciplina se encuentra en la aporía fundamental». Su impacto repercute por todas partes desestabilizando. Constituye el verdadero eje del derecho pues «lo único efectivamente permanente es la aporía fundamental». Los conceptos de la técnica jurídica «sólo pueden ser entendidos en relación con la aporía fundamental y tienen que ser analizados conforme a ella». Representa el punto de vista privilegiado pues «se tiene que dirigir la mirada hacia la aporía fundamental si se quiere comprender algo como jurista». El derecho necesita holgura y movilidad precisamente porque «tiene que

²¹ HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, op. cit., p. 22. Con explícita mención de la filosofía del derecho cfr. p. 69.

²² *Ibidem*, p. 68.

²³ VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 53, 140-142, 155-156.

²⁴ WIEACKER, F., «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik», en *Ausgewählte Schriften*, vol. II: *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*, Frankfurt am Main, A. Metzner Verlag, 1983, p. 74.

conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto de la aporía fundamental»²⁵.

El derecho se debate entre el trato igual y la producción de diferencias porque «la justicia vive precisamente en esta aporía de desigualdad-igualdad»²⁶. Y no extraña que grandes obras sobre la justicia estén trabajadas por aporías. Así ante la tesis de Trasímaco de que es preferible la vida del injusto a la del justo «en distintos momentos de la discusión a lo largo de toda la *República* se modulará esta aporía, y se intentarán diversas formas de mediación»²⁷. El mismo Trasímaco es obligado a aceptar una «tríada aporética» referida a la relación entre poder y justicia²⁸. Los diálogos platónicos se sostienen por sus antagonismos y hasta «las tesis, que, en boca de Sócrates, puedan parecer expresadas de forma apodíctica, llevan consigo, como núcleo esencial, las diversas aporías encontradas»²⁹.

Categorías decisivas para el derecho acaban convirtiéndose en fórmulas que condensan aporías. Así de la soberanía –con sus avatares históricos y su enorme proyección– se ha dicho que «es el concepto, a un mismo tiempo jurídico y político, en que confluyen todos los problemas y las aporías de la teoría positivista del derecho y del Estado». Se detectan «tres aporías en la idea de soberanía», entre las que se encuentra su conflicto irresoluble con el Estado de derecho y el moderno derecho internacional³⁰.

Desde una perspectiva pragmática aparece «la fundamentación de la obligatoriedad de las normas jurídicas como una cuestión aporética». Y le puede interesar a la dogmática saber que «los dogmas deciden aporías, pero no las resuelven»³¹. La racionalidad más depurada del formalismo jurídico es constitutivamente aporética³². Es tentador decir que la norma fundamental de Kelsen quisiera ser la gran solución al problema de la validez pero es la gran aporía: la *Grundnorm* como *Grundaporie*.

Si pensamos en una teoría general del negocio jurídico o del acto antijurídico es preciso atravesar «las aporías de la adscripción» para

²⁵ VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 144, 145, 146, 149 y 155. Pero tras las afirmaciones, comentando a Viehweg, del administrativista GARCIA DE ENTERRIA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1986, de que «siempre queda intacta e inaccesible la *Grundaporie*» (p. 57), esa justicia «siempre intacta e igualmente lejana» (p. 58), podemos temer un triunfo del reglamento.

²⁶ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 11.ª edic., México, Porrúa, 1995, p. 487, haciéndose eco de la propuesta de A. Levi.

²⁷ LLEDÓ, E., *Memoria de la Ética: Una reflexión sobre los orígenes de la teoría moral en Aristóteles*, Madrid, Taurus, 1994, pp. 247-248.

²⁸ RESCHER, N., *La lucha de los sistemas*, op. cit., p. 39.

²⁹ LLEDÓ, E., *La memoria del Logos: Estudios sobre el diálogo platónico*, Madrid, Taurus, 1990, p. 120.

³⁰ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*, tr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, Madrid, Trotta, 1999, p. 125.

³¹ SAMPAIO FERRAZ, T. (Jr.), «Pragmatische Begründbarkeit von Rechtsnormen», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXV, 2, 1979, pp. 225 y 226.

³² Cfr. por ejemplo VESTING, Th., «Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus: Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre», *Ibidem*, LXXVII, 3, pp. 348 ss.

poder decir quién ha hecho algo, qué ha hecho y por qué³³. El jurista conoce de sobra lo extraño de la capacidad de obrar, la estructura conflictiva de los mecanismos de la imputación, esquemas que tantas veces se dan por supuesto sin percibir la lógica enmarañada de la acción, el atasco del que está saliendo toda atribución de responsabilidad, los enredos en que cae. Pero rara vez lo formula como aporía. Cuenta para todo con el sujeto cuando también «el problema de la identidad constituye un lugar privilegiado de aporías»³⁴.

En el ámbito del derecho constitucional la regla de las mayorías, sólo aparentemente sencilla, lleva la aporía a la democracia. Numerosas aporías que revelan «las dificultades inherentes a la aplicación de la regla considerada únicamente como expediente técnico». El principio mayoritario «es un procedimiento que no siempre funciona (límites) y, cuando funciona, no siempre es fácil ponerlo en marcha (aporías)»³⁵. Surgen aquí obstáculos para el correcto funcionamiento de la democracia, que sin descalificarla la problematizan.

Se ha destacado «la aporía de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el Estado de derecho». Deriva del contraste entre validez y vigencia, entre las promesas formuladas por las normas y su efectiva realización. Se trata de «una aporía insuprimible en todo Estado de derecho, desconocida en el Estado absoluto». Le irrita a la vez que le dota de una fuerza especial, de una extraordinaria sensibilidad para registrar las insatisfacciones. Por obra suya «el Estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación». Aporía fascinante, que de ningún modo es la única. En un ámbito de múltiples garantías jurídicas no se puede ignorar que «las aporías del garantismo dan lugar a complejos problemas teóricos y prácticos»³⁶.

Como la Ilustración ha sido la forjadora de muchos de nuestros planteamientos al derecho le afecta una «aporía» tan desconcertante como «la autodestrucción de la Ilustración», que encierra el germen de su propia regresión. La aporía agazapada amenaza con desencadenarse e irracionalarlo todo. Se manifiesta por ejemplo en «la actual situación sin salida» de los reformadores que asumen un «aparato categorial prefabricado» que paradójicamente «refuerza el poder de la realidad existente que pretendía quebrar»³⁷.

El mismo conflicto social, con la necesidad de resolverlo pero sin caer en formas de dominación, sabiendo además que una sociedad no

³³ Cfr. RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, cit., pp. 84 ss.

³⁴ *Ibidem*, p. 132. Por ejemplo «sin haberlo previsto, Locke revelaba el carácter aporético de la cuestión misma de la identidad» (p. 122).

³⁵ BOBBIO, N., «La regla de mayoría: límites y aporías», en FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. (Ed.), *Norberto Bobbio: El filósofo y la política*, Antología, tr. J. FERNÁNDEZ SANTILLÁN y A. AURELI, México, F. C. E., 1996, pp. 272 y 277.

³⁶ FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, tr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Madrid, Trotta, 1995, pp. 866-868 y 879.

³⁷ HORKHEIMER, M. y ADORNO, Th. W., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. J. J. SÁNCHEZ, Madrid, Trotta, 1994, pp. 53 y 54.

conflictiva se volvería opresiva, se ha calificado también de aporía³⁸. Difícil reto para los ideales emancipatorios.

Textos decisivos en la configuración de nuestro destino político tienen una estructura aporética. Se les escapan sus propias distinciones y provocan interferencias, no funcionan tal como han sido programados y muestran su propia ilegibilidad. Están desarticulando la misma lógica que los anima. El *Segundo Discurso* de Rousseau «no controla la oposición entre la metáfora conceptual “estado de naturaleza” y la realidad literal de una sociedad civil, una oposición afirmada por el mismo *Discurso*». Textos inestables que sitúan al lector en una posición imposible pues «nos obligan a elegir, al mismo tiempo que destruyen los fundamentos de cualquier elección». Una obra como *El contrato social* puede considerarse «como modelo legal y contractual, pero también como la desintegración de este mismo modelo que tiene lugar tan pronto como se pone en movimiento». Sorprendentemente «recurre a los principios de la autoridad que cuestiona» y «está estructurado como una aporía: persiste en llevar a cabo lo que, según se ha demostrado, es imposible de hacer»³⁹.

La penetración de Pascal alcanza una turbadora «condensación aporética» que se manifiesta en su reflexión sobre la justicia y la fuerza, con sus dobles registros, imposible de encuadrar, indecible⁴⁰. Probablemente lo mismo podría decirse de muchos textos fundacionales del pensamiento jurídico. Se nutren de sus aporías, de las que rara vez son conscientes, que los hacen operar en planos irreconciliables, los ponen en entredicho y pervierten sus propias propuestas. Aun bajo una superficie textual homogénea cualquier palabra es cogida por otra y lleva a otra. Parecen estar condenados a decir algo muy diferente de lo que pretenden, a ser alegóricos, abriendo perspectivas insospechadas en su desconcierto. Es preciso acercarse a sus nudos de resistencia, en donde chocan con lo extraño, se desbaratan e inician su propia transformación. Buscamos en ellos el equilibrio del fundamento pero nos devuelven la amenaza de la aporía⁴¹.

Son por tanto numerosas las cuestiones jurídicas en las que viene a «imponerse, para resistir ahí, la ley de una aporía»⁴². De los grandes juristas bien podría decirse que son «los promotores de los grandes problemas fundamentales» del derecho, los que en su ámbito se empeñan en realizar «los esfuerzos aporéticos»⁴³. Toda gran teoría puede

³⁸ Cfr. MORIN, E.; *El método*, vol. II: *La vida de la Vida*, tr. A. SÁNCHEZ, Madrid, Cátedra, 1993, p. 382.

³⁹ MAN, P. de, *Alegorías de la lectura: Lenguaje figurado en Rousseau, Nietzsche, Rilke y Proust*, tr. E. Lynch, Barcelona, Lumen, 1990, pp. 172, 280, 308, 312-313.

⁴⁰ ÍD., *La ideología estética*, tr. M. ASEÑSI y M. RICHART, Madrid, Cátedra, 1998, p. 91. Cfr. pp. 99 ss. Se trata del pensamiento núm. 298 de Brunschvicg.

⁴¹ Cfr. ÍD., *Visión y ceguera: Ensayos sobre la retórica de la crítica contemporánea*, tr. H. RODRÍGUEZ y J. LEZRA, Río Piedras, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1991, pp. 115 ss.

⁴² DERRIDA, J., *Políticas de la amistad* seguido de *El oído de Heidegger*, tr. P. PEÑALVER y F. VIDARTE, Madrid, Trotta, 1998, p. 58.

⁴³ HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, *op. cit.*, pp. 6 y 51.

enorgullecerse de plantear más problemas que soluciones, lo cual es una forma de traer la aporía ⁴⁴.

Se podría pensar incluso en una *autopoiesis* de la aporía, que no pertenece al entorno de los sistemas sociales, que no es exterior sino extraña creación del propio sistema. La reducción de complejidad requiere de la generación de una complejidad interior. Podemos preguntarnos si el pensamiento jurídico no trae sus propios enredos, se instala en sus dificultades y se nutre de sus *insolubilia*. Todo sistema se apoya en su propia ceguera y por ejemplo «los objetivos y los valores» son también «puntos ciegos» del derecho ⁴⁵.

Pero conviene advertir que hablar de aporía no es un énfasis retórico para referirse sin más a problemas. Demasiado sabemos que el derecho se explica en función de la necesidad de resolver problemas, pero no todo problema –por difícil que sea– merece el nombre de aporía ⁴⁶. Un pensamiento aporético no puede conformarse con presentarse como «una técnica del pensamiento problemático», como ha hecho la tópica ⁴⁷. Ni con advertir de que «todo concepto o enunciado jurídico expresa la solución de un determinado problema jurídico y *por tanto ha de ser visto sobre ese trasfondo*» ⁴⁸. Es preciso introducir aquí un elemento dramático inherente al conocimiento, de modo que la invocación de la aporía sea una verdad dramática.

La aporía tampoco es divertimento para juristas. La imaginación calenturienta de *casus iuris* por el conceptualismo jurídico, para el que «precisamente los puntos más interesantes son los más oscuros, porque permiten a la fantasía divagar libremente» y «por eso, contar con ellos es un placer gratísimo», queda como aporía erudita o como juego ⁴⁹.

Las aporías no se reducen a acertijos para el pensamiento, rompecabezas que un lógico habilidoso podría recomponer. Han roto la lógica y nos dejan en el aire. Así la autorreferencia por la que una Constitución prevé su reforma ha dado lugar a un conocido debate, pero cuando se dice que una proposición es *very puzzling* y nos afanamos en resolver «un *puzzle* de derecho constitucional» podemos sentir más la travesura y el virtuosismo lógico que el golpe bajo de la apo-

⁴⁴ Cfr. LUHMANN, N., «Die Einheit des Rechtssystems», *Rechtstheorie*, 14, 1983, p. 143, aunque el término aporía no juega ningún papel en la teoría de Luhmann.

⁴⁵ ÍD., «¿Cómo se pueden observar estructuras latentes?», en WATZLAWICK, P. y KRIEG, P. (Eds.), *El ojo del observador: Contribuciones al constructivismo*, tr. C. PIECHOCKI, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 64.

⁴⁶ De otro modo, como ha llamado la atención GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, hacer de la aporía un eje del pensamiento jurídico sería partir de «un contenido trivial» y «erigir en pilar lo que no es sino una afirmación poco menos que banal y perfectamente evidente» (pp. 361 y 362).

⁴⁷ VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁸ CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, tr. J. A. GARCÍA AMADO, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 156, pues por más que «es provechoso tener siempre esto en cuenta», puede resultar «una obviedad» (pp. 156-157).

⁴⁹ IHERING, R. von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dicere verum*, tr. T. A. BANZHAF, Madrid, Civitas, 1987, p. 217.

ría ⁵⁰. Las aporías se plantean como algo radical que saca a la lógica de sus casillas.

Ni siquiera diríamos que son *hard cases* que, sacándonos de la rutina, encontrarán también solución dentro de los límites de lo conocido. La aporía no es cuestión embarazosa por abrir un ámbito no reglado, difícil tan sólo porque «no se puede subsumir claramente en una norma jurídica» ⁵¹. No apunta a la discrecionalidad sino a la indecidibilidad.

3. LA EXPERIENCIA DE LO IMPOSIBLE: EL PASO PROHIBIDO

La forma negativa de aporía es la *vía negativa* que nos pone sobre la pista de «lo difícil o lo impracticable», ya sea «el pasar imposible, rechazado, denegado o prohibido» o «el no-pasar», lo que «ya no tiene la forma del movimiento que consiste en pasar, atravesar, transitar» pues sería «una venida sin paso». En cualquier caso nos encontramos con «una determinada *imposibilidad* como no-viabilidad, como no-vía o camino cortado». Y quien, como Derrida, se debate en una «aporetología o aporetografía» acaba por sentir la tentación del paso prohibido, de la transgresión ⁵².

Hay figuras muy distintas de paso imposible y habrá que explorar «una lógica plural de la aporía». Puede deberse a «una impermeabilidad», a «la existencia opaca de una frontera infranqueable», de «una puerta que no se abre, o que sólo se abre bajo esta o aquella condición inencontrable, al secreto inaccesible de algún *schibboleth*». Pero también a que «no hay límite», pues «todavía no hay o ya no hay frontera que se pueda pasar, ni oposición entre dos bordes: el límite es demasiado poroso, permeable, indeterminado». Tampoco se puede pasar cuando «no hay camino», por tratarse de algo que «no tendría nada que ver con el pasar», para lo que no hay ninguna experiencia del paso, ningún desplazamiento capaz franquear un límite. Lógica de la aporía que «parece lo bastante paradójica como para que su división en múltiples figuras de la aporía no contraponga unas a otras, sino que instale el asedio de una dentro de otra» ⁵³.

En diversas formas «lo aporético siempre nos inmoviliza en el *simultáneamente* insuperable e insatisfactorio sistema de una oposi-

⁵⁰ HART, H. L. A., «Self-referring Laws», en ÍD., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 175. ROSS, D., «On Self Reference as a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78, 1969, p. 1. Pero no hay aquí sólo una cuestión especulativa y por ejemplo ALARCÓN CABRERA, C., «El “puzzle” constitucional de Ross en el marco de las reglas constitutivas», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 13, 1993, da cuenta de «quienes se han escandalizado por el riesgo constitucional que el “puzzle” podría conllevar» (p. 216).

⁵¹ DWORKIN, R., «Los casos difíciles», cap. 4 de *Los derechos en serio*, tr. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989, p. 146.

⁵² DERRIDA, J., *Aporías: Morir-esperarse (en) los «límites de la verdad»*, tr. C. DE PERETTI, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25, 32 y 34.

⁵³ *Ibidem*, pp. 42-45.

ción». Aparentemente es el momento negativo de la dialéctica, como si la aporética fuera «una dialéctica que no encuentra su senda ni su método», terrible dislocación de una «doble ley contradictoria», *double bind* que desbarata cualquier razonamiento ⁵⁴. Y todas las figuras de aporía conciernen al jurista.

Así más allá de los límites del derecho, de los viejos y nuevos *arcana iuris* y de donde las palabras del derecho se vuelven oscuras, nos encontramos con la formidable aporía del «carácter esencialmente inaccesible de la ley». Hay aporías que se despejan mediante una palabra cifrada que asegura «el derecho de paso» o «un derecho de acceso», que maneja un «poder diferencial», pues es tanto signo de pertenencia como marca de exclusión. Aleja al proscrito, garantiza «el derecho de acceso a la comunidad legítima» y hace ver la ambigüedad de toda norma de reconocimiento pensada como contraseña ⁵⁵.

La ausencia de límites o su indeterminación coloca igualmente al derecho en el atolladero. Piénsese en «el reino de la paz universal, más allá incluso del sentido kantiano que supone un derecho público interestatal». Y el derecho que quiera dominar sus límites tendrá que hacer frente a una «lógica del margen» que sirve paradójicamente para «enturbiar la línea que separa un texto de su margen controlado» ⁵⁶.

Aporía también cuando se intenta un pensamiento de lo que viene, para lo que no hay camino, de «lo arribante *como justicia*» o «para la democracia por venir». Un porvenir para el que no hay paso pero que nos pasa, que no viene necesariamente sino que quizá venga, enredándonos en «la aporía del *quizá*» ⁵⁷.

Las dobles bandas acechan al jurista. Así el *double bind* de una idea de Europa que debe «avanzar ejemplarmente hacia lo que no es ella» trastorna el derecho internacional. Y lo que hace Derrida con el análisis de la familia –incluido el derecho de familia– en Hegel se puede provocar siempre, jugando a dos columnas. Enloquece entonces «la ley del texto», la «*règle droite*» que permitiría dominarlo ⁵⁸.

Detrás de todos los lugares en donde habita el pensamiento jurídico no hay un orden preestablecido sino el desorden de lo aporético. No un principio del que extraer consecuencias sino la doble ley contradictoria por la que quedamos divididos, con obligación desdoblada, en oposiciones que todo lo desestabilizan. El camino sólo se abrirá «en la

⁵⁴ ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., p. 136. ÍD., *El otro cabo. La democracia, para otro día*, tr. P. PEÑALVER, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1992, p. 60.

⁵⁵ ÍD., «Préjugés. Devant la loi», en ÍD. y otros, *La faculté de juger*, Minuit, Paris, 1985, p. 114; ÍD., *Schibboleth. Pour Paul Celan*, Paris, Galiléé, 1986, pp. 12, 49, 51 y 109.

⁵⁶ ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 43; ÍD., *Márgenes de la filosofía*, tr. C. GONZÁLEZ, Madrid, Cátedra, 1989, p. 30.

⁵⁷ ÍD., *Espectros de Marx: El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional*, tr. J. M. ALARCÓN y C. DE PERETTI, Madrid, Trotta, 1995, pp. 42 y 189; ÍD., *Políticas de la amistad*, op. cit., p. 86. Aporía del quizá pues «si no es posible ninguna decisión (ética, jurídica, política) que no interrumpa la determinación comprometiéndose en el quizá, en revancha la misma decisión debe interrumpir aquello mismo que es su condición de posibilidad, el quizá mismo» (p. 86).

⁵⁸ ÍD., *El otro cabo*, op. cit., p. 30.; ÍD., *Glas*, Paris, Denoël/Gonthier, 1981, p. 90.

experiencia de una inadecuación o de una incalculable desproporción», en una «apelación siempre insatisfecha, más allá de las determinaciones dadas»⁵⁹.

La aporía no es una llamada a la lógica, es escándalo para la lógica. No reacciona a ninguna jerarquía normativa ni cede a ninguna dialéctica, no se deja articular por ningún metalenguaje ni se dirime desde ningún saber. Es foco de resistencia intratable. Por eso «aporía mejor que antinomia: la palabra *antinomia* se imponía hasta cierto punto, puesto que de lo que se trataba, en el orden de la ley (*nomos*), era de contradicciones o de antagonismos entre unas leyes igualmente imperativas». Pero «la antinomia merece aquí más bien el nombre de aporía, en la medida en que no es ni una antinomia “aparente o ilusoria”, ni una contradicción dialectizable en el sentido hegeliano o marxista, ni siquiera una “ilusión trascendental en una dialéctica de tipo kantiano”, sino una experiencia interminable»⁶⁰.

El término antinomia, tan familiar al jurista, anima a la posibilidad de una resolución dentro de los confines del sistema. Pero la aporía no puede comparecer ante la instancia de ninguna ley que resuelva su conflicto. Destapa la falta de legalidad en el centro mismo de la ley.

Pero a pesar de todo la palabra aporía «la entenderíamos mal si intentáramos ceñirla a su significado más literal: una ausencia de sendero, una parálisis ante el camino bloqueado, la inmovilización del pensar, la imposibilidad de avanzar, una barrera bloqueando el futuro». Por el contrario, habría que ver cómo simultáneamente «da o promete el pensar del sendero, provoca el pensar de la posibilidad misma de lo que aún permanece impensable o impensado, en verdad, imposible». No es «la negatividad estéril del atolladero» sino que «promete *a través* de su prohibición» y «*porque* paraliza, también *engendra*»⁶¹.

La aporía convoca figuras de donación y promesa, da que pensar y promete pensamiento. Y «la cuestión de la justicia, que lleva siempre más allá del derecho, no se separa ya, ni en su necesidad ni en sus aporías, de la del don». Pues «ningún sendero es posible sin la aporía del don, que no se produce sin la aporía de la promesa»⁶².

Estas remisiones poco tienen de jurídicas. Les ocurre como al contrato de los contractualistas, que sólo aparentemente es un contrato. El juego de equivalencias de la lógica del don y la vinculación a la palabra en la promesa se han hecho imposibles, irremediablemente aporéticos. Habría que tener en cuenta un pensamiento del don que da lo que no tiene e interrumpe el círculo de la restitución, y una promesa que desborda siempre la palabra dada.

⁵⁹ ÍD., *Fuerza de ley: El «fundamento místico de la autoridad»*, tr. A. BARBERÁ y P. PEÑALVER, Madrid, Tecnos, 1997, p. 48.

⁶⁰ ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 36.

⁶¹ ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., pp. 135-136 y 138; ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 61.

⁶² ÍD., *Espectros de Marx*, op. cit., p. 39; ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., p. 148. Para la aporía del don cfr. ÍD., *Dar (el) tiempo*, I: *La moneda falsa*, tr. C. de Peretti, Barcelona, Paidós, 1995, p. 127, nota 9.

Está aquí en juego algo tan paradójico como «la experiencia de la aporía», expresión ella misma aporética de un paso imposible que acopla dos términos antagónicos, la travesía y la ausencia de camino. Se trataría de moverse «no ya contra o a partir del atolladero» sino «según otro pensamiento –que tal vez tiene más aguante– de la aporía», de intentar «la prueba de pasar», de «un pasar que es a la vez imposible y necesario»⁶³.

Esta prueba no es un contratiempo insólito pues hay que preguntarse si «es posible una experiencia que no sea experiencia de la aporía»⁶⁴. Porque dondequiera que nos encontremos estaremos siempre en la aporía, fatalmente enredados en ella. Y, claro está, también como juristas. Pero no como pensaba la tópica, con un derecho que viene a salvarnos de la aporía. El mismo derecho la lleva consigo, está desgarrado por las aporías que lo constituyen.

No se trata de traspasarla sino de lograr un «aguante no pasivo», de situarse tenazmente en «resistencia» a la aporía. Precisamente «resistir la aporía» se convierte en «la ley de todas las decisiones, de todas las responsabilidades». Ninguna responsabilidad merece este nombre si no pasa «la prueba de la aporía». Habrá que «poner en marcha la aporía», en lo que se anuncia como un trabajo sin descanso, como una «experiencia interminable». Y nunca sabremos cuáles son las explosiones en cadena que guarda en reserva. Estamos ante problemas que traen al derecho una dimensión de infinitud. Problemas infinitos, claro está que no por numerosos, sino «infinitos, si se puede decir, en ellos mismos, porque exigen la experiencia misma de la aporía»⁶⁵.

No es fácil poner en marcha la aporía. Con frecuencia «la aporética es una exotérica», una argumentación que «se abre y se cierra sobre esta vía sin salida», repitiéndola en sus propios términos, sin articulación, sin desarrollo crítico. Y cuando se intenta «la recuperación dialéctica de la aporía», su presentación en forma de despliegue no es sino un desglose en donde aparece desencadenada, pero que no hace sino reafirmarla, nada más que «la repetición parafrástica de una aporía exotérica, la brillante puesta en forma de una paradoja vulgar». Los términos contradictorios planteados en la aporética se retoman y se afirman juntos en la dialéctica, realojándose en un esquema sólo en apariencia dinámico. Pero habría que arrancar, pensar otra cosa y de otra manera, en un viraje capaz de «darle la vuelta a la aporía». Intentar un pensamiento que tome el relevo, que logre escaparse saltando de la aporía, «dejándola, de golpe, en la estacada» y no explicándose ya por ella. El camino cortado puede ser el lugar en el que «la aporía provoca un brinco». O al menos se abre un espaciamiento en el

⁶³ ÍD., *Aporías, op. cit.*, pp. 31, 34, 38 y 41; ÍD., *Fuerza de ley, op. cit.*, p. 38.

⁶⁴ ÍD., *Aporías, op. cit.*, p. 34.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 36, 41, 61 y 126; ÍD., *El otro cabo, op. cit.*, p. 39; ÍD., *Fuerza de ley, op. cit.*, p. 38. Por plantearse al margen de su propia aporía habría que cuestionar «un concepto jurídico, es decir, inadecuado, de la responsabilidad» (*El otro cabo*, pp. 100-101). La axiomática jurídica de la responsabilidad «es de una fragilidad y de una grosería teórica» que lleva a denunciar su «dogmatismo oscuro» (*Fuerza de ley*, pp. 57-58).

enclave aporético, una zona de holgura entre la contradicción asfixiante. En todo caso hacer la experiencia de la aporía significará «pasar extralimitándose» o «“pasar(se)” respecto de un límite»⁶⁶. Ahí está la provocación que trae lo imprevisto.

La aporía no arruina el pensamiento jurídico sino que lo reanima y lo fuerza a que viva de sus turbulencias. Precisamente la tensión entre derecho y justicia le proporciona «su inestabilidad privilegiada». Pues «la justicia es una experiencia de lo imposible» y «no hay justicia sin esta experiencia de la aporía». En toda apelación a la justicia «las experiencias aporéticas son experiencias tan improbables como necesarias»⁶⁷. Tres aporías son ejemplos significativos de eso que se califica como «un solo potencial aporético que se distribuye hasta el infinito» en el derecho⁶⁸.

La primera provoca «la *epokhé* de la regla» y desestabiliza la aplicación del derecho. La justicia requiere «un acto de interpretación reinstaurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso». De este modo la decisión será «a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reinventarla»⁶⁹. La justicia del caso concreto es una forma de transgresión de la que no cabe proporcionar un concepto no aporético. Equidad imprescindible e impracticable que arruina la buena conciencia ante el deber cumplido.

La segunda aporía proporciona «la obsesión de lo indecible». Aquí «indecible es la experiencia de lo que siendo extranjero, heterogéneo con respecto al orden de lo calculable y de la regla, *debe* sin embargo –es de un *deber* de lo que hay que hablar– entregarse a la decisión imposible, teniendo en cuenta el derecho y la regla». Toda decisión debe pasar «la prueba de lo indecible», prueba nunca superada pues «lo indecible queda prendido, alojado» en la misma decisión, que debe guardar siempre «la memoria de la indecidibilidad» a la que pertenece⁷⁰.

La tercera se instala en «la urgencia que obstruye el horizonte del saber». La justicia no espera y la decisión «*debe ser* siempre un momento finito, de urgencia y precipitación». Hay que tomarla y no puede convertirse en consecuencia de un saber ya adquirido sino que marca una interrupción. No se puede hacer lo que se sabe y ante lo que hay que hacer no se sabe lo suficiente. Por muy vinculada que esté a normas la práctica del derecho «no viene precedida de ningún saber y de ninguna garantía»⁷¹.

Aporías como éstas ponen de manifiesto la difícil racionalidad del derecho, la contradicción interna de todo concepto normativo que

⁶⁶ ÍD., *Márgenes de la filosofía*, op. cit., pp. 73, 74 y 77; ÍD., *Aporías*, op. cit., p. 61; ÍD., «Ja, o en la estacada. Entrevista con Jacques Derrida (segunda parte)», tr. C. DE PERETTI, en ÍD., *El tiempo de una tesis: Deconstrucción e implicaciones conceptuales*, Barcelona, Proyecto A Ediciones, 1997, p. 91; ÍD., *Memorias para Paul de Man*, op. cit., p. 136.

⁶⁷ ÍD., *Fuerza de ley*, op. cit., pp. 49 y 38-39.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

⁷⁰ ÍD., *Fuerza de ley*, op. cit., pp. 54-57.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 60-61.

«implica la regla y la invención sin regla». El jurista se encuentra con lo que lleva «más allá del derecho *en* el derecho»⁷².

El lenguaje de la aporía acaba por convertirse en el único modo responsable de hablar de derecho pues «cuando la vía de paso está dada, cuando por adelantado un saber posibilita el camino, la decisión está ya tomada, lo que es tanto como decir que no hay ninguna que tomar». Tan sólo «irresponsabilidad, buena conciencia, aplicación de un programa». Pero el pensamiento jurídico nos atrapa en obligaciones dobles, consiste «en responder *de* dos leyes, o en responder *a* dos órdenes contradictorias» sin renunciar a ninguna de ellas. Una responsabilidad en nombre de la que habrá que «intentar *inventar* gestos, discursos, prácticas político-institucionales que inscriban la alianza de esos dos imperativos»⁷³. Experiencia aporética que ejerce sobre el jurista una *reductio ad impossibile*.

4. DE INVENTIONE: CONTRA LA TÓPICA

La aporética no puede conformarse con la tópica. No reclama sin más una tópica para que «podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles»⁷⁴. Una tópica para la que «no es justa la observación de que Cicerón ha dicho muchas cosas insignificantes, ya que precisamente gracias a éstas dominó en el foro»⁷⁵. La tópica se presenta como un método, un saber, una técnica. Confía en la ayuda de puntos de vista preparados de antemano, elabora catálogos de tópicos, *loci communes* que permiten salir del apuro⁷⁶. Quiere ser un saber asumible y en su pretensión de dar respuestas socialmente aceptables sólo es capaz de una creatividad limitada⁷⁷.

La tópica apenas hace la experiencia de la aporía y se apresura a caer en el lugar común. Pierde así la oportunidad de hacer estallar el tópico desde la irreductible aporía. Y no se diga que esto no es posible en el derecho, como si ya supiéramos dónde está el límite. Es preciso intentarlo para que siga habiendo pensamiento jurídico y no mera práctica del derecho. Pero para hacerlo no hay ninguna *tekhné*, ningún *ars inveniendi*.

Situándose antes que cualquier tópica, de la aporía ni siquiera diremos que abre un pensamiento problemático que haya que oponer a un

⁷² ÍD., *Passions*, Paris, Galilée, 1993, p. 24; ÍD., *Adiós a Emmanuel Lévinas: Palabra de acogida*, tr. J. Santos, Madrid, Trotta, 1998, p. 139.

⁷³ ÍD., *El otro cabo*, *op. cit.*, pp. 38, 40-41.

⁷⁴ ARISTÓTELES, «Tópicos», en *Tratados de lógica (Organon)*, tr. M. CANDEL, Madrid, Gredos, 1982, vol. I, 100 a (p. 89).

⁷⁵ VICO, G. B., «Sobre el método de los estudios de nuestro tiempo», selección, en *Vico: Antología*, edic. R. Busom, Barcelona, Península, 1989, p. 45.

⁷⁶ Cfr. VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 54, 57 y 58.

⁷⁷ ÍD., «Acerca de la tópica, especialmente en el ámbito jurídico», en *Tópica y filosofía del derecho*, tr. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, reconoce que la tópica «aspira, podría decirse, a una creatividad controlable» (p. 201).

pensamiento sistemático. La tópica pasa apresuradamente de la aporía al problema. Pero en el camino cortado de la aporía «ya ni siquiera sería posible constituir un problema»⁷⁸. Quedamos totalmente expuestos, sin protección, sin problema. No es que falte la solución, sino algo más grave: carecemos incluso de planteamiento sostenible, de pregunta válida, de un proyecto presentable. La aporía trastorna nuestras preguntas y nos obliga a reformular nuestros problemas.

La aporética no apunta como la tópica al ámbito de lo razonable sino que lleva a eso que Hartmann denominaba «lo transinteligible (lo gnoseológicamente irracional)». Aparece así un límite que se puede alejar indefinidamente pero que nunca desaparece, «un resto transinteligible» por el que «el conocimiento se trasciende a sí mismo». Ante ciertos problemas «el manejo del residuo irracional en ellos es lo que importa». Frente a la precipitación de la solución sumaria, de la resolución expeditiva, sólo queda lo que «exige el ritmo lento de la espera, el paciente proceder aporético»⁷⁹.

En el atolladero surge la posibilidad de un «*aporetische Denkweise*» del que se llega a decir que «sólo él es pensamiento crítico»; el resto es dogmática. El pensador es entonces un «administrador» de los problemas, se entrega a «la vida propia del problema», intenta «dejarse guiar» por él y persigue «una consecuencia del problema, de la aporía misma»⁸⁰.

Ésta no es la consecuencia de la lógica. El modo de pensar de la aporía exige una distinción entre pensamiento y lógica. La reabsorción lógica de las grandes aporías es imposible. No pueden superarse construyendo una metalógica ni una gran lógica, no hay una lógica superior que las integre y pueda disolverlas. Como reconoce Morin «en el límite, tanto en el espíritu humano como en la realidad, hay algo de aformalizable, alogicizable, ateorizable, ateorematicizable». La opacidad de la aporía «es el modo por el que se traducen a los ojos de nuestra razón los agujeros negros en los que se hunden nuestras coherencias lógicas». Habrá que atreverse a «contar con ella» y «servirse de ella para reactivar y complejizar el pensamiento», sabiendo que «no existen reglas lógicas o metalógicas para decidir, en esta aventura». Ésta es la propuesta de un «pensamiento complejo»⁸¹.

Una concepción para la que «el pensamiento (estratégico, inventivo, creativo) a la vez contiene y supera a la lógica». En su devenir imprevisible «sólo puede desarrollarse por sus transgresiones». Como «pone en acción la lógica, pero no es la lógica en acción», acaba por ser «translógico», capaz de «ir a través, atravesar y transgredir». Se muestra así «la necesidad, no de superar la lógica clásica, sino de jugar un doble juego entre la lógica y su transgresión» promoviendo –con los

⁷⁸ DERRIDA, J., *Aporías*, op. cit., p. 30.

⁷⁹ HARTMANN, N., *Autoexposición sistemática*, op. cit., pp. 38, 39, 21 y 78.

⁸⁰ ÍD., «Diesseits von Idealismus und Realismus», en *Kleinere Schriften*, II, Berlin, De Gruyter, 1957, pp. 282, 284, 285 y 281.

⁸¹ MORIN, E., *El Método*, vol. IV: *Las ideas*, op. cit., pp. 198 y 202.

esperanzados términos de Vico— una *scienza nuova*⁸². Baste esto para ver hasta qué punto a la lógica jurídica pertenece la transgresión y lo que está fuera de la norma.

Ricoeur dirá que «hay que ir hasta el fondo de este callejón sin salida» emprendiendo «el *trabajo de la aporía*», que «no reside tanto en resolver las aporías como en hacerlas trabajar, en hacerlas productivas»⁸³. Las fisuras que atraviesan todo el pensamiento dejan «un *intervalo de sentido* que hay que llenar». Habrá que «diseñar las vías abiertas por las aporías sucesivas» pues de la aporética «puede y debe surgir un impulso para franquear los límites impuestos». La réplica a la aporética tendrá que surgir de una *poética*, problemático intento de «reunir los *membra disjecta* de este discurso fracturado que parece responder a la aporía más fuerte»⁸⁴.

Pero no hay que hacerse demasiadas ilusiones. Los logros de la poética «constituyen una constelación significativa, sin, por ello, formar una cadena vinculante». Y así, «de una aporía a otra y de una réplica poética a otra» permanece «un entredicho que pesa» mientras se sigue suscitando «la exigencia de pensar más y de decir de otro modo»⁸⁵.

La aporética anima a una «lógica de la extravagancia». Pensamiento dislocado, trastornado por la sorpresa y dispuesto para lo no dominable que lleva a puntos de ruptura. Podemos preguntarnos si «no pensamos demasiado frecuentemente que se nos pide una decisión, cuando, a lo mejor, lo que primero se nos exige es *dejar* abrirse un campo de posibilidades inéditas». La aporía, después de habernos desorientado, nos hace explorar el espacio de lo posible. Pero «ninguna complacencia en la aporía como tal aporía debe transformar la lucidez reflexiva en parálisis consentida»⁸⁶. Habrá que actuar en ella, a pesar de ella, con ella y contra ella. Juristas aporéticos, debatiéndose con sus propios límites, sin descanso.

Ya se ha visto que para Derrida la aporía ofrece nada menos que la «experiencia de lo imposible», la verdaderamente estimulante. Provoca entonces la única invención merecedora este nombre, la «invención imposible» que se arriesga a lo que parece impracticable⁸⁷. Excita el pensamiento de lo que aún permanece impensado o impensable.

Una vez más habrá que olvidar el *ordo inventionis* de la tópica si se quiere encontrar algo interesante. La invención implica un gesto extraño y también en el ámbito jurídico «una invención supone siempre alguna ilegalidad, la ruptura de un contrato implícito, introduce un

⁸² *Ibidem*, pp. 211, 212 y 213; ÍD., *Ciencia con consciencia*, tr. A. SÁNCHEZ, Barcelona, Anthropos, 1984, p. 346; cfr. ÍD., *Introducción al pensamiento complejo*, tr. M. Pakman, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 74 y s.

⁸³ RICOEUR, P., *Tiempo y narración*, vol. III, *op. cit.*, pp. 646, 768 y 1018.

⁸⁴ ÍD., *Sí mismo como otro*, *op. cit.*, p. 103 y 120. *Tiempo y narración*, vol. III, *cit.*, p. 994. Sobre la poética cfr. pp. 777 s.

⁸⁵ ÍD., *Tiempo y narración*, vol. III, *op. cit.*, pp. 1036-1037.

⁸⁶ ÍD., *Amor y Justicia*, tr. T. DOMINGO MORATALLA, Madrid, Caparrós Editores, 1993, pp. 92-93; ÍD., *Sí mismo como otro*, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁷ DERRIDA, J.; *El otro cabo*, *op. cit.*, pp. 39, 41 y 96.

desorden». Es preciso «que la invención transgreda, para ser inventiva, el estatuto y los programas que hubiéramos querido asignarle» y de algún modo «debería producir un dispositivo de desarreglo, abrir un lugar de perturbación o de turbulencia». Otra cosa no sería sino repetición. Habrá que «reinventar la invención» pues no puede ser invención de la ley según la ley, «invención programada de programas» que no inventa nada. Necesita ser «invención de lo imposible» e «invención de lo otro». Pero –de nuevo la aporía– lo otro no se inventa: lo dejamos venir, nos lo encontramos. Invención que no inventamos sino que más bien nos inventa, también como juristas, pues «*estamos por inventar*»⁸⁸.

Estas exigencias desbordan un final de tipo decisionista, incluso el de Radbruch, para quien en sus agudas contradicciones el pensamiento jurídico «no debe propiamente decidir, sino situar ante la decisión». La invención radical se entrega aquí a una última aporía: la aporía de la decisión, que por tener que abrirse a lo desconocido se reconoce «a la vez sobreactiva y padecida», que sorprende a su agente pues es «como si le viniera de otro». No parece obra suya y «se podría incluso decir, con riesgo de escándalo, que un sujeto no puede nunca decidir nada». El sujeto clásico al que nada sucede, que cree tomar la iniciativa, ignora hasta qué punto «una teoría del sujeto es incapaz de dar cuenta de la menor decisión». En la paradoja de «una *decisión pasiva*», de «lo otro en mí, que decide y desgarrá», condensa la aporética su último vértigo⁸⁹.

Después de todo no extraña que la aporética despierte el deseo de aporías como «nudos de pensamiento que prometen *quizá* otra cosa», que «no permiten ya un desenlace analítico», que «no se dejan ya comprender por un programa», que todo lo exceden «hacia una especie de hiperaporética» en donde nos aguarda por ejemplo «otro pensamiento de lo político». Será preciso tomar a nuestro cargo la sacudida de «las nuevas aporías». Al derecho sin aporías le faltaría lo más duro, lo más resistente y lo más prometedor. Una vieja máxima jurídica advierte que *ad impossibilia nemo tenetur*. Pero el jurista se encuentra ya irremediabilmente «obligado a hablar justamente, y *de manera tan paradójica o aporética, tan imposible*, de comunidad, de derecho, de libertad, de igualdad», de tantas otras cosas⁹⁰. De todo lo que le exigimos, de lo que nos concierne. No sólo con la ley sino con la aporía, pasión del jurista.

⁸⁸ ÍD., «Psyché. Invention de l'autre», en ÍD., *Psyché. Inventions de l'autre*, Paris, Galilée, 1987, pp. 11, 33, 37, 59 y 60.

⁸⁹ RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 101; DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, *op. cit.*, pp. 61 y 56; ÍD., *Políticas de la amistad*, *cit.*, p. 87

⁹⁰ Derrida, J., *Políticas de la amistad*, *op. cit.*, pp. 224-225, 99 y 100.

Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre un debate contemporáneo

Por CARLOS I. MASSINI CORREAS

Universidad de Mendoza
C.O.N.I.C.E.T.

1. PRECISIONES PRELIMINARES

La problemática acerca de la objetividad de los principios de la normatividad jurídica y, en rigor, de la normatividad ética en general, comenzó a plantearse luego de que el pensamiento de la Ilustración pusiera en cuestión las tres fuentes habituales de la fundamentación ética: la tradición, la Revelación y la experiencia de las realidades humanas¹. Y era necesario que la cuestión se planteara, toda vez que, puestas en debate las fuentes de la objetividad ética vigentes hasta ese momento, la pendiente hacia el subjetivismo aparecía como inevitable y con él la desaparición de la ética misma –y consecuentemente del derecho– en cuanto realidad justificada racionalmente. De hecho, a partir de la Ilustración, toda una serie de pensadores, encabezados por Immanuel Kant, emprendieron la tarea de refundamentar la ética sobre bases que fueran, a la vez, objetivas e independientes de los fundamentos de la eticidad aceptados hasta ese momento. Esta empresa filosófica ha dado lugar a varios y diversos intentos de solución, propuestos por numerosos pensadores a lo largo de los dos últimos siglos; en la presente comunicación esbozaremos brevemente una sistemática de las referidas propuestas, con el propósito de que pueda servir de

¹ Vide HAMPSON, N., *The Enlightenment. An evaluation of its assumptions, attitudes and values*, London, Penguin, 1990, pp. 186 ss.

propedéutica al desarrollo *in extenso* de la temática de la objetividad de los principios eticojurídicos.

Pero antes de iniciar ese tratamiento, corresponde efectuar algunas someras precisiones acerca del sentido con que emplearemos en lo sucesivo los vocablos «principios jurídicos» y «objetividad». Comenzando con la significación de «principios jurídicos», designaremos con el vocablo «principio» a todo lo que es primero en cualquier orden; así por ejemplo, en el orden del conocimiento se consideran «principios» aquellos conocimientos de los que los demás conocimientos proceden de algún modo; en el orden de la justificación racional de las afirmaciones, se consideran «principios» aquellas proposiciones a partir de las cuales las conclusiones resultan racionalmente justificadas², y en el orden deóntico-normativo, se llamarán «principios» a aquellas proposiciones que justifican, antes que ninguna otra, la normatividad o deonticidad de las normas concretas. Dicho de otro modo, se considerarán «principios» en el orden normativo a todas aquellas proposiciones, descriptivas o deónticas, a partir de las cuales alcanzan fuerza obligatoria las normas; en el caso que nos interesa aquí, las normas jurídicas. Estos principios han de ser: i) lógicamente «anteriores» a las normas justificadas; ii) han de ser también más o igualmente universales que las normas que justifican y iii) deben revestir, al menos uno de ellos, carácter normativo, de modo de poder servir lógicamente de fundamento racional de proposiciones normativas. Así, *v. gr.*, el principio normativo de que nadie debe causar un daño a otro injustificadamente, es el que sirve de justificación racional a todas las normas concretas que establecen reparaciones o indemnizaciones en favor de quienes han sufrido un daño indebido³.

Por su parte, el término «objetivo» se utilizará en el sentido usual a partir del siglo XVIII, más concretamente a partir de la obra de Alexander Baumgarten (1714-1762), según el cual *esse obiectivum* significa las propiedades de las cosas en sí mismas consideradas, con independencia del sujeto, frente al *esse subiectivum* referido a las propiedades de las representaciones de la realidad en el sujeto cognoscente⁴. Es decir que, con la locución «objetivo», se hace referencia en este contexto a la independencia de las cualidades de ciertos objetos respecto de las percepciones, actitudes o valoraciones del sujeto. Así, por ejemplo, el carácter de cuadrúpedo de un caballo será una cualidad «objetiva» y no meramente «subjetiva» o elaborada por el sujeto. En el orden deóntico normativo, esto significa que al hablar de la obligatoriedad

² Vide MOYA, P., *El principio del conocimiento en Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1994, y PONFERRADA, G. E., «Los primeros principios», en *Sapientia*, núm. 133-134, Buenos Aires, 1979, pp. 171-206.

³ Vide acerca de los principios jurídicos en una perspectiva más específica y determinada: DELGADO BARRIO, J. y VIGO, R., *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

⁴ Vide GARCÍA MORENTE, M., *Diccionario de Filosofía*, t. 3, Madrid, Alianza, 1979, pp. 2404 ss., y BARRIO GUTIÉRREZ, J., Voz «Objetivismo», en *Gran Enciclopedia Rialp*, t. 17, Madrid, Rialp, 1981, pp. 166 ss.

«objetiva» de las normas, se hace referencia a que ellas no reciben su fuerza obligatoria o su contenido, o ambos, de la mera creación del sujeto, sino que, de algún modo, ellas provienen de una realidad independiente del sujeto mismo. De este modo, la justificación objetiva de normas y principios supone una cierta independencia de las fuentes de la obligatoriedad normativa respecto de las opiniones o de las meras construcciones racionales del sujeto.

Además, cabe consignar que, en esta objetividad deóntica, es posible distinguir al menos dos «grados» o niveles: el que podemos llamar de objetividad «fuerte» y el que denominaremos como de objetividad «débil». Ha escrito a este respecto Evandro Agazzi que es necesario distinguir dos significados en el término «objetividad»: «un primer sentido es el siguiente; objetivo es “aquello que no depende del sujeto”. Es un significado corriente, aún en el nivel del discurso ordinario. Pero aun siendo el más corriente, se trata de un sentido traslaticio porque, aunque sea atendiendo sólo a la simple etimología, debemos decir que objetivo quiere decir “aquello que inhiere al objeto”. Además, si se reflexiona un instante, se puede encontrar una relación de dependencia lógica entre estos dos sentidos de la objetividad. En efecto, si asumimos la objetividad “en sentido fuerte”, es decir, en aquel que designa a la objetividad como inherencia al objeto, podemos derivar de él la objetividad “en sentido débil”, observando que si una característica inhiere en el objeto, luego ella será independiente del sujeto»⁵.

2. SISTEMÁTICA DE LAS DIVERSAS POSICIONES

Luego de las precisiones efectuadas, estamos en condiciones de comenzar la sistematización de las diversas concepciones existentes en punto al tema de la objetividad jurídica. A ese efecto, tomaremos como punto de referencia la clasificación que sugiere Robert Alexy de las diferentes posiciones existentes acerca de la razón práctica, ya que ellas resultan ser paralelas y estrechamente vinculadas a las posiciones respecto de la objetividad jurídica. Escribe Alexy en este punto, que «en la discusión actual, compiten sobre todo tres concepciones de la razón práctica o de la racionalidad práctica que, tomando como punto de referencia los modelos históricos, pueden ser llamadas la “aristotélica”, la “hobbesiana” y la “kantiana”. Si a esto se suma la posición de crítica radical del concepto de razón práctica sostenida por Nietzsche, se obtiene un común denominador de estas concepciones (...). De lo que se trata –concluye– es del fundamento normativo de la convivencia humana y de la autocomprensión del individuo y de la sociedad»⁶.

⁵ AGAZZI, E., «Analogicità del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell'oggettività delle scienze umane», en AA.VV., *Epistemologia e scienze umane*, ed. Vittorio Possenti, Milano, Editrice Massimo, 1979, pp. 69-70.

⁶ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. M. SEÑA, Barcelona, GEDISA, 1994, p. 133.

Tomando entonces esta clasificación como modelo analógico, será posible distinguir cuatro posiciones principales en lo que respecta a la objetividad de los principios jurídicos, las que a su vez repercutirán en las soluciones propuestas para toda una serie de problemas filosófico-jurídicos conexos, soluciones a las que haremos referencia al final de la presente comunicación. Estas cuatro posiciones pueden esquematizarse del siguiente modo:

a) *posiciones irracionalistas*: estas posiciones, emparentadas genéticamente con la llamada «trinidad *non sancta*»: Marx, Nietzsche, Freud, y expresadas contemporáneamente sobre todo por el posestructuralismo francés, niegan categóricamente el valor cognoscitivo de la razón, al menos tal como se ha manifestado hasta nuestros días y, consecuentemente, rechazan *in limine* la noción misma de razón práctica; para estos autores, la razón no tiene nada que hacer en el ámbito de las relaciones jurídicas, las que no son sino la canonización enmascarada de relaciones de mero poder, de pulsiones eróticas o de intereses económicos. Por supuesto que, en este marco, no queda lugar para ninguna pretensión de objetividad de principios jurídico-normativos, que no vienen a resultar sino meras construcciones de una razón dominadora, manipuladora y deformadora de la realidad. A la pretensión de objetividad de la razón jurídico-práctica, los distintos irracionalismos oponen la necesidad de una tarea crítica y desenmascaradora, que ponga en evidencia su carácter ideológico, favoreciendo, de ese modo, los procesos emancipadores o liberadores. En resumen: la pretendida objetividad de la razón práctico-normativa y de sus principios no es sino un simple engaño, destinado a encubrir estructuras de dominación y manipulación, frente a las cuales sólo cabe una praxis crítica y desenmascaradora ⁷;

b) *posiciones instrumentalistas*: si bien Alexy llama a este conjunto de posiciones «hobbesianas», nos parece más acertado calificarlas de «humeanas», ya que es este último pensador quien, a partir del conocido «slave passage», descartó formalmente la noción de razón práctico-normativa, dejando lugar sólo a una racionalidad de carácter instrumental, destinada al cálculo de los medios convenientes para el logro de unos fines establecidos irracionalmente, a través de sentimientos, elecciones o artificios ⁸. La corriente heredera del pensamiento de Hume, el positivismo jurídico, sostuvo coherentemente la imposibilidad de establecer de modo racional, y menos aún racionalmente objetivo, los fines, valores o bienes jurídicos, reduciendo el ámbito de la racionalidad jurídica al estudio de la coherencia, consistencia y pureza lingüística de los sistemas jurídico-positivos. De este modo, puede decirse que todo positivismo jurídico consistente debe defender una

⁷ Vide un ajustado resumen de estas doctrinas en: PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Teorías críticas del derecho», en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA, Madrid, Trotta, 1996, pp. 87 ss. Vide la crítica de estas doctrinas en: MASSINI CORREAS, C. I., «La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. LXXIV-4, Milano, 1997, pp. 635 ss.

⁸ Vide MASSINI CORREAS, C. I., «La matriz ilustrada de la justicia en el pensamiento de David Hume», en prensa en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 18, Buenos Aires, 1999.

posición escéptica respecto de la posibilidad de conocer objetivamente principios jurídico-normativos; ésa es la posición defendida por Eugenio Bulygin, quien se declara «extremadamente escéptico» acerca de la existencia de principios normativos objetivamente verdaderos y accesibles al conocimiento humano ⁹;

c) *posiciones trascendental-constructivistas*: estas corrientes de pensamiento se sitúan claramente, aunque no siempre de un modo explícito, en el marco de la herencia kantiana ¹⁰, y están movidas por el propósito declarado de evitar las consecuencias desfundadoras, escépticas e irracionalistas a que se ven abocadas las soluciones críticas y positivistas. Sus temas fundamentales son dos: la teoría de la justicia política y la fundamentación de los derechos humanos, y ambos hacen necesaria la búsqueda de alguna forma de objetividad transpositiva, ya que, de lo contrario, su pretensión valorativo-normativa se vería reducida o minimizada en clave decisionista o simplemente emotivista. Pero por otro lado, estas posiciones son herederas decididas de la Ilustración kantiana y, por ese motivo, han renunciado –o lisa y llanamente desechado– la posibilidad de obtener la objetividad de los juicios práctico-normativos a partir del conocimiento de las estructuras de la realidad, en especial de las realidades humanas. De este modo, la objetividad de los principios de la justicia o de la fundamentación de los derechos humanos, recaban necesariamente su objetividad de alguna forma de transubjetividad, sea ésta dialógica, procedimental, consensual o pragmático-trascendental. Y en casi todos los casos, estos procedimientos de búsqueda de una objetividad meramente transubjetiva, adquieren carácter constructivo, es decir, el de un dispositivo elaborado a partir de ciertas decisiones humanas, testeadas posteriormente por algún procedimiento de transubjetivización.

Una cuestión relevante en este contexto es la de saber si estas concepciones pueden ser consideradas cognitivistas o, por el contrario, estamos en presencia de no-cognitivismos eticojurídicos. En este sentido, si se considera –siguiendo aquí a Robert Hartmann– como no-cognitivistas a quienes niegan las dos siguientes proposiciones: i) hay valor y ii) el valor es cognoscible ¹¹, parece claro que estos autores: Dworkin, Rawls, Nino, Van Parijs, Perelman, etc., deben ser considerados indudablemente como cognitivistas; conforme a la clasificación efectuada por el mismo Hartmann, se tratará de «cognitivistas no-naturalistas» ¹², es decir, que niegan la posibilidad de un conocimiento por correspondencia con estructuras constitutivo-normativas de la realidad, pero que suponen la posibilidad de una cierta aprehensión o captación racional en el ámbito normativo-valorativo;

⁹ BULYGIN, E., «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?», en AA.VV., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ed. R. Vázquez, Barcelona, GEDISA, 1998, p. 221.

¹⁰ Vide MASINI CORREAS, C.I., «La concepción “deontológica” de la justicia: el paradigma kantiano», en prensa en el *Anuario de la Facultad de Derecho*, La Coruña, 1999.

¹¹ HARTMANN, R. S., *El conocimiento del bien. Crítica de la razón axiológica*, México, FCE, 1965, p. 37.

¹² *Idem*, p. 38.

d) *posiciones realistas*: estas posiciones siguen en líneas generales la matriz aristotélica y, conforme a ella, sostienen la posibilidad de conocer las dimensiones fundamentales del bien o perfección humana y de dirigir racionalmente, por medio de la razón práctico-normativa, las praxis humanas hacia ese fin ¹³. Desde esta perspectiva, las normas y principios jurídicos pueden alcanzar una objetividad «fuerte», es decir, fundada en la «naturaleza de las cosas humanas», donde la transubjetividad o independencia de la subjetividad es máxima y el papel de la realidad objetiva en la configuración de los contenidos y formas de la eticidad y de la juridicidad resulta decisiva. En estos casos nos encontramos en presencia de posiciones denominadas «naturalistas» ¹⁴, en la medida en que suponen una remisión a la naturaleza de las realidades humanas para el conocimiento de principios, normas o valores. Por supuesto que estas doctrinas son clara y decisivamente «cognitivistas», toda vez que suponen la posibilidad de alcanzar un conocimiento verdadero, tanto de los fines humanos, como de los medios para alcanzarlos.

Ahora bien, para la mayoría de estas doctrinas ¹⁵, el conocimiento práctico difiere del especulativo o teórico toda vez que no existe, en materias práctico-normativas, una «correspondencia» estricta con una realidad moral dada ¹⁶, tal como la que existe entre el conocimiento teórico de la animalidad de la oveja y la oveja misma. Dicho de otro modo, para estos pensadores no existen en la realidad anterior al conocimiento humano «hechos morales» en tanto que morales, es decir, directivos de la conducta humana hacia su perfección; por el contrario, sólo por la mediación de la razón, más concretamente de la razón práctica, los datos de la realidad objetiva pueden fundamentar proposiciones normativas del obrar humano. No se trata aquí de que sea sólo la razón la que «decide» y «construye» la bondad o justicia de un acto ¹⁷, como ocurre en las propuestas constructivistas, sino de que la razón, constitutivamente vinculada a la realidad objetiva, formula, a partir de los datos de esa misma realidad, las directivas éticas de la vida humana. En otras palabras, la razón directiva de la conducta humana es una razón con fundamento en la realidad, lo que no significa que conozca sus proposiciones por correspondencia con unos supuestos «hechos morales»; por lo tanto, hay en la razón práctica –siempre desde esta

¹³ Vide SOAJE RAMOS, G., «Filosofía práctica, razón práctica y teleología», en *Ethos*, núm. 23-25, Buenos Aires, 1997, pp. 245 ss.

¹⁴ Vide SIMPSON, P., *Goodness and Nature*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 135 ss.

¹⁵ Vide sobre la diversidad de doctrinas realistas, aún dentro de la vertiente tomista: Bourke, V., «Recent Thomistic Ethics», en AA.VV., *New Directions in Ethics*, ed. J. P. DE MARCO y R. M. FOX, New York, Routledge & Kegan Paul, 1986, pp. 58-72.

¹⁶ Vide VERNENGO, R., «On the Logical Interpretation of Legal Sentences», en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 2/1993, Wiesbaden, 1993, pp. 8-9.

¹⁷ Vide GAUT, B., «The Structure of Practical Reason», en AA.VV., *Ethics and Practical Reason*, ed. B. GAUT, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 161-188; allí escribe: «El modelo *constructivista* o *conferidor-de-sentido* de la razón práctica, sostiene que el bien es simplemente constituido como el objeto de una elección racional - que lo que *hace* a algo bueno es el que se trata del objeto de una elección racional»; p. 162.

perspectiva -una dimensión constructiva o constitutiva, pero se trata siempre de una razón no *meramente* constructiva, sino que formula sus proposiciones a partir de la aprehensión de las estructuras de la realidad extramental.

En estrecha vinculación con lo anterior, está la cuestión de las diversas posiciones de los autores realistas respecto del valor lógico y gnosológico de la llamada «ley de Hume», es decir, de la regla según la cual no es posible inferir proposiciones normativas *sólo* de proposiciones descriptivas de estados de cosas ¹⁸. Según una primera posición, sostenida por autores como John Finnis, Robert P. George y Georges Kalinowski, la «ley de Hume» tiene un auténtico valor lógico, en razón de que no se trata sino de una aplicación especial de la regla lógica según la cual en la conclusión de una inferencia no puede aparecer nada -en este caso la normatividad- que no se halle antes en las premisas. Pero para estos autores, a pesar de su innegable valor lógico, este paralogismo resulta superado en razón de la existencia de un primer principio práctico autoevidente, supuesto en todos los razonamientos práctico-normativos, que otorga una legítima normatividad a las inferencias prácticas que incluyen proposiciones descriptivas de las realidades humanas ¹⁹.

Por el contrario, toda una serie de autores, entre los que se cuentan Henry Veatch, Ralph McInerny y Russell Hittinger ²⁰, afirman que la «ley de Hume» no reviste el carácter de una ley lógica, en razón de que es posible inferir proposiciones normativas a partir del conocimiento de la realidad, siempre que se acepte -tal como lo hacen estos pensadores- que la realidad objetiva está «cargada de valor» o de «propiedades disposicionales», es decir, que en su conocimiento se contienen de modo implícito afirmaciones acerca de la bondad o maldad de los actos humanos. Para estos autores, Hume habría formulado su doctrina a partir de una concepción reductiva y empobrecida de la realidad, que le habría impedido ver la carga normativa que es posible descubrir en la realidad humana. Según Anthony Lisska, «el problema de la relación hecho/valor aparece en la filosofía moderna porque una ontología de propiedades simples reemplazó la hasta entonces prevaleciente ontología aristotélica de las propiedades disposicionales» ²¹. En otro lugar hemos desarrollado varias objeciones a esta interpretación, por lo que no resulta necesario reiterarlas en este contexto ²².

¹⁸ Vide MASSINI CORREAS, C. I., *La falacia de la «falacia naturalista»*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1994.

¹⁹ Vide MASSINI CORREAS, C. I., «La nueva escuela anglosajona del derecho natural», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 41, Valparaíso-Chile, 1996, pp. 371-392.

²⁰ Vide una síntesis de esta posición, en: VEATCH, H., «Natural Law and the «Is-Ought» Question: Queries to Finnis and Grisez», en *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, Washington, CUA Press, 1990, pp. 293 ss.

²¹ LISSKA, A., *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 198.

²² Vide nota 19.

3. IMPLICACIONES SISTEMÁTICAS DE LAS DIVERSAS POSICIONES

Una vez expuestas sintéticamente las posiciones centrales respecto del problema de la objetividad de los principios jurídicos, resulta pertinente analizar cuáles resultan ser las implicaciones de cada una de ellas respecto de varios problemas nucleares de la Filosofía del Derecho, en especial los siguientes: i) el de las relaciones entre derecho y moral; ii) el de su relevancia en la división iuspositivismo-iusnaturalismo; y iii) el del valor de la objetividad jurídica que proponen y su consiguiente fuerza de justificación deóntica. Los analizaremos sucesivamente, para efectuar a continuación un breve balance valorativo de cada una de las posiciones estudiadas y sus consecuencias:

1. Respecto de las relaciones entre derecho y moral:

a) en este punto, las *teorías críticas* no demuestran un especial interés en la división, ya que tanto el derecho como la moral no son para ellas sino superestructuras de opresión o artificios de enmascaramiento de estructuras de dominio, entre las cuales no tiene mayor relevancia establecer diferencias o similitudes²³. Frente a estas superestructuras, la única tarea legítima es la de un análisis arqueológico-crítico-desenmascarador, que haga evidentes las reales relaciones de poder que subyacen a todas las estructuras normativas –jurídicas y morales– y las explican²⁴;

b) por su parte, las propuestas *iuspositivistas* defienden la inexistencia de relaciones constitutivas o intrínsecas entre el derecho y la moral, defendiendo una objetividad positiva para el derecho y una absoluta falta de objetividad de la moral. Respecto de esta última, Norbert Hoerster escribe que, «en el caso que analizamos, es decir, el de la realidad objetiva de los valores y las normas, un examen de este tipo (detallado y crítico) conduce a un resultado negativo»²⁵; dicho de otro modo, el escepticismo ético es un elemento constitutivo de toda actitud positivista consecuente²⁶; este escepticismo puede ser más o menos fuerte, tal como el va desde Bulygin a Hoerster, pero debe encontrarse siempre presente²⁷. El otro elemento es la concepción de la objetividad-validez del derecho, a través del sólo criterio de la pertenencia de las normas a

²³ Vide KOZIEKI, E., «Discurso jurídico y discurso psicoanalítico» en AA.VV., *El discurso jurídico*, Buenos Aires, Hachette, 1982. Vide asimismo: BARCELLONA, P., *Posmodernidad y Comunidad*, trad. J. R. CAPELLA et alii, Madrid, Trotta, 1992, pp. 48 ss.

²⁴ Vide FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, trad. E. LYNCH, Barcelona, Gedisa, 1984, pp. 61 ss.

²⁵ HOERSTER, N., «Ética jurídica sin metafísica», en AA.VV., *Derecho y Moral*, op. cit., p. 226.

²⁶ Vide BULYGIN, E., «Validez y positivismo», en *Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, t. I, La Plata, 1987, p. 244.

²⁷ Vide GARZÓN VALDÉS, E., «Derecho y moral», en AA.VV., *Derecho y Moral*, op. cit., pp. 37 ss.

un sistema jurídico-normativo determinado, criterio que no ha de incluir consideraciones de tipo ético-valorativo. De este modo, el iuspositivismo, manteniendo una absoluta relatividad –no-objetividad– de las normas éticas y una objetividad-validez de las normas jurídicas positivas por razones de mera admisibilidad formal en un sistema, considera al derecho y a la ética, tal como lo afirma Ulises Schmill, «como dos órdenes entre los cuales hay, formalmente hablando, solución de continuidad, *i. e.*, un abismo infranqueable»²⁸. Esto no supone que el iuspositivismo no pueda aceptar una relación fáctica y contingente con la moralidad positiva de una comunidad; pero ningún positivismo consecuente puede proponer algún tipo de vinculación constitutiva, intrínseca o necesaria entre el derecho y la eticidad. En una posición singular se hallan iusfilósofos como Werner Krawietz, para quienes la insuficiencia de la legislación positiva estatal como instrumento de regulación social, hace necesaria una referencia constitutiva del derecho a sistemas normativos sociales extralegislativos; pero estos sistemas normativos revisten carácter fáctico, no crítico, por lo que la posición de Krawietz puede ser catalogada, aún en contra de su propia opinión, como iuspositivista²⁹; por otra parte, Krawietz defiende claramente una posición no-cognitivista en cuanto al contenido de normas y valores, con lo que se reafirma su opción iuspositivista³⁰;

c) por su parte, el amplio conjunto de concepciones *transcendental-constructivistas*, sostiene de diversas maneras la tesis de la vinculación intrínseca o necesaria entre el derecho y los principios éticos; así por ejemplo, Dworkin afirma que ciertos principios morales forman parte integrante del derecho, junto con las reglas sancionadas positivamente³¹; Alexy defiende la existencia de una relación necesaria entre derecho y moral, en especial si en el concepto de moral se incluyen los derechos básicos y los principios de la democracia³²; Neil MacCormick mantiene que la regulación jurídica de cualquier comunidad debe comprender o abarcar los que denomina «deberes de justicia», que son deberes morales, pero sólo parte de la moralidad³³; y finalmente, Lon Fuller defiende la «moralidad del derecho», es decir, una continuidad estructural que va desde los deberes estrictamente jurídicos hasta las más elevadas exigencias de la ética de perfección, sobre la base de ciertos requerimientos procedimentales del derecho que revisten carácter ético, así como de una exigencia moral mínima de contenido que todo derecho debe respetar: la de abrir, mantener y preservar los canales de

²⁸ SCHMILL, U., «Derecho y moral: una relación externa», en AA.VV., *Derecho y Moral*, *op. cit.*, pp. 285-286.

²⁹ Vide KRAWIETZ, W., *El Concepto Sociológico del Derecho y otros ensayos*, trad. E. GARZÓN VALDÉS *et alii*, México, Fontamara, 1992, *passim*.

³⁰ *Idem*, pp. 64 ss.

³¹ Vide DWORKIN, R., «Is Law a System of Rules?», en AA.VV., *The Philosophy of Law*, ed. R. DWORKIN, Oxford, Oxford U. P., 1977, pp. 38 ss.

³² Vide ALEXY, R., «Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral», en *Derecho y Moral*, *op. cit.*, pp. 132-133.

³³ Vide MACCORMICK, N., «En contra de la ausencia de fundamento moral», en *Derecho y Moral*, *op. cit.*, pp. 177 ss.

comunicación entre los hombres ³⁴. La característica distintiva de estas doctrinas radica en el carácter no-realista o trascendental-constructivo de los principios morales que se consideran como parte integrante de la realidad jurídica; en otras palabras, la fundamentación de los principios jurídicos se realiza sin una referencia constitutiva a la condición o naturaleza humana, a fines o bienes humanos básicos o a ciertas estructuras sociales consideradas intrínsecamente perfectivas del hombre. Pero más allá de esta nota común, existen entre estas doctrinas diferencias relevantes, en especial en lo que se refiere a la función o incidencia de los principios éticos transpositivos en la determinación del derecho concreto. Estas posiciones van desde aquellas que defienden una incidencia real y decisiva de los principios éticos en las soluciones jurídicas concretas, tal como en el caso de Dworkin o Alexy, para quienes la oposición a principios morales puede privar de validez a ciertas normas positivas, hasta aquellas que, aún afirmando la conexión conceptual entre derecho y eticidad, no le otorgan a ésta última ninguna función efectivamente conformadora de las decisiones jurídicas, tal como es el caso de Joseph Raz, al menos en alguna de sus obras ³⁵. Pero entre estos autores no se llega nunca, al menos hasta donde tengo conocimiento, a la negación del carácter jurídico de sistemas jurídicos completos sólo en razón de su contradicción con ciertas normas morales; en esos casos se estaría frente a un derecho injusto, pero que, no obstante, seguiría siendo derecho;

d) finalmente, las doctrinas *realistas* sostienen la tesis de una continuidad entre derecho y moral dentro de un único orden ético, es decir, del orden normativo de la conducta libre dirigido a hacer posible la perfección humana. Esto supone la aceptación de la existencia de principios *jurídicos* no positivos de carácter ético y que, por lo tanto, la distinción entre derecho y moral personal no es sino una distinción específica dentro del género superior de la eticidad. Esta distinción, según la mayoría de los autores se realiza según dos tipos de criterios: i) intrínsecos o *ex forma* y ii) extrínsecos o *ex causa* ³⁶. El criterio intrínseco fundamental es que al derecho corresponde sólo la regulación de lo que se debe estrictamente en materia de justicia, es decir, de la regulación del obrar humano exterior, referido a otro sujeto jurídico, objetivamente debido por una exigencia de bien común y en principio coercible; por su parte, la moral personal, si bien manda cumplir con los deberes de justicia, también manda o aconseja la realización de otras

³⁴ Vide FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven & London, Yale U. P., 1969, p. 186 y *passim*.

³⁵ Vide RAZ, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 146 ss. En una obra posterior (*The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988), Raz propone un principio perfeccionista de organización social, «el principio de autonomía», pero no tematiza expresamente la cuestión que estamos tratando.

³⁶ Vide para estos criterios de distinción y su relación recíproca: GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. C. LÉRTORA MENDOZA, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 43 ss., así como LACHANCE, L., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1959, pp. 122 ss.

exigencias de la perfección humana, propias de la sobriedad, el coraje, la generosidad u otras virtudes éticas. Por otro lado, el criterio que hemos denominado «extrínseco», hace referencia a la recepción de las exigencias éticas por parte de la legislación positiva, en cuyo caso pueden darse tres posibilidades ³⁷: i) que la ley positiva prescriba el cumplimiento de una conducta intrínsecamente justa, como la devolución del depósito, en cuyo caso la vinculación de la ética con la moral es de concordancia; ii) que la ley positiva prescriba el cumplimiento de una conducta éticamente neutra o irrelevante, como circular por la derecha, en cuyo caso la vinculación del derecho con la moral es contingente; y iii) que la legislación positiva prescriba la realización de una conducta éticamente incorrecta, como la tortura, en cuyo caso la vinculación del derecho con la moral es de contradicción.

La principal cuestión que se plantea en este tercer caso es la de saber si, siempre en clave realista, esa legislación continúa siendo jurídica, es decir, derecho normativo. El punto de referencia habitual dentro del realismo jurídico es la conocidísima frase de Agustín de Hipona, en la que el teólogo africano dice: «Pues a mí me parece que no es ley la que no es justa» (*Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit*) ³⁸. Ahora bien, además de que la afirmación agustiniana tiene claramente el carácter de un parecer personal y de que Agustín afirma a renglón seguido que la ley puede tolerar males menores para evitar los mayores y que la ley, «dada para el buen gobierno del pueblo», autoriza legítimamente actos que son contrarios a la moral personal ³⁹, es bien sabido que la más conocida interpretación de ese texto, la de Tomás de Aquino, introduce en él algunas matizaciones y precisiones; según la más importante de éstas, la ley que prescribe la realización de actos injustos (*v. gr.*, la tortura) o prohíbe la realización de actos justos (*v. gr.*, a la madre dar a luz a su hijo), deja de ser ley en su significación central o primera significación analógica, es decir, ley pura y simplemente (*simpliciter*), pero sigue siendo ley en un sentido secundario o menos propio (*secundum quid*), *v. gr.*, en cuanto perteneciente a un orden jurídico en general justo, es decir, ordenado al bien común; y también ha de considerarse jurídica en cuanto tal ley impropia debe ser obedecida en la mayoría de los casos, con el fin de evitar el caos social o la anarquía ⁴⁰. No obstante la complejidad, riqueza e influencia de esta interpretación tomista, no corresponde que nos extendamos más sobre ella, por obvias razones de pertinencia y espacio.

³⁷ Estos casos se refieren a las normas prescriptivas; una clasificación similar puede hacerse con referencia a las normas prohibitivas; *vide* KALINOWSKI, G., *La logique déductive*, Paris, PUF, 1996, pp. 135 ss.

³⁸ AGUSTÍN DE HIPONA, *Del libre albedrío*, en *Obras Completas*, ed. E. SEIJAS, Madrid, BAC, 1971, p. 225.

³⁹ AGUSTÍN DE HIPONA, *Idem*, p. 227.

⁴⁰ *Vide* FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 363 ss., así como: Aquinas. *Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford U. P., 1998, pp. 260 ss. Una interpretación similar es la que efectúa Ernesto GARZÓN VALDÉS, en «Derecho y moral», *op. cit.*, pp. 20-21.

2. Respecto de la división iusnaturalismo-iuspositivismo:

A los efectos de analizar la respuesta de las diversas posiciones en este punto, precisemos ante todo que consideramos iuspositivista a toda doctrina jurídica que mantiene la siguiente tesis central: «*todo* derecho es derecho positivo»⁴¹, o bien: «*toda* norma o principio jurídico tiene fuente positiva»; por el contrario, es posible calificar como iusnaturalista a la doctrina que defiende la tesis de que «*al menos una* norma o principio jurídico tiene fuente no positiva o crítica»⁴². Debemos agregar que conforme a esta división, el iuspositivismo reviste el carácter de una versión del no-cognitismo ético-jurídico, mientras que el iusnaturalismo resulta ser una forma de cognitismo ético-jurídico. Es cierto que existe al menos otra propuesta acerca de la división, aquella efectuada por Carlos Nino, y según la cual es iusnaturalista sólo aquella doctrina que no sólo acepta la existencia de principios transpositivos, sino que también afirma que cualquier normatividad jurídica que no satisface estrictamente esos principios, no puede ser calificada de «derecho»⁴³. Esta caracterización adolece de dos defectos fundamentales: i) que se trata de una caracterización vacía, ya que ni siquiera el santo Agustín tendría cabida en ella; y ii) que designar como positivistas a quienes aceptan la existencia de principios jurídicos transpositivos de carácter crítico, aparece como abusivo. Por lo tanto, aceptaremos el primer criterio de división, y estudiaremos brevemente la categorización de las diversas corrientes de acuerdo a ese criterio:

a) las denominadas corrientes *críticas* se colocan a sí mismas fuera del marco de la división propuesta, ya que consideran tanto a las propuestas iuspositivistas como iusnaturalistas como meras encubridoras de relaciones de poder o dominio social; escribe en este sentido Cárcova, que «Los grandes paradigmas jurídicos de la modernidad (iusnaturalismo/iuspositivismo) no sólo tienen una visión matematizante como común fundamento epistemológico (...); también coinciden en una cierta absolutización de lo jurídico, cuya naturaleza histórica y mutable queda velada, con fundamento en Dios, en la Naturaleza o en la Razón, en el primer caso; o con fundamento en una hipótesis gnoseológico-trascendental, una norma de reconocimiento o una ficción, en el segundo»⁴⁴. Las teorías críticas, tanto en sus versiones más revolucionarias, como en las que proponen un «uso alternativo del derecho», otorgan al derecho un mero valor funcional en orden a la dominación social y propugnan su crítica en nombre de la emancipación o liberación. Ahora bien, si otorgamos a este principio de emancipación o liberación el carácter de un principio transpositivo, podríamos considerar

⁴¹ BULYGIN, E., «Validez y positivismo», *op. cit.*, p. 244.

⁴² Vide SOAJE RAMOS, G., «Diferentes concepciones de derecho natural», en AA.VV., *El iusnaturalismo actual*, ed. C. I. MASSINI CORREAS, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 345.

⁴³ Vide NINO, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 24.

⁴⁴ CÁRCOVA, C. M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 161.

a estas teorías como iusnaturalistas, conforme al criterio de división propuesto; pero esta clasificación sería rechazada por los mismos críticos, quienes se consideran superadores de esa división; dejémoslos entonces fuera de ella y sigamos adelante;

b) es evidente que las posiciones *instrumental-positivistas* aceptan con mayores o menores matices la tesis iuspositivista y, por lo tanto, deben ser colocados en ese extremo de la división; además, todos ellos adhieren decididamente al no cognitivism ético-jurídico; y como, por otra parte, los autores pertenecientes a esa corriente se consideran a sí mismos como iuspositivistas, no parece necesario efectuar más consideraciones o argumentaciones a ese respecto;

c) en lo que concierne a las doctrinas *trascendental-constructivistas*, ya hemos visto que todas ellas aceptan la existencia de ciertos principios ético-críticos en el ámbito de lo jurídico y son de algún modo defensoras del cognitivism ético, por lo cual parece que deberían ser caracterizadas como iusnaturalistas. Es cierto que muchos de ellos no aceptan esa denominación, en especial en España, principalmente por razones de orden ideológico-político y no científico; no obstante, conforme al criterio de división que hemos aceptado, esas concepciones resultan ser claramente iusnaturalistas; son diversas en muchos aspectos al iusnaturalismo clásico y se oponen a varias de sus afirmaciones centrales, pero no por ello dejan de resultar inequívocamente iusnaturalistas;

d) la clasificación de los pensadores *realistas* en el ámbito del iusnaturalismo no ofrece demasiadas dificultades, toda vez que todos ellos aceptan la existencia de principios práctico-jurídicos transpositivos, son decididamente cognitivistas en materia ético-jurídica y se consideran a sí mismos como iusnaturalistas; pueden registrarse algunos casos especiales, como el de Michel Villey, que defendía ardientemente el derecho natural clásico y lanzaba al mismo tiempo diatribas contra los iusnaturalistas ⁴⁵, pero ellos no son sino la excepción que confirma la regla enunciada.

3. Respecto a la concepción de la objetividad jurídica:

a) Las distintas *escuelas críticas* consideran a la pretensión de objetividad de normas y principios y de su fundamentación como meros artificios lingüístico-ideológicos destinados a encubrir el carácter interesado de las estructuras jurídicas, encaminadas a ocultar y sacralizar relaciones de opresión o dominio; por lo tanto, el problema del valor de las pretensiones de objetividad les es ajeno como temática y la única tarea que consideran dotada de sentido a ese respecto es la de criticar y desenmascarar esas pretensiones en cuanto enmascaradoras de relaciones de mero poder ⁴⁶;

⁴⁵ Vide VILLEY, M., *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, 69 ss. y *passim*.

⁴⁶ Vide POULANTZAS, N., «El examen marxista del estado y del derecho actuales y la cuestión de la “alternativa”», en AA.VV., *Marx. El derecho y el estado*, ed. J. R. CAPELLA, Barcelona, TAU, 1969, p. 96.

b) desde la perspectiva del *instrumentalismo positivista*, no existe la posibilidad de pensar en la objetividad de normas y principios de carácter transpositivo, que resultan imposibles de verificar empírica o analíticamente; según estos autores, si de alguna objetividad ha de tratarse, ella ha de ser la que corresponde sólo a las normas positivas, dotadas de validez objetiva en razón de su pertenencia formal a un sistema, el que, a su vez, tiene valor en razón de su vigencia; en ambos casos, la objetividad que corresponde a normas y sistemas es sólo la que puede ser objeto de verificación empírica; no existen por lo tanto –reiteramos– principios o normas transpositivas dotadas de algún tipo de objetividad⁴⁷; por otra parte, para la mayoría de estos autores, los principios y normas ético-jurídicos sólo pueden revestir carácter subjetivo o bien relativo a la opinión fáctica de un grupo social determinado, pero siempre sin pretensiones estrictas de objetividad de alguna especie;

c) por su parte, los numerosos autores catalogados como *trascendental-constructivistas*, consideran correcto hablar de una cierta objetividad de normas o principios transpositivos y, además, todos ellos rechazan terminantemente el subjetivismo de normas y valores; ahora bien, y con las múltiples variantes que pueden encontrarse entre sus respectivas posiciones, la objetividad propuesta no es en estos casos una objetividad «fuerte», de carácter referencialmente entitativo, sino sólo transubjetivo, trascendental o procedimental, es decir, centrada en las condiciones de posibilidad de la construcción racional de los principios jurídicos y radicalmente desligada de cualquier recurso a la experiencia, a la realidad de las cosas humanas o a la «naturaleza» del hombre⁴⁸. Fiel a sus raíces moderno-ilustradas, para este conjunto de concepciones la objetividad ética no va a venir dada por la solidez cognoscitiva de sus contenidos, sino fundamentalmente por el procedimiento o método racional utilizado para arribar a ellos; ha escrito a este respecto Innerarity que «la modernidad es esencialmente y en sus orígenes, método. Se trata de garantizar metodológicamente la objetividad. La atención se desplaza hacia los procedimientos del pensamiento, hacia las reglas y métodos de constitución del saber, con independencia del dominio particular dentro del cual ellos están llamados a operar (...). La modernidad está abocada a un constructivismo epistemológico»⁴⁹. En este mismo sentido, John Rawls afirma que: «El constructivismo kantiano sostiene que la objetividad moral ha de entenderse en términos de un punto de vista social adecuadamente construido y que todos puedan aceptar. Fuera del procedimiento de construir los principios de justicia, no hay hechos morales»⁵⁰. Dicho de otro modo: el contenido de los principios transpositivos de justicia surgirá sólo del procedimiento racional-trascendental seguido para alcan-

⁴⁷ Vide CARRIÓ, G., *Un intento de superación de (la) controversia entre positivistas y jusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

⁴⁸ Vide RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia U. P., 1993, pp. 95-97.

⁴⁹ INNERARITY, D., *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 19-20.

⁵⁰ RAWLS, J., «El constructivismo kantiano en teoría moral», en *Justicia como equidad*, trad. M. A. RODILLA, Madrid, Tecnos, 1986, p. 140.

zarlos, sin ninguna referencia a los elementos o constitutivos de la naturaleza o del bien humano;

d) para los autores *realistas*, los principios ético-jurídicos son formulados por la razón práctica a partir de un elemento material dado por el conocimiento experiencial de las realidades humano-sociales, y de un elemento formal provisto por los primeros principios autoevidentes de la razón práctica; pero en todos los casos, el contenido de los principios proviene del conocimiento de las estructuras de la realidad, en especial, del conocimiento práctico de las dimensiones de la perfección humana, llamados por algunos autores «bienes humanos básicos». De este modo, la objetividad que se pretende para los principios jurídicos es decisivamente transubjetiva, ya que depende de modo radical o inexcusable del modo de ser de una realidad independiente del sujeto. «Referirse a la naturaleza –escribe D’Agostino– implica por consiguiente referirse a una dimensión que –de cualquier modo que ella venga entendida– constituye un límite *objetivo* a la voluntad del hombre, y en particular a la voluntad de quien detenta el poder»⁵¹. Se trata, por lo tanto, de una objetividad «fuerte», fundada en el ente real y sus estructuras descubiertas cognoscitivamente por el entendimiento y constituidas prácticamente por los principios propios del intelecto práctico⁵²; en esta perspectiva, la independencia deóntica de los principios respecto de los sujetos es máxima, y su fuerza configuradora de la praxis humana incluye la presencia de «absolutos ético-jurídicos», es decir, de principios normativos jurídicos que valen siempre y sin excepción⁵³.

4. CONCLUSIONES VALORATIVAS

Luego de los desarrollos realizados, corresponde llevar a cabo una valoración de las posiciones analizadas desde el punto de vista de su aptitud para dar respuesta a las cuestiones centrales que se plantean dentro de la problemática de los principios jurídicos. Dentro de esas cuestiones hemos seleccionado aquella que nos parece la más representativa de la problemática de los principios jurídicos: la de los derechos humanos y su fundamentación; hubiera sido interesante tematizar otras cuestiones, como la de la fundamentación del orden jurídico y la de la tarea del juez en la concreción del derecho, pero nos resulta imposible realizarlo aquí por evidentes razones de espacio. Analizaremos por lo tanto muy brevemente la cuestión de los derechos humanos:

a) ante todo, los autores enrolados en las *teorías críticas*, proclaman enfáticamente su defensa de los derechos humanos, pero su defensa resulta paradójica, toda vez que al mismo tiempo renuncian a todo tipo de fundamentación ética o jurídica de carácter objetivo; se trata

⁵¹ D’AGOSTINO, F., *Filosofia del Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1993, p. 75.

⁵² Vide FINNIS, J., *Natural Law...*, op. cit., pp. 69 ss.

⁵³ Vide FINNIS, J., *Moral Absolutes*, Washington, CUA Press, 1991.

por lo tanto de la defensa de unos derechos que propiamente no se pueden fundamentar de modo riguroso, lo que resulta poco consistente. Y la mera remisión a la resistencia o a la disidencia como fundamento de la lucha por esos derechos, no aparece como relevante, toda vez que cualquier disidencia o resistencia debe fundarse en alguna o algunas razones o principios para resultar racional. En estas corrientes, la crítica de la razón, en especial de la racionalidad práctica, ha terminado desembocando en el irracionalismo, para concluir en la irracionalidad y, finalmente, en la mera sinrazón⁵⁴;

b) por su parte, y respecto a estos derechos, es claro que los *positivistas* más consecuentes renuncian explícitamente a la posibilidad de fundarlos de modo objetivo, al menos hasta el momento de su recepción en la legislación positiva, en cuyo caso pasan a formar parte del derecho positivo y pueden ser verificados empíricamente⁵⁵. Algunos de estos autores defienden su valor progresista o ideal, considerándolos «una valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero»⁵⁶, pero sólo sobre la base de opciones, intereses o sentimientos subjetivos, imposibles de fundamentar objetivamente;

c) en cuanto a las que hemos llamado propuestas *trascendental-constructivistas*, ellas tienen como uno de sus temas centrales la fundamentación de los derechos humanos, pero la objetividad que proponen tiene un carácter débil, meramente transubjetiva, que no arraiga en una realidad radicalmente independiente del sujeto; los derechos humanos y los principios jurídicos terminan fundándose en una ficción (Rawls), en la aceptabilidad por parte de un auditorio universal supuesto (Perelman), en un consenso ideal (Habermas), en convicciones particulares armonizadas con estructuras formales del discurso moral (Nino) o en una mixtura del autointerés contractualista y el principio de utilidad (Ackerman)⁵⁷. Pero es evidente que no es posible fundar derechos humanos «fuertes», es decir, de algún modo absolutos, en fundamentos «débiles», en algún sentido relativos; dicho de otro modo, la debilidad de los fundamentos se transfiere a las conclusiones y, de ese modo, si fundamos los derechos en una «ficción», no podrán resultar sino unos derechos «ficticios», con una potencialidad práctica sumamente dudosa o insuficiente. Por otra parte, se plantea a estos autores la que hemos llamado en otro lugar «falacia procedimentalista», que consiste en fundar contenidos sólo por medio de procedimientos racionales; esto no es lógicamente posible y remite al problema de cuál es el origen de los con-

⁵⁴ Esto queda evidente en una frase de Michel Foucault, en la que afirma que «cuando el proletariado tome el poder, puede ser bastante posible que ejerza sobre las clases sobre las que ha triunfado, un poder violento, dictatorial e incluso sangriento. No veo que objeción pueda hacerse a esto»; COMSKY, N. y FOUCAULT, M., *La naturaleza humana: ¿justicia o poder?*, Valencia, U. de Valencia, 1976, pp. 65-66.

⁵⁵ Vide VERNENGO, R., «Los derechos humanos como razones morales justificatorias», en *Doxa*, núm. 7, Alicante, 1990, pp. 275 ss.

⁵⁶ BULYGIN, E., «Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos», en *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1984, p. 84.

⁵⁷ Vide ACKERMAN, B., *La justicia social en el estado liberal*, trad. C. ROSENKRANTZ, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 385 ss.

tenidos que necesariamente han de ponerse al comienzo del razonamiento para que se obtengan otros contenidos al final; y como estos autores se niegan a cualquier remisión a la naturaleza humana o a los bienes humanos básicos, se termina confiando en intuiciones, convicciones o estipulaciones, lo que no aparece como un fundamento suficiente para unos derechos que deban ser «tomados en serio»;

d) finalmente, los pensadores *realistas* que ha tematizado la problemática de los derechos humanos, fundan su exigibilidad en la dignidad personal del hombre, constituida por su racionalidad y su libertad y dotada de un valor absoluto; y en lo referente al contenido de los derechos, se remiten a las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano o bienes humanos básicos. Esto hace posible formular a los derechos humanos como una exigencia absoluta, es decir, sin excepción, y delimitar de modo suficientemente preciso los alcances y consiguientes límites de su contenido. En otras palabras, la objetividad que se propone para los fundamentos de esos derechos es objetiva en sentido fuerte, proveniente de modo radical del objeto y excluida de toda posibilidad de manipulación o disposición arbitraria. Esto otorga a los derechos así justificados una fuerza deóntica de la que carecen en los restantes intentos de fundamentación, además de proveer a sus contenidos de perfiles determinables objetivamente; de este modo, los derechos humanos adquieren una mayor potencialidad de implementación práctica y transforman al discurso acerca de ellos en un discurso de racionalidad verificable y objetivable. Dicho brevemente: la propuesta realista de una mayor racionalidad práctica, hace posible y justifica una más adecuada elaboración racional de la fundamentación y alcances de los derechos humanos.

Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales

Por ANTONIO M. PEÑA FREIRE
Universidad de Granada

1. ALGO MÁS QUE UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Muchos son los factores que han convertido a la *validez* en uno de los conceptos más problemáticos de los que maneja y elabora la teoría del derecho: dar cuenta de todos ellos nos llevaría demasiado lejos y desbordaría los límites razonables de este trabajo. Basta apenas una mención a los significados usualmente atribuidos al término «validez» para hacerse cargo de las numerosas dificultades que debe de afrontar cualquier análisis que aborde este tema: *justificabilidad, obligatoriedad, carácter vinculante, existencia, aplicabilidad, pertenencia* o *legalidad* son algunos de los referentes significativos a partir de los que se suele definir a la validez¹. El cuadro es más complicado de lo que parece puesto que el problema de la validez de las normas en modo alguno puede ser considerado como un asunto meramente terminológico: la oscuridad de esta noción no se explica por referencia a una mera ambigüedad lingüística ni hay tampoco un falso amigo idiomático al que achacar la farragosidad de los referentes significativos del término. A título de ejemplo, ninguno de los *definiens* anteriormente señalados tiene una significación unívoca: todos ellos plantean al estudioso tanto problemas de ambigüedad por ser polisémicos, como problemas de vaguedad ya que sus respectivos ámbitos de referencia no están determinados de modo preciso.

¹ Dos análisis monográficos sobre el tema FARIÑAS (1991) y FALCÓN (1994).

Ocurre además que los asuntos normalmente comprendidos bajo el rótulo de «problemas de la validez» o «teoría de la validez» están en íntimo contacto con las cuestiones ontológicas y epistemológicas fundamentales de cualquier la teoría del derecho (Delgado Pinto 1990: 107) ², lo que queda demostrado al comprobar como a algunos de los referentes significativos anteriormente atribuidos al término «validez» subyacen planteamientos epistemológicos y ontológicos radicalmente distintos y probablemente irreconciliables entre sí. Por este motivo las convenciones o rectificaciones terminológicas no resultan viables para la solución de los problemas que la validez de las normas plantea, si no van acompañadas de un posicionamiento preciso respecto de los problemas *de fondo* implicados.

El objetivo de este artículo es analizar dos de los significados atribuidos a la voz «validez», en concreto la noción de *vigencia o existencia* de las normas jurídicas y también el problema de su *pertenencia* a un sistema jurídico. Sin embargo, para afrontar este cometido será necesario proceder, en primer lugar, a ciertas puntualizaciones de naturaleza en apariencia terminológica, pero que, como ya señalaba antes, tienen un profundo trasfondo, tanto ontológico como epistemológico, que necesariamente habrá que considerar.

En este sentido, una de las mayores fuentes de equívocos y polémicas suscitadas entorno al análisis de la validez, se encuentra en la confusión entre concepciones normativas y concepciones meramente descriptivas del concepto (Nino 1983:134-135). Para las concepciones normativas de la validez, ésta equivale a la justificación de lo prescrito por la norma, a su obligatoriedad o fuerza vinculante de modo tal que la afirmación «una norma es válida» supone afirmar que debe ser observada, al tiempo que sostener que «una norma es válida pero que no debe ser obedecida», es una afirmación autocontradictoria. La validez, desde este punto de vista, sería predicable tanto de las normas como del derecho, esto es, del ordenamiento jurídico en su conjunto. Afirmar que el derecho es válido implica entonces afirmar que globalmente es obligatorio, que deben cumplirse sus normas ³. En segundo

² En idéntico sentido ROSS (1958: 67); ÁLVAREZ (1979: 61-67) o FARIÑAS (1991: 29-30).

³ Entre los partícipes de esta postura hay una presencia muy destacada y controvertida: la de Hans Kelsen. En la teoría kelseniana –al menos en la etapa de su obra que culmina con la *Teoría Pura del Derecho* de 1960–, la validez es la existencia específica de las normas que, a su vez, consiste en su obligatoriedad (KELSEN 1960: 201): afirmar que una norma existe es afirmar que es válida, es decir, que tiene fuerza obligatoria frente a la conducta de aquellos a los que se dirige (1944: 35). El fundamento inmediato de la validez de una norma depende de su legalidad por referencia a otra norma válida: la que otorgaba competencia o permitía a un órgano la producción de la primera. El fundamento último lo localiza Kelsen en la norma básica presupuesta que otorgaría validez a la primera constitución histórica de un orden jurídico. La asimilación de estos elementos –existencia, obligatoriedad, legalidad– en un concepto unitario ha motivado interpretaciones contradictorias respecto de la naturaleza de la validez en la teoría kelseniana. Hay quien sostiene que con el término validez Kelsen designa diversos conceptos: existencia

lugar, para las concepciones descriptivas de la validez, cuando predicamos la validez de una norma jurídica informamos de su existencia en algún modo específico, sin que esta afirmación conlleve ningún tipo de justificación de la conducta prescrita o implique invitación alguna a la obediencia de la norma por el mero hecho de serlo ⁴.

Es manifiesto que las diferencias existentes entre las dos concepciones aludidas no son de matiz o de grado, ya que están construidas desde postulados ontológicos, epistemológicos y metodológicos irreconciliables, lo que las convierte en tesis absolutamente incompatibles (Bulygin 1991a: 377 y ss. o 1991d: 511 y ss.) ⁵. Para aclarar las cosas desde el principio, señalaré que *en ningún momento* a lo largo de este artículo se empleará el término validez en su sentido normativo y que su

y obligatoriedad, que pueden ser incluso incompatibles entre sí (CALSAMIGLIA 1977: 126-127). Hay quien afirma que Kelsen, al menos en sus últimas obras, emplea un concepto descriptivo de validez: según BULYGIN (1991d: 499 ss.), ésta sería la tesis que Kelsen implícitamente sostiene en obras como *Derecho y Lógica* (1965) y también en la *Teoría General de las Normas* (1979: 352), cuando acepta que en un ordenamiento pueden coexistir normas válidas pero contradictorias entre sí, lo que sería incompatible con una concepción normativa de validez. Al margen de la evolución del pensamiento kelseniano, en especial en sus últimas obras, parece, sin embargo, más acertado sostener que Kelsen construye un concepto normativo de validez, aunque el fundamento final de la obligatoriedad sea, como es de sobra conocido, una norma presupuesta o ficticia y sin contenido material, lo que permite predicar la obligatoriedad respecto de las normas de cualquier sistema jurídico eficaz en términos generales. También parece cierto que la asimilación entre existencia, validez y obligatoriedad de las normas operada por Kelsen, es más una consecuencia de sus presupuestos ontológicos respecto de las normas jurídicas –entendidas como el sentido objetivo de ciertos actos de imposición, esto es, en algún modo como entidades ideales de deber ser vinculadas a actos o hechos fácticos– y de la estricta asunción del principio de separación absoluta entre ser y deber ser (BULYGIN 1991a: 371 ss.), que una tesis con resonancias axiológicas o justificatorias. En este sentido, no creo que el autor vienes hubiese suscrito, en ningún momento, un contenido para la validez (en sentido normativo) como el expuesto por NINO (1983: 134) que habla de *la justificabilidad o la fuerza obligatoria moral* de las normas.

⁴ Como gráficamente advierte GUASTINI (1995: 268) hay que admitir como posible la descripción de un ordenamiento jurídico sin necesidad de aceptar la obligatoriedad de sus normas o de su norma suprema, del mismo modo que «se pueden “reconocer” las setas venenosas, sin por ello “aceptar” comérselas».

⁵ También parece ser cierto que el uso indiferenciado del término «validez» desde ambas perspectivas, no puede cooperar a la superación o esclarecimiento de los problemas implicados en el *debate sobre la validez*. Para salvar estos problemas quizás fuese preciso proponer algún tipo de rectificación terminológica con su correspondiente propuesta significativa. NINO (1983: 139), por ejemplo, propone reservar el uso del término validez para su sentido normativo y emplear el término «existencia» para referirse al sentido meramente descriptivo de la validez. FARIÑAS (1991: 132-133), sin embargo, se muestra partidaria de la postura opuesta y propone la utilización del término validez en su sentido descriptivo o, al menos, que cuando se emplee en su sentido normativo se hagan notar de modo claro, para poder diferenciar también entre los discursos meramente descriptivos del derecho y los discursos justificatorios o valorativos, a los que corresponde el uso normativo de la validez. Otra solución sería adjetivar el sustantivo «validez», como por ejemplo, hace LÓPEZ CALERA (1997: 87) que se refiere a validez moral y validez formal de las normas jurídicas. Este uso tiene la ventaja de ser sólo correctivo, es decir, de preservar el uso de un término –la validez– con tradición tanto en el discurso moral, en el discurso del teórico de la justicia y en el del científico del derecho, a la vez que evita la ambigüedad que su uso indiferenciado pudiera generar.

significado será *siempre* descriptivo, es decir, que irá referido a fenómenos y procesos que se desarrollan en el interior de los sistemas jurídicos y entre sus normas, al margen, por lo tanto, de cualquier invitación o afirmación respecto de la conveniencia o vinculatoriedad de las mismas.

2. LA VALIDEZ COMO PERTENENCIA DE LAS NORMAS A UN ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sin embargo, ni distinguiendo entre cuestiones normativas y cuestiones descriptivas ni empleando el término validez en su sentido descriptivo, se solucionan todos los problemas que se suscitan entre los teóricos del derecho entorno a esta materia. A la expresión «validez de las normas jurídicas», aun en su sentido descriptivo, se vinculan normalmente nociones y situaciones de naturaleza muy diversa. Son frecuentes expresiones o afirmaciones como las siguientes: «una norma válida es una norma existente», «una norma es válida cuando su producción se corresponde con una norma anterior», «una norma es válida cuando pertenece al ordenamiento jurídico» y finalmente, «una norma producida en la forma dispuesta por otra norma es válida y pertenece al ordenamiento jurídico». En todas estas referencias se dan cita diversas propiedades de las normas –mera existencia, pertenencia y legalidad– presentadas como si fueran coextensivas, cuando lo cierto es que en algunas circunstancias no lo son, con lo que la asimilación generalizada puede resultar problemática.

Presentaré a continuación diversas propuestas referidas al alcance de cada uno de estos conceptos intentando evitar cualquier superposición entre ellos o cualquier inconsistencia significativa, y espero que estas operaciones me permitan también introducir algunas precisiones en el significado de la validez, que al fin y al cabo, es lo que se pretende desde el principio. El punto de partida será la noción de pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico ⁶. Consideraré que las normas pertenecen a un ordenamiento jurídico en virtud de alguna de las siguientes circunstancias:

Pertenecen al ordenamiento jurídico las normas primitivas, originarias o independientes de ese ordenamiento ⁷, es decir, las normas cuya pertenencia a un sistema jurídico no está condicionada por la pertenencia previa de otra u otras normas a ese mismo sistema. Por ejemplo, la primera constitución histórica en el sentido kelseniano, la decisión de una asamblea en la que se acuerda la secesión respecto de

⁶ Al respecto, puede verse VON WRIGHT (1963: 202-203) o ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1979: 73-76 y 1991a: 78).

⁷ Sobre el concepto de norma soberana o independiente, VON WRIGHT (1963: 202 ss.), CARACCILO (1988: 31-34), GUASTINI (1995: 257 ss.) y a propósito de su identificación, Moreso y Navarro (1993: 77-91)

un Estado matriz, el bando militar que instaura un nuevo régimen político al margen de las instituciones precedentes, etcétera.

Pertenecen a un ordenamiento las normas creadas por una autoridad a la que el propio ordenamiento confiera el poder de dictar normas y siempre que se ejercite ese poder en las condiciones expresadas por el ordenamiento. Desde este punto de vista, una norma pertenecerá a un ordenamiento jurídico si reúne todos los requisitos establecidos para su creación en las normas que regulan la producción jurídica (GASCÓN 1997: 133). A título de ejemplo, si una norma jurídica confiere poder a un órgano representativo o parlamento para elaborar leyes, si el parlamento elabora una ley conforme al procedimiento establecido para su producción y si el contenido de esa ley no es incompatible con ninguna otra norma del sistema⁸, diremos que la ley así elaborada pertenece al ordenamiento de que se trate hasta que no sea derogada⁹.

Una tercera posibilidad, quizás no muy explorada, es la que permite dar cabida en el ordenamiento jurídico a aquéllas normas derivadas cuya legalidad no sea revisable. Éste sería el caso de las sentencias dictadas en última instancia o cualquier tipo de norma cuya legalidad o constitucionalidad no pueda revisarse o sólo pueda serlo bajo ciertas circunstancias, por estar así determinado normativamente o bien que pudiendo revisarse, no lo sea en ningún momento¹⁰. No parece discutible la posibilidad de que este tipo de entidades se conviertan en guías para la conductas de sus destinatarios o en referentes de la legalidad de actos normativos posteriores que encontrarán en ellas las condiciones de su propia validez, es decir, que no parece discutible que esas normas,

⁸ En general, se puede englobar a todos requisitos bajo la siguiente idea: una norma pertenecerá a un ordenamiento jurídico cuando su producción no sea *impedida con éxito* por cualquier otra norma de ese ordenamiento y, en particular, por las denominadas normas sobre la producción jurídica. Bajo este rótulo se incluyen cualesquiera problemas de compatibilidad entre dos normas antinómicas resueltos por aplicación de los criterios de jerarquía o temporalidad (BOBBIO 1956: 203 ss.), por aplicación del criterio de la competencia o la prevalencia (GASCÓN en BETEGÓN *et al.* 1997: 275-277) o de cualquier criterio que determine la consideración de que el acto de producción de la norma de que se trate es ilegal. De modo especial, para el caso de los ordenamientos constitucionales habría que considerar también las relaciones establecidas entre una norma y las normas en que se reconocen y garantizan los derechos fundamentales del sistema, que también pueden llegar a impedir con éxito y en la forma determinada por los ordenamientos constitucionales, la producción de actos derivados contrarios a su sentido (PEÑA 1997: 124-126).

⁹ También es usual admitir que la validez se cancela por desuetudo o desuso, aunque, al menos desde la óptica de este trabajo, lo cancelado por este ancestral olvido no sería tanto la condición de *norma perteneciente a un ordenamiento* como su mera existencia, en el sentido en que luego será explicado.

¹⁰ Pensemos, por ejemplo, en la sentencia dictada por un tribunal de última instancia contra la que no cabe recurso alguno, para el primero de los tres supuestos referidos. Para el segundo vale el caso de la ley contraria a un precepto constitucional y que puede ser recurrida, pero en un plazo determinado o sólo si el recurso cuenta con un cierto respaldo, es decir, si va suscrito por unos determinados sujetos –como ocurre en el caso español–. Para el tercer caso, vale el supuesto anterior si la ley en cuestión pudiera ser recurrida indefinidamente pero no lo fuera. En estos tres casos estamos frente a normas que incumplen alguno de los requisitos establecidos por el ordenamiento para su producción, pero que pasan a formar parte del mismo, sin que exista la posibilidad de poner de manifiesto la irregularidad o sin que se haga de modo efectivo.

de algún modo, pertenecen al sistema. Sin embargo, es evidente que no se trata de normas independientes en la medida en que su pertenencia al ordenamiento depende, al menos, de una norma anterior: la que determina su carácter definitivo o no revisable, la necesidad de proceder a su ejecución o su carácter inmediatamente vinculante, al margen de cualquier otra consideración, es especial, las referidas a su legalidad. Tampoco pueden ser consideradas normas legalmente producidas, es decir, normas que puedan acogerse al segundo criterio de pertenencia expuesto, ya que si presuponemos que serían anuladas si pudieran ser recurridas, afirmamos la existencia de una norma que *en condiciones normales impediría con éxito* al acto de su producción ¹¹.

Por último, pertenecen al ordenamiento las normas que sean consecuencia lógica de otras normas del (*pertenecientes al*) sistema (Alchourrón y Bulygin 1974: 86-89 y 1979: 73-76), es decir, que a un sistema jurídico pertenecen no sólo las normas explícitamente formuladas, sino también todas las que están implícitas en aquéllas (Guastini 1995: 259).

Ya veíamos antes cómo los usos discursivos de los juristas tienden a la asimilación de la validez, la legalidad y la pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico. Sin embargo, a la luz de los criterios de pertenencia expuestos, no parece que sea factible asimilar simultáneamente los tres conceptos.

¹¹ El análisis del estatus normativo de estas normas es muy polémico: la tesis más conocida que pretende dar cuenta de su naturaleza es la de Kelsen quien supuso la existencia de una cláusula alternativa tácita, incorporada a las normas que reglan la actividad de aquellos órganos cuyas decisiones son irrecurribles. Esta cláusula autorizaría al poder subordinado a dar a sus actos normativos, no sólo el contenido expresamente querido por la norma habilitante, sino cualquier otro, siempre y cuando, la decisión así dictada resultara efectivamente irrecurrible (KELSEN 1960: 275-279). La idea de la habilitación alternativa tácita no ha resultado muy convincente y ha sido, desde mi punto de vista, acertadamente criticada. NINO (1978: 364-365), que ha llegado a calificar como *absurda* a esta tesis, señala que lo correcto hubiera sido reconocer que la validez –en un sentido normativo– se trasmite de unas normas a otras no sólo cuando el órgano anterior determina que el órgano posterior autoriza la creación de la norma, sino también cuando se impone el deber de obediencia respecto del órgano posterior. Es cierto, sigue Nino, que esta tesis niega la coextensión entre validez en un sentido normativo y pertenencia, pero es mejor esta salida que una interpretación tan débil en el contexto de la teoría jurídica como la explicación de la cláusula alternativa tal y como es propuesta por Kelsen. ATIENZA Y RUIZ MANERO (1996: 52) consideran que el intento de Kelsen de explicar la existencia de las normas irregularmente producidas termina por disolver uno de los elementos más representativos de todo orden jurídico: la idea del derecho como sistema normativo, esto es, la imperatividad del orden jurídico. Y es que una cosa es que el legislador o el juez, por seguir con los ejemplos citados de Kelsen, *puedan* dictar normas con un sentido distinto al expresamente querido por las normas superiores y que determinan sus actos y otra, muy distinta, reconocer que *tienen permiso* para hacerlo. En otro lugar, RUIZ MANERO (1990: 60-95) señala que estas conclusiones de Kelsen lo alejan del normativismo al que comúnmente se le vincula y lo colocan en un lugar muy próximo al judicialismo más radical, por reconocer estatus normativo pleno a las decisiones de los órganos judiciales, al margen, de las condiciones en que se produzcan. También pone de manifiesto Ruiz Manero la incompatibilidad entre el concepto kelseniano de norma, como imperativo no necesario, es decir, que de ningún modo excluye la posibilidad de su incumplimiento (KELSEN 1960: 24), y la existencia de normas alternativas, cuyo cumplimiento es siempre lógico y empíricamente necesario.

No es posible, en primer lugar, afirmar que la *pertenencia sea igual a legalidad del acto de producción de una norma*. Es obvio que el requisito de la legalidad no es formulable respecto de las denominadas normas originarias o independientes de un ordenamiento al que, sin duda, pertenecen, ya que su producción no se corresponde con ninguna norma anterior por estar incluidas en el sistema por definición (Caracciolo 1988: 31 y ss.). Por motivos igualmente evidentes, tampoco pueden ser consideradas como *normas legales* –al menos, en términos absolutos, es decir, por referencia a todas las normas relevantes del ordenamiento y no sólo a una de ellas–, normas irregularmente producidas pero irrecurribles: la irregularidad viene dada por la existencia de alguna ilegalidad en el proceso de producción de la norma. Si se admite la pertenencia al ordenamiento de cualquiera de estos dos tipos de normas –las originarias y las irregularmente producidas pero irrecurribles–, se impugna la asimilación entre legalidad y pertenencia.

Respecto a la validez puede vincularse significativamente tanto con la pertenencia como con la legalidad. Si se mantiene, por ejemplo, la equivalencia entre validez y pertenencia, es decir, si se sostiene que toda norma perteneciente al ordenamiento es válida y que el ordenamiento es un conjunto de normas jurídicas válidas, necesariamente habrá de reconocerse –en contra de usos muy extendidos– que *no todas las normas válidas son legales*, puesto que habrá que considerar válidas –esto es, *al ordenamiento pertenecen*– normas respecto de las que no tiene sentido predicar legalidad o ilegalidad, como son las normas independientes, y también otras normas que son manifiestamente ilegales, como es el caso de las normas irregularmente producidas, pero irrecurribles. Es decir, si se asimilan validez y pertenencia, hay que admitir que las normas legalmente producidas son una especie de las normas pertenecientes o válidas, rechazando así la frecuente identificación de validez y legalidad.

También es posible construir otra propuesta, alternativa a la anterior, según la cual la validez queda directamente vinculada a la legalidad, es decir, que postularía que son válidas aquellas normas cuyo acto de producción fue legal. La legalidad de una norma, esto es su validez, determinaría su pertenencia al ordenamiento, si bien no sería ésta la única forma a partir de la que una norma puede incorporarse a un sistema jurídico, pues a él pertenecerían además las normas originarias, identificadas como tales por señalamiento, las irrecurribles y, por último, las normas que sean consecuencia lógica de cualesquiera otras normas pertenecientes al ordenamiento: ninguna de estas últimas categorías, lo sería de normas válidas, pero todas ellas son normas pertenecientes al ordenamiento. Desde la óptica de esta opción, no todas las normas pertenecientes al ordenamiento serían válidas: el uso del término «validez» quedaría reservado para aquellas normas que pertenecen al ordenamiento en la medida en que han sido elaboradas conforme a lo dispuesto por el sistema, es decir, que la validez se asimilaría a la legalidad del acto de emitir una norma.

Sólo un par de matizaciones más a propósito de este último análisis y la correspondiente propuesta de significado.

La validez/legalidad sería una propiedad resultante de la relación entre normas jurídicas que, de algún modo, determinan la producción de otras normas y los correspondientes actos de producción normativa. Pues bien, la norma o normas habilitantes habrán de ser normas pertenecientes al ordenamiento, pero no necesariamente normas válidas, es decir, normas legalmente producidas en el sentido aquí considerado. Cualquier norma perteneciente al ordenamiento puede incidir en la legalidad del acto de una autoridad jurídica que pretenda producir nueva una norma, pero no es necesario que las normas habilitantes sean ellas mismas normas válidas/legalmente producidas, pues, de ser así, ninguna autorización para dictar normas contenida en una norma independiente —que, desde este punto de vista, no es ni válida ni inválida— sería hábil para determinar la creación de nuevas normas válidas. Esta limitación ni tiene sentido ni responde a la práctica común de los procesos de formación de los ordenamientos jurídicos, que generalmente, se reproducen a partir de las delegaciones o autorizaciones para la creación de normas contenidas en unas pocas normas originarias, aparecidas tras algún proceso revolucionario o de subversión contra un orden precedente. También una norma irregularmente producida puede actuar como norma habilitante de la producción normativa posterior; imaginemos, por ejemplo, una ley de un parlamento que habilite a un órgano ejecutivo para la producción de nuevas normas, y en cuyo proceso de aprobación se cometió algún tipo de irregularidad que, en abstracto, hubiera sido fundamento suficiente para una declaración de inconstitucionalidad de haberse instado el procedimiento correspondiente en las condiciones determinadas por el ordenamiento de que se trate. Otro caso similar sería el de la sentencia irregularmente producida pero irrecurrible, que incidirá en la legalidad de los actos de ejecución a que dé lugar, predeterminando, por ejemplo, sus destinatarios, su contenido o alcance, las condiciones y los plazos en que ha de procederse, etcétera. En definitiva, si se asimila validez a legalidad, parece necesario admitir que el referente útil para determinar la legalidad de una norma, estará integrado por *normas pertenecientes al ordenamiento* de que se trate, sin ser preciso que las normas determinantes sean, todas y cada una de ellas, normas a su vez válidas, esto es, normas legalmente producidas respecto de otra u otras normas.

La segunda consideración está conectada con esta anterior: si la validez/legalidad implica la pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico no puede ser vista como una propiedad que surja de la relación de corrección entre dos normas aisladas. Desde la óptica de la pertenencia, no interesa tanto la relación de corrección entre dos normas como la relación entre la norma cuya legalidad pretende afirmarse y el resto de las normas del ordenamiento y, de modo específico, interesa que entre las normas que condicionan la legalidad de otra norma, no exista ninguna que impida la producción de esta última, es decir, no exista ninguna con la que no pueda establecerse la correspondiente relación de corrección. La validez/legalidad, desde este punto de vista, equivale a la relación de corrección con todas las normas del ordena-

miento jurídico o, al menos, con todas las que resulten relevantes desde el punto de vista de la norma cuya legalidad se examina; en definitiva y para abreviar, la validez/legalidad es la relación de corrección entre una norma y un ordenamiento jurídico ¹².

Desde este punto de vista, no sería correcto sostener que *la validez de una norma depende de una norma anterior* en el sentido de *una norma pertenece al ordenamiento si su producción es permitida por otra norma del ordenamiento* ¹³, ya que la existencia de una norma que autorice o permita la producción de una norma posterior es condición necesaria, pero no suficiente, de validez/legalidad y sólo la relación de congruencia con todas y cada una de las normas del ordenamiento es condición suficiente de validez. Por el contrario, la existencia de una norma que impida con éxito la realización de un acto normativo, es condición suficiente de su ilegalidad, esto es, de su invalidez en el siguiente sentido: cuando la producción de una norma sea impedida por otra norma, será posible reaccionar frente a la primera calificándola como norma ilegalmente producida, esto es, inválida lo que, normalmente, determinará su expulsión del ordenamiento, salvo que no sea posible recurrir o impugnar el acto normativo correspondiente, si bien en este caso, estaremos ante un acto normativo que, dado su carácter definitivo, se integra en el ordenamiento al margen, incluso, de su legalidad.

No es difícil encontrar situaciones en las que una norma ha sido producida simultáneamente de un modo *legal o correcto* respecto de alguna o algunas normas e *ilegal o incorrecto* respecto de otra u otras. Pensemos en los siguientes supuestos: una norma puede haber sido dictada por el órgano competente y de acuerdo al procedimiento establecido, pero incumpliendo, en algún aspecto, lo dispuesto por una norma prohibitiva, distinta de las anteriores y que iba referida al contenido de la decisión ¹⁴; segundo supuesto: un órgano, en este caso, competente

¹² Esta concepción global o absoluta de la legalidad es distinta de la que construye VON WRIGHT (1963: 201-205), quien, tras asimilar validez y legalidad, distingue entre *validez en sentido relativo o validez relativa* y *validez en sentido absoluto o validez absoluta*: una norma será válida en sentido relativo respecto de otra norma cuando su producción está permitida por esta segunda norma y es válida en sentido absoluto si puede retrotraerse a una norma independiente o soberana. En el primer caso, la validez es la relación de corrección entre dos normas y en el segundo, la suma de estas relaciones entre pares de normas hasta alcanzar una norma soberana o un par en el que uno de los miembros sea una norma soberana. En cualquier caso no ha de confundirse la legalidad en sentido absoluto de Von Wright con la legalidad como criterio de pertenencia, ya que ésta última sería más bien el conjunto de todas las relaciones de corrección y sólo de relaciones de corrección, es decir, el conjunto de todas las relaciones entre una norma y todas las normas que inciden en su producción siendo, en todo caso, la totalidad de las relaciones, relaciones de corrección y en ningún caso de incorrección o incoherencia.

¹³ De otro lado, quienes así razonasen estarían mezclando indebidamente consideraciones vinculadas a la concepción normativa de la validez –*el fundamento de la obligatoriedad de una norma es otra norma obligatoria*– con otras afirmaciones de carácter meramente descriptivo, como son las referidas a la corrección de una norma respecto de las normas sobre la producción jurídica de un ordenamiento jurídico concreto.

¹⁴ Por ejemplo, un juez competente y tras haber actuado conforme a las normas procedimentales oportunas, dicta una sentencia cuyo contenido está prohibido por una norma legal.

adopta una decisión cuyo contenido no contradice a ninguna norma del sistema, pero el órgano no se atuvo al procedimiento establecido en otras normas para la adopción de las decisiones de ese tipo ¹⁵; por último, y sin agotar todas las posibilidades, consideremos que un órgano adopta una decisión, cuyo contenido no está prohibido por ninguna norma del sistema, conforme al procedimiento establecido para la adopción de este tipo de decisiones, pero ese órgano no puede ser considerado como el competente para producir esa decisión, sea por no tener competencia reconocida para hacerlo sea por estar atribuida a otro órgano de modo exclusivo ¹⁶. Ante situaciones como las descritas, cualquier jurista afirmará que tales normas son ilegales o inválidas ¹⁷ y que contra ellas será posible instar el correspondiente recurso de corrección, que terminará –en las condiciones de cada ordenamiento– con una eventual declaración de nulidad y con la expulsión de la norma del ordenamiento.

¹⁵ Por ejemplo, un parlamento adopta por mayoría simple una decisión sobre un determinado asunto que requería una mayoría cualificada. También vale el caso de una corporación local que aprueba una ordenanza sobre ruidos o un plan urbanístico, en general, sobre algún asunto de su competencia, impecable desde el punto de vista de las normas superiores que predeterminan su contenido, pero sin haber sometido los proyectos al trámite de audiencia pública o sin haber respondido a las alegaciones formuladas pese a que, según las normas del ordenamiento de que se trate, dicho trámite es preceptivo.

¹⁶ El concepto y la estructura de las normas de competencia es, como ocurría con la validez, una de las cuestiones más debatidas en la teoría del derecho actual, sin que sea posible, a mi juicio, ofrecer un concepto, definitivo o que suscite un grado de consenso suficiente como para ser aplicado directamente al análisis. Un sintético análisis de las concepciones de las normas de competencia como normas obligatorias, permisivas o como reglas conceptuales o disposiciones cualificadoras en HERNÁNDEZ MARÍN (1996: 121-129); la propuesta de este mismo autor sobre el tema en HERNÁNDEZ MARÍN (1998: 307: 335). Algunas referencias «clásicas»: KELSEN 1960: 68-70; HART 1961: 99 ss.; ROSS 1958: 32 y 50-51; del mismo autor 1968: 57-61 y 123-127 y, finalmente, VON WRIGHT 1963: 198-200. Otras referencias de interés: ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991c: 439 ss.; BULYGIN 1991d: 485 ss.; GUASTINI 1983: 548 ss.; ATIENZA y RUIZ MANERO 1996: 45-90.

¹⁷ He optado por considerar a la competencia como un factor más de entre los que determinan la validez/legalidad de las normas sin entrar en mayores precisiones. El motivo es que ésta parece ser también la opinión extendida entre los juristas, tanto teóricos como prácticos, que generalmente consideran que la incompetencia del órgano que promulgó una norma determina su nulidad, esto es, su ilegalidad o invalidez y, al fin y al cabo, éste no es sino un estudio sobre un par de conceptos construido a partir de los usos lingüísticos dominantes entre los juristas. Sin embargo, llegan a una conclusión muy distinta a la anterior algunas relevantes propuestas doctrinales que atribuyen al vicio de incompetencia y a las normas o reglas que la otorgan un sentido muy distinto al que aquí simplemente *se expone*: en concreto, que la incompetencia determina, no ya la invalidez de la norma, sino en algún modo específico su inexistencia (GUASTINI 1994: 213 y 219-223; FERRAJOLI 1989: 355 ss. y 871 ss.; ATIENZA y RUIZ MANERO 1996: 58 ss.; GONZÁLEZ LAGIER 1995: 330 y 377 ss.; HERNÁNDEZ MARÍN 1998: 315 ss.; también GASCÓN 1997: 138 ss., que se refiere, de modo especial, a las dificultades prácticas para la vinculación del concepto de inexistencia al incumplimiento de normas de competencia). Prescindiré de las importantes consideraciones que esta postura implica, entre otras cosas porque requeriría un exhaustivo análisis de lo que sean las normas de competencia y de sus funciones en los sistemas jurídicos y ni el objeto ni la extensión de este trabajo –ni probablemente mi propia capacidad para dar respuesta a ese complejo problema– permiten entrar con el mínimo rigor exigible en esas cuestiones. Respecto de los problemas vinculados a la existencia, sí que volverán a ser objeto de atención, aunque lo sea desde un punto de vista meramente fáctico y no *competencial*, en la última parte de este artículo.

En definitiva, desde la lógica de la pertenencia de las normas al ordenamiento, la legalidad relativa o por referencia a una única norma presenta un alcance muy limitado. Sólo en los momentos fundacionales de los ordenamientos, cuando apenas sea posible identificar a una norma independiente que determine, de modo exclusivo, la validez de las normas elaboradas a partir de ella, tiene cierto alcance la afirmación¹⁸. No obstante, cuando el ordenamiento comience a *desarrollarse*, se hará más complejo y serán más las normas –generalmente contenidas en una constitución– que condicionen la producción de nuevas normas, con lo que el referente de la validez pasará a ser el ordenamiento en su conjunto o, al menos, un número amplio de normas del mismo. Al margen de estos supuestos realmente marginales, la afirmación de que una norma derivada pertenece a un ordenamiento jurídico si se demuestra su congruencia con *otra norma* perteneciente a ese mismo ordenamiento, sólo tendría sentido en sistemas jurídicos en los que, de algún modo misterioso, fuese fácticamente imposible que una norma permitiera hacer algo y otra lo prohiba o que una norma atribuya competencia a un órgano y algún otro órgano jurídico desconozca, total o parcialmente, esa determinación.

Estas últimas consideraciones ponen de manifiesto una idea interesante: que los ordenamientos, al regular las condiciones de su propia reproducción, esto es, las condiciones en que se han de producir nuevas normas, formulan necesariamente determinadas condiciones de corrección a los actos de producción de las normas¹⁹. El juicio de validez de una norma entonces nos da cuenta de un orden jurídico ideal, del *derecho en un sentido absolutamente conforme a sus parámetros internos de corrección*, en tanto que la validez/legalidad funciona como un auténtico *modelo normativo* respecto de la identidad y estructura del derecho (Moreso y Navarro 1993:114). Luego el resultado del test de la validez entendida como legalidad, es decir, el resultado del contraste entre una norma y los parámetros de corrección del ordenamiento al que se la vincula²⁰, es la formulación de un *orden jurídico ide-*

¹⁸ Por ejemplo, las normas inmediatamente creadas a partir de un bando militar que establece que «la Junta Militar X tiene poder normativo absoluto» respecto de éste último; las primeras normas creadas tras un estallido revolucionario respecto de la proclama insurgente que establece que «la asamblea revolucionaria X elaborará inmediatamente una nueva constitución» o las primeras decisiones adoptadas por las autoridades secesionistas respecto de la declaración de independencia y la proclamación de soberanía.

¹⁹ En un sentido análogo, ALEXY (1997: 41 ss.) si bien para este autor la corrección va referida a cuestiones o parámetros de naturaleza moral, externa al propio ordenamiento entendido como sistema de normas jurídicas. En este trabajo, los parámetros de corrección o coherencia son *en todo caso* de naturaleza interna, es decir, que aluden a las obligaciones, prohibiciones y exigencias de todo tipo que las normas jurídicas establecen y que afectan a producción de nuevas normas jurídicas.

²⁰ Suponiendo que esta tarea fuese posible de un modo práctico, pues a consecuencia de las dimensiones de los actuales sistemas jurídicos, los juristas, en especial, los operadores jurídicos prácticos, no toman en consideración todas las normas para la formulación de sus juicios y conclusiones, sino apenas pequeñas parcelas o sectores del ordenamiento (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971: 121-122). Esta operación de discriminación o selección que, en términos reales, es el presupuesto operativo de numerosas ope-

al que no tiene por qué coincidir con el orden real en el que o lo que es lo mismo, de un ordenamiento formado a partir de actos cuya elaboración ha sido impecable por responder a todas y cada una de las exigencias de corrección que el propio sistema les impone. Esta separación entre orden jurídico ideal y orden jurídico real es necesaria, es decir, constante, pues, como ya veíamos, sólo estaría excluida en contextos en los que las autoridades normativas actuasen siempre de conformidad con todas las normas que, directa o indirectamente, determinan sus decisiones y no parece que ninguno de los mundos reales en los que los ordenamientos existen, responda a estos rasgos ni se aproxime a las condiciones de un orden jurídico ideal. Al orden jurídico real, es decir, al conjunto formado por las normas que son sometidas al test de la validez al margen de que lo superen o no, y a los criterios empleados para su identificación me referiré a continuación.

3.1. La vigencia como criterio de identificación alternativo

La validez, sea como legalidad sea como pertenencia, es una propiedad de las normas jurídicas, luego, la validez es algo distinto de la mera existencia de las normas. En el momento en que nos planteamos si una norma es válida o no o si pertenece al ordenamiento jurídico por ser una norma última al margen de cualquier otra consideración, ya estamos presuponiendo la existencia de la norma como tal, es decir, que ya admitimos la existencia de esa entidad como norma jurídica y no como una entidad distinta, pues sólo respecto de normas jurídicas se puede predicar la legalidad o la pertenencia. Por este motivo, la asimilación entre validez –entendida como legalidad o como pertenencia de la norma al ordenamiento– y existencia es difícilmente sostenible. Es cierto, no obstante, que por lo general, la negación de la validez de una norma o anulación, llevada a cabo por un juez o por cualquier otro órgano competente para determinar de modo concluyente la legalidad o ilegalidad de las normas, supone su expulsión del sistema jurídico al que anteriormente se la vinculaba ²¹, es decir, que la anulación de la norma supone que deja de pertenecer al ordenamiento o bien que se declara taxativamente que nunca perteneció al mismo ya que su presencia en él fue, en todo momento, errónea. En estos casos, es frecuente afirmar que «la norma se extingue», que «deja de existir desde el momento en que se declara su invalidez» o bien «que no existió nunca como norma en el ordenamiento». Pese a todo esto, la subordinación de la existencia a la validez que dejan traslucir los usos lingüísticos

raciones jurídicas, tiene un gran interés y, sin embargo, no suele ser objeto de especial atención por parte de la literatura jurídica.

²¹ En los restantes casos, sea el caso de la afirmación de invalidez formulada por un estudioso del derecho que lo reconstruye críticamente o por un abogado que prepara, por ejemplo, la defensa de su cliente en juicio, la afirmación de una norma no es válida carece de efectos normativos directos, si bien es una invitación o argumento a favor de su anulación o expulsión del sistema.

descritos, no debe de oscurecer las importantes diferencias que hay entre ambos conceptos. En este sentido, afirmaciones como «*existe* una norma que debería ser anulada» u otras similares, resultan expresivas del fenómeno o procedimiento de identificación al que me quiero referir a continuación.

Antes veíamos como el juicio de validez permite la reconstrucción de un orden jurídico ideal a partir de una base o conjunto de normas y conforme a parámetros de corrección internos, esto es, determinados por otras normas pertenecientes al ordenamiento: todas las normas que sean sometidas al test de validez y que superen con éxito las exigencias que el ordenamiento les imponga, pasarán a formar parte de ese orden ideal. Pero además de este procedimiento para la identificación/calificación de las normas como normas válidas o como normas pertenecientes, los juristas –e incluso los ciudadanos a título personal– habitualmente emplean otro que, por ejemplo, les permite simplemente identificar las normas que forman parte de esa base al margen de cualquier otra consideración y que, en todo caso, podrán ser objeto del correspondiente análisis para determinar su correspondencia o no con otras normas o su pertenencia o no al sistema de acuerdo a los criterios correspondientes. Este segundo procedimiento de identificación da cuenta de la mera existencia de las normas jurídicas, insisto, no ya como normas pertenecientes a un sistema jurídico idealmente o construido, sino apenas como normas jurídicas de una comunidad dada y en un tiempo determinado.

Esta sencilla forma de existencia de las normas jurídicas no es una forma de validez provisional ni la presunción de validez aún no declarada, como tampoco la validez es un complemento a la existencia o una forma de existencia más sólida. Al hablar de existencia y de validez estamos, más bien, ante dimensiones distintas de las normas y de los fenómenos normativos: al dar cuenta de la existencia de las normas, las identificamos desde un punto de vista meramente empírico, por referencia a los hechos que permiten a los sujetos de caracterizar, justificar o determinar acciones y conductas desde el punto de vista de las normas, sin entrar por ello a prejuzgar o afirmar la corrección de la norma o del acto que le dio vida, ni tampoco su pertenencia a un sistema jurídico: una cosa sería así afirmar que «la acción p está prohibida por la norma jurídica X» y otra afirmar que «la acción p está prohibida por la norma X que pertenece al sistema jurídico SJ» (CARACCILO 1988, esp. pp. 11 y 22).

El término con el que es usual referirse a estas situaciones –al menos desde planteamientos próximos a éste– es el del *vigencia*²² y también

²² Si de mera existencia hablamos, el término más adecuado para dar cuenta de este dato será aquel que mejor exprese la redundancia que supone afirmar que *algo que es, existe como tal*. A *sensu contrario*, cualquier término que habitualmente adjetive a otro en algún sentido distinto de su mera existencia, no será del todo apropiado. Éste podría ser el caso del término «vigencia», puesto que es frecuente encontrarlo vinculado a la noción de «eficacia» (NINO 1983: 139, LÓPEZ CALERA 1997: 88) o también a la «entrada en vigor» de una norma. Por estos motivos, el uso del término «vigencia» para

existencia fáctica de las normas jurídicas; respecto de la relación con el orden jurídico del lugar y momento que nos sirve de referencia para cualquier análisis o valoración de la norma, consideraré que la norma *está presente* en el mismo, sin que esta afirmación suponga ni su pertenencia al ordenamiento ni su correspondencia con los parámetros de corrección del mismo, lo que, en su momento, permitirá afirmar la validez o legalidad de la norma, pero no su existencia actual. Desde luego, —y es una constante desde el inicio de este trabajo—, la afirmación de que «una norma existe o está vigente», tampoco tiene ningún sentido normativo, es decir, que no expresa invitación alguna a la obediencia o ni justificación de la fuerza vinculante de lo prescrito.

Sólo una matización antes de pasar a determinar en qué circunstancias afirman los juristas que «existe una norma jurídica», es decir, en qué casos y en qué condiciones es usual considerar que hay o existe una norma. La aceptación de que las normas existen desde un punto de vista meramente fáctico no es en absoluto problemática para aquellas teorías que conciben al derecho y, de modo más concreto, a la norma jurídica, como una entidad de naturaleza empírica; sin embargo, podría plantear problemas para quienes conciben a las normas de algún modo ideal. Desde un punto de vista ontológico, es usual distinguir tres tesis básicas acerca de la naturaleza de las normas jurídicas: una concepción sintáctica, otra semántica y una última pragmática (Mendonça 1991: 41); en otra terminología, se puede hablar de concepciones inscripcionalistas (MORESO 1996: 106), concepciones hiléticas y concepciones expresivas de las normas (Alchourrón y Bulygin 1991b: 121 y ss.).

Tanto para las concepciones sintácticas o inscripcionalistas²³ como para las pragmáticas o expresivas²⁴, las normas no son sino hechos con

aludir a la existencia de las normas, puede resultar equívoco. En todo caso, son también frecuentes los análisis que asimilan la vigencia a la existencia (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1996: 121 ss., DELGADO PINTO 1990: 101 y ss., entre otros); por este motivo y con la cautela mentada, en lo sucesivo, emplearé ambos términos como sinónimos.

²³ Desde este punto de vista, las normas jurídicas son entidades lingüísticas, es decir, enunciados de una determinada clase, en concreto enunciados jurídicos o formulaciones normativas. La caracterización de las normas jurídicas propuesta por HERNÁNDEZ MARÍN (1998: 37-162) es un perfecto ejemplo de esta concepción: para este autor, las normas son entidades lingüísticas de naturaleza jurídica, en concreto, enunciados que forman parte de un cuerpo legal o jurídico (p. 147). Estas entidades tienen naturaleza fáctica, es decir, que son hechos, cognoscibles a través de la observación empírica, susceptibles de sufrir cambios o alteraciones fundamentalmente por efecto del transcurso del tiempo, e inmersos en relaciones de causalidad propiedades estas comunes a las restantes entidades factuales y que, sin embargo, no se verificarían en las entidades ideales (pp. 116-117). Con presupuestos ontológicos como los expuestos, es evidente que la existencia de las normas no sólo puede ser fáctica, sino que necesariamente es fáctica y sólo fáctica, en tanto que como hechos lingüísticos las normas no tendrían otra forma posible de existir.

²⁴ Para la concepción expresiva de las normas, las normas son los actos lingüísticos de ordenar determinadas proposiciones (MORESO 1996: 106-107). La norma, desde este punto de vista, no es una entidad ideal o una proposición con un significado normativo independiente del contexto y condiciones en las que se manifestó. El carácter prescriptivo, constitutivo de las normas, no está vinculado al significado de determinados términos o expresiones, no hay proposiciones lingüísticas semánticamente normativas, sino que se adquiere este carácter cuando el lenguaje es usado para incidir o modificar el comporta-

una naturaleza singular, de modo que la única forma posible de dar cuenta de su existencia es mediante su descripción empírica. Desde esta órbita, la afirmación y el análisis de un concepto meramente fáctico de la existencia de las normas no plantea ningún tipo de problema, es especial, de naturaleza ontológica.

Sin embargo, para las teorías semánticas, hiléticas o, en general, de corte idealista, las cosas deben desarrollarse de otro modo. Según los presupuestos ontológicos de estas teorías, las normas jurídicas son entidades ideales, más en concreto, entidades ideales de naturaleza semántica, es decir, que las normas son el sentido de las formulaciones normativas, esto es, el significado de determinados enunciados de naturaleza jurídica. Desde este punto de vista, la afirmación «las normas existen fácticamente» no sería aceptable, pues afirmar la *existencia fáctica de una entidad puramente ideal* sería afirmar una contradicción ya que al ser postuladas las normas como entidades abstractas, como el significado de expresiones lingüísticas específicas, no tienen relación alguna con los hechos y, por consiguiente, no son susceptibles de prueba empírica (Caracciolo 1988: 21). Sin embargo, continúa Caracciolo, aun aquellos que parten de presupuestos ontológicos como el descrito, admiten que no es posible dar cuenta del derecho y de la complejidad de los fenómenos jurídicos atendiendo a cuestiones y planteamientos puramente ideales y, en consecuencia, admiten otra forma de hablar de las normas según la cual éstas existirían socialmente, esto es, empíricamente.

Cualquier alusión a la *existencia fáctica de las normas* en este caso no iría directamente referida a las normas en tanto que entidades ideales, pero sí a determinados hechos –sociales o lingüísticos– que aunque no sean la norma en sí, están íntimamente vinculados con ella. La afirmación «existe fácticamente una norma» seguiría siendo, desde los postulados de este tipo de teorías, internamente contradictoria, si bien no parece que sea posible elaborar una explicación plausible acerca del derecho y de las normas, desde un punto de vista absolutamente ideal²⁵, esto es, sin vínculo alguno con las dimensión fáctica o social del derecho²⁶.

miento de otro u otros sujetos. El elemento constitutivo de las normas se encuentra en el plano pragmático del lenguaje y no en el plano semántico ni, desde luego, en un plano conceptual o ideal de la realidad (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991b: 121 ss.).

²⁵ La existencia de una norma al margen de cualquier hecho de esta naturaleza, es decir, la afirmación de que las normas pueden existir desde un punto de vista absolutamente ideal, debe de ser referida necesariamente al iusnaturalismo. Sólo desde los presupuestos ontológicos y epistemológicos de esta teoría parece posible sostener que las normas pueden existir al margen de su positividad, de su eficacia o de cualquier otra forma de experiencia, es decir, de un modo absolutamente ideal. La referencia al «olvido» de que habían sido objeto los derechos humanos en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, es suficientemente expresiva de este aspecto.

²⁶ Incluso Kelsen que, en la elaboración de su obra, parte de una absoluta separación entre entidades de mundo del ser y del deber ser y considera a las normas como entidades ideales de deber ser, termina por reconocer algún tipo de vínculo o aspecto empírico relevante en lo que a los procesos de identificación del derecho y también en lo que a la existencia y cancelación de las normas se refiere (BULYGIN 1991d: 504-505). Por ejemplo, la presuposición de la norma básica que permite fundamentar la obligatoriedad

En definitiva, desde estos planteamientos, las objeciones a la posibilidad de formulación de un concepto fáctico de la existencia de las normas, no debieran de ir más allá de las rectificaciones terminológicas que se deriven de la distinción entre formulación normativa o enunciado jurídico, como elementos de naturaleza lingüística, y la norma jurídica como tal, como el significado de ese enunciado ²⁷.

Creo que a partir de lo dicho, se puede delimitar el alcance de la afirmación referida a la existencia meramente fáctica de las normas: lejos de suponer un planteamiento ontológico excluyente respecto de la naturaleza de las normas, es un planteamiento compatible con las tres concepciones expuestas, salvadas quizás las oportunas rectificaciones terminológicas en el caso de la concepción hilética. Lo único exigible es la aceptación de que el derecho y las normas presentan una dimensión empírica –al margen de que ésta sea o no sea la única expresión de su ser–, lo que exigiría que la teoría jurídica dé cuenta de esta circunstancia, mediante la elaboración del correspondiente concepto para su aplicación a la solución de los problemas con los que se enfrentan los juristas.

3.2. Las condiciones de la vigencia de las normas jurídicas

Para concluir, quedan por analizar las condiciones o circunstancias en las que puede ser correcto afirmar que una norma existe o está

de un orden jurídico, se lleva a cabo en presencia de un orden jurídico *eficaz en términos generales o efectivamente impuesto* (KELSEN 1960: 208), es decir, que es la eficacia de un sistema coactivo –esto es, un dato fáctico o empírico– lo que nos permite identificarlo como tal y fundamentar su obligatoriedad. También la existencia de las normas jurídicas, singularmente consideradas, está inexorablemente vinculada a cuestiones empíricas, puesto que la promulgación pasa a ser –en el Kelsen posterior a 1960– condición de existencia de las normas, o lo que es lo mismo, que la validez o existencia de las normas pasa a depender de la verificación de ciertos hechos, es decir, que es una propiedad de las normas empíricamente verificable (GUASTINI 1991: 449). Por último, y ya en la *Teoría Pura del Derecho* (p. 224), KELSEN admite que la desuetud, la ineficacia o desuso prolongados, pueden llegar a cancelar la obligatoriedad de las normas, con lo que la eficacia se convierte en condición de validez al menos en un sentido: cuando una norma válida permanece constantemente ineficaz durante un período de tiempo muy prolongado pierde su validez por desuetud, con lo que luego los hechos pasan a formar parte del *fundamento* de la cancelación de la obligatoriedad de la norma.

²⁷ Esta distinción debería de ser sostenida de modo constante por todo *hilético*. Sin embargo, a veces los usos discursivos de quienes participan de esta teoría resultan más coherentes con los presupuestos ontológicos contrarios que con los propios. En esta línea, BULYGIN (1991b: 482) advierte como es común proferir, desde planteamientos idealistas o hiléticos, expresiones del tipo de la *interpretación de las normas* cuando es obvio que, desde estos mismos planteamientos, las normas, al ser entidades significativas no pueden ser interpretadas, en la medida en que ellas mismas son el fruto de la interpretación de un enunciado. Dicho de otro modo, para quien conciba a la norma como una entidad ideal, lo que se interpretan son las formulaciones de las normas, los enunciados, cuyo significado es la norma jurídica, pero no la norma en sí. Se puede extraer otra conclusión de esta curiosa paradoja: la afirmación de que las concepciones hiléticas son *más intuitivas* –que es uno de los argumentos de quienes las postulan– parece desvanecerse desde el momento en que ni los propios usos lingüísticos y discursivos de los *hiléticos* responden a esa *intuición*.

vigente. Aunque es difícil abordar este punto sin exponer antes de modo preciso cuál es la concepción que se tenga respecto de la naturaleza de las normas jurídicas, es decir, sin elaborar de un modo mucho más extenso al inmediatamente expuesto los presupuestos ontológicos del análisis²⁸, me referiré a dos factores básicos o generales que suelen ser considerados como condiciones necesarias y suficientes de la vigencia de las normas jurídicas: su *promulgación* y su *publicación*.

Tomaré como exponente del primer factor a la propuesta presentada por Alchourrón y Bulygin en su obra *La existencia de las normas jurídicas* (1979). Su punto de partida es el análisis de las relaciones entre normas y existencia que Von Wright lleva a cabo en el capítulo VII de *Norma y Acción*. Afirma Von Wright (1963: 131-132) que para que una prescripción exista, será preciso que se haya establecido una relación normativa entre dos sujetos, puesto que la mera emisión de una orden o de un mandato no es condición suficiente de la existencia de una prescripción. Esta relación existirá cuando el mensaje prescriptivo vaya acompañado de la amenaza de sufrir un castigo en caso de incumplimiento de lo mandado, que resulte *eficaz* es decir, que infunda miedo al sujeto que recibe el mensaje, llamado sujeto normativo (pp. 139-140). En este caso, será correcto afirmar que hay una relación normativa entre ambos sujetos o lo que es lo mismo, entre la autoridad y el sujeto normativo y entonces y sólo entonces, es posible afirmar, a juicio de Von Wright, que existe la prescripción o la norma como algo distinto tanto del mensaje como de la relación normativa²⁹. Alchourrón y Bulygin han matizado esta propuesta y no la encuentran plenamente aplicable a las normas jurídicas o, al menos, a la parte más importante de ellas ni tampoco a la relación normativa tal y como se establece con la aparición de una norma jurídica. En concreto, no consideran que la recepción sea una condición necesaria de la existencia de las normas jurídicas, pues el modelo de norma que sirve a Von Wright para la elaboración de su propuesta no es el normal en el universo de las normas jurídicas, es decir, que no es el referido normalmente por los juristas que afirman o presuponen que una norma existe. Alchourrón y Bulygin (1979: 25-26) proponen distinguir entre norma-comunicación y norma-prescripción: la norma-comunicación es la referida Von Wright, es decir, la prescripción que presupone un acto de mandar que necesita ser recibido por el destinatario para que se establezca la correspondiente relación normativa. Para explicar la existencia de las *normas-comunicación jurídicas*³⁰ vale el análisis de Von Wright, pero no vale para el grueso de las normas jurí-

²⁸ Esta cuestión nos llevaría demasiado lejos y, desde luego, mucho más allá de lo que es la intención de este texto: ofrecer algunas precisiones o consideraciones generales respecto de los conceptos de validez y vigencia.

²⁹ Un análisis de la existencia de las normas en la obra de G. H. Von Wright, en GONZÁLEZ LAGIER (1995: 310-334).

³⁰ Algunos supuestos de normas-comunicación frecuentes en la práctica de los sistemas jurídicos, son las sentencias judiciales, las órdenes militares, mandatos administrativos que comienzan a vincular o despliegan sus efectos al momento de su notificación, etcétera.

dicas, que existen al margen de su recepción: es correcto, por ejemplo, afirmar que las normas *valen* para los sujetos al margen de que las hayan recibido o no o con independencia de que sean conocidas por todos y cada uno de sus destinatarios –ni los más afamados juristas conocen todas las normas del ordenamiento–; no parece, sin embargo, acertado afirmar que las normas existen para quienes las conocen y no existen para aquellos que aún no las recibieron de ningún modo. Todos estos factores y las correlativas presunciones mediante las que se salvan los problemas de conocimiento y recepción de las normas en sociedades complejas, demostrarían que la existencia de las normas jurídicas es, en términos generales, independiente de la recepción o del conocimiento que se pueda tener de ellas (Alchourrón y Bulygin 1979: 31), de modo que para explicar la existencia de las normas jurídicas, en su mayoría normas–prescripción, basta el acto de prescribir, es decir, la *promulgación* que hará nacer la relación normativa sin necesidad de recepción por sus destinatarios ³¹. De este modo, «todo acto (serio) de promulgar una norma (= todo acto de prescribir) da lugar a la existencia de una norma. Lo único que queda excluido son los actos no serios (por ejemplo, bromas, prescripciones realizadas por un actor en el escenario, etcétera)» (p. 37).

También podemos considerar que las normas comienzan a existir a partir del momento de su publicación. Hernández Marín (1984: 18 y 1998: 391-397) ofrece un perfecto ejemplo de esta tesis cuando afirma que *son jurídicos* todos aquellos enunciados que aparecen contenidos en un texto o documento que, a su vez, tenga la consideración de cuerpo jurídico en la medida en que reúne una serie de formalidades o se ha elaborado tras la realización de unos ritos, cuya determinación corresponde, en todo caso, a cada ordenamiento jurídico. Si bien tradicionalmente, el criterio o rito básico podía ser la promulgación con unas formalidades específicas, «en las sociedades actuales, el único rasgo tenido en cuenta por la población para identificar un documento como cuerpo jurídico es el de su publicación, o sea, la difusión oficial copias del documento. De ahí que la publicación sea considerada, en la práctica, como un requisito, no sólo necesario, sino también suficiente, para la conversión de un documento en un cuerpo jurídico (p. 396) y, por tanto, para que sus enunciados adquieran la consideración de normas jurídicas.

Considero acertado afirmar que tanto la promulgación como la publicación aluden a circunstancias que hacen cierto el juicio por el que se afirma la existencia de una norma jurídica e incluso, probablemente agoten el universo de circunstancias que, en nuestras singulares circunstancias, pueden llegar a hacer cierta esa afirmación: resulta real-

³¹ Aunque no parece necesario exigir recepción por parte del destinatario de la norma, para comenzar a hablar de la existencia de la mayor y más importante parte de las normas jurídicas, considero acertada la observación crítica de GONZÁLEZ LAGIER (1995: 328), en el sentido de que convendría matizar de algún modo la propuesta para que abarcase la *recepción potencial*, si no la efectiva, por parte del sujeto destinatario de la norma.

mente difícil suponer algún factor que permitiera afirmar que una norma jurídica existe al margen de su promulgación o su publicación, especialmente en un contexto jurídico caracterizado por la positividad y la naturaleza escrita de las normas³². Sin embargo, creo que es conveniente dejar la puerta abierta a la consideración de cualquier otro factor distinto, pues si la vigencia de una norma es su mera existencia, el juicio de vigencia estará correctamente formulado a partir de cualquier dato o circunstancia que nos coloque frente a una determinada entidad –generalmente lingüística o expresable mediante un lenguaje– merecedora de la consideración de *norma jurídica* y no sería correcto negar que existe porque no se publicó o no se promulgó.

La enumeración de las condiciones que hacen verdadera la afirmación de que «una norma existe», como acertadamente señalan Moreso y Navarro (1993: 109-110), es difícil, pues, la existencia depende en gran medida de las creencias y actitudes de los sujetos de un grupo social determinado: las normas vigentes son las normas que un grupo de sujetos de una sociedad determinada *crea* que son normas jurídicas y reconoce que tienen que ser tenidas en cuenta por funcionarios y particulares. Luego el juicio de vigencia viene condicionado por cualesquiera condiciones que hayan podido motivar esas creencias y dado lugar a la existencia de una norma y no el resultado de una verificación conforme a unos determinados parámetros formalizados o axiomatizados³³.

Esta consideración final tampoco llega a resultar contradictoria con las dos causas de la existencia de las normas jurídicas antes presentadas, al menos tal y como las han formulado sus mentores. Alchourrón y Bulygin afirmaban que las normas existían a partir de los intentos *serios* de promulgación y determinar qué es la *seriedad* es algo que difícilmente puede ser visto como una cuestión cerrada, técnica o formalizada. En cuanto a la tesis de la publicación, el propio Hernández Marín (1984: 17-18) ha ofrecido un ejemplo de una circunstancia, en cierto modo, determinante de la existencia de la norma y que resulta ser alternativa a su propia propuesta: se refiere a casos de aplicación de disposiciones no publicadas oficialmente –supuesto que toma de Lapuente 1978–, lo que «permite pensar que algunos representantes de la Administración española consideraron dichas disposiciones como jurí-

³² Pensar en supuestos distintos es difícil pero no imposible, especialmente si prescindimos, al menos parcialmente de las condiciones de positividad y naturaleza escrita del derecho. Pensemos, por ejemplo, en una norma consuetudinaria que hubiera tenido su origen en la creencia errónea respecto de lo publicado o promulgado por una antigua autoridad normativa.

³³ En particular, el juicio de vigencia no es el efecto del cumplimiento de requisitos legales o normativos preestablecidos, lo que nos lleva a la legalidad o la validez, pero, en ningún caso, a la existencia. Las creencias respecto de la existencia de las normas podrán ser criticadas, corregidas, confirmadas, rectificadas de acuerdo a múltiples criterios y parámetros, e incluso pueden ser extinguidas se constate que autoridades, funcionarios y particulares creían erróneamente que una norma era válida o cuando creían erróneamente que una norma válida no lo era (MORESO y NAVARRO 1993: 112), pero no tiene mucho sentido negar la existencia de aquello que se valora o corrige ni tampoco negar cualquier estatuto ontológico a aquello en lo que se cree.

dicas, en contra de la opinión dominante». Y es que afirmar que la existencia de las normas jurídicas viene determinada *necesariamente* por la promulgación, por la publicación o por cualquier otro factor concreto, es decir, axiomatizar la existencia de las normas, implica *legislar acerca de usos lingüísticos y formalizar el pensamiento y la ideología de los juristas* (HERNÁNDEZ MARÍN 1984:18), algo que efectivamente no parece muy razonable.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1971): *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela).
- (1991): *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid.
- (1991a): «Von Wrigh y la Filosofía del Derecho» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991b): «La concepción expresiva de las normas» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991c): «Definiciones y normas» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1996): «Norma jurídica» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.
- ALEXY, R. (1997), *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Gedisa, Barcelona.
- ÁLVAREZ, N. (1979): «Reflexiones entorno al concepto de validez jurídica» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 56, Madrid, 1979.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996): *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.
- BETEGÓN, J., GASCÓN, M., DE PÁRAMO, J. R. y PRIETO, L. (1997): *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid.
- BOBBIO, N. (1956): *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991.
- BULYGIN, E. (1991a): «Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991b): «Dogmática jurídica y sistematización del derecho» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991c): «Sobre las normas de competencia» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- (1991d): «Validez y positivismo» en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991.
- CALSAMIGLIA, A. (1977): *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.
- CARACCILO, R. (1988): *El sistema jurídico. Problemas actuales*, CEC, Madrid.
- DELGADO PINTO, J. (1990): «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas» en *Doxa*, núm. 7, 1990.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. (1994): *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Cívitas, Madrid.
- FARIÑAS DULCE, M. J. (1991): *El problema de la validez jurídica*, Cívitas, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1989): *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1992.
- GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (1996), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid.

- GASCÓN, M. (1997): «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes» en *Doxa*, núm. 20, 1997.
- GUASTINI, R. (1983): «Teorie delle regole costitutive» en *RIFD*, 1983.
- (1991): «Norme, giudici di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen» en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XXI, 1991.
- (1994): «Invalidity» en *Ratio Iuris*, vol. 7, núm. 2, 1994.
- (1995): «Normas supremas» en *Doxa*, 17-18, 1995.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (1995): *Acción y Norma en G. H. von Wright*, CEC, Madrid.
- HART, H. L. A. (1961): *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1996): «Autoridad-competencia» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.
- (1984): *El derecho como dogma*, Tecnos, Madrid.
- (1998): *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- KELSEN, H. (1944): *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979.
- (1960): *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.
- (1965): «Recht und Logic» en *Neues Forum*. (Hay traducción al castellano de U. SCHMILL y J. CASTRO: *Derecho y Lógica*, UNAM, México, 1978).
- (1979): *Teoria General delle Norme*, Einaudi, Milán, 1985.
- LAPUENTE, R. (1978): «Reseña de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la publicación y promulgación de normas (1940-1975)» en *Anales de Derecho* 1978.
- LÓPEZ CALERA, N. M. (1997): *Filosofía del Derecho (I)*, Comares, Granada.
- MENDOÇA, D. (1991): *Introducción al análisis normativo*, CEC, Madrid.
- MORESO, J. J. (1996): «Leguaje jurídico» en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA 1996.
- MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E. (1993): *Orden jurídico y sistema jurídico*, CEC, Madrid.
- NINO, C. S. (1978): «Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity» en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXIV/3, 1978.
- (1983): *Introducción al análisis del derecho*, Ariel.
- PEÑA FREIRE, A. M. (1997): *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid.
- ROSS, A. (1958): *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- (1968): *Lógica de normas*, Tecnos, Madrid, 1971.
- RUIZ MANERO, J. (1990): *Jurisdicción y normas*, CEC, Madrid.
- VON WRIGHT, G. (1963): *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve

Por MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO

Universidad de Cádiz

1. PRESENTACIÓN

La posible innovación del ordenamiento por parte de los jueces es uno de los problemas más complejos con los que se enfrenta la teoría jurídica. Las páginas que siguen no pretenden responder a esta cuestión ardua que ha hecho brotar un número muy considerable de reflexiones, sino tan sólo esbozar una visión del asunto a partir de algunas consideraciones de Ronald Dworkin. Aunque la obra de Dworkin presenta una complejidad considerable debido a un escaso afán de sistema y al carácter recopilatorio de algunos de sus libros, a lo largo de su vida este iusfilósofo americano ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre él, y su posición ha sido aparentemente clara. No obstante, un acercamiento detenido a sus escritos deja traslucir cierta ambigüedad presente en sus tesis que confiere especial interés a este tema.

2. LAS POSTURAS CONTRARIAS

Dworkin se preocupa en primer lugar por exponer qué explicaciones de la labor judicial rechaza. Uno de sus enemigos intelectuales es el Positivismo jurídico, y eso también resulta patente en este problema. Es preciso recordar que bajo la etiqueta del Positivismo podemos englobar formas un tanto diferentes de concebir la realidad jurídica, de

tal manera que no resulta posible intentar ofrecer ahora una definición. A modo introductorio, Dworkin nos indica que para el Positivismo sólo existe Derecho en virtud de una decisión o acto humano, bien sea un mandato expreso o un acto pasivo de aceptación ¹.

Una de las versiones positivistas criticadas es la que denomina *plain-fact view*, que se asemeja considerablemente al denominado positivismo «legalista». Según la teoría del *plain-fact*, el Derecho se identifica con una serie de decisiones tomadas por las instituciones jurídicas -legislatura y tribunales. En consecuencia, las cuestiones jurídicas deben ser resueltas mediante la lectura de los documentos en los que figuran tales decisiones, y su posterior aplicación. Si existe una laguna en ese material, el juez está legitimado para actuar discrecionalmente y crear Derecho nuevo ². Esta explicación va referida al positivismo legalista desarrollado en el mundo anglosajón. Recordemos que John Austin entendía que el Derecho no era sino un conjunto de mandatos procedentes del soberano que el juez debe aplicar ³. Sin embargo, a veces la ley era insuficiente y en tales casos, el juez debía decidir como si fuera el legislador. La juridicidad de dicha decisión provenía de una delegación del poder soberano ⁴. Es una línea parecida a la adoptada por H. L. A. Hart, cuando se refiere a la «textura abierta» del Derecho y a sus «zonas de penumbra», aunque existen sensibles diferencias entre ambos autores ⁵.

Esta identificación del Derecho con un material fijado históricamente que debe ser aplicado inexorablemente resulta especialmente antipática para Dworkin. Pertenece a las que llama «teorías semánticas del Derecho», caracterizadas por suponer que abogados y jueces usan los mismos criterios (expresos o no) para decidir cuándo una proposición jurídica es verdadera. Las más influyentes, indica este autor, defienden que dichos criterios se basan en hechos históricos específicos, como la «regla de reconocimiento» postulada por Hart ⁶. Por supuesto, para estos positivistas si no hay un criterio claro, no hay Derecho ⁷. En realidad ésta es, nos explica, la «teoría más popular»

¹ Cfr. DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, p. 131.

² Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart, 1998, pp. 7-9.

³ Cfr. sus *Lectures on Jurisprudence*, London, John Murray, 1911, vol. I. *lect.* I, pp. 88 ss.

⁴ Cfr. *Lectures...*, *op. cit.*, vol. II, *lect.* XXXVII, pp. 532 y 621 ss. Cfr. también la p. 629 de esa obra.

⁵ Vid. *El concepto de derecho*, Trad. de G. CARRIÓ. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 155 ss. Vid. también «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-629. Como es bien sabido la obra de Hart ha sido uno de los principales objetos de la crítica dworkiniana. Vid., por ejemplo, su *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, en *Filosofía del Derecho*, trad. de J. SAINZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 85 ss. Sobre las insuficiencias de la forma positivista de entender el Derecho, vid., CARPINTERO, F., «Dos horas de teoría del derecho», *Persona y Derecho* 32 (1995), pp. 63 ss. Y específicamente sobre la figura de Hart, vid. la monografía de ORREGO, C., *H. L. A. Hart, Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, 457 pp.

⁶ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁷ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 37.

sobre el juicio: los jueces sólo aplican el Derecho que otros crean, salvo en casos excepcionales en los que las normas son oscuras, momento en el cual el juez adopta la posición del legislador⁸.

El iusnaturalismo también es, a juicio de Dworkin, una teoría «semántica», ya que se basa en la existencia de unos criterios morales que sirven para enjuiciar la veracidad de las proposiciones jurídicas⁹.

La clave que distingue a estas explicaciones es que presentan al Derecho como un material que viene ya dado al jurista. Sería un conjunto de reglas, normas o preceptos que proporcionan las respuestas precisas y marcan inequívocamente los cauces de la actuación del jurista¹⁰. Y Dworkin no está de acuerdo con esa visión de la realidad jurídica.

Hay otro tipo de teorías a las que aplica la etiqueta de «interpretativistas». Entre ellas está es el convencionalismo, muy parecida a la *plain-fact view*. Para sus defensores, una decisión jurídica sólo está justificada cuando una decisión política pasada lo permite expresamente. Ocurre que esas decisiones, normalmente plasmadas en leyes, suelen ser incompletas, y no ofrecen respuestas para todos los casos. En ese supuesto, el campo queda abierto para la discreción judicial mediante la cual el juez actúa como un legislador¹¹.

Otra variante «interpretativista» es la constituida por el Pragmatismo. Según sus integrantes, no existen derechos establecidos en decisiones previas; sólo aparecen tras una decisión judicial de acuerdo con factores diversos atinentes a la política pública. Una de las versiones más conocidas de esta actitud es la constituida por el «Realismo jurídico americano». Dworkin indica que se trata de una «exageración innecesaria» y que se halla «pasado de moda», porque las proposiciones jurídicas son algo más que predicciones o expresiones de deseo¹². Es cierto que los realistas, siguiendo el ejemplo de O. W. Holmes¹³,

⁸ Cfr. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 82.

⁹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰ Es preciso aclarar que esta descripción es adecuada, en líneas generales, para el positivismo, pero no para todas las variantes del iusnaturalismo, tan sólo para el típico de la Modernidad. Como ha señalado A. Kaufmann, tanto el positivismo como el iusnaturalismo moderno afirman que existe un baremo inmutable para decidir sobre la adecuación de las instituciones concretas. Cfr. «Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik», en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen)*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl HEYMANS, 1984, pp. 81 ss. Un estudio sobre el iusnaturalismo anterior a la Modernidad, que no concebía al Derecho natural como un orden de justicia eterno e inmutable es el de CARPINTERO, F., «Nuestros prejuicios sobre el llamado derecho natural», *Persona y Derecho* 27 (1992), pp. 21-200. Por otra parte, Dworkin reconoce que hay formas diferentes de entender el Derecho natural, pero no profundiza mucho más. En las últimas páginas de *Law's Empire* parece defender un Derecho natural como ideal del Derecho efectivamente existente. De todas formas, las relaciones entre la teoría de Dworkin y el iusnaturalismo son algo complejas para tratarlas ahora.

¹¹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 114-115 y 119. Según Dworkin, la peculiaridad del interpretativismo frente a las teorías semánticas es que el primero admite que pueda haber varias teorías que intenten explicar el Derecho y, aunque una sea la correcta, las demás no tienen por qué ser absurdas. En cambio, las tesis semánticas como el positivismo, piensa que cualquier otra explicación carece de sentido. Cfr. *Law's...*, *cit.*, p. 116.

¹² Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹³ Cfr. «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, X (1987), pp. 458 ss. y 461.

negaron que el Derecho estuviera fijado en un conjunto de proposiciones previas a la decisión judicial. La complejidad y variabilidad de los asuntos humanos imposibilitaban la predeterminación de los criterios decisorios, que sólo surgían después del estudio judicial del caso particular y los intereses que en él estuvieran presentes ¹⁴. En ese sentido, algunos de los integrantes de esta tendencia entendieron que la tarea de la ciencia jurídica era la predicción de las decisiones judiciales, misión no siempre fácil, porque las causas de la resolución dependen a veces de la personalidad del juez ¹⁵.

En cualquier caso, Dworkin busca una alternativa entre los extremos del legalismo y el realismo, en realidad dos caras del positivismo ¹⁶. No acepta que el juez esté absolutamente ceñido a lo dispuesto en unas normas inalterables, pero tampoco que el juez pueda crear Derecho a su arbitrio. Es preciso, entonces, buscar una teoría que permita responder satisfactoriamente a las características de la actividad judicial ¹⁷.

Como punto de partida es necesario establecer que Dworkin es muy claro en *Taking Rights Seriously* acerca de la función judicial: los jueces no crean Derecho como los legisladores. Algunas de las razones para esa negativa son tradicionales: carecen de legitimación democrática pues no proceden de una elección mayoritaria y aplicarían Derecho retroactivamente, ya que lo crean *ex post facto* ¹⁸.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la opinión de W. W. COOK: «Scientific Method and the Law», *American Bar Association Journal* 13 (1927), pp. 307 ss. Un estudio general acerca de esta corriente es el de TARELLO, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, 254 pp.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930, pp. 46 y 114-116.

¹⁶ Así lo reconocía W. FRIEDMANN. Cfr. *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking*, en *Essays of Jurisprudence from the Columbia Law Review*, New York / London, Columbia University Press, 1964, pp. 101-102.

¹⁷ La falta de precisión tanto de la visión «legalista» como de la «realista» había sido puesta de manifiesto ya por Roscoe Pound, quien pensaba que el abanico de posibilidades que se abren al juez es más amplio: hay una gradación muy considerable desde los casos gobernados por una norma de forma clara, hasta los supuestos en los que el juez carece de fundamentos para su decisión (*grounds*) y sólo debe actuar «honestamente». Entre esos extremos hay casos no previstos expresamente en las reglas pero resolubles mediante razonamientos «from authoritative principles» o el empleo de la «judicial discretion guided by analogy of principles of law». POUND, R., «Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the Individual Special Case», *New York University Law Review*, 35 (1960), p. 930.

Por lo demás, ya J. Hall había rechazado tanto el legalismo radical como el «realismo jurídico americano». Admite que, a veces, es posible la subsunción en una regla general, pero otras veces no, porque las normas son vagas y no producen certeza. Sin embargo, eso no quiere decir que no sea posible descubrir cierta verdad jurídica, a pesar de los inevitables fallos y lagunas. Cfr. *Living Law of Democratic Society*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1949, pp. 40-45.

¹⁸ Cfr. *Taking...*, *op. cit.*, p. 84. El problema de la retroactividad de la decisión judicial ya lo advirtió John Austin. Cfr. *op. cit.*, vol. II, *lect.* XXXVII y XXXVIII, pp. 628-645.

3. UNA TEORÍA SOBRE LA DECISIÓN

3.1. La importancia de los principios

Es manifiesto que, en muchos supuestos, las reglas vigentes son ambiguas no proporcionan una solución clara ¹⁹. La primera explicación acerca de la resolución de los caso oscuros la ofrece en sus reflexiones acerca de los principios jurídicos y la *right thesis*: el juez no crea Derecho como el legislador porque resuelve los «casos difíciles» con principios. Frente a los positivistas que reducen el Derecho a un conjunto de normas emanadas de la voluntad política, Dworkin entiende que el ordenamiento también está compuesto por un tipo de *standard* que no presenta ideales de reforma social, económica o política, sino que «es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral» ²⁰. Mediante esos principios el juez puede hallar los «dere-

¹⁹ Dworkin utiliza como ejemplos algunos asuntos particularmente controvertidos, extraídos de la historia jurídica americana. Uno de ellos es el caso *Riggs*, en el que un sujeto había asesinado a su abuelo, del cual era el único heredero. ¿Tenía derecho a la herencia? La normativa acerca de Derecho sucesorio no establecía nada al respecto, pero el tribunal decidió que no, empleando para ello el principio según el cual nadie puede obtener provecho de sus actuaciones ilícitas. Otro asunto polémico fue el caso *Brown*, en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas. Según el tribunal, vulneraba la decimocuarta enmienda, aunque ésta no se refería expresamente a ese tipo de organización escolar.

²⁰ *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 22. Es procedente recordar que Dworkin no ha sido el primero en llamar la atención acerca de los principios. En los Estados Unidos, a principios del siglo XX, Roscoe Pound explicó que el Derecho no es un agregado de reglas, sino una realidad considerablemente más compleja. En realidad está formado por un cierto número de *legal precepts*, ideas tradicionales acerca de la interpretación y aplicación de dichos preceptos y una serie de ideas acerca de filosofía política y ética sobre el fin del Derecho. Los preceptos jurídicos tampoco son homogéneos: comprenden normas –*rules*–, principios, «concepciones jurídicas» y *standards*, es decir, cláusulas generales que sirven para valorar comportamientos en determinadas circunstancias. Cfr. «The Theory of Judicial Decision», *Harvard Law Review* XXXVI (1923), pp. 643-646. Pound ha insistido en otros lugares sobre la diferencia entre las *rules*, los principios y los *standards*. Vid. «The Administration Application of Legal Standards», *Reports of the American Bar Association*, 44 (1919), pp. 443 ss. *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven/London, Yale University Press, 1982, pp. 57 ss. Esto no quiere decir que la descripción de Pound sea similar a la de Dworkin. Otros autores en el Continente europeo han destacado la importancia de los principios: es el caso de J. ESSER y su conocida *Principio y norma en la formación judicial del Derecho privado*, trad. de E. VALENTÍ. Barcelona, Bosch, 1961. Sobre las diferencias entre las ideas de Esser y las de Dworkin, *vid.*, RAMOS, J. A., «El fundamento del vigor de los principios jurídicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), pp. 269-290.

No obstante, autores como éstos no han inventado las concepciones principialistas, sólo las han rescatado. Durante los siglos de vida del *ius commune*, sus integrantes eran plenamente conscientes de la relevancia que los principios poseían en la vida jurídica. Una buena muestra la encontramos en las diversas teorizaciones romanistas del siglo XVI. Especialmente significativas de la preocupación por los *principia* son las obras de Jean CORAS, *De iuris arte liber* (en los *Tractatus Universi Iuris*, Venetiis, 1584) y de Joachim HOPPER, *De iuris arte libri tres, Iuris Civilis, sive ad Pandectas libri sex*, Lovanii, 1555, 505 pp.

chos institucionales» que corresponden a los ciudadanos en los casos controvertidos, no sólo en los considerados «fáciles», sino también en los «difíciles»²¹. Esta reflexión es de enorme relevancia, porque gracias a la existencia de estos *standards*, el juez cuenta con unos argumentos que le permiten dar una solución a los casos que no están previstos en las normas, sin incurrir en la arbitrariedad²².

Al respecto, Dworkin señala que los jueces carecen de discrecionalidad a la hora de decidir. Para explicar esta afirmación distingue varias clases de discrecionalidad. La primera es la que tiene una persona cuyo deber viene establecido por *standards* que los «hombres razonables» pueden interpretar de formas diferentes. En segundo lugar, podemos decir que un hombre tiene discrecionalidad cuando su decisión «es final», es decir, ninguna autoridad superior puede revisar su decisión. Finalmente, existe discreción «fuerte» cuando no existe ningún tipo de *standard* que imponga deberes para tomar la decisión en un sentido particular²³. Según Dworkin, los jueces sólo poseen discrecionalidad en el primero de los sentidos. Esa situación se produce si no hay ninguna regla social que inequívocamente requiera una decisión concreta, y el juez debe, por tanto, ejercitar su iniciativa y su juicio para decidir más allá de la aplicación de una regla. Los miembros del Tribunal Supremo también gozan de discreción en el segundo de los sentidos, pero ningún magistrado o tribunal tiene discreción del tercer tipo, a menos que reduzcamos el Derecho a un bloque de normas. Debido a la presencia de los principios, no es razonable decir que en ciertos casos no existe ninguna directriz que vincule al juez en el momento de tomar una decisión. Incluso en los casos más difíciles, el Derecho no calla²⁴.

Pero no pretendo examinar ahora la teoría principialista defendida por Dworkin, sino aludir a un problema adicional: hasta qué punto los principios impiden la creación judicial del Derecho. Y es que la limitación a la discrecionalidad que los principios presentan ha sido criticada por algunos. En esa línea, J. Raz ha indicado que los principios implican realmente la discreción de los jueces: no la evitan sino que la refuerzan. Y es que su carácter necesariamente vago reclama una intervención judicial para discernir el sentido que tendrán en el caso. Ciertamente, esto no supone que el juzgador pueda proceder arbitrariamente, sino que ha de dar razones justificadoras de la decisión²⁵.

Por otra parte, algunos autores han considerado poco justificada la diferencia establecida entre *principles* y *policies*: ambos son utilizados por los jueces en sus decisiones. Cfr. por ejemplo, la opinión de GREENAWALT, K., «Policy, Rights and the Judicial Decision», en *Ronald Dworkin & the Contemporary Jurisprudence*, Ed. por M. COHEN. London, Duckworth, 1984, pp. 103 ss. Afirma este autor que a la hora de interpretar las leyes (*statutes*), el juez considera los *collective goals* contenidos por la norma. *Op. cit.*, p. 104.

²¹ *Taking...*, *op. cit.*, p. 129. Cfr. también *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

²² *Taking...*, *op. cit.*, pp. 82 ss.

²³ *Taking...*, *op. cit.*, p. 69.

²⁴ Cfr. RAMOS, J. A., «El fundamento del vigor de los principios jurídicos», *op. cit.*, p. 284. En *A Matter of Principle*, Dworkin reconoce que puede haber casos en los que no sea posible encontrar una respuesta jurídica, aunque sean muy raros. Cfr. pp. 119 y 144.

²⁵ RAZ, J., «Legal Principles and the Limits of Law», en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 76. Raz sostiene que sólo es Derecho la *rule* que

Aquí reside una de las divergencias básicas entre los positivistas como Raz o Hart y Dworkin: los primeros opinan que esas razones, extraídas de una instancia ajena a las normas, no son Derecho, y Dworkin sí ²⁶. Claro que el problema es algo más complicado, porque, aun admitiendo la juridicidad de los principios, éstos no parecen proporcionar en muchas ocasiones una respuesta clara.

Aquí radica una de las claves de la cuestión. Una de las diferencias entre las *rules* y los principios estriba en su funcionamiento. Las normas son aplicables en forma «de todo o nada». Si están presentes los hechos que la norma recoge, y ésta es válida, se aplica; si los hechos no coinciden con el supuesto legal, la regla no ofrece respuesta al caso. En cambio el principio no contiene una referencia expresa a un supuesto de hecho que haga necesaria su aplicación en un momento dado. Más bien, propone una razón que demanda una solución en un sentido determinado, sin que esa exigencia produzca una solución necesaria. Un principio ofrece una razón, pero en esa materia puede haber otros principios o «directrices políticas» argumentando en otra dirección. Debido a esa pugna el principio que normalmente soluciona el problema no es aplicable. Sin embargo, «en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que queremos decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido» ²⁷.

Dworkin añade que los principios poseen una dimensión que las *rules* no tienen: la del «peso o importancia». Una regla no es más importante que otra y si entran en conflicto, sabremos fácilmente cuando una sobrepasa a la otra. En cambio, cuando hay un conflicto entre principios, debemos sopesarlos para saber cuál tiene más peso ²⁸. En tales casos, los jueces deben decidir qué principio tiene más importancia dadas las circunstancias ²⁹.

Estas afirmaciones de Dworkin parecen indicar implícitamente que es la conformación de la situación la que proporciona un indicio imprescindible para saber cuál es la razón que debe prevalecer y, por tanto, cuál es el principio que resuelve el caso.

responda al test de juridicidad. Los principios no lo hacen y, consecuentemente, no son Derecho.

²⁶ Cfr., por ejemplo, DWORKIN, R., *Reply to Raz*, en *Ronald Dworkin & the Contemporary Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 260-263.

²⁷ Cfr. *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 25-26. La traducción transcrita es la de M. GUASTAVINO: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 77. (En el texto principal, empleo los términos «directriz política» para *policy*, siguiendo esta traducción). Sobre la necesidad de una valoración para establecer el peso de los principios que afectan a un asunto, cfr., igualmente, *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, *op. cit.*, p. 93.

²⁸ Cfr. *Taking...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁹ Cfr. *Taking...*, *op. cit.*, p. 78. Quizá sea prudente advertir que la aplicación de las normas no se desenvuelve de la manera mecánica que Dworkin describe en este libro. Más adelante, al hablar de las normas legales matizará más sobre su funcionamiento en el orden jurídico.

Ese carácter abierto de la argumentación con principios ha llevado a K. Greenawalt a criticar la afirmación dworkiniana sobre la actividad judicial. Greenawalt opina que el juez debe elegir en multitud de ocasiones, y esa elección es discrecional en un sentido más fuerte de lo que piensa Dworkin. En realidad, los jueces pueden tener en ciertos asuntos una libertad notable para dar mayor o menor peso a un principio y eso disuelve la diferencia entre la primera acepción de discrecionalidad y la tercera ³⁰. En algunos asuntos, la elección no viene impuesta por ninguna norma, principio o cualquier otro precepto, que establezcan una decisión correcta.

Lo que sí está claro es que, desde el punto de vista de Dworkin, en los *hard cases*, la respuesta no viene predeterminada por el principio ³¹. Efectivamente, el juez ha de desarrollar una labor argumentativa a la hora de establecer la respuesta correcta. Es preciso que tenga en cuenta la exigencia del problema que tiene ante sí y la valoración contenida en el principio ³². Esto es lo que ocasiona la polémica con los autores vinculados al positivismo, porque el hallazgo de la respuesta correcta requiere buena parte de las veces una ponderación de las «razones» de los distintos principios, y el resultado depende de ese balance. En ese proceso el juez goza de cierta autonomía en la medida en que la solución no está determinada por el principio: hay diversas posibilidades y hay que escoger una a la luz de las circunstancias del caso. Eso significa que el juez ha de valorar la situación concreta, una valoración que no está contenida en la norma, sino que procede del juzgador. Inevitablemente, esto puede suponer la presencia de cierto arbitrio y discrecionalidad.

Por tanto, la referencia a los principios no basta y es preciso diseñar una teoría más compleja.

3.2. La integridad

Frente a las teorías «semánticas», Dworkin propone una «interpretativa». No todas las que pertenecen a esta categoría le parecen aceptables: el convencionalismo y el pragmatismo deben ser rechazados, como indiqué páginas atrás.

La propuesta de Dworkin está basada en lo que él denomina una visión del «Derecho como integridad». Él estima que la *right thesis* se basa en la búsqueda de una solución que pueda ser justificada dentro de una teoría política que ofrezca una justificación general del orden

³⁰ Cfr. GREENAWALT, K., «Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges», *Columbia Law Review*, 75 (1975), pp. 364-365.

³¹ Así lo señala –como una crítica– D. A. J. RICHARDS. Cfr. «Taking Taking Rights Seriously Seriously. Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law», *New York University Law Review*, 52 (1977), pp. 1284 y 1314-1315.

³² Cfr. VIGO, R., *Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Universidad Nacional del Litoral, 1993, p. 22.

jurídico, es decir, en el seno de una teoría que también justifica otras decisiones que se consideran correctas ³³.

Ahora bien, esa justificación no puede estar en un test formal, como pretenden algunas teorías semánticas o las posturas convencionalistas. Es preciso encontrar una teoría que evite dos extremos: la objetividad y la subjetividad plenas. El Derecho no puede reducirse a un conjunto fijo de materiales históricos que ofrezcan las repuestas posibles. Tampoco debe quedar al albur de los órganos decisorios ³⁴. Ese equilibrio difícil entre una cierta objetividad y la inevitable flexibilidad de la vida jurídica puede conseguirse mediante una teoría interpretativa que permita presentar la mejor lectura del objeto interpretado. Desde ese punto de vista, considera que el Derecho presenta similitudes con la Literatura. En efecto, la comprensión de una obra literaria debe realizarse mediante una interpretación que ofrezca la imagen más favorable a la obra de arte en sí misma ³⁵. Algo parecido ocurre con el Derecho.

Indica que hay distintos tipos de interpretación. Una de ellas es la llamada «conversacional», que está dirigida a conocer la relación entre un hablante y su auditorio; en ella la intención del autor del mensaje interpretado es fundamental. Otra forma de interpretación es la «constructiva», en la que lo decisivo no es la causa del mensaje —la intencionalidad del autor—, sino su finalidad: obtener la mejor versión posible de la cosa interpretada ³⁶.

Dworkin dedica un buen número de páginas a desmontar las tesis interpretativas «intencionalistas» que poseen una fuerza enorme en el Derecho constitucional y en el *statutory law*. No sólo las considera erróneas en el ámbito literario, sino también en el jurídico, y mantiene que esta forma de entender el proceso interpretativo es una versión típica del positivismo jurídico: el Derecho se compone de decisiones tomadas por personas del pasado; si queremos saber lo que significan, habremos de atender a la intención de esas gentes ³⁷.

El problema es que esa intención es difícilmente cognoscible. En primer lugar, la intención suele ser un estado psicológico y no es fácil precisar con exactitud cuál de sus aspectos puede ser más relevante. ¿Lo son quizá las esperanzas y expectativas de los legisladores sobre el resultado de una norma? ³⁸ Tampoco es sencillo elegir el momento del proceso legislador que escogeremos para averiguar las expectativas de

³³ *Taking...*, *op. cit.*, pp. 87-88. Dworkin explica que su prolija exposición teórica requeriría un juez de capacidad sobrehumana, al que llama Hércules. En este momento no voy a preocuparme por un reproche que surge de manera inmediata: ¿Cuál es la utilidad de una metodología que puede ser impracticable para el juez normal?

³⁴ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, p. 162. En el mismo sentido, cfr. DWORKIN, R., «Law as Interpretation», *Texas Law Review*, 60 (1982), p. 529.

³⁵ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, pp. 536-539.

³⁶ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 50 y 52.

³⁷ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, p. 148.

³⁸ Dworkin escribe que un congresista puede votar una norma porque considere que es un mal menor y esperar que sea interpretada restrictivamente por los tribunales. Sin embargo, ante un problema interpretativo éste no parece ser un criterio hermenéutico razonable. Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 323.

los autores³⁹. Hay una dificultad añadida: el legislador está compuesto por varias personas, y no está claro cuáles son las que debemos considerar para elucidar la intención del poder legislativo, porque en realidad no es tan simple saber quiénes son los auténticos autores de la norma. Tengamos en cuenta que los estados psicológicos de todas estas personas son diferentes y, consecuentemente hemos de elegir: tal vez sea mejor escoger una opinión representativa. Pero la respuesta a esa cuestión tampoco es evidente. Tal vez podamos optar por las de aquellos que intervinieron en los debates, las de los que votaron, las de todos los miembros del Congreso, o también las de los ciudadanos que influyeron en los legisladores⁴⁰. En realidad, a juicio de Dworkin, es imposible hallar una solución a esta cuestión. Algunos defensores del intencionalismo recurren a la llamada *contrafactual question*: ¿Qué habría hecho el legislador si hubiera conocido el caso concreto? Pero, señala Dworkin, saber eso es imposible⁴¹.

A partir de esas apreciaciones, en sus referencias al Derecho constitucional, critica seriamente las teorías «interpretativistas» e «historicistas». De todas formas, estima que la distinción que en los Estados Unidos se establece entre «interpretativistas» y «no interpretativistas» es engañosa. Según los primeros, la decisión constitucional debe brotar de la interpretación de la constitución en sí misma. Los segundos sostienen, en cambio, que esa decisión debe basarse en fundamentos extraconstitucionales⁴². La falacia de la distinción radica en que una decisión jurídica –también la referente a la constitución– es interpretativa.

A él le preocupa especialmente un aspecto del interpretativismo que denomina «*historicism*»: sus defensores exigen que toda interpretación esté basada en la «intención original» de los constituyentes⁴³, pues si no ocurre así los intérpretes –jueces– están ejerciendo prerrogativas que no les corresponden en el esquema de la separación de poderes: en suma, crean Derecho, actividad para la que carecen de legitimación⁴⁴.

³⁹ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 43 ss. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 321 ss.

⁴⁰ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 317 ss.

⁴¹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 325. Este recurso a una supuesta voluntad legisladora ficticia es muy antiguo: lo hallamos ya en Aristóteles y el Derecho Romano.

⁴² De aquí surgen diversas tendencias, como el *judicial activism*, que busca interpretar las cláusulas vagas teniendo en cuenta los cambios en la moralidad pública. Por otra parte, el *judicial restraint*, «argues that courts allows the decisions of other branches of government to stand, even when they offend the judges' own sense of the principles required by the broad constitutional doctrines, except when these decisions are so offensive to political morality that they would violate the provisions on any plausible interpretation, or perhaps, when a contrary decision is required by clear precedent». Cfr. *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 137.

⁴³ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 359-360. En *Taking Rights Seriously* se refiere al *strict constructionism*: «This theory makes a strict interpretation of the text yield a narrow view of constitutional rights, because it limits such rights to those recognized by a limited group of people at a fixed date of history». *Op. cit.*, p. 134.

⁴⁴ La literatura académica sobre esta cuestión en Estados Unidos ha sido abundante durante los últimos años. *Vid.*, como ejemplo, R. Berger, quien señala que el intérprete de la Constitución no puede separarse de la intención original del constituyente. De

La teoría de Dworkin se presenta como una opción más matizada, porque rechaza la creación judicial del Derecho, pero al mismo tiempo niega la vinculación absoluta del intérprete a las decisiones del pasado. Al respecto, Dworkin compara el Derecho con una novela en cadena (*chain novel*). Este ejercicio literario es una empresa colectiva en la que un autor escribe el primer capítulo de una obra y sucesivos escritores añaden nuevos capítulos que continúan de forma coherente la historia iniciada por sus predecesores. Para poder llevarlo a cabo es necesario que interpreten todo lo que ha sido escrito con anterioridad. Ahora bien, no debe interpretarlo en un sentido intencionalista, porque, a excepción de lo que le ocurre al segundo escritor, no hay un solo autor.

Ésta es la forma en la que debe comportarse el juez en un *hard case*, sobre todo en el *common law*. Debe extraer el argumento de las decisiones pasadas de los jueces, de las prácticas e interpretaciones anteriores. Y su misión no es descubrir las intenciones de los jueces o legisladores del pasado, sino «alcanzar una opinión acerca de lo que esos jueces hicieron colectivamente». Tiene la responsabilidad de mejorar la empresa que tiene entre manos y no darle la dirección que subjetivamente le parezca mejor ⁴⁵. Desde este punto de vista, el juzgador se encuentra en la posición ambivalente: es al mismo tiempo crítico y autor de la tradición a la que pertenece; no puede desarrollarla de una forma completamente autónoma, aunque inevitablemente añade algo

lo contrario, introduciría un significado nuevo en las palabras que forman el texto constitucional. «Originalist Theories of Constitutional Interpretation», *Cornell Law Review*, 73 (1988), pp. 353 ss. Igualmente, el juez W. H. Rehnquist señala que el poder legislativo reside sólo en el pueblo, por lo que los jueces no pueden cambiar la constitución en sus interpretaciones. Y es que más allá de la constitución y *the laws*, no hay otra cosa que la moral exclusivamente personal. Cfr. «The Notion of a Living Constitution», *Texas Law Review*, 54 (1976), p. 704. En una línea similar, R. O. Rotunda critica al grupo de los *noninterpretativists*, a los que acusa de adoptar valores que no están en la Constitución y atender exclusivamente a la conciencia de la época del intérprete. Según Rotunda, la tarea judicial legítima es la que atiende al *original intent* de los constituyentes. Cfr. «Original Intent, the View of the Framers, and the Role of the Ratifiers», *Vanderbilt Law Review*, 41 (1988), pp. 508 y 515.

Esta cuestión es bastante compleja, porque hay un sector de autores –académicos y jueces– que piensan que no es posible conocer el *original intent* de la norma –constitución o *statute*–, pero, al mismo tiempo, estima imprescindible evitar la creación judicial del Derecho. Para ello recurren a otro criterio interpretativo, ya añejo en el Derecho anglosajón: el significado claro del texto –*plain meaning*–. Cfr. SCALIA, A., «The Rule of Law as a Law of Rules», *The University of Chicago Law Review*, 56 (1981), pp. 1175-1188. Sobre la ilicitud del cambio de los valores constitucionales, *vid.*, también, EASTERBROOK, F.H., «Method, Result and Authority: A Reply», *Havard Law Review* 98 (1985), pp. 627-629. *Vid.*, también EASTERBROOK, F. H., «Statutes' Domains», *The University of Chicago Law Review*, 50 (1983), pp. 533-552. Sobre la actitud de estos dos últimos autores, *vid.* FARBER, D. A., «The Hermeneutic Tourist Statutory Interpretation in Comparative Perspective», *Cornell Law Review*, 81 (1996), p. 522. Indica Farber que la clave de su tesis es reducir el papel de los jueces a puros aplicadores de los *statutes* tal y como están escritos (*ibidem*). No obstante este textualismo también genera dificultades: no es posible conocer el significado de un texto sin una referencia a su contexto. Debido a esa circunstancia, muchas veces la referencia al puro texto no soluciona el problema. Y entonces los problemas vuelven a empezar.

⁴⁵ *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 158-159.

a la tradición interpretada, cuando es un caso difícil, como los casos *Riggs* o *Brown* ⁴⁶.

Para conseguirlo, el juez debe desarrollar una interpretación que sea acorde con la historia jurídica en la que se desenvuelve ⁴⁷. Y eso sirve para marcar los límites en los que ha de moverse su decisión: dos criterios que Dworkin expone como coherencia (*fit*) y moralidad política (*political morality*) ⁴⁸.

Escribe Dworkin que los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad deciden los *hard cases* mediante un conjunto de principios coherentes acerca de los derechos y deberes, y pretenden encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de la comunidad. El límite de la coherencia es fundamental porque supone un límite a la decisión del juez: no vale cualquier teoría justificadora del resultado, porque la que se oponga de manera clara a la historia jurídica deberá ser rechazada, aunque refleje las convicciones personales del juez. Si hace prevalecer sus propias convicciones, no está interpretando una práctica jurídica ⁴⁹. Esta última idea es importante: Hércules, el juez ideal, no basa sus sentencias en convicciones personales. Por supuesto, la solución que dé será una opinión, pero no una convicción moral subjetiva, sino una convicción acerca de lo que demandan la Constitución y el ordenamiento jurídico en ese problema ⁵⁰. Retengamos la idea: el Derecho se basa en opiniones, pero opiniones con fundamento objetivo.

Puede suceder que haya varias interpretaciones posibles. En tal caso, habrá que escoger la que desde el punto de vista de la moralidad política presente esa práctica bajo la mejor luz, y haga de ella «makes the work in progress best, all things considered» ⁵¹.

En este punto las tesis metodológicas de Dworkin se vuelven un tanto abiertas. Sostiene que en el ámbito decisorio no hay total creatividad, ni vinculación mecánica al texto: cada uno debe ser cualificado por el otro. Pero no es fácil saber hasta dónde alcanza esa vinculación ni qué grado tiene esa creatividad que en otros lugares Dworkin ha negado. Una de las causas de esa dificultad está en que no hay un método exacto para conocer cuál es la interpretación más acorde con la historia jurídica. Según declara, la teoría del «Derecho como integridad» es un *approach*, más que una serie de respuestas ya establecidas ⁵². De hecho, puede haber varias adecuadas, sólo que una de ellas es más adecuada que las demás ⁵³.

⁴⁶ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, p. 544.

⁴⁷ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, p. 544.

⁴⁸ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 142-143 y 160.

⁴⁹ *Law's...*, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁰ Cfr. *Taking...*, *op. cit.*, p. 124.

⁵¹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 231 y 256.

⁵² *Law's...*, *op. cit.*, pp. 234 y 239-240.

⁵³ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, pp. 544-545. Cfr. en el mismo sentido, *Law's...*, *op. cit.*, p. 247.

En consecuencia, desde el punto de vista de Dworkin, el Derecho no viene «dado» al jurista sino que brota después de la interpretación. Esta apreciación puede llevar a un entendimiento erróneo de la tesis de la *right answer* propugnada por Dworkin. Efectivamente, él mantiene que, incluso en los casos difíciles es posible hallar cuáles son los derechos institucionales de las partes, y ese hallazgo es facilitado por criterios por el ordenamiento. Ahora bien, si reconoce que puede haber respuestas diferentes a esas cuestiones difíciles, parece dar la razón a sus críticos positivistas. La solución quizá esté en el problema de la demostrabilidad.

Él opina que en el Derecho no es lícito pensar que una proposición sólo es cierta si puede demostrarse como tal, es decir, si a partir de unos hechos comprobados hay motivos indudables que hacen que todos estén de acuerdo con la proposición en cuestión ⁵⁴. En la práctica jurídica, los jueces argumentan y dan respuestas que no son demostrables, pero eso no quiere decir que sean absurdas e inútiles, porque es innegable que hay argumentos mejores que otros; el Derecho se basa, así, en la existencia de una multiplicidad de razones para justificar las opiniones en el seno de una práctica interpretativa. Esas razones no son demostrativas, es decir, ninguna es absolutamente cierta, pero sirven para decidir si una interpretación es mejor que otra. Entre ellas hay alguna que ofrece el mejor punto de vista del problema ⁵⁵. Desde luego, reconocer esto no es decir mucho, porque es preciso ofrecer algún criterio para discernir el mejor de los argumentos, que vaya más allá de la referencia genérica a la «mejor interpretación posible».

De especial interés en este asunto son sus reflexiones sobre la interpretación constitucional. Ya he indicado que este autor rechaza las tesis originalistas que pretenden ceñirla al mero descubrimiento de las intenciones de los constituyentes, que, en el caso norteamericano eran unos políticos de fines del siglo XVIII. Las reflexiones acerca de la imposibilidad de hallar esa «intención original» forman el punto de partida, pero son insuficientes. Él destaca que la Constitución está redactada en un «lenguaje general», es decir que los derechos recogidos en el texto aparezcan en cláusulas generales que necesitan una concreción. De esa forma, la Constitución no fija un sentido específico para esa generalidad. En ese sentido, podemos hablar de una «intención abstracta» y «otra concreta». Así, es posible entender la igual protección ante la ley, por ejemplo, de dos formas. Una es general o abstracta, y a ésta la denomina *concept*. Otra es concreta, y ésta es una *conception* ⁵⁶. La elección de una u otra de tales formas de entender la Constitución es, según Dworkin, de importancia extraordinaria. Si ele-

⁵⁴ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 137-138. *Law's...*, *op. cit.*, pp. VIII-IX.

⁵⁵ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 82 ss. y 86.

⁵⁶ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 216. Cfr. también, *A Matter...*, *op. cit.*, p. 144, y «The Arduous Virtue of Fidelity», *cit.*, p. 1259. Cfr. la diferencia entre *concept* y *conception* en *Law's...*, *op. cit.*, p. 71. Ahí señala que el contraste entre ambos términos es el que existe entre los «levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied».

gimos la acepción abstracta, a la hora de decidir un caso concreto, los jueces deberán hacer una «decisión substantiva de moralidad política». Si escogemos la intención concreta, tendremos que averiguar la voluntad específica de los constituyentes del XVIII. Pero si ellos hubieran deseado que el juez actual se ciñera a esa voluntad determinada la habría plasmado en el texto; no lo hicieron así, y podemos concluir que debemos entender la *equal protection* o el *due process* como *concepts*⁵⁷. La Constitución es, desde esa perspectiva, una «carta de principios» abstractos, cuya medida y finalidad deben ser definidas por los jueces. Para ello debemos descubrir qué quieren decir para nosotros actualmente. No se trata, por tanto, de conocer la voluntad concreta del autor de la norma, como hecho histórico. El resultado depende del establecimiento de la mejor interpretación de ese principio⁵⁸.

Dworkin lleva a cabo una matización importante: esas cláusulas son generales, pero no vagas. No es que no sepamos lo que quieren decir, sino que su significado es precisamente un «*appeal to moral concepts*»⁵⁹, que los jueces han de concretar.

Las explicaciones sobre el trabajo en el *staturory law* también pueden arrojar algo de luz acerca del método de Hércules que, no lo olvidemos, es variable y está inacabado⁶⁰. Según lo expuesto por este autor, el auténtico significado de la norma es algo que se desarrolla con el paso del tiempo de una manera relativamente autónoma de las voluntades concretas de las personas que los elaboraron. Lo importante es la intención del *statute* en sí mismo. Para conocerla, Hércules considera factores muy diversos para conocer la historia entera de la norma. Desde luego tiene en cuenta los *statements* de los legisladores, pero «los trata como hechos políticos importantes en sí mismos, no como evidencia de algún estado mental detrás de ellos»⁶¹. Tal y como ha hecho al tratar otros aspectos de la teoría jurídica, Dworkin sostiene la inutilidad de una interpretación basada en el *speaker's meaning*, según la cual la legislación es un tipo de comunicación establecida entre un hablante y un oyente. Aunque no haya referencias explícitas a ello, esta idea coincide con lo que en Europa Continental se ha denominado la «voluntad objetiva». En ese sentido, Dworkin parece optar por una

⁵⁷ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 49-56. Vid., también, sobre las diferentes maneras de entender la Constitución —como conjunto de principios o como expectativas de estadistas históricos—, DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, trad. de R. CARACCILO y V. FERRERES. Barcelona, Ariel, 1994, pp. 158-159.

⁵⁸ «The Arduous Virtue of Fidelity», *op. cit.*, pp. 1253 y 1267.

⁵⁹ *Taking Rights...*, *op. cit.*, pp. 134-136. La verdad es que Dworkin se ha aplicado a la resolución de problemas concretos, como el aborto, la discriminación positiva, la pornografía, etc. Sus resultados son discutibles: desde luego, él no pretende otra cosa, ya que su propuesta metodológica no propugna la consecución de resultados que posean veracidad irrefutable. Sobre esas aplicaciones, *vid.*, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996, 427 pp.

⁶⁰ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 34 ss.

⁶¹ «He treats them as political events important in themselves, not a evidence of any mental state behind them». *Law's...*, *op. cit.*, p. 315.

visión «objetiva» de la intención de la ley; ésta resulta ser más bien el interés social defendido por la norma ⁶².

Sostiene, además, que no existe un momento canónico que marque el nacimiento del *statute* y le conceda la totalidad de su significado ⁶³. Dicho de otra forma, la determinación del sentido de la norma ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta las diferentes situaciones por las que ha pasado la institución jurídica, y más concretamente, según el contexto particular del intérprete.

Recordemos que Dworkin distingue entre las convicciones abstractas y concretas en el campo constitucional, y afirma no es razonable afirmar que el pueblo debería ser gobernado ahora por las convicciones políticas específicas de políticos elegidos hace tiempo, cuando la moralidad popular, las circunstancias económicas y casi todo lo demás era muy diferente ⁶⁴. Y es que el concepto general que está contenido en la enmienda constitucional debe ser concretado, y esa tarea requiere la presencia de algún elemento que sirva para tal concreción. En alguna ocasión Dworkin se refiere a la elección del principio más poderoso en las circunstancias presentes, aunque eso no quiera decir que los demás sean absurdos ⁶⁵. Si hacemos caso a la proposición de Dworkin tendremos que encontrar una justificación que ofrezca la mejor interpretación posible, pero, ¿cómo? Sencillamente, no nos da una respuesta ⁶⁶. Varias veces proclama que el «Derecho como integridad» no ofrece un método cierto ⁶⁷: ésa parece ser su conclusión ⁶⁸. Efectivamente, la solución a cada caso brotará de la ponderación de las diferentes razo-

⁶² Sobre esa forma de entender la «voluntad de la ley», Cfr. BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, EDERSA, 1975, p. 111. Desde luego, Dworkin no lo cita, pero hay algunas similitudes entre sus planteamientos.

⁶³ «... Nor does suppose any canonical moment of speech toward which his historical research bends; the history he interprets begins before a statute is enacted and continues to the moment when he must decide what it now declares». *Law's...*, *op. cit.*, pp. 316 y 348.

⁶⁴ «Fairness cannot explain why people now should be governed by the detailed political convictions of officials elected long ago, when popular morality, economic circumstances, and almost everything else was very different». Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 364. Cfr. también la p. 362.

⁶⁵ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁶ Tal vez por eso, Ch. Fried critica a Dworkin por plantear una exposición tan general e indeterminada –aunque menos que la de Rawls, por ejemplo– que no sirve para diseñar instituciones concretas. En realidad, ese reproche se lo lanza Fried a toda la Filosofía jurídica, aunque reconoce que este argumento es, también, filosófico. Cfr. «The Artificial Reason of the Law or: What Lawyer Know», *Texas Law Review*, 60 (1981), pp. 53 y 57.

⁶⁷ Al preguntarse acerca del concepto de Derecho escribe: «The best reply is: up to a point. I have not devised an algorithm for the courtroom. No electronic magician could design from my arguments a computer program that would supply a verdict everyone would accept once the facts of the case...». *Law's...*, *op. cit.*, p. 412. En *Taking Rights Seriously* ya había declarado que no hay método mecánico para solucionar los *hard cases*. Cfr. p. 81.

⁶⁸ R. Alexy concluye que Dworkin no consigue presentar una teoría que asegure una decisión correcta en todos los casos, ya que tal garantía, aun para un juez del talento de Hércules, es imposible. Cfr. «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5 (1988), p. 148. Sin embargo, Alexy admite que esa búsqueda de la respuesta correcta sirve como «idea regulativa». *Op. cit.*, p. 151.

nes que confluyan en él, dependientes de las teorías interpretativas que aleguen los jueces. La mención repetida a las diversas razones, que no son demostrables, pero sí son capaces de proporcionar cierta certeza, nos recuerdan a algunos planteamientos europeos acerca de la tónica jurídica, aunque Dworkin en ningún momento aluda a esa semejanza. Pero la verdad es que él describe el ordenamiento como una serie de interpretaciones razonables que el juez tiene a su disposición para resolver los problemas que lleguen a sus manos, y no como un conjunto ordenado de normas y principios que, perfectamente catalogados, ofrezcan un recetario cómodo para el jurista. Por eso no entiendo muy bien la relevancia que concede a la coherencia. Efectivamente, como hemos visto, cuando surge un caso «difícil», el juez dará una solución que ofrezca la mejor justificación de ese Derecho como un todo. Pero ese expediente puede ser insuficiente, porque la respuesta al problema particular sólo aparece tras la necesaria concreción de los criterios contenidos en el ordenamiento. Dworkin ha puesto de manifiesto que muchos de los elementos empleados en la decisión judicial van más allá de lo que pensaban los pensadores legalistas. Y buena parte de tales factores poseen una naturaleza moral, aunque forman parte del ordenamiento ⁶⁹. Esto quiere decir que recogen criterios de justicia referidos a bienes de tipo diverso. Esa diversidad impide muchas veces encontrar una justificación sistemáticamente coherente, si es esto lo que Dworkin defiende. Tal vez lo que quiere decir es que el Derecho está compuesto por una pluralidad de bienes diferentes, plasmados en una pluralidad de principios, ideales, etc., que deben ser hallados dispersos por todo el ordenamiento. Ahora bien, es posible que se contradigan; en ese caso, es necesario ponderarlos para ver cuál tiene más peso, tal y como él dice expresamente.

Acerca de esa cuestión, R. Posner ha señalado que, pese a las protestas de Dworkin, no siempre hay una respuesta correcta a una controversia jurídica. Según éste último hay derechos y deberes creados por la comunidad que expresan una concepción coherente de justicia y equidad y que el juez debe identificar. Posner cree que no siempre es posible debido a la heterogeneidad actual de la sociedad: no existe un consenso general que permita fijar las premisas de la decisión al modo requerido por Dworkin ⁷⁰. Por ese motivo en algunos asuntos como el caso *Brown*, la causa de la decisión no está en el texto, no es posible una interpretación. La solución la da el juez alegando fundamentos

⁶⁹ La reacción «sociologista» de Pound ya había indicado esto. *Vid.*, POUND, R., *Law and Morals*, South Hackensack, New Jersey/New York, Rothman Reprints, Augustus M. Kelley, 1969, pp. 117 ss. En la p. 122 resalta la importancia de la moral en el momento de la aplicación del Derecho. No obstante, los ideales –pragmatistas e utilitaristas– de Pound eran diferentes a los de Dworkin.

⁷⁰ Cfr. POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*, Cambr. Mass./London, Harvard University Press, 1990, pp. 197 ss., y 201-203. Posner rechaza tanto el escepticismo radical que disuelve la ciencia jurídica en la decisión política, como la tesis de Dworkin según la cual siempre hay respuesta correcta. Cfr. *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 37-38, y «The Jurisprudence of Skepticism», *Michigan Law Review*, 86 (1988), p. 829.

basados en la historia política, el sentido común, etc.⁷¹. Parece que la diferencia entre ambos autores estriba en que Posner considera que en esos casos la respuesta no viene dada por el ordenamiento, y Dworkin sí, aunque éste no piense realmente que esté determinada mecánicamente. El propio Posner explica que su teoría no es demasiado diferente de la de Dworkin. Sostiene que el Derecho no es una «cosa», ni una caja de la que podamos extraer las respuestas, sino una actividad de personas especializadas (jueces, abogados, legisladores). Desde ese punto de vista, debatir si el Derecho está compuesto de normas o principios, o si los jueces pueden cambiar las reglas carece de sentido. Sin embargo, matiza Posner, esa «teoría de la actividad» es incompleta y debe ser mejorada con una «teoría débil del Derecho natural» que sirva para evaluar la actividad judicial. Los criterios para esa tarea son diversos: costumbres, tradiciones, «sentimientos comunitarios», etc. Es en este punto cuando Posner considera que su tesis se aproximan a las de Dworkin⁷².

La apreciación de Posner es interesante porque admite la tesis de Dworkin, presentando un orden jurídico notablemente abierto, pero al mismo tiempo reconoce que no proporciona todas las respuestas. Tal vez la falla esté en la incapacidad de leer el caso desde los hechos del problema. En efecto, Dworkin cree que rebuscando entre principios, valores, tradiciones morales, etc., de una comunidad política dada, un juez de la inteligencia y capacidad de Hércules hallara una respuesta correcta para cualquier caso. Sin embargo, la respuesta no se halla en ese rastreo fatigoso por el ordenamiento, sino prestando alguna atención a la conformación del problema.

Y es que la realidad jurídica no es algo que pueda ser identificado sin más con la realidad legal, sino que brota desde la interrelación de la norma y el caso concreto, mediante un proceso complejo que aúna la interpretación y la aplicación⁷³. Esto significa, entre otras cosas, que, en cierto modo, el Derecho nace en el momento de la concreción. Esa concreción está abierta a numerosas variaciones circunstanciales por lo que no puede considerarse nunca una tarea cerrada⁷⁴. En ese sentido, Betti ha declarado que la interpretación es siempre creadora, aunque no arbitraria, porque el intérprete está vinculado a la totalidad del sistema «como orgánica concatenación de normas», a las exigencias del ambiente social y las relaciones en cuestión, y a las valoraciones inmanentes al orden jurídico. La interpretación resulta ser, de ese modo, una permanente readaptación de la reglas que componen dicho orden. Por eso, el juez no posee discrecionalidad, ya que su labor está vinculada a la coherencia inmanente del sistema⁷⁵. Quizá las tesis de Dworkin

⁷¹ Cfr. POSNER, R., *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 307-309.

⁷² Cfr. POSNER, R., *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 225-226.

⁷³ Cfr. OLLERO, A., «Derecho natural y jurisprudencia de principios», *Persona y Derecho* 8 (1981), p. 170.

⁷⁴ Cfr. BETTI, E., *op. cit.*, p. 66.

⁷⁵ Cfr. *op. cit.*, pp. 137 y 113.

vayan por ese camino ⁷⁶, en la medida en que pretenden exponer un juez que no es esclavo de las normas pero carece al mismo tiempo de arbitrio. Ocurre, sin embargo, que esas llamadas al Derecho como un todo, que recuerdan la idea de totalidad inmanente, resultan a la postre poco operativas. Porque precisamente el «caso difícil» se caracteriza por presentar una configuración que no encuentra acomodo inmediato, y la solución proviene más bien de la consideración de los diversos elementos del ordenamiento a la luz del problema. Esta idea es la que no queda suficientemente clara en la obra dworkiniana. Su aportación es, desde luego, sumamente interesante, porque amplía las fronteras del Derecho, pero descuida el momento de la concreción.

Sobre ese problema y la importancia del contexto, W. N. Eskridge, desde una teoría hermenéutica de Gadamer, ha indicado que la interpretación de una ley ha de ser dinámica: cuando cambia la situación social y, por tanto, el «horizonte interpretativo», ha de variar también el significado de la norma. La interpretación es, de ese modo, un proceso de aproximación entre los valores del texto y los de la sociedad ⁷⁷. Eskridge reconoce que la tesis interpretativa de Dworkin presenta abundantes similitudes con la exposición gadameriana, ya que defiende una interpretación que tenga en cuenta los cambios históricos. Sin embargo, cree que hay algunas deficiencias en la tesis de Dworkin, porque no concede la suficiente atención al contexto. Al interpretar no se ha de prestar tanta atención a las decisiones anteriores –como ocurre según la metáfora de la *chain novel*–, sino a los hechos del caso que hay que solucionar según la norma. El intérprete, continúa Eskridge, no se limita a añadir otro capítulo, sino a comprender el primer capítulo según las nuevas circunstancias: más que a la coherencia, es preciso atender a la situación específica en la que se desenvuelve la interpretación ⁷⁸. Y es interesante observar cómo, por ese motivo, Eskridge estima que la teoría interpretativa de Dworkin escapa al reproche de «fundamentalismo». Bajo tal denominación incluye las propuestas de un método único para descubrir el sentido de las normas. Es decir, que, según Eskridge, Dworkin deja abierta la cuestión de cuál sea el método más adecuado ⁷⁹.

⁷⁶ Aunque hay muchas diferencias entre ellos. Así, por ejemplo, Betti entiende que el empleo de principios generales del Derecho o de la equidad son casos de heterointegración, ya que emplean fuentes que no son fuentes del Derecho. Cfr. *op. cit.*, pp. 140 ss.

⁷⁷ Cfr. ESKRIDGE, W. N., «Gadamer/Statutory Interpretation», *Columbia Law Review*, 90 (1990), pp. 632-633.

⁷⁸ Cfr. *op. cit.*, pp. 648-650. Según A. KAUFMANN, «das Verständnis des einzelnen setzt bereits das (Vor-) Verständnis des Ganzen voraus, dieses ist aber nun auf der Weg über das einzelnen zu gewinnen. Der konkrete Lebenssachverhalt ist in seiner rechtlichen Relevanz nur verstehbar im Hinblick auf die in Betracht kommende (n) Rechtsnorm (en), der Sinn der Rechtsnorm (en) aber erschliesst sich nur über das Verständnis des Lebenssachverhalts». «Die Geschichlichkeit des Rechts in Licht der Hermeneutik», en *op. cit.*, p. 51.

⁷⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 648.

Esa relevancia del momento presente en la interpretación aparece también en el «*nautical approach*», propugnado por T. A. Aleinikoff. Según este autor, la norma legal se debe interpretar como si hubiera sido creado recientemente. De una manera parecida a Dworkin entiende que el *statute* no está terminado después de su promulgación. Para aclarar su postura utiliza una imagen llamativa: la interpretación es como un viaje por mar; en él, el curso del viaje y todas sus incidencias no se conocen hasta que no se llega a puerto. La botadura del barco –la norma– y los planes –las intenciones de los legisladores– no dicen todo acerca de la travesía. En realidad, el *statute* no quiere decir nada hasta que no se pone en contacto con los profesionales del Derecho, porque no es una realidad preexistente a la decisión; en ese sentido, los intérpretes son creadores de significado ⁸⁰.

Claro que el planteamiento de Dworkin es diferente, porque él no es partidario de remitir la decisión exclusivamente al contexto actual; también es necesario, como hemos visto, que sea coherente con la práctica jurídica y la historia previas. Pero creo que bajo sus consideraciones a veces hay un reconocimiento implícito del valor de las circunstancias del caso a la hora de establecer la solución para un caso: sus manifestaciones al hablar del «peso» de los principios así parecen indicarlo ⁸¹.

Si seguimos ceñidos al mundo norteamericano encontramos defensas de ese acercamiento circunstancial. A. L. Goodhart nos recuerda

⁸⁰ Cfr. ALEINIKOFF, T. A., «Updating Statutory Interpretation» en *Michigan Law Review*, 87 (1988), pp. 49-50 y 57.

⁸¹ Esto puede estar relacionado con el problema de la ontología jurídica, una realidad que Dworkin rechaza expresamente. Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, p. 168, donde declara que en la interpretación no podemos encontrar significados ontológicos independientes del texto, situados en un universo aparte. La misma idea aparece en *Law's...*, *op. cit.*, p. 81. De todas formas, su negativa es algo confusa. Explica que hay límites internos y externos a la interpretación. Los importantes son los internos, porque Dworkin considera que no hay argumentos acerca de la objetividad en los asuntos morales que sean externos, sólo argumentos morales: «I believe, for example, that slavery is unjust in the circumstances of the modern world. I think I have arguments for this view, though I know that if these arguments were challenged I would in the end have to rest on convictions for which I had no further direct argument». (*A Matter...*, *op. cit.*, p. 171). Es decir, que los argumentos morales no tienen un sentido real o una verdad que trascienda esa empresa. Si los juicios morales pueden ser objetivos es una cuestión moral. Y si hay objetividad en la interpretación es cuestión de interpretación. Rechaza el escepticismo externo según el cual todos los juicios interpretativos pueden ser revisados según una realidad externa. (Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 174-176).

Sin embargo, a veces incurre implícitamente en referencias a realidades de ese tipo «ontológico». Así, explica que hay derechos que «as men do have». Afirma que, para defender la *right thesis*, hay que aceptar dos ideas: la primera la «vaga pero poderosa idea de dignidad humana»: supone que hay formas de tratar a un hombre que son inconsistentes con su dignidad y son, por tanto, injustas. Y al comentar la igualdad, escribe que «I do not want to defend or elaborate these ideas here, but only to insist that anyone who claims that citizens have rights must accept ideas very close to these». *Taking...*, *op. cit.*, pp. 198-199. En una nota al pie precisa que estas ideas no necesitan ser axiomáticas; pueden basarse en criterios utilitaristas.

que ya desde los inicios del siglo XX, los tribunales superiores estadounidenses no se consideraban totalmente vinculados por los precedentes, sino que matizaban su aplicación según la justicia del caso⁸². La atención a ese elemento provoca que el razonamiento judicial sea un proceso complejo muy alejado de un modo de pensar mecánico. Una de las fases de la decisión judicial es la determinación de la *ratio* o fundamento de la solución y para establecerla el juez ha de tener en cuenta las circunstancias del caso⁸³.

Aunque no admita explícitamente esta situación, reconoce, sin embargo, que su teoría implica la concesión de un poder considerable para los jueces. Sobre todo, porque son ellos los que deciden en última instancia lo que significa la Constitución⁸⁴ y porque la determinación del Derecho concreto está en sus manos y eso provoca cierto grado de variabilidad en los argumentos según el problema que reclame solución⁸⁵. Sus últimas referencias a la lectura moral de la Constitución así lo muestran⁸⁶.

La verdad es que no es tan grave admitir que, en ciertos casos y en cierto grado, el juez crea Derecho. Encontramos testimonios en ese sentido de jueces contemporáneos de Dworkin que no parecen especialmente preocupados por ello⁸⁷. Tal vez porque son conscientes de lo

⁸² Vid. «Case Law in England and America», *The Cornell Law Quarterly*, XV (1930), pp.

⁸³ Cfr. ALLEN, C. K., *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1964, pp. 290-291 y 293. Sobre la decisión en el *common law*, Allen escribe que el governing principle ha de ser extraído de fuentes diversas y que «every *ratio* is an *interpretation* of authorities in the light of the facts of the instant case». *Op. cit.*, p. 260. La cursiva es de Allen. Al tratar sobre la interpretación de las reglas, J. Gordley pone de manifiesto que una apreciación teleológica es fundamental y la comprensión de la finalidad de la norma sólo puede efectuarse adecuadamente teniendo en cuenta las circunstancias en las que se producirá el resultado. Cfr. «Legal Reasoning. An Introduction», *California Law Review*, 72 (1984), pp. 142-143.

⁸⁴ Cfr. *El dominio de la vida*, cit., pp. 163-164.

⁸⁵ D. A. J. Richards indica que, para Dworkin, los principios son «proteicos», y cambian de caso a caso. Cfr. *op. cit.*, pp. 1284-1285.

⁸⁶ Cfr. *Freedom's Law*, *op. cit.*, pp. 3 y 37, por ejemplo, donde afirma que las convicciones sobre la justicia que posee el juez influyen algo en la decisión. Algunos autores ya desde los primeros momentos han acusado a Dworkin de ofrecer una teoría que no garantiza en absoluto la certeza jurídica y deja abierto el camino a la legislación judicial. Cfr., por ejemplo, las opiniones de K. GREENAWALT y J. L. MACKIE en sus estudios respectivos, «Policy, Rights and Judicial Decision», p. 112, y «The Third Theory and Law», p. 169, ambos en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, *op. cit.*

⁸⁷ Vid., a título de ejemplo, TATE, A. Jr., «The "New" Judicial Solutions: Occasions for and Limits to Judicial Creativity», en *Tulane Law Review*, 54 (1980), pp. 885 ss. KAYE, J. S., «State Courts at the Dawn of a New Century: Common Law Courts Reading Statutes and Constitutions», *New York University Law Review*, 70 (1995), pp. 25-26. POLLOCK, S. G., «The Art of Judging», *New York University Law Review*, 71 (1996), pp. 600-604. De todas formas estos representantes de la judicatura admiten la creación pero dentro de limitaciones: el margen del juez nunca es tan amplio como el del legislador, porque hay un conjunto de principios, tradiciones, reglas etc., que forman un marco en el que debe moverse. W. Friedmann había sintetizado esta actitud declarando que la creación del Derecho no está sólo en manos del poder legislativo. Los jueces también tienen

inevitable del aspecto creador que a veces implica la concreción de una respuesta a partir de un criterio jurídico de carácter general y de las exigencias del asunto⁸⁸. Es posible que ese reconocimiento falte en la obra del autor al que están dedicadas estas páginas.

competencia creativa, aunque sólo caso por caso: no pueden establecer una nueva institución como hace el legislador. *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking* en *Essays of Jurisprudence from the Columbia Law Review*, New York/London, Columbia University Press, 1964, pp. 109 y 119.

⁸⁸ Desde las posiciones de la hermenéutica jurídica europea, A. Kaufmann ha escrito que el lenguaje del Derecho «habla» de dos formas: «durch den Akt der Normsetzung und durch den Akt der Entscheidung. Beide Akt sind schöpferisch. (...) Gesetzeskraft und Rechtskraft sind notwendig aufeinander bezogen. Nicht dass die Rechtskraft stärker wäre als die Gesetzeskraft, wie Oskar Bülow meinte –es gibt keine Gesetzeskraft ohne Rechtskraft, wie es andererseits ohne Gesetzeskraft (ohne effektive Norm) auch keine Rechtskraft geben kann. Das ist kein Widerspruch zum Prinzip der Gewaltenteilung, vielmehr gerade seine wahre Bedeutung». «Die Geschichlichkeit des Rechts in Licht der Hermeneutik», en *op. cit.*, p. 50. F. Carpintero ha resaltado la importancia de las circunstancias y las demandas del problema o institución –que genéricamente podemos denominar «las cosas»– a la hora de determinar el Derecho. Cfr. *Derecho y Ontología jurídica*, Madrid, Actas, pp. 203 ss.

Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España

Por PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ

Universitat de València

SUMARIO: 1. *Un poco de historia: descriminalización de las relaciones homosexuales.* – 2. *La Resolución 28/1994 del Parlamento Europeo.* – 3. *Las uniones homosexuales ante el ordenamiento jurídico español.* – 4. *El acceso al matrimonio por parte de personas del mismo sexo.* – 5. *El reconocimiento de las uniones homosexuales como uniones de hecho.* – 6. *Adopción y uniones homosexuales.* – 7. *Legislaciones europeas sobre uniones homosexuales.* — 8. *Tratamiento jurídico de las uniones homosexuales en España.* – 9. *Consideraciones finales.*

La reivindicación de un reconocimiento jurídico institucional para las uniones homosexuales se ha convertido en un fenómeno de amplia repercusión en la práctica totalidad de los países occidentales. Resulta muy significativo que, en poco más de 15 años, se haya pasado en Europa de la persecución penal de las relaciones homosexuales hasta su práctica equiparación al matrimonio en algunos países. En efecto, entre 1993 y 1998 entraron en vigor en Dinamarca, Suecia, Noruega, Groenlandia, Hungría, Holanda y Bélgica, legislaciones que conceden a las uniones homosexuales todos los efectos del matrimonio tradicional, a excepción de la adopción de menores o el recurso a técnicas de reproducción asistida. No obstante, en nuestro entorno más próximo (Italia, Francia, Inglaterra, Alemania) el tema continúa envuelto en una fuerte polémica social, política y jurídica y las propuestas que se barajan quedan muy lejos del horizonte alcanzado en aquellos otros países.

Si bien el planteamiento global acerca de la posible institucionalización de las uniones homosexuales resulta, lógicamente, paralelo en

todos los ámbitos; sin embargo, la perspectiva jurídica de estas parejas en los Estados Unidos y, en general, en los países anglosajones, presenta notables diferencias sobre el planteamiento de la cuestión en el contexto europeo: de un lado, por la divergencia existente entre el sistema jurídico continental y el *common law*; de otro lado, por el hecho singular de que las relaciones homosexuales todavía están penalmente tipificadas en muchos de los estados norteamericanos. Nosotros limitaremos este análisis al ámbito continental, tratando de establecer aquellos presupuestos desde los cuales el Derecho español debería afrontar el reconocimiento jurídico de estas uniones, particularmente en tres aspectos: *a)* la posibilidad de acceso al matrimonio por parte de personas del mismo sexo; *b)* el reconocimiento y protección pública de las uniones de hecho homosexuales; *c)* la posibilidad de esas uniones de adoptar conjuntamente menores o de acceder a las técnicas de reproducción asistida. Podrían añadirse, naturalmente, muchas otras cuestiones puntuales que desbordarían el objetivo de estas líneas, pero entendemos que hoy por hoy, son esas tres las que demandan del Derecho una respuesta coherente.

1. UN POCO DE HISTORIA: DESCRIMINALIZACIÓN DE LAS RELACIONES HOMOSEXUALES

Las relaciones homosexuales estuvieron tipificadas como delito en la mayoría de los países europeos hasta fechas bien recientes. La propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), hasta principios de los años ochenta, confirmó sin paliativos la legitimidad de dicha tipificación penal. El cambio en esta orientación comienza a raíz de una progresiva aceptación social de la homosexualidad en el plano privado y de la consagración en la mayoría de los países de la protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de la sexualidad.

Podrían distinguirse dos fases en la posición de los órganos de Estrasburgo. En la primera, hasta principios de los años ochenta, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó todas las demandas presentadas contra distintos aspectos de la criminalización de la homosexualidad en las legislaciones nacionales de Estados miembros. La doctrina oficial en esta fase queda reflejada en dos de sus más representativas decisiones: En la *Decisión 104/55*, de 17 de diciembre de 1955, rechaza el recurso de un ciudadano alemán contra la RFA, condenado a 15 meses de prisión por prácticas homosexuales, considerando «que la Convención Europea de Derechos Humanos permite a una Alta Parte contratante establecer en su legislación la homosexualidad como infracción punible y, por tanto, injerirse en la vida familiar y privada cuando se trata de proteger la salud y la moral» (art. 8.2 de la Convención). En la *Decisión 5935/75*, de 30 de septiembre de 1975, rechaza de nuevo el recurso de un ciudadano alemán contra la RFA,

reiterando su doctrina de 1975 y entendiendo, además, que cabe hacer distinción penal entre la homosexualidad masculina y la femenina, «distinción justificada porque los homosexuales masculinos constituyen frecuentemente un grupo sociocultural que ejerce un proselitismo neto en relación con los adolescentes, lo cual es negativo para ellos». A su vez, entiende válido establecer márgenes de edad diversos para la penalización de las actividades homosexuales y heterosexuales ¹.

El cambio de orientación en la jurisprudencia de Estrasburgo se produce a partir de los años ochenta. Representativo del mismo será la sentencia dictada por el TEDH, con fecha de 22 de octubre de 1981, en el caso *Dudgeon*, un ciudadano británico, homosexual y residente en Irlanda del Norte, condenado por prácticas homosexuales, que recurre a Estrasburgo contra el Ulster. El TEDH, aun reconociendo legítima una cierta reglamentación penal de la homosexualidad masculina, concluye por mayoría que Dudgeon ha sufrido un atentado a su vida privada. Con todo, rechaza que tenga derecho a practicar la homosexualidad con menores de veintiún años y reafirma el derecho de los Estados miembros de regular penalmente la homosexualidad, en la medida que sea necesario para defenderse contra la explotación y la corrupción de personas especialmente vulnerables ². No obstante, un año después de la sentencia (9 de diciembre de 1982), Irlanda del Norte despenalizaba los actos homosexuales entre adultos mayores de veintiún años.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encontró eco en la Recomendación 924 (1981) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que solicitó al Consejo de Ministros que exhortara a los Estados miembros a abolir las leyes que sancionaban penalmente la homosexualidad ³. A partir de ese momento, en toda la Europa occidental son derogadas con celeridad las leyes represoras de la homosexualidad. Dicha resolución incluía también una invitación a la Organización Mundial de la Salud, dirigida a eliminar la homosexualidad de la Clasificación Internacional de Enfermedades. Esta supresión, sin embargo, no se produciría hasta el 1 de enero de 1993 ⁴.

¹ Vid. Decisión 5935/72, *Commission européenne des droits de l'homme. Décisions et rapports*, vol. 3, pp. 46-51.

² Vid. Sent. *Dudgeon*, *Publications de la Court européenne des droits de l'homme*, serie A, § 45 ss.

³ La resolución contenía, entre otras, las siguientes recomendaciones: Aplicar la misma edad de consentimiento para las relaciones heterosexuales y homosexuales; destrucción de las fichas y datos especiales relativos a homosexuales por parte de la policía u otros organismos; asegurar una igualdad de tratamiento a los homosexuales en materia laboral, de remuneración y seguridad en el trabajo, especialmente en el sector público; pedir la interrupción de todo tratamiento obligatorio dirigido a modificar la orientación sexual de los adultos; eliminación de toda discriminación en la tutela o el régimen de visita a los hijos respecto a los padres por su orientación homosexual; pedir a los responsables administrativos y a las autoridades públicas la prevención de todo riesgo de violación o de abusos sexuales en las cárceles.

⁴ En esa misma sesión fue rechazada por la Asamblea de parlamentarios otra propuesta de Resolución, solicitando al Comité de Ministros la modificación del artículo 14 de la Convención, en el sentido de «añadir la noción de tendencia sexual». Este artículo, como es sabido, establece el principio de igualdad y no discriminación en los derechos

2. LA RESOLUCIÓN 28/1994 DEL PARLAMENTO EUROPEO

Si la Resolución 924 (1981) fue el primer reconocimiento a nivel internacional del derecho a tener una orientación homosexual y a no ser discriminado por ello, la más notoria manifestación de la lucha por un reconocimiento jurídico de la convivencia afectiva entre personas del mismo sexo ha sido la Resolución 28/1994 del Parlamento europeo sobre «*igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea*», aprobada el 8 de febrero de 1994. La propuesta oficial de Resolución era elaborar en la Comisión Europea una «Directiva» sobre la materia, no una simple «Recomendación». La Directiva, como es sabido, exige armonizar la legislación de los países de la Unión Europea, mientras que la Recomendación, que es lo que finalmente se solicitó de la Comisión, no es de obligado cumplimiento. En dicha Resolución se recomienda a los Estados miembros, entre otras cosas, la adopción de las siguientes medidas:

- supresión de todas las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo;
- poner fin a la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres;
- supresión de las legislaciones que permiten el almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su consentimiento;
- supresión de toda discriminación en el Derecho laboral, penal, civil, contractual y comercial.

Quizá lo más significativo reside en su solicitud de que se ponga fin «a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales»; garantizando a dichas uniones «los plenos derechos y beneficios del matrimonio». También se solicita que se elimine, en los Derechos nacionales, «toda restricción de los derechos de las lesbianas y homosexuales a ser padres y a adoptar o a criar niños»⁵.

Esta resolución del Parlamento europeo tuvo una notable repercusión en todos los países de la Unión Europea, marcando un claro punto de inflexión en el tratamiento del problema y propiciando el surgimiento de iniciativas legislativas dirigidas a conceder un estatuto jurídico a las uniones homosexuales. También supuso el nacimiento en la mayoría de estos países de una serie de Registros de Uniones de

reconocidos por el Convenio de Roma, prohibiendo toda distinción «basada especialmente en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, el origen nacional o sial, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra circunstancia».

⁵ Vid. Resolución A3-0028/94. Un análisis más detallado puede verse en PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, Comares 1996, pp. 42-47; NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 970-980.

hecho o Uniones civiles (casi siempre de ámbito municipal) dirigidos a facilitar una cierta formalidad y publicidad a este tipo de uniones. Por contra, la resolución 28/1994 tuvo un eco bastante negativo en medios eclesiásticos, donde fue interpretada como una legitimación injustificable de conductas desviadas y que representan un claro desorden moral y aun atentado contra el matrimonio ⁶.

Resulta significativo el elevado número de ausencias en el Parlamento europeo el día de la votación y el elevado número de votos en contra y de abstenciones en relación a los votos favorables a la resolución. Cabe suponer que estuvieran motivados por la radicalidad con la que se planteaba la equiparación de efectos entre la unión homosexual y el matrimonio ⁷. El caso es que, mientras otros aspectos de la resolución fueron asumidos por los distintos grupos parlamentarios europeos sin dificultad, el intento de equiparar las uniones de homosexuales y el matrimonio planteó desde el primer momento una fuerte resistencia en los distintos gobiernos de la Unión Europea, que todavía hoy continúa ⁸.

3. LAS UNIONES HOMOSEXUALES ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

No existen datos estadísticos específicos sobre uniones homosexuales en España. El Instituto nacional de Estadística (INE), en su última

⁶ Quizá la oposición más importante provino de la Iglesia católica. En ese sentido se orientó la intervención de Juan Pablo II en su alocución de 20 de febrero. En ella, el Pontífice señala que la resolución del Parlamento europeo no se ha limitado simplemente a defender a las personas con tendencias homosexuales «rechazando injustas discriminaciones hacia ellas, cosa con la que la Iglesia no sólo está de acuerdo, sino que apoya decididamente. Lo que no es moralmente admisible es la aprobación jurídica de la práctica homosexual (...). Con esta resolución se ha pedido legitimar un desorden moral, al conferir indebidamente un valor institucional a comportamientos desviados». Concretamente, «la unión entre dos hombres o dos mujeres no puede constituir una verdadera familia. Menos aún se puede atribuir a dicha unión el derecho a la adopción de hijos privados de familia, pues a estos hijos se les aporta un grave y peligroso daño, ya que en esta “familia suplente” ellos no encuentran el padre y la madre, sino o “dos padres” o “dos madres”». (*Alocución durante el Ángelus*, domingo 20 de febrero de 1994). En el mismo sentido se pronunció la Conferencia Episcopal Española el 24 de junio de 1994: *Matrimonio, familia y «uniones homosexuales»*. *Nota de la Comisión Permanente del Episcopado con ocasión de algunas iniciativas legales recientes*.

⁷ La resolución, de hecho, no fue aprobada por una amplia mayoría de la Cámara. De los 518 diputados que forman el Parlamento europeo, participaron en la votación solamente 273 (el 52,7 por 100); de ellos votaron a favor 159 (30,7 por 100), 98 en contra; y se registraron 18 abstenciones de diputados presentes.

⁸ El propio Parlamento europeo, en su Resolución de 14 de diciembre de 1994 dio un poco de marcha atrás en lo propuesto en febrero. En el documento de trabajo se trataba de la equiparación de derechos entre las familias tradicionales y las alternativas o atípicas, incluyendo entre éstas a las parejas de hecho homosexuales. Finalmente, del texto definitivo fue suprimido el párrafo que decía: «la política familiar de la Unión Europea debe reconocer diferentes tipos de familias, incluyendo familias alternativas a las tradicionales, sin ninguna forma de discriminación» (*vid. DOCE*, núm. c 18, de 23 de enero de 1995, pp. 96-99).

publicación oficial, apenas aporta algunos datos generales sobre la convivencia no matrimonial estable, que se situaría en torno al 2 por 100 de las parejas (11.858.000 matrimonios y 190.000 uniones no matrimoniales), si bien otras fuentes la sitúan alrededor del 4 por 100 en zonas urbanas. Dentro de este porcentaje no se contemplan las parejas homosexuales, de manera que las únicas cifras reales que podemos manejar son las inscripciones realizadas en los Registros de uniones de hecho que, desde el año 1994, funcionan en numerosos municipios y en algunas comunidades autónomas. En la actualidad son más de un centenar; no obstante, su falta de coordinación y su confusa reglamentación los convierten en instrumentos jurídica y estadísticamente poco fiables.

El Registro de la Comunidad de Madrid ostenta el mayor número de inscripciones. Entre 1995 y 1998 registró 1.800 parejas (casi todas en la capital), de las que sólo 189 son homosexuales. En el Registro Municipal de Barcelona, entre 1994 y 1998, se inscribieron 780 parejas, de las que 150 son homosexuales; en el resto de Cataluña de las 800 parejas inscritas entre todos los registros municipales existentes, sólo constan 60 de homosexuales. En el Registro de la Comunidad Valenciana se han inscrito 790 parejas, casi todas en Valencia capital, de las que apenas 40 son de homosexuales. Fuera de estas grandes ciudades, el número de inscripciones desciende vertiginosamente y las uniones homosexuales apenas se registran. Si consideramos como hipótesis que, realizando un promedio general, alrededor del 5 por 100 de las parejas inscritas en los registros son de homosexuales (con especial incidencia en las grandes concentraciones urbanas), y extrapolamos estos datos a los ya referidos del INE sobre uniones de hecho, no parece que la convivencia homosexual estable y pública en España llegue a superar la cifra de 1.500 parejas. Con todo, sea cual sea el número, su reconocimiento jurídico sólo depende de la existencia o no de razones que lo exijan, lo aconsejen o lo impidan.

Más allá de las convicciones morales de cada cual y de las razones de índole política que en un momento dado puedan favorecer o dificultar la aparición de legislaciones en este sentido, lo que interesa es determinar si actualmente en nuestro Derecho existen o no fundamentos para otorgar un reconocimiento institucional a las uniones homosexuales. No hace falta recordar que todo lo relacionado con el ejercicio de la sexualidad pertenece al ámbito privado y se encuentra plenamente protegido como derecho fundamental específico en el artículo 10.1 de la Constitución Española (CE), dentro del libre desarrollo de la personalidad. De manera que la existencia de relaciones sexuales, esporádicas o estables, con cualquier persona (excepto la protección pública debida a los menores) es algo plenamente legítimo que pertenece al ámbito de la más estricta intimidad –también protegida como derecho fundamental en el artículo 16.1 CE–, sobre la cual no cabe injerencia alguna por parte de los poderes públicos o de los particulares. Ahora bien, si no cabe cuestionar la legitimidad de mantener relaciones homosexuales, no resulta tan evidente que dichas relaciones deban traspasar el ámbito privado para ser reguladas y protegidas públicamente, convirtiéndose en una institución

como pueda serlo el matrimonio. La contundente oposición de importantes sectores de la doctrina y de la jurisprudencia de muchos países, no impugna la libertad y legitimidad de las relaciones homosexuales, sino la pretensión de un reconocimiento institucional dentro del ámbito del Derecho de familia, sea como figura equiparable al matrimonio, sea como unión de hecho ⁹.

Los argumentos dogmáticos utilizados para rechazar la institucionalización jurídica de la unión homosexual, podrían sintetizarse del siguiente modo: *a)* el sentido de la regulación institucional del matrimonio es la decisión de la sociedad de proteger la convivencia heterosexual estable, como consecuencia de que en ella se encuentra el núcleo natural para la descendencia; *b)* esto genera derechos y obligaciones imperativas entre los cónyuges y entre éstos y sus descendientes, que no pueden dejarse al arbitrio de la libre voluntad de los particulares, sino que deben ser garantizados por los poderes públicos para la salvaguarda de derechos fundamentales y en aras de la estabilidad social; *c)* en consecuencia, dicha unión se reviste de unos ropajes institucionales que garantizan su protección pública. Cualquier otro tipo de relación convivencial, bien porque no sea estable (o no se formalice), bien porque no sea heterosexual, sería una legítima manifestación de «libertad civil», pero carecería de los presupuestos indispensables para ser protegida institucionalmente dentro del Derecho de familia ¹⁰. Junto a esto, se aportan estudios estadísticos y sociológicos, realizados en los últimos años, donde las uniones homosexuales aparecen como fenómenos estrictamente minoritarios, cuando no marginales ¹¹. Las convi-

⁹ En España, la doctrina civil se ha mostrado hasta ahora inflexible en este campo. Incluso algunos estudios doctrinales que, en su momento, fueron pioneros en la defensa de la institucionalización jurídica de las uniones de hecho, rechazaron explícitamente la posibilidad de contemplar en ese supuesto una convivencia afectiva entre personas del mismo sexo: *vid.*, por ejemplo, ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 1991; pp. 52 ss. Algo similar puede afirmarse de la dogmática civil italiana: *vid.* GAZZONI, F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, Giufrè, 1983, pp. 16-25; BERNARDINI, M., *La convivenza fuori del matrimonio, tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, CEDAM, 1992, pp. 14-37. También se percibe esta misma negativa en la doctrina civil francesa: *vid.* BÉNAVENT, A., *Droit Civile. La famille*, Paris, LITEC, 1993, pp. 21-39.

¹⁰ Cfr. entre otros, VIDAL MARTÍNEZ, J., «Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio», *Revista General de Derecho* (631) abril 1997, pp. 3505-3526; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las parejas de hecho», en *Aranzadi Civil*, septiembre 1992, núm. 1, pp. 1823 ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el derecho de Familia*, Madrid, Rialp, 1996; NAVARRO VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995; LACRUZ BERDEJO, J. L., «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», en *Centenario del Código Civil*, Madrid, CEURA, tomo I, 1990, pp. 1061 ss.; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *La familia, el Derecho y la libertad*, Córdoba, ed. Caja de Ahorros de Córdoba, 1987; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., «Hacia una nueva concepción del matrimonio», en *La Ley* 1983-2, pp. 1829 ss., etc.

¹¹ En un estudio de 1998, realizados básicamente en Estados Unidos y Gran Bretaña, el psicólogo holandés Gerard van den Aardweg, aporta una serie de datos sobre las parejas homosexuales, señalando que el mito creado por el «informe Kinsey», según el cual un 10 por 100 de la humanidad sería homosexual o bisexual, no parece sostenible. Se podría afirmar en función de esos datos que, como mucho, un 2 por 100 de los hombres y poco más del 1 por 100 de las mujeres tienen tendencias homosexuales de algún tipo. En los países

vencias de orientación homosexual se presentan también como situaciones altamente inestables y precarias¹². Así pues, la realidad de estas uniones no parece encarnar en absoluto los bienes y valores —familiares o convivenciales— que el Derecho debiera tutelar o garantizar en una relación de pareja estable.

Existen otros estudios que muestran un planteamiento diverso del fenómeno. En ellos se denuncia el heterosexismo de los modelos tradicionales de convivencia afectiva y se constata la existencia de seculares prejuicios homófobos cuyo resultado ha sido la persecución, incluso penal, que se han verificado contra estas personas y que, todavía hoy, sigue presente dentro de los propios países del primer mundo. La represión y discriminación histórica de la homosexualidad ha condicionado drásticamente la normalización de estas relaciones, pero hoy día es una realidad que comienza a emerger y que reclama una institucionalización jurídica de la que injustamente ha sido privada hasta ahora bajo la tiranía de los prejuicios. Entre sus argumentos se encuentran: *a*) la plena validez del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, *b*) la desconexión entre sexualidad y procreación, *c*) la depuración de los atributos dogmáticos (judeo-cristianos) que se han transmitido al matrimonio civil, y *d*) la incongruencia que supone vincular jurídicamente bienes como la herencia, la vivienda, la asistencia sanitaria o la pensión de viudedad, al hecho de constituir una relación estable de orientación heterosexual¹³. Como puede apreciarse, ambas posi-

europes donde se han aprobado legislaciones en este sentido, las estadísticas muestran una escasa incidencia del fenómeno. En Dinamarca, por ejemplo, cuatro años después de la instauración de un cuasi-matrimonio entre homosexuales, las parejas registradas no llegaban a 2.000 sobre una población de 5,5 millones de habitantes. Suecia y Noruega presentan una proporción bastante similar. En los Estados Unidos, el censo realizado en 1990 arrojaba tan sólo un total de 88.200 parejas de hombres y 69.200 de mujeres. Estas cifras no llegan siquiera a la vigésima parte de las uniones heterosexuales no matrimoniales, que ascendían a 3,1 millones. Si la comparación la realizamos con el número de matrimonios (alrededor de 50 millones), la proporción resulta todavía más llamativa: las uniones homosexuales apenas representarían el 0,0016 por 100 de las parejas casadas.

¹² Un estudio realizado en los Estados Unidos, en 1995, sobre una muestra representativa de 600 hombres homosexuales, confirmaba el alto grado de promiscuidad existente entre estos grupos. El estudio, entre muchos otros datos, reflejaba los siguientes: sólo 3 hombres de los 600 tuvieron un sólo compañero a lo largo del año. El 1 por 100 tuvieron entre tres y cuatro compañeros; el 2 por 100 entre cinco y nueve compañeros; el 3 por 100 de ellos tuvieron entre diez y quince compañeros; el 8 por 100 entre 25 y 49. Los porcentajes aumentan en la medida en que aumenta el número de compañeros con los que convivieron en un solo año.

¹³ Pueden verse, entre otros, los trabajos de PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, Comares, 1996; HERRERO BRASAS, J. A., «La sociedad Gay: una invisible minoría. I-II», en *Claves de Razón Práctica* (núm. 36) 1993, pp. 20-23 y (núm. 37) 1993, pp. 31-44; «El matrimonio Gay. Un reto al Estado heterosexual», en *Claves de Razón Práctica* (núm. 73) 1997, pp. 42-54; ALLAN, A., *A sociology of friendship and kinschips*, London, 1979; BOZETT/SUSSMAN, «Homosexuality and Family Relations», en *M. F. Review*, 14 (1989); PEDERSEN, H., «Denmark: Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce», en *J. F. Law* 1991/1992, pp. 289-293; PLUMMER, K. (ed.) *Modern Homosexualities*, London/New York, 1992; MESSIAH/MOURET-FOURME, «Homosexualité, bisexualité: éléments de sociobiographie sexuelle», en *Population*, 5 (1993), pp. 1353-1379; BALLETTI, A., «Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana», *Raas D. C.*, 2 (1996), pp. 241-256.

ciones hacen acopio de razones suficientes como para sustentarlas con convicción. En este contexto pretendemos encontrar una respuesta coherente a las siguientes cuestiones: *a)* ¿cabe la posibilidad de acceso al matrimonio por parte de personas del mismo sexo?; *b)* ¿es coherente el reconocimiento de efectos y la protección pública como uniones de hecho homosexuales?; *c)* ¿es coherente la posibilidad de adopción de menores para dichas uniones?

4. EL ACCESO AL MATRIMONIO POR PARTE DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Como más adelante veremos, en ninguno de los países donde existe legislación al respecto, se ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo que se ha puesto en marcha en esos países han sido figuras jurídicas alternativas, que incorporan prácticamente los mismo efectos, pero que reservan la institución del matrimonio tradicional exclusivamente a la unión entre un hombre y una mujer.

La posibilidad de acceder al matrimonio por parte de personas del mismo sexo fue rechazada por primera vez en España mediante una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), de fecha 21 de enero de 1988. Esta resolución denegaba la pretensión de dos hombres de inscribir su unión como matrimonio en el Registro civil. La pretensión se fundamentaba en una posible interpretación del artículo 32.1 de la Constitución española, cuya redacción es: «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». De acuerdo con esta interpretación, la ausencia en el texto de la expresión «entre sí», permitiría entender este permiso constitucional como un derecho individual del hombre y la mujer a casarse sin una específica referencia a realizarlo con una persona del sexo opuesto. La resolución de la DGRN rechaza esta interpretación, afirmando que el matrimonio «es una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial. Y este concepto tradicional es el que recogen, sin duda alguna, las normas vigentes en España, rectamente interpretadas». La Resolución, realizando una exégesis comparativa de todos los párrafos del texto constitucional donde se proclaman derechos individuales de las personas, revela que el artículo 32.1 es el único caso donde se especifican los sujetos —hombre y mujer— como titulares, en el resto aparecen expresiones generales como «todos», «todas las personas», «se garantiza», «se reconoce», etc., sin especificar el titular. Esto debe interpretarse como una confirmación de la esencial dimensión heterosexual del matrimonio. Según la DGRN, este mismo criterio ha sido mantenido por todas las interpretaciones realizadas del artículo 12 de la Convención de Roma («a partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia...») y del artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia...»).

Parece claro que el constituyente español de 1978 sólo contemplaba en la redacción del artículo 32.1 un matrimonio heterosexual. No obstante, también resulta claro que la redacción literal de dicho artículo no parece oponerse a la posibilidad de un matrimonio homosexual, a pesar de las rebuscadas argumentaciones de la DGRN. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este aspecto en el ATC 222/1994, de 11 de julio, afirmando «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del matrimonio». Incluso especificaba en ese mismo Auto, reproduciendo lo ya expresado por la STC 222/1992, que «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1), que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y obligaciones»¹⁴.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha apoyado también la tesis de que el artículo 32.1 CE contempla exclusivamente el matrimonio entre personas de sexo biológico distinto. En su caso lo ha hecho indirectamente al declarar inexistente, por contrario a la Constitución, el matrimonio contraído por un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico. En efecto, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991, «el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite, al no ser ello posible, de contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que los matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73, núm. 4, del Código Civil y 32 de la Constitución». La misma tesis fue reiterada por otra Resolución de la DGRN, de 2 de octubre de 1991, según la cual «el derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio (art. 32.1 CE) está limitado a personas de distinto sexo biológico».

En realidad el matrimonio de transexuales plantea una problemática específica respecto del matrimonio de homosexuales, ya que dicho fenómeno obliga a la dogmática a replantearse cuál ha de ser el criterio último que debe presidir la determinación del sexo legal de las personas: continuar optando por el criterio cromosómico o dar valor al criterio psicológico¹⁵. La jurisprudencia de algunos países ha concedido efectos jurídicos a dicho cambio morfológico de sexo¹⁶. También este fenómeno

¹⁴ Vid. DE BERDA Y BEAMONTE, J. R., «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del ATC 222/1994)», en *Revista de Derecho Privado*, octubre 1998, pp. 720-726.

¹⁵ Cfr. PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 137-140; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El Derecho a la reproducción humana*, Madrid, Cívitas, 1994, pp. 154-155; ELÓSEGUI ITXASO, M., «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estadounidenses», en *Actualidad Civil*, 1994-10, pp. 173-194; ESCRIVÁ IVARS, J., «Transexualismo y matrimonio», en *Persona y Derecho* 2 (1992), pp. 327-351. Vid. el tratamiento del tema en Italia, Alemania y Francia, en DE BERDA Y BEAMONTE, J. R., «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del ATC 222/1994)», *op. cit.*, pp. 722-725.

¹⁶ Entre la jurisprudencia proclive a la concesión de efectos jurídicos al transexualismo, destaca una sentencia de 1978 del Tribunal Constitucional Federal alemán

generó numerosas demandas de transexuales ante el TEDH por haberseles denegado la posibilidad de acceder al matrimonio. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha quedado plasmada –y permanece inalterada hasta el momento– en sus dos sentencias más representativas en este campo: las dictadas en los casos *Rees*¹⁷ y *Cossey*¹⁸. Dicha jurisprudencia ha mantenido hasta ahora el principio heterosexual, entendiendo «el derecho al matrimonio, garantizado por el artículo 12 de la Convención, como referido al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto». El TEDH estima, en definitiva, que una operación quirúrgica de cambio de sexo no conlleva la plena adquisición de todos los caracteres biológicos del sexo opuesto y que la evolución acaecida hasta el momento en las legislaciones y la opinión pública de la mayoría de los Estados miembros, «no evidencia un abandono general

(BVerfGE 49, 286) en la que se establece: «la dignidad humana y el derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de su personalidad exigen que se adapte la condición personal del individuo al sexo al que pertenece conforme a su constitución psicológica y física». En los Estados Unidos, la Corte Suprema de Nueva Jersey (*M. T. v I. T.*, 1976, 2. F. L. R. 2247) ha entendido que una operación de transexualidad debe considerarse un cambio de sexo a efectos jurídicos: «siempre que no contraríe algún interés social, principio de orden público o precepto moral». Sin embargo, existen también otros ejemplos de sentencias europeas reticentes a conceder plenos efectos jurídicos al cambio de sexo. Entre ellas, en el Reino Unido: *Corbett v. Corbett* (1970, 2 W. L. R. 1306, 1324); Francia: sentencias de la Corte de Casación de 16 de diciembre de 1975 (D. 1976, 397, 30 de noviembre de 1983, D. 1984, 165) y de 3 de marzo de 1987 (D. 1987, 445); Alemania: BGH, 21 de septiembre de 1971, BGHZ 57, 63; Holanda: HR, 3 de enero de 1975, NJ 1975, 187 (cfr. NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, op. cit., pp. 93-94, núm. 275).

¹⁷ Cfr. Sentencia *Rees v. United Kingdom*, de 17 de octubre de 1986, serie A, núm. 106. Un transexual (mujer convertida en hombre) demandó al Gobierno británico por negarle el derecho a casarse con una mujer. El Tribunal, en su sentencia de 17 de octubre de 1986, estimó que el impedimento existente en el Reino Unido de no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implicaba violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que –garantizando el derecho a casarse– «se está refiriendo al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente» (vid. JACOT GUILLAMORD, O., «Les liens familiaux dans la jurisprudence de Strasbourg», en *Problèmes de Droit de la famille*, Neuchatel 1987, pp. 79 ss.).

¹⁸ Vid. *Cossey v. United Kingdom*, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 1990. El texto íntegro en castellano de la sentencia, que puede verse en «Humana Iura», *Persona y Derecho*, 2 (1992), pp. 409-448. Se trata de un ciudadano británico –registrado como varón pero convertido en mujer– que intenta casarse con un hombre. El Registro le informa que, no obstante su cambio de sexo, acaecido a través de una operación quirúrgica, el matrimonio proyectado será nulo según el Derecho inglés por no ser Cossey biológicamente del sexo femenino, a pesar de su nueva condición anatómica y psicológica de mujer. También se le notifica la imposibilidad de expedir un certificado de nacimiento en el que aparezca como mujer, ya que consta registrada como hombre. Cossey recurre al TEDH, que en su sentencia de 27 de septiembre de 1990, declara que no hay violación del artículo 8 de la Convención; y que tampoco existe violación del artículo 12. Las razones que el Tribunal alega para entender que en la actuación de la judicatura británica no se ha producido violación del artículo 12 son, en síntesis, que el derecho al matrimonio (garantizado por el art. 12) se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto y que la evolución acaecida hasta el momento en las legislaciones y la opinión pública de la mayoría de los Estados miembros, «no evidencia un abandono general del concepto tradicional de matrimonio». Por eso mismo, «el mantenimiento de este concepto es razón suficiente para continuar aplicando el criterio biológico en orden a la determinación del sexo de una persona a efectos matrimoniales» (núm. 46).

del concepto tradicional de matrimonio»; de modo que «hay razón suficiente para continuar aplicando el criterio biológico en orden a la determinación del sexo de una persona a efectos matrimoniales». No obstante, en la sentencia de 25 de marzo de 1992, en el caso *Norbert B. contra Francia*, el TEDH se pronuncia de nuevo sobre la cuestión. En esta ocasión, sí acepta que la negativa del Estado francés a rectificar en el Registro civil el sexo de un ciudadano transexual constituye una violación del artículo 8 de la Convención. El Tribunal, sin embargo, mantiene el criterio de sexos opuestos en lo que respecta al *ius connubii*. Este criterio no ha sido modificado hasta el momento.

Podríamos concluir afirmando que, de momento, el principio heterosexual del matrimonio continúa plenamente vigente en España y el resto de los países occidentales, incluso en aquellos donde se han reconocido jurídicamente las uniones homosexuales, además de en la contundente jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo. De manera que ninguna legislación positiva ha consagrado hasta la fecha el «matrimonio de homosexuales», tan sólo se han habilitado en esos países (los escandinavos y Holanda) figuras jurídicas que permiten a dos personas del mismo sexo regular su convivencia estable «como si fueran un matrimonio». Ciertamente, si hemos de atender al sentido tradicional e histórico de la institución, ésta parece ser la solución más coherente, si bien el tenor literal del artículo 32.1 de la Constitución española permite seguir polemizando sobre la inclusión dentro de la noción de matrimonio de cualesquiera dos personas con independencia de su sexo.

5. RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES COMO UNIONES DE HECHO

Una vez descartada –al menos por ahora– la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan acceder al matrimonio, la única vía de reconocimiento jurídico para las uniones homosexuales en el Derecho español, pasaría por su inclusión dentro de una hipotética regulación de las uniones de hecho. Tampoco este camino se presenta libre de importantes cortapisas jurídicas. En efecto, el tratamiento de las uniones de hecho en general plantea ya, por sí mismo, una problemática jurídica de gran calado que excede de estas líneas. Baste con apuntar que la doctrina civil mayoritaria alega impedimentos constitucionales para el reconocimiento jurídico de toda unión afectiva que no sea matrimonio. Entienden que el artículo 32 de la Constitución exigiría una supuesta exclusividad del modelo matrimonial en la regulación pública de las relaciones afectivas estables. Cualquier otra forma de convivencia, siendo legítima, no debería traspasar el ámbito privado. Por contra, otro sector doctrinal, aunque minoritario, aboga por la existencia de un derecho a vivir en pareja sin casarse, que fundamentaría y exigiría la protección pública (regulación jurídica) de las uniones de hecho.

Más allá de este debate, casi todos los países han ido concediendo efectos jurídicos puntuales a las uniones de hecho en cuestiones como la asistencia sanitaria, la vivienda, etc. El fundamento para conceder esos efectos «matrimoniales» a la unión de hecho, proviene de conceptualizarla —así se refleja en el Código Civil, Código Penal, etc.— como una «relación de afectividad análoga a la conyugal», aunque no formalizada. Es decir, se concibe implícitamente la unión de hecho con una dimensión exclusivamente heterosexual, ya que difícilmente una unión afectiva podría ser «análoga al matrimonio» sin tener como sujetos a un hombre y una mujer. Así pues, la existencia de una relación afectiva estable entre personas del mismo sexo, al no poder analogarse con el matrimonio carecería de relevancia jurídica. Por otro lado, la jurisprudencia española y la de otros países europeos, ha realizado una clara distinción entre la unión de hecho heterosexual y la homosexual. Y así como ha ratificado la coherencia de conceder efectos a la primera figura, hasta el momento ha excluido a la segunda con el razonamiento de que la unión de hecho —entendida como «vida común entre dos personas que han decidido vivir como esposos sin unirse en matrimonio»— no puede concernir más que a una pareja constituida por hombre y mujer¹⁹. No obstante, existen poderosas razones para discrepar.

En efecto, la base de la analogía entre el matrimonio y la unión de hecho, es decir, aquello que el Derecho considera protegible y susceptible de producir efectos jurídicos es, en ambos casos, la existencia entre dos personas de una convivencia *more uxorio* (marital) estable²⁰. Sólo en una ocasión la Jurisprudencia se ha pronunciado explícitamente sobre los elementos que constituyen una relación marital estable. Lo hizo en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de mayo de 1992:

«La convivencia “*more uxorio*” ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar».

Resulta muy significativo que el TS, entre las notas que califican una convivencia como *more uxorio*, no hiciera referencia a la orientación

¹⁹ En España pueden verse las STC 184/1990 y STC 222/1992. Más específicamente puede verse el conocido Auto del Tribunal Constitucional, ATC 222/1994, de 11 de julio, cuyos planteamientos han sido reiterados en todas las decisiones posteriores. En este sentido *vid.* DE BERDA Y BEAMONTE, J. R., «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del ATC 222/1994)», *op. cit.*, pp. 683-736. Sentencias análogas se han producido en Francia, Italia y Alemania.

²⁰ Un análisis en profundidad sobre el papel de la orientación sexual de los convivientes dentro de lo que constituye una convivencia *more uxorio* puede verse en TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», núm. 10; Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, pp. 21-52.

sexual de la relación, siendo precisamente éste uno de los temas más controvertidos en la delimitación del concepto de unión de hecho. La sentencia omite toda referencia a la cuestión. Dado que en posteriores sentencias no ha precisado ni rectificado esta doctrina, cabe deducir legítimamente que la intención del TS fue la de no incluir deliberadamente la heterosexualidad entre esas notas. Algo que parece corroborarse por el hecho de que tampoco el TS califica explícitamente la convivencia *more uxorio* como «análoga al matrimonio», «a imagen del matrimonio» o «al modo de cónyuges», lo que exigiría indirectamente la heterosexualidad de la relación. La convivencia marital se describe por sí misma, con sus elementos propios y no en relación al matrimonio.

Por otra parte, se trata lógicamente de notas externas puesto que, como ya dijimos, la dimensión sexual de esa comunidad de vida pertenece a la intimidad de la pareja y en ningún caso puede ser controlada o fiscalizada. Todas esas notas descritas por el TS resultan perfectamente compatibles con una posible orientación homosexual de la relación *more uxorio*. Ninguna de ellas (convivencia estable en un mismo hogar, comunal vida amplia de intereses y fines, publicidad, notoriedad, etc.) resulta esencialmente ligada a una dimensión heterosexual de la convivencia. El hecho de que el legislador español haya concedido ya algunos efectos a las uniones homosexuales (*p. ej.*, subrogación en el arrendamiento de la vivienda), utilizando la fórmula «relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de la orientación sexual», viene a confirmar la apertura a la homosexualidad del concepto de unión hecho.

Ahora bien, admitida la posible orientación homosexual de la unión de hecho, a la hora de regularla jurídicamente ¿habría que prever efectos diferentes para las parejas dependiendo del sexo de sus componentes, o debería juridificarse globalmente la unión de hecho con independencia de la orientación sexual de la relación? La mayor parte de los juristas (también implícitamente la jurisprudencia) resaltan dos diferencias sustanciales entre ambos tipos de unión, que justificarían una diversa regulación jurídica: *a)* posibilidad o no de acceso al matrimonio; *b)* posibilidad o no de engendrar descendencia biológica. También ha sido éste el criterio utilizado por la Ley catalana de Uniones Estables de Pareja, al establecer dos supuestos diferenciados, con efectos diversos, según la orientación sexual de la convivencia. A nuestro entender, ninguno de estos argumentos reviste la suficiente consistencia para justificar tal decisión.

En primer lugar, la unión de hecho es una situación específica, radicalmente alternativa al matrimonio, que determina la relación de quienes han decidido convivir afectivamente sin casarse (si pueden o no hacerlo eso no afecta al carácter *more uxorio* de la relación). De manera que resulta incomprensible que una situación quede prejuzgada jurídicamente por la simple posibilidad de acceder a otro *status* (del mismo modo que tampoco tendría sentido, por ejemplo, que el arrendamiento de un inmueble estuviera determinado por la simple capacidad económica del arrendatario para poder comprarlo o no en un futuro). La unión de hecho no puede configurarse jurídicamente como la relación

de los que «pueden casarse», puesto que su verdadera esencia es, estrictamente, la relación de «quienes conviven *more uxorio*» sin casarse.

En segundo lugar, la posibilidad de engendrar descendencia biológica dejó de ser una condición para el matrimonio desde que desapareció del Código Civil el impedimento de impotencia, de modo que pueden contraer válidamente matrimonio incluso quienes están privados de órganos sexuales. Parece, pues, bastante incongruente pretender establecer diferencias de tratamiento jurídico entre una relación de hecho homosexual y una heterosexual basándose en algo que ya no define en absoluto la esencia de una relación marital. Sin perder de vista que, desde la promulgación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, es posible engendrar descendencia biológica sin el concurso de una relación sexual. En consecuencia, parece que la única solución jurídica coherente en este campo pasaría por otorgar a la convivencia *more uxorio* un único *status* jurídico propio, alternativo al matrimonio, con independencia de la orientación sexual de quienes la compongan.

A pesar de todo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sigue considerando lícito establecer discriminaciones entre las parejas por razón de «orientación sexual». Todas las reclamaciones de esta índole han sido desestimadas entendiéndose que el matrimonio y sus efectos deben quedar reservados a la pareja heterosexual y precisando, a su vez, que las relaciones homosexuales no pueden ser equiparadas a las relaciones heterosexuales no matrimoniales. La sentencia más reciente en este sentido se publicaba el 17 de febrero de 1998, relativa al «caso Lisa Grant» (C-249/1996). El Tribunal de Luxemburgo considera que, en el actual Derecho de la Comunidad, «las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo». La sentencia considera trascendental la diferencia entre «discriminación basada en el sexo» y «discriminación basada en la orientación sexual». En efecto, Lisa Grant aducía que las discriminaciones basadas en la «orientación sexual» forman parte de las discriminaciones «por razón de sexo» prohibidas en el artículo 119 del Tratado de la Unión Europea. El Tribunal de Luxemburgo estima que «esto no parece reflejar la interpretación generalmente admitida hoy día del concepto de discriminación por razón de sexo que figura en diferentes instrumentos internacionales», por lo que concluye que dicho artículo «no se refiere a una discriminación basada en la orientación sexual». De acuerdo con esto, realizar una distinción por razón de sexo sería ilegal, pero realizarla por razón de orientación sexual no lo sería, puesto que no hay legislación comunitaria que se oponga a ello. Con todo, resulta significativo que el propio Tribunal hiciera alusión a que el Tratado de Amsterdam —que modifica el Tratado de la Unión Europea— establece que en determinadas circunstancias, el Consejo «podrá adoptar las medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación, entre otras la basadas en la orientación sexual»; de manera que si se produjera una intervención en ese sentido podrían reconsiderarse este tipo de reclamaciones. Cabe esperar que esto sea así en un futuro próximo.

6. ADOPCIÓN Y UNIONES HOMOSEXUALES

Contemplar la unión de hecho con independencia de la orientación sexual de la relación, no presenta excesivas dificultades cuando se trata de reconocerle determinados efectos de tipo laboral, fiscal, sucesorio, etc.; sin embargo, tropieza con graves reservas cuando se reivindica para las uniones homosexuales la posibilidad de acceder a la adopción de menores o de recurrir a las técnicas de reproducción asistida. De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, esos efectos, que han sido reconocidos explícitamente a las uniones de hecho heterosexuales, no podrían sustraerse de las uniones homosexuales sin incurrir en una injustificada discriminación. Pero dicha posibilidad resulta contundentemente impugnada en la actualidad. El Código Civil prevé actualmente la adopción por una sola persona (con independencia de su relación afectiva) y la adopción conjunta, sólo en el caso de matrimonio o pareja de hecho heterosexual. La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida prevé su utilización por una mujer sola, por matrimonios o por parejas de hecho heterosexuales (exigiendo consentimiento del cónyuge o conviviente para que luego le sean atribuidos los derechos y deberes de la patria potestad).

En nuestra opinión, con independencia de cuál sea la solución final del problema, tanto la adopción como la reproducción asistida deben excluirse del estatuto jurídico básico de la convivencia *more uxorio* no matrimonial. La regulación de las uniones de hecho, para que sea respetuoso con la protección constitucional del matrimonio y con el carácter esencialmente fáctico de las mismas, debe limitarse a garantizar las condiciones mínimas indispensables para que dos personas puedan decidir con plena libertad convivir maritalmente sin casarse y sin verse grabosamente discriminados por ello frente a los que se casan, pero respetando su voluntad de no ser cónyuges. Dentro de esta protección básica entrarían aspectos asistenciales (sanidad, pensiones...), laborales (permisos, traslados...), penales, fiscales, etc. Ahora bien, la posibilidad de adopción o de reproducción asistida no pueden considerarse en ningún caso como aspectos esenciales para el establecimiento o para la continuidad de una unión de hecho; en consecuencia, deben quedar fuera de su estatuto jurídico básico. Adopción y reproducción asistida como posibilidad para las uniones homosexuales deben ser objeto de un debate específico en el ámbito de las leyes específicas que regulan estas cuestiones (con el concurso de especialistas en pedagogía, psicología, sociología, etc.). En ese contexto, lo que debe determinarse es si los derechos fundamentales del menor a una correcta educación quedan garantizados en el caso de que sus adoptantes sean una pareja homosexual. Por otro lado, conviene tener presente que la adopción no es un derecho de ninguna pareja (sea o no homosexual), sino que es el menor quien tiene derecho a ser educado por unos padres idóneos, para lo cual el legislador debe prever unas garantías.

Tanto la Ley catalana como la Ley aragonesa han incluido entre los efectos propios de las parejas de hecho heterosexuales la posibilidad de

adopción de menores. En esto se han limitado a recoger, innecesariamente, lo que establece el artículo 175 del Código Civil, ampliado por la disposición adicional 3.^a de la Ley 21/1987, ya que la adopción es competencia exclusiva del Estado y sobre ella las Comunidades Autónomas no pueden legislar. En lo que atañe a la diferenciación entre supuestos ya ha sido criticada la incoherencia de tal decisión. Por lo que respecta a la sustantividad del efecto previsto, del mismo modo que no se ha incluido como efecto propio la posibilidad de la pareja heterosexual de acudir a la reproducción asistida (reconocida también por la Ley de 1988), resulta incoherente e injustificada la inclusión de la posibilidad de adopción como si fuera un componente indispensable del estatuto jurídico básico de la unión de hecho.

7. LEGISLACIONES EUROPEAS SOBRE UNIONES HOMOSEXUALES

Los primeros reconocimientos jurídicos de las uniones homosexuales en Europa se realizaron en los países nórdicos –Dinamarca, Noruega y Suecia– apoyados sobre un amplio respaldo y reconocimiento social hacia ese tipo de opción sexual (algo que todavía no se ha alcanzado en países más meridionales). Estas legislaciones han planteado, como ya dijimos, un modelo de «unión civilmente registrada» cuyos efectos son equiparables al matrimonio tradicional, con la única excepción de la posibilidad de adopción conjunta y de la patria potestad compartida sobre menores. Veamos algunos de los rasgos más destacados de estas legislaciones.

a) Dinamarca y Noruega

El 1 de octubre de 1989 se aprobó en Dinamarca la «Ley de Cohabitación Registrada» (*The Danish Registered Partnership Act*), mediante la cual se extiende a las «uniones homosexuales registradas» todos los preceptos relativos al matrimonio, tanto en el marco de los derechos sociales (fiscalidad, seguridad social, pensiones, etc.), como en el ámbito del Derecho civil (requisitos de constitución y disolución, obligaciones legales, efectos patrimoniales y sucesorios). Se excluye la adopción y la patria potestad conjunta de entre los efectos de la unión registrada y se declara inválida para estas uniones cualquier forma religiosa de constitución. Esta Ley ha modificado también el Código penal danés, extendiendo el delito de matrimonio ilegal (bigamia) a la formalización de una nueva unión registrada sin haber disuelto jurídicamente la anterior, o bien cuando uno de los miembros estuviera casado ²¹.

²¹ Sobre la Ley danesa puede consultarse el trabajo de PEDERSEN, H., «Danemark: le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divor-

Noruega, por su parte, el 1 de agosto de 1993 aprobó la «Ley de cohabitación Registrada» (*Act on Registered Partnerships*), prácticamente idéntica a la danesa ²².

b) Suecia

En Suecia se ha verificado un doble fenómeno. Por una parte, en 1987 fue aprobada una «Ley de Cohabitanes Homosexuales» (Ley 1987: 184), que preveía una extensión a las uniones homosexuales de los efectos jurídicos concedidos a las uniones de hecho heterosexuales. Estos efectos afectan básicamente a la división de la vivienda y el mobiliario en el momento de la disolución de la convivencia y a algunos otros efectos muy puntuales en el terreno fiscal y sucesorio. Por otra parte, el 23 de junio de 1994, se aprobó la «Ley de Cohabitación Registrada» (*Act on Registered Partnerships*), por la cual se establece un régimen equivalente al del matrimonio para la unión registrada de personas del mismo sexo, exceptuando la posibilidad de adopción y tutela conjunta. La Ley realiza, como en el caso danés y noruego, una aplicación directa a estas uniones de todos los preceptos civiles relativos al matrimonio: impedimentos, procedimiento de constitución y prestación formal del consentimiento (excluyendo la forma religiosa), proceso judicial de divorcio y todas las disposiciones matrimoniales congruentes al caso. Así pues, las uniones homosexuales en Suecia gozan de reconocimiento jurídico a través de una doble vía. Si no han formalizado su convivencia, gozan de los efectos previstos para las uniones de hecho estables; si se han registrado, gozan de un *status* paralelo al matrimonio.

c) La nueva legislación holandesa sobre uniones homosexuales

Holanda ya había aprobado en febrero de 1993 una Ley contra la discriminación, por medio de la cual se puso en marcha el «contrato de vida en común»; un contrato privado, celebrado ante notario, por medio del cual tanto las uniones homosexuales como las heterosexuales podían pactar determinados efectos patrimoniales y sucesorios, y cuya vigencia generaba también algunos efectos concretos en otros sectores del ordenamiento jurídico. El día 1 de enero de 1998, entró en vigor también una nueva Ley de uniones de hecho (hasta el momento la más avanzada del mundo) por la que dos personas, con independencia de su orientación sexual, pueden formalizar un «Contrato de

ce et la séparation», en RUBELLIN-DEVICHI, J., *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, París, 1991, pp. 127 ss.

²² El texto y los antecedentes de la Ley pueden consultarse en *The Norwegian Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples*, The Ministry of Children and Family Affairs, Oslo, 1993.

Convivencia Registrada» que tiene prácticamente el mismo tratamiento que el matrimonio ²³, si bien, la institución matrimonial sigue reservada, con sus formalidades y sus requisitos de constitución y disolución, para la unión entre un hombre y una mujer ²⁴. Aunque este «contrato de convivencia registrada», al igual que los anteriormente mencionados, no permite a los contratantes adoptar hijos y no genera ninguna consecuencia para la otra parte, en caso de que uno de ellos consiga la adopción de un niño o en el caso de que la mujer recurra a la fecundación *in vitro*, resulta bastante más avanzado que sus homónimos de Suecia o Dinamarca, ya que al poder suscribirse por cualesquiera dos personas, con independencia de su orientación sexual, ha superado la diferenciación legal de figuras establecida en los países nórdicos (leyes distintas con efectos distintos).

La nueva ley, además de lo ya previsto, da un paso adelante gigantesco sobre las otras legislaciones y prevé la posibilidad de que, en el caso de que la pareja registrada esté imposibilitada para adoptar (caso de las parejas homosexuales) ambos puedan compartir la patria potestad sobre el hijo de uno de ellos, bajo determinadas condiciones: *a*) autorización expresa del padre o la madre biológicos, si están vivos y son conocidos; *b*) autorización del juez, una vez consideradas las circunstancias del menor y de la pareja solicitante; *c*) no hará falta la intervención del juez cuando un niño nazca en el seno de una pareja lesbiana ya registrada (si ambas mujeres deciden tener un hijo –acudiendo a la inseminación artificial– serán titulares de la patria potestad).

El legislador holandés entendió que entraba dentro de lo justo y razonable que ambos miembros de la pareja homosexual pudieran ostentar la patria potestad sobre los menores y compartir de este modo las decisiones sobre la educación de los mismos; no obstante, entendió que no era oportuno todavía dar el último paso hacia la posibilidad de adopción conjunta ²⁵. No obstante, apenas un mes después de la entra-

²³ La inscripción debe realizarse en un registro habilitado al efecto en cada Ayuntamiento. Por lo que se refiere a los efectos, el CCR genera los siguientes: deber de alimentos; obligación de colaborar en los gastos comunes de la convivencia; posibilidad de pactar el régimen económico que deseen, aunque en su defecto se les supone comunidad de bienes; pensión por fallecimiento por el conviviente; obligación de pasar una pensión alimentaria en caso de separación, siempre que se acredite la necesidad de alguno de ellos. Los derechos sucesorios son idénticos a los previstos para el matrimonio. El contrato se disuelve, si es por mutuo consenso, sin necesidad de recurrir al juez, basta un documento firmado por un abogado donde conste la decisión de las partes y el acuerdo al que han llegado. Sólo si no hay acuerdo tendrán que recurrir al juez para decidir las condiciones de su ruptura.

²⁴ Ha habido diversas comisiones parlamentarias con propuestas a favor de extender el matrimonio a las parejas homosexuales. La última de ellas, la comisión Kortmann –nombre del parlamentario que tomó la iniciativa– abogó, en octubre de 1997, por afrontar la posibilidad de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de que uno de los dos pudiese adoptar al hijo de su pareja. Pese a este informe, la Secretaria de Justicia, Elisabeth Smitz, y un buen número de diputados se manifestaron en contra, por lo que finalmente el texto aprobado mantiene el matrimonio para la «unión de hombre y mujer en cuanto que pareja capaz de engendrar una descendencia biológica».

²⁵ La comisión Kortmann ya se mostró favorable a esta posibilidad en su informe especial del año 1997, pero admitió que, en estos momentos, la legalización plena del

da en vigor del CCR, el 7 de febrero de 1998, el Gobierno se comprometía públicamente a llevar adelante un proyecto de ley, antes del final de la legislatura, que permitiera también la adopción conjunta a las parejas del mismo sexo legalmente registradas. El proyecto, que ya está en marcha, se limita a formalizar la situación de aquellas parejas homosexuales en cuyo hogar conviven los hijos de uno de los convivientes, con un procedimiento parecido al de la concesión de la patria potestad (que se constituirá en etapa intermedia necesaria para la posterior adopción) y con intervención preceptiva del juez en todo caso. La adopción sólo podrá realizarse en territorio holandés para evitar los posibles problemas jurídicos con países donde estas uniones no están reconocidas; Holanda, sin embargo, aceptará la adopción de un menor extranjero si el país de origen del niño no pone dificultades.

Ha habido algunas reacciones contrarias a esta posibilidad, como las provenientes de los departamentos de psiquiatría infantil y juvenil de la Universidad Erasmo de Rotterdam –que ya realizaron una investigación sobre la adopción por encargo de la propia comisión Kortmann–, donde se afirma que en ninguna legislación del mundo está prevista todavía la adopción por una pareja homosexual, razón por la cual no es posible determinar ni sociológica ni estadísticamente la incidencia de este fenómeno en el desarrollo y maduración de los niños. En su opinión, debería esperarse a tener en la mano datos fehacientes de experiencias en este sentido. En sentido contrario, las organizaciones defensoras de los intereses de los homosexuales, afirman que con esta medida se facilitará que las parejas que ya están educando niños, procedentes de relaciones anteriores de alguno de ellos, puedan adoptarlos. Estas parejas en Holanda, siempre según los datos que estas organizaciones ofrecen, estarían en torno a las 20.000. En el momento que se apruebe esta ley de adopción, en Holanda la unión homosexual registrada quedará plenamente equiparada a un matrimonio.

d) El proyecto francés del PACS

La sociedad francesa ofrece unas estadísticas que, en apenas tres decenios, elevan el número de parejas de hecho (*concubinage*) desde el 3 por 100 hasta casi el 12 por 100 frente a los matrimonios. En estos momentos, según el Instituto de Estadística francés, el *concubinage* es una situación adoptada de manera estable por 4,4 millones de ciudadanos franceses de distintas edades, circunstancias sociales y orientación sexual. Así pues, se ha producido un aumento sin precedentes de las uniones homosexuales (en general se sitúan alrededor del 10 por 100

matrimonio entre homosexuales, incluyendo el derecho de adopción, no sería bien aceptada en el extranjero y tendría complicadas consecuencias internacionales frente a los países que no reconocen este tipo de uniones: «Es un umbral que quizá no debe traspasarse», manifestaba uno de sus portavoces.

de las parejas de hecho) y una presión, también sin precedentes, de los colectivos homosexuales; en especial, a partir de lo que los analistas franceses llaman «los años del sida», dirigida a conseguir el acceso al estatuto matrimonial o, cuando menos, un reconocimiento jurídico como unión afectiva. No obstante, el panorama legislativo y social francés dista mucho del holandés.

En la década de los noventa han surgido diversas iniciativas parlamentarias proponiendo modalidades de contratos privados (CUC, CUS, CUCS, etc.) para regular las relaciones entre convivientes no casados, la última de las cuales es el proyecto del «Pacto Civil de Solidaridad», conocido por PACS, envuelto en una enorme polémica desde su presentación a la Asamblea Nacional. Cabe recordar la proclamación en París, el 15 de abril de 1998, del *Manifiesto en defensa del matrimonio republicano*, firmado por 12.000 alcaldes franceses (luego se añadirían 6.000 más) que expresaban su repulsa a todo proyecto equiparador de las uniones homosexuales al matrimonio y manifestaban su propósito de «defender el matrimonio republicano»²⁶. Los firmantes «se oponen a que se establezca una figura jurídica para las personas del mismo sexo y a implicar al alcalde en tanto que funcionario del registro civil en la celebración de un contrato de este género».

Después del sorprendente rechazo del proyecto el 9 de octubre de 1998, siendo así que la coalición de izquierdas (izquierda plural) ostenta la mayoría en la Cámara y de redactar un nuevo texto, el llamado PACS-2, cediendo a la propuesta del PS de extender a los hermanos la mayoría de los efectos previstos para las parejas afectivas, aunque no pudieran suscribirlo formalmente, tras más de un mes de discusión de las casi mil enmiendas formuladas por los partidos de la derecha, fue admitido a trámite el proyecto el 9 de diciembre de 1998. El PACS ofrecerá a cualquier pareja no casada, del mismo o de distinto sexo, la posibilidad de constituir una convivencia reconocida institucionalmente en el marco del derecho de familia, para ello se prevé la creación de un futuro «libro I bis» dentro del *Code Civil*, dedicado a regular los aspectos personales y patrimoniales de los PACS. Mediante una fórmula todavía no prevista, estos efectos podrían extenderse a parejas de hermanos, con excepción de las disposiciones sucesorias. En definitiva, con mayores o menores matizaciones y retoques, la regulación del PACS que regirá en Francia, se sustentará sobre coordenadas mucho más modestas que las legislaciones nórdicas. Se trata de un contrato de convivencia alternativo al matrimonio, con ventajas laborales, fiscales, asistenciales y administrativas, e imponiendo unos deberes de contribución a las cargas domésticas e indemnizaciones por ruptura. Se excluyen las repercusiones sobre la filiación, la adopción de menores o la inseminación artificial. Por otro lado, sólo se reconocerían efectos a las uniones formalizadas; en ningún caso se prevé la relevancia jurídica de las uniones de hecho homosexuales no formalizadas.

²⁶ Cfr. diario *Le Monde*, 16 de abril de 1998, pp 8-9.

8. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES EN ESPAÑA

Como ya habíamos apuntado, el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales en España se ha planteado exclusivamente a través de su inclusión en el tratamiento jurídico general de las uniones de hecho. Al igual que en Francia, en ningún caso se ha considerado la posibilidad de concederles un *status* equiparable al matrimonio como en las otras legislaciones europeas. No obstante, la ley catalana de uniones estables de pareja resulta muy contradictoria en este punto, puesto que si formalmente las denomina uniones de hecho, en el caso de homosexuales, establece materialmente un mini-matrimonio notarial (exigencia de escritura pública y despliegue de todos los efectos –más que las heterosexuales en la sucesión– desde el momento de la formalización notarial).

No existe todavía ninguna legislación de ámbito estatal en España sobre uniones de hecho. En junio y septiembre de 1997 se presentaron sucesivamente en las Cortes dos propuestas en este sentido: una proposición de ley sobre parejas de hecho presentada por el grupo Coalición Canaria, que recogía sustancialmente la propuesta del grupo socialista rechazada en una sesión anterior, y otra proposición de ley orgánica, denominada del «contrato de unión civil» (CUC), presentada por el Partido Popular. Si bien ambas propuestas coinciden en otorgar determinados efectos jurídicos –prácticamente los mismos– a las uniones de hecho (beneficios fiscales, laborales, administrativos, asistenciales y la pensión de viudedad), excluyendo la adopción y la reproducción asistida, ambas se sustentan sobre planteamientos radicalmente opuestos.

La primera propone la extensión de determinados efectos del matrimonio a las uniones de hecho, con independencia de la orientación sexual de la pareja. Esta Ley modificaría determinados preceptos legales, añadiendo al término cónyuge, la fórmula «o persona con la que conviva como pareja de hecho estable». La acreditación de la convivencia se haría por inscripción en Registros de parejas y el tiempo mínimo de convivencia para reclamar efectos se fija en un año. Los requisitos de capacidad son similares a los del matrimonio.

El planteamiento de la segunda consiste en habilitar un complejo y controvertido contrato privado de convivencia, incompatible con el matrimonio, que pueden suscribir cualesquiera dos personas mayores de edad, que se comprometan ante notario a convivir y a prestarse ayuda mutua. Este «contrato de unión civil» (CUC) habilita a los contratantes para regular sus relaciones económicas escogiendo uno de los regímenes económico matrimoniales previstos en el Código Civil y después de un año de vigencia, les otorga los efectos asistenciales, fiscales, laborales, administrativos, etc., anteriormente mencionados. No cabe entrar aquí a glosar las graves deficiencias que se observan en ambas propuestas²⁷; el

²⁷ Para un estudio pormenorizado de esas propuestas *vid.* TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, *op. cit.*, pp. 79-129.

caso es que ambas llevan casi dos años bloqueadas en el Parlamento y ninguno de los grupos políticos parece interesado, hasta la fecha, en promover su discusión.

Las Leyes autonómicas catalana y aragonesa

Tanto la Comunidad autónoma de Cataluña como la de Aragón, amparadas en las competencias legislativas que poseen en materia de Derecho de familia, se han adelantado a la regulación estatal y han aprobado en un tiempo récord de tramitación sendas leyes de parejas de hecho. El 30 junio de 1998 se aprobaba la «Ley de Uniones Estables de Pareja» (LUEP) en Cataluña y el 12 de marzo de 1999 se aprobaba la «Ley de Parejas de hecho» en Aragón. Fuera de otras consideraciones, es la primera vez que unos textos legislativos reconocen institucionalmente la «maritalidad» de una relación homosexual, en pie de igualdad con las relaciones heterosexuales. Algo que, como ya dijimos, sigue siendo fuertemente impugnado por la inmensa mayoría de la doctrina civil.

Ambas leyes –sólo aplicables a quienes pertenecen a esas comunidades autónomas– prevén los mismos efectos en aquellas materias sobre las que tienen competencia: alimentos entre convivientes, preferencias en la tutela del otro, potestad de disposición en cuestiones domésticas (se prevé el modo de calcular las aportaciones a los gastos corrientes), consentimiento de ambos para enajenar la vivienda común, disposiciones subsidiarias en caso de no pactar un régimen económico, pensiones indemnizatorias para el caso de ruptura y, con respecto a las cuestiones sucesorias, se garantizan en todo caso unos derechos mínimos en la herencia del otro (previsiones propias del derecho catalán y aragonés) y se concede también una participación en la sucesión intestada.

Con todo, ambas leyes se sustentan sobre diversos planteamientos. La ley catalana, de manera poco justificada, contempla dos figuras separadas según la homosexualidad o heterosexualidad de la pareja y distingue entre ellas los efectos sucesorios (favoreciendo a las homosexuales) y la posibilidad de adopción (limitada a las heterosexuales). La ley aragonesa, en un planteamiento más coherente, contempla una única figura, pareja estable con independencia de la orientación sexual, a la que concede todos los efectos. No obstante, rompe la coherencia en el tratamiento global de la unión de hecho, incluyendo un injustificable artículo 10 que concede la posibilidad de adopción sólo a las parejas heterosexuales.

En definitiva, ambas leyes han optado por un pragmatismo jurídico, pero revelan serias incongruencias: *a)* si queda claro que los efectos se derivan de la maritalidad de la relación y se declara la maritalidad de una relación homosexual, no cabe luego discriminarla en esos efectos sobre la heterosexual; *b)* si se trata de proteger el carácter fáctico de la unión de hecho frente al formalizado del matrimonio, no cabe otorgar los efectos a partir de la escritura pública o documento notarial, porque eso supone matrimonializar las unión de hecho; *c)* si se trata de garantizar la posibilidad de vivir en pareja sin casarse, no cabe incluir entre esos efectos básicos la adopción, que en nada afecta a dicha garantía.

9. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir esta panorámica sobre el modo en que el Derecho europeo en general –y el español en particular–, están afrontando el tratamiento de las uniones homosexuales, podríamos apuntar, al menos, tres consideraciones que convendría tener presentes en el proceso de juridificación iniciado en la mayoría de los países.

1.º Existen dos niveles diversos a la hora de plantear una regulación jurídica de las uniones homosexuales: *a)* la decisión de otorgarles un estatuto jurídico equiparable al matrimonio, a través de un contrato de convivencia con formalidades de constitución y disolución, que produciría sus efectos desde el momento de su formalización; *b)* la decisión de reconocer algunos efectos jurídicos a la convivencia homosexual, en cuanto que unión de hecho, paralelamente a como ya se les reconocen a las uniones de hecho heterosexuales.

2.º Estos dos niveles no deben ser confundidos puesto que la realidad jurídica de las uniones homosexuales y heterosexuales es distinta. En efecto, las primeras no pueden casarse y las segundas sí. Así pues, una vez acreditado jurídicamente que dos personas del mismo sexo pueden establecer una auténtica relación marital, si se pretende defender el máximo grado de libertad e igualdad en las relaciones de pareja, el Derecho debería poner a disposición de los ciudadanos: *a)* la posibilidad de acudir a un *status* matrimonial, con independencia del sexo de la pareja, y *b)* la posibilidad de convivir en unión de hecho, con independencia de la orientación sexual de la convivencia. A cada una de estas opciones debe corresponder un estatuto jurídico acorde con la específica voluntad de la pareja: *a)* un régimen matrimonial de constitución, efectos y disolución, para quienes desean formalizar su convivencia como matrimonio (o situación equiparable en caso de personas del mismo sexo), y *b)* concesión de determinados efectos durante la convivencia y determinadas consecuencias sobre la disolución, para quienes deciden no formalizar su convivencia y mantener una convivencia marital de hecho. En este sentido, el Derecho sueco ha mostrado una gran coherencia en la regulación de esta materia, tal y como ya hemos señalado.

3.º Por lo que se refiere al conjunto de los efectos de estas nuevas figuras jurídicas, parece claro que, o bien se equipararán prácticamente a los del matrimonio, o bien se limitarán a los aspectos básicos que permitan desarrollar una convivencia afectiva sin discriminaciones sobre los que se casan, tal y como los han diseñado las leyes catalana y aragonesa (régimen doméstico, beneficios laborales, fiscales, sucesorios e indemnizaciones por ruptura). No obstante, tanto en el caso de una convivencia formalizada, como en el caso de una simple unión de hecho, existen algunos efectos cuya concesión a las uniones homosexuales sigue siendo difícil de discernir: la adopción conjunta de menores y el recurso a las técnicas de reproducción asistida. Hasta ahora, las reticencias del Derecho en ambos casos se apoyan en un amplio consenso sociológico contrario hacia tales concesiones. Sin embargo, la experiencia (positiva o negativa) de la legislación holandesa en estos ámbitos marcará en Europa, indudablemente, todo el desarrollo jurídico futuro de la filiación en el seno de las uniones homosexuales.

I.2 ESTUDIOS DE HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y FILOSOFÍA POLÍTICA

Pluralismo normativo, soberanía y diversidad cultural

Por PILAR ALLEGUE AGUETE

Universidad de Vigo

«Cláusula salvatoria» «que el político práctico sea consecuente en caso de conflicto con el teórico, y no pretenda ver peligro alguno para el Estado en las opiniones de éste –político teórico–, aventuradas al azar y manifestadas públicamente, pues suele desdeñar al teórico, cuyas huera ideas, según el político práctico, no ponen en peligro al Estado que debe arrancar de principios empíricos... sin que el político de mundo le haga ningún caso»¹.

E. KANT: *La paz perpetua*, 1795

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende señalar el problemático encuentro desde la perspectiva cultural de diversas normativas jurídicas en un mismo ámbito territorial y temporal. Su necesaria convivencia como exigencia de una ciudadanía democrática que tiene que conjugar el asimétrico encuentro entre reglas y principios –explícitos o implícitos–².

¹ KANT, E., *La paz perpetua*, presentación de A. TRUYOL y traducción de J. ABELLÁN, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 3-4.

² ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 12-15. En el primer capítulo de este libro explican los autores, con extraordinaria claridad, las relaciones como normas de mandato entre principios y reglas.

Elementos integrantes de la diversidad cultural de un estado plurinacional en el que cada día es mayor el número de inmigrantes con sus propios códigos. Nos hallamos, por otro lado, en un estado de derecho constitucional cuya norma superior garantiza el pluralismo cultural, como ha defendido el profesor Jesús Prieto³. Sin embargo, nos preguntamos: ¿una concepción del derecho normativista monista atiende las demandas sociales?, o bien, lo que ha llamado Corsale (anteriormente Ehrlich) «derecho viviente» –como conjunción de reglas jurídicas y actores sociales que le dan vida– ¿resuelve los conflictos sociales con mayor justicia?⁴ El pluralismo jurídico en una sociedad en la que existen diversas culturas, aparece como una alternativa que puede responder a algunas de las cuestiones que plantean la convivencia de diferentes culturas, religiones e, incluso, costumbres sociales.

Primeramente, pues, delimitamos el término pluralismo jurídico desde un concepto de derecho, entendido como sistema de garantías tal como lo ha expuesto y defendido el profesor Luigi Ferrajoli⁵.

En segundo lugar, tratamos el término soberanía en relación con el pluralismo normativo⁶, pues así como la soberanía fue pilar fundamental y característico del Estado de Derecho moderno y hoy se encuentra muy cuestionado –hasta tal punto que hablamos de soberanía compartida, porque ha perdido su carácter dogmático de «supremacía política»–, nos planteamos análogamente si el Derecho que tuvo como fuente única de la ley al estado es hoy, al igual que la soberanía desde una perspectiva política, un término revisable y caduco desde el punto de vista jurídico, porque su monolitismo (monismo) puede también estar en crisis.

Los interrogantes que pueden surgir son numerosos, pero a nosotros aquí nos interesa preguntarnos ¿hasta qué punto el normativismo monista es socialmente justo? La afirmación de Sousa «todo el derecho es contextual» significa que la juridicidad no puede remitirse a un tiempo ni espacio abstractos, sino que debe encontrarse en un contexto con un tiempo y un lugar que generan unas relaciones intersubjeti-

³ PRIETO, J., *Cultura, culturas y constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

⁴ CORSALE, M., «Alcuni nodi teorici del modello pluralistico», en *Sociologia del Diritto*, XXI (1994), 1, p. 26.

Entiende Corsale por «Derecho viviente» el conjunto de derecho y hecho. Para el autor los juristas no deben ser simples portavoces del derecho de estado, sino del Derecho en general, porque «las reglas jurídicas existen sólo conjuntamente con los actores sociales que lo hacen vivir, jamás existen solas». El «sistema» jurídico, afirma Corsale, es un todo único con su «ambiente».

⁵ FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías», en *Jueces para la democracia*, 16-17 (1992), 2-3, p. 63.

El modelo garantista, afirma Luigi Ferrajoli, introduce algunos elementos en el concepto de Derecho que suponen una importante revisión de la concepción paleopositivista del Derecho. Expone nuestro profesor que hoy el concepto de Derecho como sistema de garantías comprende validez y vigencia, dimensión sustancial además de formal, consecuentemente la obligación de redefinir el papel del juez, sus formas y sujeción a la ley, resultando de todo ello una ciencia jurídica crítica y proyectiva no descriptiva.

⁶ Utilizamos aquí indistintamente pluralismo normativo y pluralismo jurídico.

vas específicas ⁷. El mismo autor ha señalado como la formalización de la justicia a través de la atribución al estado del monopolio de esta justicia es la innovación jurídica de la modernidad y no admite mediaciones ⁸. Sin embargo, en una sociedad compleja como la actual esta concepción es problemática.

En tercer lugar, concluiremos relacionando algunos elementos del pluralismo normativo jurídico con la pluralidad cultural.

La tensión puede encontrarse en el desnivel existente entre la validez y la eficacia de la ley como defensa de los derechos fundamentales, en el papel de la jurisprudencia como intérprete de una constitución con valores, no como aplicadora rígida de una validez formal y, además, en la necesidad perentoria de construcción, desde un respeto irrenunciable a la diferencia, de un derecho positivo –con garantías– universal defensor de los derechos fundamentales, tal como defiende con impenitente constancia y rigor el profesor Luigi Ferrajoli.

I. PLURALISMO JURÍDICO

Según Corsale, el término pluralismo jurídico ha sido utilizado en diversos contextos disciplinarios y en ámbitos de tradiciones culturales distintas y a las aportaciones de los antropólogos jurídicos y contribuciones de los años setenta de Gilissen ⁹, Vanderlinden o bien Hooker ¹⁰ han precedido, alrededor de los años cincuenta, los debates, por un lado, de Romano, Ehrlich, Sforza o Gurvitch; y, del otro, los de Kelsen y la gran mayoría de los juristas ¹¹. Sin embargo, para Corsale, la discusión era más sobre la pluralidad de los ordenamientos jurídicos que acerca del pluralismo como modelo. El mismo autor señala que debemos tener en cuenta que la pluralidad es un hecho, mientras que el pluralismo es un modelo ¹².

En una sociedad compleja ¹³ como la actual el pluralismo normativo significa, por una parte, interrelación de ordenamientos coinciden-

⁷ SANTOS, B. de Sousa, «Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico», en *Sociologia del Diritto*, XVII (1990), 3, p. 23.

⁸ SANTOS, B. de Sousa, «Stato e diritto...», *op. cit.*, p. 17.

⁹ GILISSEN, J. *et al.*, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Univ. Libre de Bruxelles, 1971. En esta obra colectiva se encuentra el trabajo de VANDERLINDEN, J., «Le pluralisme juridique: essai de synthèse», pp. 19-56.

¹⁰ HOOKER, M. B., *Legal Pluralism: an Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

¹¹ CORSALE, M., «Alcuni nodi teorici...», *op. cit.*, p. 16.

¹² CORSALE, M., «Pluralismo giuridico», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1983, XXXIII, pp. 1003-1026.

¹³ Utilizo el término «complejidad» en el sentido definido por Carlos María Cárcova en la ponencia «Complejidad y Derecho», presentada al XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social de la IVR, celebrado en Buenos Aires y La Plata, del 10 al 15 de agosto de 1997. En este trabajo el autor se refiere a la noción de «complejidad» como «aquella en la que conviven tradicionalismo y postmodernidad, miseria y

tes en el tiempo y en un mismo lugar. Es una realidad que cuestiona, como afirma Lumía, tanto el mito del universalismo como el dogma del estatalismo, el cual no reconoce otro derecho que aquel que dimana del Estado ¹⁴. Por otra, la pluralidad social está integrada, hoy, por grupos sociales residentes en un mismo Estado pero funcionando con diferentes normas y principios. Existe una pluralidad funcional. La presencia de diversos ordenamientos jurídicos, la mezcla de principios y normas, es, por tanto, consecuencia del protagonismo de la pluralidad social. De tal manera que, la convivencia de distintas comunidades y culturas en un mismo marco político pone en relación diferentes sistemas normativos. Según R. Soriano son tres las razones que explican el hecho de que las teorías pluralistas apareciesen con tanta fuerza: la primera es la presión contra el derecho estatal de las comunidades étnicas y de los colectivos sociales marginados; la segunda, el mayor conocimiento de las culturas jurídicas existentes en el mundo y, la tercera, es la mayor sensibilidad de políticos y juristas ante la diversidad cultural y jurídica ¹⁵. De forma que frente a la concepción clásica occidental de unidad del ordenamiento estatal, incluso unicidad en muchos casos, consideramos un hecho la pluralidad normativa y la existencia de diferentes fuentes que deben ser contempladas para evitar, o resolver, las lagunas objetivas que se pueden manifestar como una libertad no protegida.

En el siglo XIX el historicismo jurídico entiende que el Derecho es producto de cada pueblo o nación, hasta tal punto que el Derecho único y universal se considera un disparate teórico. Esta tesis ha sido defendida, consecuentemente, por el positivismo jurídico que considera que el Derecho es producto del soberano. Señala N. Bobbio que donde existe un poder soberano existe un Derecho y, por tanto, «hay tantos Derechos, diferentes entre sí, cuanto poderes soberanos y éstos son múltiples e independientes». De la desaparición del poder teológico del universo se deriva como consecuencia inevitable el pluralismo jurídico ¹⁶. Históricamente se ha identificado pluralidad con pluralismo. Para N. Bobbio, la relación de pluralidad normativa puede tener cuatro formas: la supraestatal y la colateral, las cuales pueden comprender el Derecho Comunitario, el internacional e, incluso, el de la Iglesia; la infraestatal, propia de las asociaciones, y la antiestatal, producto de sectas y organizaciones ilegales ¹⁷. En las tres primeras modalidades existen, a nuestro entender, relaciones de superposición jerarquizadas entre diferentes sistemas normativos, característica propia de la pluralidad jurídica para Boaventura de Sousa Santos, quien la diferencia de

consumismo, analfabetismo y sofisticación intelectual [...] el incremento de la interacción social con su correlativa proliferación de códigos...». Del mismo autor *vide, La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 165-168.

¹⁴ LUMIA, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991, p. 255.

¹⁵ SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 359.

¹⁶ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, traducción de E. Rozo, Madrid, Debate, 1991, p. 254.

¹⁷ BOBBIO, N., *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 253.

la interlegalidad definida como el «entrecruzamiento de diferentes órdenes normativos»¹⁸, propia del pluralismo normativo. En los estados constitucionales de derecho europeos los conflictos derivados de una pluralidad normativa jerarquizada no parecen reclamar de igual manera nuestra atención que el encuentro problemático de normas y principios actuantes en una sociedad multicultural. De tal manera que en los estados de la UE existe una doble confluencia. Desde arriba, la tendencia a la universalización entendida no desde el derecho natural, sino desde la constitución en común de un ordenamiento jurídico internacional, en primer lugar el de la ONU y, en segundo lugar, la normativa de la UE. Desde abajo, la convivencia compleja entre normas y principios que no llegan a constituir, propiamente, un sistema normativo, pero que en la realidad entremezclan consideraciones morales, valores o usos sociales propios de otras etnias o culturas, componentes inevitables de estados plurinacionales en los que cada día es mayor la presencia de inmigrantes y a los que, si no queremos reducirlos a extranjeros, desde un punto de vista democrático sus derechos deben ser recogidos y garantizados como derechos de minorías para los cuales la regla y principio de mayoría¹⁹ puede resultar insuficiente porque no daría respuesta a la situación de complejidad social.

Desde el punto de vista positivista la existencia de diferentes órdenes normativos²⁰; es decir, la pluralidad normativa, significa verticalmente la superposición del derecho local, autonómico, nacional, comunitario e internacional; y que las relaciones de pluralidad son, en este sentido, débiles o de segundo grado, según denominación de Soriano²¹, porque las jerarquías están reconocidas y formalizadas. Pero, al mismo tiempo, existe otra pluralidad normativa –propiamente pluralismo– que yo llamaría horizontal, funcional, en la que no están establecidas dependencias ni jerarquías claras. Se trata de una relación fuerte o de primer grado en la que se entrecruzan reglas y principios²² –principios en el sentido de Larenz²³ y de Dworkin²⁴ y no de Hart²⁵, ni de Alexy²⁶– que, si los entendemos como derechos de minorías, pueden cuestionar en su

¹⁸ SANTOS, B. de Sousa, «Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du Droit», en *Droit et société*, 10 (1988), p. 382.

¹⁹ CHUECA, R. L., *La regla y el principio de mayoría*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²⁰ SORIANO, R., *Sociología...*, op. cit., p. 362.

²¹ SORIANO, R., *ibidem*.

²² ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-44.

²³ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 316 ss. y 400 ss. En el texto, el autor entiende los principios como «puntos de vista rectores a los que se asigna un peso variable».

²⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, pp. 24 y 27. Sostiene el autor que la diferencia entre reglas y principios consiste en que «los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia...».

²⁵ HART, H. L. A., *Il concetto di Diritto*, Torino, Einaudi, 1991, p. 149. Define Hart los principios o cánones como «reglas generales para el uso del lenguaje».

²⁶ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING, Madrid, C. E. C., 1993, p. 86.

relación con el poder el sistema democrático. Ésta es la situación en la que un estado de Derecho delante de valores no reconocidos y, por ello, no garantizados en su ordenamiento jurídico tiene que eliminar las aporías garantistas, tal como afirma L. Ferrajoli, tanto aquellas que tienen un carácter de «normas indebidamente vigentes –antinomias–», como las que son «normas indebidamente no vigentes –lagunas–»²⁷. El problema se agrava cuando en los ordenamientos las antinomias y lagunas, explicita el profesor Ferrajoli, sólo pueden ser eliminadas a instancia de órganos públicos –judiciales o legislativos– y no también por los ciudadanos directamente, activando y ampliando los mecanismos de autocorrección para asegurar los principios garantistas y una *crítica al derecho* desde dentro y desde fuera, conforme a sus propias fuentes de legitimación y deslegitimación jurídica a partir de sus propios principios, demostrando con ello la superioridad del estado de Derecho frente a otro régimen jurídico²⁸. Hasta aquí las concluyentes palabras de L. Ferrajoli.

El pluralismo normativo como modelo tiene presupuestos e implicaciones no explicitadas que nos obligan a estar atentos, a examinar la realidad y no caer en idealismos que puedan aspirar a convertir en universalizable lo que es producto de un tiempo, de un lugar y de unas circunstancias concretas.

El pluralismo como modelo teórico de comprensión del fenómeno jurídico necesita de la teoría del ordenamiento y coincide con la teoría kelseniana, según M. Corsale, en acabar con la concepción del Estado como fuente exclusiva, o centro de imputación privilegiado del derecho, señalando la importancia de la eficacia²⁹. Hoy en día las mutaciones sociales y políticas han afectado de forma sensible a la concepción de un sistema jurídico formal y formalizado *in extremis* desde el estado. Para el profesor Ferrajoli la rigidez de las constituciones ha producido un cambio de paradigma del derecho positivo que hace insostenible las tesis kelsenianas, e incluso bobbianas, del carácter puramente formal de la «validez» y «existencia» de las Normas. Para Luigi Ferrajoli, las constituciones rígidas han integrado en el derecho una dimensión sustancial, extraña al viejo paradigma paleopositivista de la omnipotencia del legislador³⁰. M. Atienza advierte que, con respecto al problema de la interpretación constitucional, se debe tener en cuenta la peculiaridad

²⁷ FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Laterza, 1989; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. BOBBIO, traducción de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. L. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Madrid, Trotta, 1995, pp. 877-879.

²⁸ FERRAJOLI, L., *ibidem*.

²⁹ CORSALE, M., «Pluralismo giuridico», en *Enciclopedia...*, *op. cit.*, p. 1008.

³⁰ FERRAJOLI, L., «Diez preguntas a Luigi Ferrajoli», entrevista realizada por P. ALLEGUE, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, UNED (1998). *Vide* también FERRAJOLI, L., «Democrazia e costituzione», en *Il futuro della costituzione*, a cargo de G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO y J. LUTHER, Torino, Einaudi, 1996, pp. 315-335. En este magistral artículo el autor define qué es una constitución como racionalidad no sólo formal sino sustancial, superando así el estado constitucional de derecho las tesis del viejo positivismo.

que tienen las constituciones –frente a otros materiales jurídicos– del predominio de enunciados de principios o enunciados valorativos ³¹. Asimismo, Habermas sostiene que el derecho positivo se legitima en la autonomía, acreditada de manera igual para todos/as, tanto en el ámbito privado como en el público, y en la dialéctica de la igualdad jurídica y fáctica ³². Sin embargo, llama la atención Rubio Llorente acerca de que «la fuga hacia los principios implica el riesgo de convertir al juez en un poder cuyo sometimiento al imperio de la ley no significa casi nada»³³.

Entendemos que derecho y sociedad se exigen mutuamente y que cada día es mayor su interacción en una sociedad democrática. Por otra parte, la convivencia cultural está conformada por diversos espacios jurídicos que se manifiestan simultáneamente y en los que existe un pluralismo de derechos que implica antinomias y lagunas, a causa de las relaciones sociales complejas. De manera que conviene tener en cuenta la tesis de un iuslaboralista como D'Antona, tesis recogida por Montanari, quien sostiene que la unidad sistemática del ordenamiento no puede ser la conceptualización de un orden inmanente a él mismo –como pretende la dogmática tradicional–, sino que debe ser el resultado provisional y mudable de un proceso difuso de Racionalización interpretativa ³⁴. Sin embargo, no se puede prescindir del concepto de ordenamiento ³⁵, a pesar de que desde un punto de vista interno al Derecho –como ha señalado Hart– el modelo pluralista no tiene sentido. Su protagonismo lo adquiere desde un punto de vista externo o sociológico ³⁶. La dificultad estriba en conjugar un lenguaje empírico-descriptivo con el jurídico-prescriptivo o normativo.

³¹ ATIENZA, M., «Los límites de la interpretación constitucional», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 6 (abril 1997), p. 7.

³² HABERMAS, J., «El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia», en GIMBERNAT, J. A. (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, pp. 23-24.

³³ RUBIO LLORENTE, F., «El principio de legalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39 (1993), p. 24. El mismo autor en «Seis tesis sobre la jurisprudencia constitucional en Europa» (trabajo incluido en la obra *La forma del poder. Estudios sobre la constitución*, Madrid, C. E. C., 1993, p. 573) cuestiona, en la primera tesis, la legitimidad del poder del juez sobre la representación popular en los tribunales constitucionales, tratándose de limitar tal poder a través de la teoría de la argumentación.

³⁴ D'ANTONA, M., «La anomalía post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo», en *Rivista Critica del Diritto Privado*, 1 (1990), pp. 207 ss. Citado en MONTANARI, B., «Soggetto e pluralità delle culture giuridiche», en *Sociologia del Diritto*, 1 (1994), p. 90. Para algunos autores, entre ellos Soriano (SORIANO, R., *Sociología...*, *op. cit.*, p. 366), es éste el nudo en el que se sitúa históricamente el uso alternativo o bien la interpretación alternativa del Derecho, que ha sido un importante movimiento de la Italia de los setenta, en el que la magistratura de izquierdas interpreta la Norma constitucional desde una perspectiva emancipatoria y que ha tenido ilustres representantes como P. Barcellona, L. Ferrajoli o G. Coturri. En España, unos años más tarde, este movimiento democrático ha tenido como representantes a N. López Calera, M. Saavedra o P. Andrés Ibáñez y su influencia se ha dirigido hacia la renovación del ámbito jurídico.

³⁵ Representantes de la teoría pluralista, tales como Gurvitch, Corsale, Sousa Santos, Favretto o Facchi, han insistido en señalar que sin la teoría del ordenamiento no puede entenderse el pluralismo jurídico y que no debe confundirse Teoría de la institución con Pluralismo jurídico.

³⁶ HART, H. L. A., *Il concetto...*, *op. cit.* Vide también CORSALE, M., «Alcuni nodi teorici...», *op. cit.*, p. 25.

Por otra parte, si la Ilustración nos ha legado unos textos –conceptos– en un contexto, este fin de siglo con sus conflictos nos obliga a la revisión e incluso recreación de un nuevo vocabulario político-jurídico³⁷. La política y el Derecho, entendidos como elementos centrales en la constitución de una sociedad integrada de manera libre e igualitaria desde la diversidad, generan numerosos interrogantes y conflictos pues la política tiene una función no sólo mediática, sino activa y crítica y, por otro lado, la desaparición del derecho eterno obligó a reconocer el protagonismo de diferentes sectores sociales. De tal manera que los derechos precarios –no eternos– protagonizaron los cambios, cambios incluso de lenguaje. El lenguaje que con sus juegos, como ha teorizado Wittgenstein³⁸, nos traslada a la relación entre los términos y su significación para la sociedad que, como hemos dicho, pueden modificar su significado y valoración. Por consiguiente, los científicos y filósofos sociales y jurídicos deben llamar la atención sobre la entropía jurídica y judicial que debe renovar –recrear– un derecho que acoja la justicia social³⁹.

II. EN TORNO A LA SOBERANÍA

El Estado español ha cambiado y, así, al pluralismo y pluralidad internos debe sumar su integración en la UE.

Afirma Ferrajoli que la crisis del concepto de nación-estado afecta a la soberanía porque las fuentes del Derecho y su jerarquía varían y el constitucionalismo se resiente⁴⁰.

La soberanía es una cuestión aparentemente lejana de nuestro discurso, pero puede ayudarnos a comprender el pluralismo jurídico al mostrar:

1. Como han variado las fuentes del derecho: El Estado no es ya su centro de imputación. No tiene el monopolio de la producción del derecho.
2. Como es necesario atender al carácter estructural del derecho⁴¹.

³⁷ ZAGREBELSKY, G., «Prefazione», en BOBBIO, N., *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995, p. V. Sostiene Zagrebelsky la necesidad de revisión de los términos político-jurídicos, la obligación de los intelectuales de formar un nuevo «lessico civile» y llama la atención sobre la utilización de términos lingüísticos caducos, porque los «testi existen in un contesto» y los contextos varían.

Vide SCARPELLI, U. y BOBBIO, N., «Scienza del Diritto e analisi del linguaggio», en *Il linguaggio del Diritto*, a cargo de Uberto SCARPELLI y Paolo DI LUCIA, Milano, Edizioni U. di Lettere e Diritto, Esedra, 1994, pp. 87-112. En estos textos ambos autores defienden la necesidad de construir un lenguaje riguroso en el Derecho.

³⁸ WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, trad. GARCÍA y MOULINES, Barcelona, Crítica, 1988, pp. 25 y 39.

³⁹ FAGET, J., *La rhizome pénal*, Toulouse, E. Erès, 1992, p. 191.

⁴⁰ FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema...», *op. cit.*, p. 61.

⁴¹ El término «Estructura» lo usamos aquí en el sentido utilizado por LOSANO en su obra *Los sistemas jurídicos*, Madrid, Debate.

La soberanía forja su significado de manera paralela al concepto de estado de derecho, en el cual la ley es protagonista. Históricamente, la soberanía fue definida como supremacía. Se transforma desde el siglo XVI en el poder absolutista del monarca –Príncipe– y pasa a ser soberanía estatal en los siglos XVII y XVIII, y en parte del XIX. Posteriormente recibirá el calificativo de popular al ampliarse el concepto jurídico-político, de tal manera que la titularidad de «soberano» atribuida al estado representativo sólo se da si es una delegación del pueblo. Por ejemplo, la Constitución Española de 1978, en el título preliminar, artículo 1.2, recoge: «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del estado...». Los españoles, de esta manera, son titulares del poder constituyente. Sin embargo, el desarrollo de la política y la concentración del poder económico en el largo camino que va desde el capitalismo monopolista hasta las empresas multinacionales del presente no permiten hablar de soberanía de los estados, ni de soberanía popular.

La adecuación necesaria entre el lenguaje y un somero análisis factual no nos permite continuar entendiendo el término como realidad jurídico-política útil o real en su clásico –histórico– significado, sino que se revela como una realidad enmascaradora ⁴². Se muestra como una noción cuestionada desde dentro, pues como estado plurinacional su soberanía debe ser «compartida» y así lo es en el ámbito cultural, tal como ha demostrado el profesor Jesús Prieto ⁴³, aunque resulte antinómico internamente con el Preámbulo de la Constitución de 1978, en el que se proclama: «... la nación española [...] en uso de su Soberanía...» y con el artículo 2 del título preliminar en el que se habla de «la unidad de la nación española...» ⁴⁴.

Este cuestionamiento se manifiesta, asimismo, externamente porque al analizar nuestras actuaciones como estado español soberano apreciamos que la adhesión a la UE se traduce en una pérdida de soberanía, ya que el ordenamiento jurídico comunitario tiene como principios el llamado «efecto directo» –es decir, la aplicabilidad directa o «el derecho de toda persona a pedir a un juez que se le apliquen tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias, siendo obligación para el juez el hacer uso de esos textos, cualquiera que sea la legislación del país a que pertenece...» ⁴⁵– y el principio de la «primacía», por el cual el ordenamiento comunitario se aplica jerárquicamente y de forma inmediata y directa en los estados miembros ⁴⁶. De manera que

⁴² CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993, p. 124.

⁴³ PRIETO, J., *Cultura...*, *op. cit.*

⁴⁴ ALLEGUE, P., «En torno a la soberanía. ¿Soberanía antinomia de la diversidad cultural?», en *Anuario de Filosofía del Derecho.*, XIII (1997), en prensa.

⁴⁵ LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Bruselas, Bruylant, 1976, p. 248. *Vide* ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, 4.ª ed., Barcelona, Ariel, pp. 189-213.

⁴⁶ LOUIS, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed, Bruselas, Comisión Europea, 1995, pp. 141 ss.

En el mismo sentido véase: MANGAS, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, pp. 181-193; ISAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, traducción de Ramos RUANO, 4.ª edición, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 189-222.

algunos constitucionalistas manifiestan su preocupación. El profesor Rubio Llorente, a propósito de las dudas sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht, señala que el artículo 93 CE establece la posibilidad de atribuir a instancias internacionales el «ejercicio», no la titularidad de competencias, que según Rubio tendrían su límite de cesión en las referidas a la creación de otros órganos de la misma naturaleza y los que comportan la facultad de hacer algo, que la CE no autoriza o expresamente prohíbe ⁴⁷. El profesor Pérez Tremps señalaba en un artículo que existe un silencio jurídico sobre la integración en la Unión Europea y su recepción en la Constitución Española, que la ratificación del Tratado de Maastricht obligó al gobierno español a realizar una consulta al Tribunal Constitucional acerca de su compatibilidad con la CE en una cuestión menor: si el artículo 13.2 permitía o no que los ciudadanos/as comunitarios no españoles y residentes en nuestro país pudiesen ser candidatos/as en las elecciones locales. El TC, en sentencia del 1 de julio de 1992, se pronuncia sobre la incompatibilidad. De esta manera, se produce la reforma del artículo 13.2 en el sentido de que los ciudadanos europeos residentes en España puedan tener derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales españolas. Continúa manifestando Pérez Tremps que, sin embargo, sobre otras cuestiones no se pronuncia, puesto que no ha sido elevada consulta. Señala asimismo que, por otra parte, el marco constitucional de nuestra integración de manera implícita lo otorga el artículo 93 de la CE y este precepto es manifiestamente insuficiente, por ejemplo, para poner condiciones en la cesión de competencias ⁴⁸. Existe, incluso, «una constitución fáctica de política militar supraestatal, sin cesión formal de soberanía» ⁴⁹. Preocupa profundamente esta pérdida de soberanía y situación crítica de las Cartas Magnas a constitucionalistas como Gustavo Zagrebelsky ⁵⁰, quien denuncia el hecho de que las constituciones –expresión de la soberanía popular– se encuentran cuestionadas desde el pluralismo social y el poder político normativo al reglamentar *a posteriori* para reconocer hechos consumados que no están recogidos en ellas, de tal manera que no se regula mediante reglas generales, abstractas, sino por leyes *ad hoc*, particulares, concretas, que hacen frente a emergencias, de forma que contemplamos leyes personales, excepcionales, leyes especiales. Corremos el riesgo, como señala Zagrebelsky, de que exista una inflación legislativa, de que se generalice el privilegio de «privatizar» la ley. Del mismo modo que no puede privatizarse la ley, tampoco el poder ejecutivo puede sustituir al legislati-

⁴⁷ RUBIO LLORENTE, F., «Seis tesis...», *op. cit.*, pp. 178-179.

⁴⁸ PÉREZ TREMP, P., «EL Tratado de Amsterdam y la Constitución Europea», en *El País*. (jueves 5 de marzo 1998), p. 12. Expresa el autor la preocupación como constitucionalista de que la integración en la UE sea un hecho que se halle «desconstitucionalizado» y el temor de que, si esta situación permanece, podemos un día encontrarnos con que nuestra participación en la UE sea inconstitucional.

⁴⁹ CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos...*, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, G., «Come cambia il potere normativo», en *Stato dell'Italia*, Milano, Mondadori, 1994, pp. 464-465.

vo mediante el decreto-ley. Existe una tendencia a la deslegislación y al aumento del poder reglamentista «autónomo» del gobierno ⁵¹. Por otro lado, insiste el profesor de Turín, asistimos a una «multiplicación de fuentes»: los parlamentos autónomos, los locales, los contratos colectivos, los códigos deontológicos ⁵².

Estos fenómenos contribuyen a erosionar la «soberanía popular». A una situación en la que la Constitución está amenazada por un pluralismo normativo interno desde abajo, tenemos que añadir el pluralismo normativo externo desde arriba, el de la normativa comunitaria. Pongamos un ejemplo, el artículo 189 del TUE recoge la obligatoriedad de los reglamentos y directivas para cada Estado miembro ⁵³. Estos hechos lesionan gravemente la soberanía y nos obligan a pensar en la eficacia y no sólo en la validez de un ordenamiento jurídico pretendidamente completo, a pesar de que esta interlegalidad desde el punto de vista positivista está jerarquizada y por esta razón ofrecería, en principio, menos problemas. Sousa Santos dice que hoy debemos tener en cuenta la pluralidad de órdenes jurídicos en un mismo espacio político, en la fábrica, en la familia, en la escuela, en el interior de comunidades más o menos segregadas ⁵⁴.

En los años cincuenta, ya Gurvitch señalaba la conveniencia de recoger la existencia de una soberanía relativa y otra absoluta. Para él, la soberanía relativa no podía identificarse con el poder sino con su cualificación y dice que la «soberanía política» no tiene porque implicar «soberanía jurídica» ⁵⁵. Sousa Santos afirma que la asunción por parte del estado de la producción del Derecho puede problematizarse desde una hermenéutica crítica ⁵⁶.

III. PLURALISMO JURÍDICO Y DIVERSIDAD CULTURAL

Hechos como los tres procesos siguientes: la unificación europea; la emigración cada día mayor de los trabajadores/as inmigrantes de los países del tercer mundo a los países industrializados; y, por último, el resurgir de los nacionalismos en Europa oriental sitúan el problema de la diversidad cultural –o multiculturalismo– en un primer plano que nos exige propuestas y soluciones políticas y jurídicas ⁵⁷.

Tratamos, pues, en este trabajo del pluralismo de derechos, de un pluralismo funcional, con las dificultades que ello conlleva en una

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

⁵³ MARIÑO, F. M., *El Tratado de la Unión Europea. Análisis jurídico*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 472.

⁵⁴ SANTOS, B. de Sousa, «Stato e diritto...», *op. cit.*, p. 78.

⁵⁵ GURVITCH, G., *Sociología del Diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1957, pp. 305-307.

⁵⁶ SANTOS, B. de Sousa., «Stato e diritto...», *op. cit.*, p. 78.

⁵⁷ SORIANO, E., *Sociología...*, *op.cit.*, p. 365.

sociedad compleja en la que existe no sólo ordenamientos de muchos tipos diferentes, sino relaciones no jerarquizadas entre diferentes derechos en un ámbito que nos interesa de forma especial como es el cultural, en el que se entremezclan reglas y principios, y en el que se producen o existen vacíos normativos (pues las lagunas pueden ser axiológicas) y antinomias porque el derecho es, como dice Cárcova, paradojalidad, unidad fragmentada, coerción y promoción ⁵⁸.

Entendemos, con Ferrajoli, que el derecho como norma y el derecho como hecho, normatividad y facticidad son complementarios. En la práctica la realidad normativa del «debe ser» no puede ignorar el «ser» efectivo porque generamos concepciones unidimensionales de la ciencia jurídica que dan lugar a visiones y funcionamiento acríticos. Para el profesor Ferrajoli una teoría garantista del derecho debe distinguir la vigencia, la validez y la efectividad de las normas ⁵⁹. Nos traslada esta tesis al concepto de «derecho viviente» en el que, como sostiene Corsale, las reglas jurídicas existen sólo «conjuntamente» con los actores sociales que lo hacen vivir. El «sistema» jurídico conforma un todo único con su ambiente ⁶⁰. La ambigüedad entre norma y hecho al delimitar la experiencia jurídica como un todo, había llevado a Gurvitch a definir el «hecho normativo» ⁶¹, entendiendo el fenómeno jurídico como complejo por su estructura antinómica ⁶². De tal manera que frente a un racionalismo idealista y unívoco se sitúa la pluralidad empírica, reflejo de las diferentes fuentes del Derecho.

Al explicar el pluralismo jurídico, N. Bobbio distingue cuatro tipos de relación: supra-estatales, infra-estatales, colaterales y anti-estatales. En un estado con diferentes ordenamientos ⁶³, reglas y costumbres sociales por la incorporación de grupos étnicos o sociales diferentes, caben en las relaciones de tipo infra-estatal desde el grado de validez: subordinación al ordenamiento dominante, es decir, absorción o desconocimiento del otro, o bien el reenvío o comportamiento tolerante en el que se atribuye igual validez al ordenamiento estatal que al otro «como si» fuesen idénticos. Ocurre así, desde la clasificación por la extensión del ámbito de la validez, una exclusión o inclusión parcial ⁶⁴. Rompiendo de esta manera la indiferencia entre ordenamientos o comportamientos sociales desde el estado para poder «garantiza» los derechos de los hombres como expresión avanzada de la lucha por la reciprocidad. Según Sousa Santos «la reciprocidad es la situación ideal de

⁵⁸ CÁRCOVA, C., *La opacidad del Derecho...*, *op. cit.*, pp.118-119.

⁵⁹ FERRAJOLI, L., *Diritto...*, *op. cit.*

⁶⁰ CORSALE, M., «Alcuni nodi teorici...», *op. cit.*, p. 26.

⁶¹ GURVITCH, G., *Sociología...*, *op.cit.*, pp. 61-73. Para este autor la llamada «teoría sociológica del Derecho» debe ser, simplemente, la interpretación positivista de la Filosofía del Derecho que busca hacer derivar valores y normas de los hechos, ignorando los elementos espirituales encarnados en la realidad social y jurídica (p. 81).

⁶² GURVITCH, G., *Sociología...*, *op. cit.*, p. 61.

⁶³ BOBBIO, N., *Teoría...*, *op. cit.*, p. 260. Para Bobbio, sólo podemos llamar ordenamiento jurídico al conjunto de reglas de conducta con eficacia reforzada.

⁶⁴ BOBBIO, N., *Teoría...*, *op. cit.*, pp. 255-261.

emancipación democrática»⁶⁵. Sólo en un marco semejante podemos resolver las hipocresías y falacias en torno a unas relaciones de diversidad cultural generadas por la inmigración extracomunitaria⁶⁶ –africanos, latinoamericanos, asiáticos–.

En el caso español existe un reconocimiento de la pluralidad de derechos culturales tal como declara el párrafo cuarto del Preámbulo de la Constitución: «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Desde este espíritu plural se tienen que respetar los valores de las otras culturas y los derechos alternativos al derecho hegemónico.

El ordenamiento jurídico español está articulado en torno a la Constitución como norma jurídica de mayor jerarquía. El título VIII desarrolla el derecho a la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones de tal manera que los estatutos de autonomía son «la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará...» (art. 147 de la CE). Sin embargo, el principio de jerarquía normativo es insuficiente para la clasificación de las normas y desde la potestad normativa autonómica se utiliza el principio de competencia (art. 149, 3 de la CE).

Y a pesar de que este artículo 149 contiene importantes reservas de exclusividad al estado frente a las Comunidades autónomas (*vid.* en el apartado 1, 2.^a, 9.^a, 15.^a, 27.^a, 28.^a, 30.^a y las competencias del apartado 2), Jesús Prieto sostiene que la CE del 78 reconoce y garantiza el pluralismo cultural «porque el principio del pluralismo cultural⁶⁷ se sustenta en dos presupuestos: uno, que el pluralismo cultural es una tendencia espontánea de los grupos humanos, un valor y, dos, que la personalidad de los individuos no se desenvuelve aisladamente sino al calor de ambientes y contextos culturales determinados...»⁶⁸. El problema, sin embargo, de la diversidad cultural étnica (gitanos e inmigrantes) sólo se contempla genéricamente en el artículo 14, o bien en el 9.2 como supuesto fundamento de posibles medidas de afirmación positiva de la igualdad⁶⁹. En el caso de los inmigrantes las dificultades para la solución de los problemas que atañen a lo que Habermas ha llamado el «mundo de la vida»⁷⁰ han sido expuestas de forma rigurosa y crítica por Javier De Lucas, quien señala que el «marco español no es un buen punto de partida para solucionar los problemas de los inmigrantes»⁷¹.

⁶⁵ SANTOS, B. de Sousa, «Stato e diritto...», *op. cit.*, pp. 31-32.

⁶⁶ DE LUCAS, J., «Hipocresías y falacias en torno a la inmigración extracomunitaria», en *Sociologia del Diritto*, 1 (1994), pp. 31-45.

⁶⁷ PRIETO, J., *Cultura...*, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁸ PRIETO, J., *Cultura...*, *op. cit.*, pp. 250-252.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ HABERMAS, J., «Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo» y «Tres modelos de democracia sobre el concepto de una política deliberativa», en *Debats*, 39 (marzo 1992), pp. 12-21. *Vide* SOTELO, J., «Las ideas políticas de Habermas», en *Claves de Razón Práctica*, 5 (1995), pp. 18-32.

⁷¹ Entre la numerosa bibliografía sobre estas cuestiones, citamos algunos trabajos recientes:

Reconocemos la existencia de numerosos casos de estratificación, convivencia e integración de normas y ordenamientos diferentes. Y así, existen normas de origen diferente que conviven en un mismo territorio, como señala Facchi, que pueden entrar, o no, en conflicto; por ejemplo, en el caso de los musulmanes el período de Ramadan, que puede ser permisible desde la libertad de religión pero que puede entrar en contradicción con el Derecho laboral⁷². Existen, en un contexto multicultural, normas que proceden de fuentes heterogéneas y diversas en el caso de los inmigrantes latinoamericanos o norteafricanos y que, aunque sus derechos nacionales, como dice Alexandra Facchi, sean homogéneos, la fragmentación jurídica de sus países es mayor que la de los europeos. De tal manera que las normas –pueden ser consuetudinarias, éticas...– con validez personal y no precisamente territorial son las que componen su identidad cultural⁷³. Entran así en conflicto reglas y principios, y si bien los derechos son individuales, tienen que ser ejercidos en «comunidad con otros individuos y por ello sirven de protección al grupo⁷⁴, con expresa advertencia de que los derechos de las minorías no pueden ser subsumidos bajo la categoría de los Derechos Humanos»⁷⁵.

Si entendemos, afirma Rusconi, la ciudadanía como función integradora y no excluyente, como titularidad de acceso a determinados bienes que tienen forma de derechos –civiles, sociales, políticos y cada vez más culturales–⁷⁶, estamos obligados a buscar «vínculos de reciprocidad» para construir una «comunidad de responsabilidad»⁷⁷. La lucha por la reciprocidad es, según Sousa Santos, una «lucha cultural por el desocultamiento que debe darse con formas y medios de negociación entre sujetos, individuales y colectivos, y esta negociación tiene que darse en el campo jurídico de los Derechos Humanos»⁷⁸. Como expresión avanzada de la reciprocidad en una aplicación del derecho post-revolucionaria, como micro-ruptura hecha de momentos de legalidad e ilegalidad, como práctica contingente que aspira a la reciprocidad⁷⁹.

DE LUCAS, J., «El buen antirracista», en *Claves de Razón Práctica*, 76 (1997), pp. 36-43. Y, del mismo autor: «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 32 (julio 1998), pp. 3-9.

Sobre el concepto de solidaridad referido a estos temas *vide*, del mismo autor, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, pp. 31-34.

⁷² Facchi, A., «Pluralismo giuridico e società multi-etnica: proposte per una definizione», en *Sociologia del Diritto*, XXI (1994), 1, pp. 47-57.

⁷³ FACCHI, A., «Pluralismo...», *op. cit.*, p. 50.

⁷⁴ KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, 1.ª ed., Barcelona, Paidós, 1995, p. 15.

⁷⁵ KYMLICKA, W., *Ciudadanía...*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁶ RUSCONI, E., «Multiculturalismo e cittadinanza democratica», en *Teoría Política*, XII (1996), 3, p. 20.

⁷⁷ RUSCONI, E., «Multiculturalismo...», *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸ SANTOS, B. de Sousa, «Stato e diritto...», *op. cit.*, pp. 32-33.

⁷⁹ SANTOS, B. de Sousa, «Stato e diritto...», *op. cit.*, p. 33.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Nos sumamos a las tesis de Rusconi⁸⁰, quien afirma que es necesario construir puentes con otras tradiciones y para ello tenemos que conocer y reconocer su universo normativo, estudiar las interacciones con las normativas de la sociedad de acogida, porque muchas veces los lenguajes son diferentes y los problemas similares. Por otra parte, la reivindicación de la propia identidad, transformada en presión política, nos obliga a plantear «políticas de reconocimiento» que atiendan a resolver los conflictos de justicia que surgen entre criterios y normas generales con derechos particulares de la cultura a la que pertenecen, sin caer en la peligrosa tribalización de las minorías. Es la permanente aporía entre la universalidad de los derechos y el respeto irrenunciable a la diferencia como ha defendido Luigi Ferrajoli. La creación de «vínculos de reciprocidad» tiene que hacerse a través de las leyes y el derecho como elementos sustantivos en la organización de una sociedad democrática, en la que las relaciones sociales deben ser simétricas, igualitarias. Nos llevan estas afirmaciones a una relación entre legalidad y legitimidad. Según Cárcova, en la concepción del derecho, sometida a su porosidad y apertura, los pluralismos jurídicos deben ser interpretados como alternativos desde la «compleja operación de desarrollar valores emancipatorios contenidos en las promesas incumplidas de la modernidad, reivindicando el derecho como paradojalidad y no como negatividad... como opresión y emancipación al mismo tiempo...»⁸¹.

Es ésta, a nuestro entender, una concepción del derecho crítica y proyectiva en la que tenemos en cuenta, además de la dimensión formal, la sustantiva y en la que comprendemos validez y vigencia con una función de la magistratura que, en sus formas y sujeción a la ley, deben dar lugar a una mayor garantía jurídica para todos/as los ciudadanos/as en su lucha por la igualdad y la justicia, tal como impenitentemente defiende Luigi Ferrajoli⁸². De tal manera que la legalidad esté legitimada y el razonamiento de los operadores jurídicos, especialmente el juez, sea coherente con los principios explícitos.

La homogeneidad sólo puede estar representada por los derechos fundamentales que como afirma E. Garzón Valdés actúan como «coto vedado a la negociación parlamentaria». Para este autor, estos derechos tienen carácter inclusivo, pero también excluyente. De tal manera que en el caso del pluralismo jurídico muchos de los llamados derechos alternativos confunden preceptos morales con culturales. La diversidad

⁸⁰ RUSCONI, E., «Multiculturalismo...», *op. cit.*, pp. 20-22.

⁸¹ CÁRCOVA, C., *La opacidad...*, *op. cit.*, p. 119. El concepto de derecho para este autor tiene tres niveles: primero, el de las normas; segundo, el de la interpretación de las normas; y tercero, el de la representación de los ciudadanos. Se recogen de esta manera normatividad y autoproducción operacional de lo jurídico y dimensión de sociabilidad y con ello cuestiones de ideología y poder, así como la legitimación sustancial de más especificidad teórica propia.

⁸² FERRAJOLI, L., «El derecho...», *op. cit.*, p. 63.

epistemológica se convierte de esta manera en un arma del conservadurismo que puede afirmar que la igualdad es un genocidio. Se debe tener en cuenta, según el mismo autor que lo diverso no es una categoría que convierta en tolerable algo simplemente por ser diferente ⁸³.

Por todo ello, entendemos necesario tender puentes para construir una sociedad en que la diversidad cultural se reconozca y su límite esté fijado por el respeto a los derechos fundamentales positivizados y garantizados de manera que los principios se puedan considerar jurídicos y no morales, como corresponde a un estado de derecho constitucional social y democrático.

«Y ante tanta insistencia en el “consenso” –fáctico o contrafáctico– acerca de los derechos humanos, quizá vaya siendo hora de reparar en que la fenomenología histórica de la lucha política por la conquista de estos últimos, bajo cualquiera de sus modalidades conocidas, ha tenido bastantes más que ver con el “disenso” de los individuos y grupos de individuos respecto de un consenso antecedente –de ordinario plasmado en la legislación vigente– que les negaba esa su pretendida condición de sujetos de derechos».

(J. MUGUERZA, *El fundamento de los derechos humanos*, 1989).

⁸³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto: Conferencia pronunciada en el *I Congreso Iberoamericano de Filosofía* celebrado, en Madrid, del 21 al 26 de septiembre de 1998.

La elasticidad de la «razón de Estado»

Por LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA

Universidad de Valladolid

Al socaire de la expansión económica y la simultánea mejora tecnológica basada en el avance de las ciencias naturales, que facilitan el cobro de impuestos regulares y el mantenimiento de ejércitos permanentes, se desvela en los tiempos modernos una instancia superior de poder, concentrada en torno a la persona del monarca como titular de un poderío real absoluto e independiente de la Iglesia y del emperador. Este foco de poder soberano actúa a través de un cuerpo de oficiales, dotados de unidad de dirección y decisión, que tiende a burocratizarse, y bajo la influencia de un cuerpo de letrados formados en el Derecho Romano pretende conseguir la homogeneidad nacional supliendo las carencias de la legislación local por un derecho racional previsible por adelantado.

Estos fenómenos tendentes a controlar el monopolio de los medios de coerción eran, desde luego, conocidos en el pasado, pero es la conjunción de los mismos lo que hace novedosa la situación. Aunque ninguno de ellos se presenta con la pureza que la iuspublicística decimonónica y la historiografía liberal han pretendido al descartar los vestigios medievales, la autonomía de regiones o concejos y marginar las posibles ideas no absolutistas de escolásticos o monarcómacos. Para nombrar esta peculiar forma de convivencia podemos mantener el vocablo Estado, entre cuyos rasgos destacarían el poder soberano, la racionalidad de la Administración, la hacienda pública, el ejército permanente o la neutralización religiosa.

El uso más próximo al actual de la palabra Estado lo hace a veces Maquiavelo, sobre todo en *El Príncipe*, destacando la diferencia entre el sujeto y el objeto del mandato, y significa poder político, preeminencia, autoridad que se ejercita sobre una determinada agrupación de

hombres¹. En breve se llamará soberanía a esa capacidad de unir todos los recursos en una organización racionalizada de poder, que ordena y pacifica, suprema en el interior e independiente frente al exterior. Pero aún no designa el sujeto pleno de Derecho, el soberano bodiniano capaz de *donner et casser la loi*, cuya autosuficiencia jurídica se manifiesta históricamente en la *potestas iuris condendi* en cuanto centro de imputación de normas².

Para los hombres del siglo XVI el Estado es ante todo una nueva y arrolladora experiencia que se presenta en su radicalidad primero en Italia con el hundimiento de las formas tradicionales de convivencia. Precisamente la filosofía política florece en los momentos de crisis y muy agudamente sirve para detectar un cambio de paradigma cuando la política es puesta en entredicho al haberse desprendido de los marcos de referencia que le proporcionaban su comprensión y sentido normativo. Por eso es en este concreto momento histórico de configuración del Estado, en un mundo en el que chocan los fines, cuando se descubre un logos propio de la política³, ajeno a la tutela de la Iglesia o del Derecho.

Primero, de la Iglesia, pues ante la fractura religiosa que causa la Reforma protestante, todos los príncipes, incluso los que se mantienen bajo la égida católica y aceptan la autoridad del Papado, deben decidir sobre cuál es la verdadera confesión; así que es el propio poder estatal el que, si quiere, se autolimita en materia eclesiástica y al hacerlo disuelve la legitimidad de cualquier otra pertenencia comunitaria distinta de la estatal, comenzando por la comunidad de la fe, que sigue existiendo pero *en* el Estado.

Desligado también del Derecho, y hasta opuesto a él, si es cierta la afirmación de Kelsen de que la recepción del *ius publicum* romano, como Derecho político de la monarquía absoluta introduce no sólo el concepto de un Derecho privado esencialmente distinto a aquél, sino el concepto de Estado como cosa distinta del Derecho⁴.

Desde esta perspectiva, el sistema normativo comprendido bajo el nombre de Estado quiere conquistar para el imperante un amplio mar-

¹ Está muy bien señalada la génesis de este neologismo y el nuevo uso al que Maquiavelo contribuyó decisivamente por F. CHABOD, «Alcune questioni di terminologia: Stato, nazione, patria nel linguaggio del Cinquecento», en *Scritti sul Rinascimento*, Turín, Einaudi, 1981, pp. 627-650. También A. MARONGIU, «Lo Stato: il nome e l'idea nel Tre-Cinquecento», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXV (1988), 249-287.

² Vid. J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley-Los Ángeles-Oxford, University of California Press, 1993; D. WYDUCKEL, *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979.

³ M. GARCÍA-PELAYO, «Sobre las razones históricas de la razón de Estado», ahora en *Obras Completas*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 1184-1187.

⁴ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, 15.ª edición, México, Editora Nacional, 1979, pp. 118-119.

gen de arbitrio en el dominio de la administración interior y especialmente de la política exterior. Éste es el principio maquiavélico: que el príncipe debe determinar sus acciones guiándose exclusivamente por el interés estatal; no mirando al Derecho, que era de origen popular.

Esto es la célebre razón de Estado, cuyo nombre encubriría la imposición de todo el complejo de postulados políticos favorables al príncipe y sus secuaces, frente al orden jurídico y moral vigentes.

La tesis más difundida atribuye su aparición en el ámbito de la filosofía política a Maquiavelo, cuya obra consistiría en una constante reflexión acerca de la razón de Estado, aun cuando él no sintiera la necesidad de comprimir en un tópico sus ideas sobre ella. No está el nombre pero sí el concepto. Esta interpretación procede de Croce, para quien Maquiavelo habría sido el primero en descubrir la necesidad y autonomía de la política, desligándola de la moral. En un sentido similar, Meinecke admira el genio del florentino, cuyo talante antimetafísico rompe con el universalismo abstracto de las doctrinas iusnaturalistas definiendo una política pragmática, atenta a los intereses concretos de los Estados ⁵.

Esta tesis ha sido rebatida fundamentalmente desde dos puntos de vista. El primero de ellos, vinculado a los trabajos de Kantorowicz, ha sido explícitamente desarrollado por Gaines Post con la intención de anticipar al siglo XII la existencia del Estado. Ya desde los glosadores el reino era objeto de la acción gubernamental, cuya «razón derecha» incluía todos los medios para mantener el bien común. Filósofos, canonistas y romanistas concebían la razón de gobierno o la razón del bien público de la república como principios de derecho público muy evidentes que consisten en privilegiar el interés general ante el particular, tomar medidas extraordinarias en caso de urgencia, tolerar un mal menor para evitar otro más grande o justificar los medios por el fin ⁶.

Pero estos intentos de anticipar vestigios precoces relativizan la innovación maquiaveliana tanto como consiguen, a su pesar, disolver el concepto de razón de Estado en una generalización intemporal, escamoteándonos qué tipo específico de racionalidad representa, sus procedimientos de legitimación o las máximas de acción que induce, precisamente lo que constituye la realidad de un discurso argumentativo, irreductible a una temática universal. Es el caso de la doctrina medieval de la *ratio status*, tal como fue por vez primera expuesta por Juan de Salisbury, en donde obrar conforme a ella es obrar según justicia, implica sumisión a un orden ético y presupone el respeto a la ley. Mientras que la doctrina moderna de la razón de Estado pretende liberar al poder de toda limitación moral o jurídica, responde al interés obsesivo

⁵ B. CROCE, *Elementi di politica*, Bari, Laterza, 1925; ÍD., *Storia dell'età barocca in Italia*, Bari, Laterza, 1929; F. MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, (1929), 3.ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, esp. pp. 27 ss.

⁶ G. POST, «Ratio publicae utilitatis, ratio status and "reason of State", 1100-1300», en *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton, Princeton University Press, 1964, pp. 241-309.

por el orden y la superación del caos, cuyo fin es la estabilidad e incremento de la potencia, no la justicia.

Otros autores, como el norteamericano Carl J. Friedrich, afirman que sólo después de Maquiavelo se pudo inventar la razón de Estado, cuando se presenta la oposición entre las exigencias de una ética individual normativa y las necesidades de una organización en que la seguridad y la supervivencia están en juego. Ya que Maquiavelo no tuvo necesidad de justificar los medios requeridos para conservar el Estado, al tener éste un valor superior a cualquier otro, esa oposición era imposible porque en este contexto las necesidades políticas se autojustificaban adquiriendo un valor absoluto ⁷.

Era necesario, pues, que la política no fuera investida de un valor absoluto por el restablecimiento de una instancia trascendente que legitime a los poderes seculares en lucha para que pudiera plantearse auténticamente el problema de la responsabilidad ética de la lucha política ⁸. Por eso no es casual que las doctrinas de la razón de Estado se desarrollen a finales del siglo XVI, en unas condiciones desconocidas en la centuria anterior.

Ahora el debate sobre las relaciones entre ética y política se hace acuciante porque el enfrentamiento entre los grandes Estados emergentes hace destacar la política como escenario de la voluntad de poder. Acciones moralmente reprobables, como la matanza de hugonotes o alianzas con el turco infiel, pretenden ser justificadas en nombre del mismo Dios y además, el fin salvífico de la Iglesia no le impide preconizar su intervención indirecta en asuntos temporales, precisamente cuando el Estado pretende usar la religión como instrumento de cohesión al servicio de sus fines exclusivamente terrenales y apropiarse de atributos sacrales para afirmar su supremacía.

El recurso constante a conceptos teológicos para definir el Estado y la soberanía política conduce a que los conflictos políticos se formulen en la Europa del siglo XVII como oposiciones de teología a teología ⁹. El enfrentamiento entre Estados así como las mismas guerras civiles se presentan con la máscara de guerras de religión, en cuyos términos se formulan los problemas políticos de este tiempo.

El intento teórico de explicar esta situación tiene necesariamente que remitirse a Maquiavelo, quien en sus *Discursos* había afirmado que no es oportuno rehusar cualquier medio de salvar a la patria:

⁷ C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Reason of State. The Survival of the Constitutional Order*, Providence, Rhode Island, Brown University Press, 1957, esp. pp. 15-33.

⁸ «El problema de la relación entre política y ética es el problema de la responsabilidad ética de la lucha política», sintetiza G. RITTER, *El problema ético del poder*, Madrid, Revista de Occidente, 1972, p.15.

⁹ Vid. J. F. COURTINE, «L'héritage scolastique dans la problématique théologico-politique de l'âge classique», en H. MÉCHOULAN (dir.), *L'État Baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVII^e siècle*, París, Vrin, 1985, pp. 89-118. También F. OAKLEY, *Omnipotence, Covenant and Order. An Excursion in the History of Ideas from Abelard to Leibniz*, Ithaca y Londres, Cornell University Press, 1984, pp. 93-118.

«pues en las deliberaciones en que está en juego la salvación de la patria, no se debe guardar ninguna consideración a lo justo e injusto, lo piadoso o lo cruel, lo laudable o lo vergonzoso, sino que, dejando de lado cualquier otro respeto, se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y mantenga su libertad»¹⁰.

Y en *El Príncipe*, comienza el capítulo XVIII con estas palabras fatales:

«Cuán loable es en un príncipe mantener la palabra dada y comportarse con integridad y no con astucia, todo el mundo lo sabe. Sin embargo, la experiencia muestra en nuestro tiempo que quienes han hecho grandes cosas han sido los príncipes que han tenido pocos miramientos hacia sus propias promesas y que han sabido burlar con astucia el ingenio de los hombres. Al final han superado a quienes se han fundado en la lealtad»¹¹.

Estos textos son la clave de bóveda de todo el debate posterior: contraposición entre las deseables normas de la moral cristiana y las ineludibles exigencias del interés público. Lo que importa en la acción política no es su concordancia con los principios sino el resultado, las grandes cosas que consiga. Reorientando el pensamiento hacia el poder, se asume como patrón de validez de un programa político el criterio de utilidad. La política deja de ser el arte de gobernar la república según la razón y la justicia para convertirse en una técnica de control de las instituciones públicas¹².

La subversión que provoca Maquiavelo se aprecia si lo comparamos con la visión tradicional de la relación entre normas y situaciones de excepción. Desde antiguo se admitía que para defender la utilidad o bien común, el emperador y el rey podían en caso de necesidad transgredir la ley positiva, quebrar las inmunidades e incluso la costumbre, lo que resume el brocardo *necessitas non habet legem*, procedente del desplome final de la república romana y también asumido por santo Tomás. Igualmente se admitía la vulneración de la promesa en caso de hacerse al enemigo de la patria, al loco, a quien se presume que no cumpliría lo acordado o a los herejes. También encontramos en Platón, en la Patrística o en humanistas como Pontano que se admite la mentira para salvar a la ciudad o por un bien superior. Todos ellos son supuestos excepcionales para momentos de conflicto, que se alegan *ex casu*, representando un ejemplo límite de la argumentación por la causa, que desplaza las indeterminaciones del mundo político a las determinaciones del mundo físico¹³.

¹⁰ *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (edic. de A. MARTÍNEZ ARANCÓN, Madrid, Alianza, 1987), lib. III, cap. 41 (p. 411).

¹¹ *El príncipe* (edic. de M. A. GRANADA, Madrid, Alianza, 1995), cap. XVIII (p. 90).

¹² Es la tesis central de M. VIROLI, *From Politics to Reason of State. The acquisition and transformation of the language of politics 1250-1600*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

¹³ Analiza la «lógica de la necesidad política» como fundamento de la razón de Estado, R. DEL ÁGUILA, «La razón de estado y sus vínculos con la ética política», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998), 71-74.

En cambio, como Maquiavelo presupone que los hombres son insaciables ambiciosos y el deseo de mandar desmesurado¹⁴, el conflicto no es excepcional sino consustancial a las relaciones sociales. La mentira y la disimulación, antes justificadas por el interés público, ahora corresponden a la ingratitud y falsedad de los seres humanos. Las promesas tampoco deben constreñir al príncipe, antes bien debe ser capaz de adaptarse a las circunstancias, estando preparado para alterar las alianzas fundándose en la anticipación del comportamiento ajeno, del cual debe por principio desconfiar.

Incluso la idea del bien común deja de sintetizar el holismo social o el conjunto de valores que se imponen a todos los miembros de la comunidad para ser el resultado de una convergencia de intereses y pasiones. Philippe de Béthune declarará que «la raison d'État n'est rien d'autre que la raison d'interêt»¹⁵, que consiste en la garantía de seguridad, el goce de los bienes, acceso a honores y riqueza, la posibilidad de dominar otros Estados y la gloria que ello conlleva para los ciudadanos.

Al ser la política el escenario de relaciones polémicas y enfrentadas se esfuma la posibilidad de una idea compartida acerca del bien, de ahí que el fin mínimo, y último también, de las acciones del príncipe sea lograr la paz social. De donde surge un concepto de prudencia alejado del fin ético y transformado en simple técnica de gobierno¹⁶. Compendiaría el conjunto de habilidades que permiten «ver al mismo tiempo delante y detrás»¹⁷, aproximar el futuro a los eventos pasados y requiere, pues, un tipo de inteligencia estocástico al tratarse de un saber indirecto y tanteante que se nutre de la historia y la experiencia, capaz de dominar el tiempo y de conjeturar una especie de medida improvisando lo necesario según las circunstancias. Ya no es la «deliberación respecto de lo que es bueno y malo para el hombre»¹⁸, sino la mera capacidad de «realizar los actos que conducen al blanco propuesto y alcanzarlo»¹⁹.

¹⁴ Son muchos los textos donde se destacan el egoísmo y la corrupción de las costumbres, por ejemplo: *Discursos* I, 29; I, 37; II, pr.; *El Príncipe*, 13; 17.

¹⁵ *Le Conseiller d'État*, 1633; citado por P. BURKE, «L'influence de Tacite, le scepticisme et la raison d'État», en J. H. BURNS (ed.), *Histoire de la pensée politique moderne 1450-1700*, París, PUF, 1997, p. 437.

¹⁶ J. PEÑA, «Sobre la responsabilidad política», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 11 (mayo 1998) 130-135 y también del mismo autor «De l'antimachiavelisme, ou la vraie raison d'État d'Alvia de Castro», en *Corpus*, 31 (1997), 31-48; C. LAZZERI, «Prudence, éthique et politique de Thomas d'Aquin à Machiavel», en A. TOSEL (dir.), *De la prudence des anciens comparée à celles des modernes. Sémantique d'un concept, déplacement des problématiques*, Annales Littéraires de l'Université de Besançon, París, Les Belles Lettres, 1995, pp. 79-128; I. FLANDROIS, *L'Institution du Prince au début du XVII^e siècle*, París, PUF, 1992, pp. 183-190. Cfr. V. DINI y G. STABILE, *Saggezza e prudenza. Studi per la ricostruzione di un'antropologia in prima età moderna*, Nápoles, Liguori, 1983.

¹⁷ HOMERO, *Ilíada*, I, 343; XVIII, 250; *Odisea*, XXIV, 452.

¹⁸ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 5, 1140b (trad. J. Pallí, Madrid, Gredos, 1988).

¹⁹ *Ét. Nic.*, VI, 13, 1144a 25-30. Aristóteles se refiere al uso trivial de *phrónesis* en su teoría de la prudencia y cuida bien de distinguirla de *deinótes*. Vid. P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, París, PUF, 1963 (reciente traducción de M.^a J. TORRES, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 43 ss.); M. DETIENNE y J. P. VERNANT, *Las artimañas de la inteligencia. La «metis» en la Grecia antigua*, Madrid, Taurus, 1988, realizan un estudio semántico de la prudencia astuta o tipo de conocimiento que versa sobre lo contingente.

Maquiavelo identifica prudente con *savio*, semejante al *deinós* aristotélico, cuyas habilidades van exclusivamente dirigidas a satisfacer sus deseos de dominación. Botero dará nombre a esta nueva técnica racional y objetiva de la política que se presenta como un conjunto de imperativos estratégicos neutralizados axiológicamente:

«El Estado es un dominio establecido sobre los pueblos y razón de Estado es el conocimiento de los medios aptos para fundar, conservar y ampliar tal dominio»²⁰.

El tacitista Antonio de Herrera iguala prudencia política con una razón de Estado que es el alma de los reinos y provincias y el principal fin de su conservación:

«La materia de Estado, que significa prudencia política, reducida al alma del humano gobierno, consiste en lo que se propone, en lo que se aconseja y en lo que se determina para fundar un Estado, para aumentarle y conservarle»²¹.

Y Juan Pablo Mártir Rizo afirma sin dudar:

«la prudencia no es otra cosa sino conducir las acciones a su fin con disimulación»²².

Los más tempranos fustigadores de Maquiavelo, como Pole, Osorio o Catarino y luego Gentillet, Rivadeneira o los mismos escolásticos percibieron claramente la potencialidad destructora de la autoridad eclesiástica que implicaban las ideas del florentino, acusándole de ateísmo o impiedad por negar la Providencia, de politiolatría por erigir en ídolo supremo al Estado y, en breve, vinculándole al partido *politique* en el curso de las guerras de religión²³.

La Iglesia no sólo había perdido en los países reformados la exclusividad de su función mediadora entre el mundo y la divinidad, sino que ahora se arriesgaba a quedar convertida en mero instrumento estatal para la cohesión al acentuarse la necesidad de una racionalización

²⁰ G. BOTERO, *Della ragion di stato* (1589), libro I, cap. 1, inicio; recogido en G. BOTERO, *La razón de Estado y otros escritos*, selección, y estudio preliminar de M. GARCÍA-PELAYO, traducción y notas de L. DE STEFANO, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1962, p. 91.

²¹ *Discurso y tratado sobre la materia de Estado* (1626), recogido en *La razón de Estado en España. Siglos XVI-XVII. (Antología de textos)*, edic. de J. PEÑA, J. CASTILLO, E. MARCANO y M. SANTOS, Madrid, Tecnos, 1998, p. 89.

²² *Norte de príncipes* (1626), cap. XXI; también en la *Antología*, cit., p. 213.

²³ C. GIACON, «Machiavelli, Suarez e la ragion di Stato», en *Umanesimo e Scienza Politica. (Atti del Congresso Internazionale di Studi Umanistici, Roma, Firenze 1949)*, Milán, 1951, pp. 185-199; H. LUTZ, *Ragione di Stato und Christliche Staatsethik im 16. Jahrhundert*, Münster Westfalen, Aschendorf, 1961; G. BORRELLI, *Ragion di Stato e Leviatano. Conservazione e scambio alle origini della modernità politica*, Bolonia, Il Mulino, 1993, pp. 21-62; y especialmente la encomiable monografía de R. BIRELEY, *The Counter-Reformation Prince. Anti-Machiavellianism or Catholic Statecraft in Early Modern Europe*, Chapel Hill y Londres, The University of North Carolina Press, 1990.

de la política que atendiese a las condiciones efectivas. Para mantener su influencia en un mundo secularizado no encontró mejor defensa que demonizar al enemigo ideológico a la par que se apropiaba de sus mismas prácticas e ideas, permitiéndolas al gobernante siempre que éste siguiera reconociendo la supremacía espiritual del Papado y la defensa de la fe como objetivo mediato de sus acciones ²⁴.

Aunque la imputación de «maquiavelismo» sirve de arma arrojadiza entre católicos y protestantes, ciertamente viene a ser una comodidad polémica o una manera vaga de captar la cuestión por las consecuencias. Lo importante es que el discurso de la razón de Estado toma como referencia el resultado de una cierta recepción distorsionada del florentino ²⁵, a quien se ve como expresión ejemplar de una visión de la política incompatible con la religión y la moral cristianas. De modo que no se puede identificar la obra reactiva de los teóricos de la razón de Estado con una causa religiosa estrictamente definida, si bien parecen haber sido los jesuitas los más esforzados en demostrar la compatibilidad entre política y religión, haciendo frente al nuevo humanismo maquiavélico y tacistista con sus mismas armas y lenguaje, pero recuperando un humanismo de tradición ciceroniana ²⁶. Para ello se sirven de la idea de una «verdadera» o buena razón de Estado. Así afirma Rivadeneira:

«Y porque ninguno piense que yo desecho toda la razón de Estado (como si no hubiese ninguna), y las reglas de prudencia con que, después de Dios, se fundan, acrecientan, gobiernan y conservan los Estados, ante todas cosas digo que hay razón de Estado, y que todos los príncipes la deben tener siempre delante los ojos, si quieren acertar a gobernar y conservar sus Estados. Pero que esta razón de Estado no es una sola, sino dos: una falsa y aparente, otra sólida y verdadera; una engañosa y diabólica, otra cierta y divina; una que del Estado hace religión, otra que de la religión hace Estado; una enseñada de los políticos y fundada en vana prudencia y en humanos y ruines medios, otra enseñada de Dios, que estriba en el mismo Dios y en los medios que Él, con su paternal providencia, descubre a los príncipes y les da fuerzas para usar bien de ellos, como Señor de todos los Estados» ²⁷.

²⁴ Encontraríamos entonces en la Iglesia el mismo comportamiento cínico de la Monarquía Hispánica, que armoniza una actuación dirigida a la consecución de resultados con el envés moralista para monopolizar no sólo el triunfo sino también la razón y el Derecho, según M. F. FERNÁNDEZ DE ESCALANTE, *Álamos de Barrientos y la teoría de la razón de Estado en España*, Barcelona, Fontamara, 1975, pp. 9-10.

²⁵ G. PROCACCI, *Machiavelli nella cultura europea dell'età moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1995, que debe completarse con H. PUIGDOMÈNECH FORCADA, *Maquiavelo en España. Presencia de sus obras en los siglos XVI y XVII*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1988.

²⁶ R. TUCK, *Philosophy and Government 1572-1651*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, esp. pp. 17-18 y 131-136.

²⁷ P. DE RIVADENEIRA, *Tratado de la religión y virtudes del Príncipe cristiano* (1595), Dedicatoria «Al cristiano y piadoso lector», edición de la Biblioteca de Autores Españoles, Tomo LX, Madrid, Atlas, 1952, p. 456; recogida también en la *Antología*, op. cit., pp. 6-13, el fundamental texto citado en pp. 11-12.

Seguir la religión, por consiguiente, es lo mejor para tener éxito ya que Dios recompensa a sus fieles. Es un argumento providencialista a la vez que pragmático pues la acción moral sería por sí misma exitosa ²⁸. Pero puede chocar con la evidencia y, entonces, no bastan los caducos argumentos veterotestamentarios de que la derrota es un castigo por el pecado o una prueba de que lo terrenal es tan efímero que el gobernante auténticamente cristiano debe cuidar en este mundo su conciencia para asegurarse la vida eterna. Hay que aceptar en los Estados el mismo proceso de decaimiento que en el cuerpo humano y con «constancia», dice Lipsio, participar activamente en el curso de la providencia:

«¿Queréis buenos sucesos?: trabajad» ²⁹.

Este argumento debió de convencer a los atribulados españoles; por realista era también más esperanzador que las mesiánicas soflamas de Campanella o de un visionario Juan de Salazar, aún empeñados en loar la Monarquía Universal Hispánica como encarnación definitiva de la idea imperial al servicio de la religión ³⁰. Pero las armas no dieron la razón al falso optimismo, el orden europeo no se articuló bajo los poderes universales sino en Estados independientes y la soñada unidad religiosa se desvaneció definitivamente.

Los más idealistas rechazan transigir con las creencias porque la libertad de conciencia destruye los controles morales del poder y, sobre todo, porque genera tumultos. Esta convicción fue general en España ³¹; en cambio, Lipsio fue más conciliador: por muy deseable que fuera mantener la verdadera fe, puede ser un mal menor transigir con la herejía en los lugares donde esté muy extendida.

El mismo pragmatismo lleva al humanista flamenco, en esta cuestión mucho más emulado, a inventar la *prudencia mixta* o prudencia mezclada, una cristiana razón de Estado para que el príncipe sepa «mezclar el provecho con la honra» ³². Manteniendo inalterados los

²⁸ R. BIRELEY, *op.cit.*, pp. 30-31, 95-98 y 234-236.

²⁹ J. LIPSIO, *Políticas* (1589), lib.I. cap. IV; edic. de J. PEÑA y M. SANTOS, Madrid, Tecnos, 1997, p. 19; además J. LAGRÉE, *Juste Lipse et la restauration du stoïcisme. Étude et traduction des traités stoïciens De la Constance, Manuel de Philosophie Stoïcienne, Physique des Stoïciens (Extraits)*, París, Vrin, 1994.

³⁰ La escasa repercusión que tuvo en la corte española la obra de Campanella se explicaría por su visión radicalmente teocrática de la monarquía universal, donde el rey español estaría sometido a la superior autoridad del Papa, como recientemente ha resaltado J. M. HEADLEY, *Tommaso Campanella and the Transformation of the World*, Princeton, Princeton University Press, 1997. Sobre Salazar, *vid.* A. MONTORO-BALLESTEROS, *Fray Juan de Salazar, moralista político (1619)*, Madrid, Escelicer, 1972.

³¹ J. A. FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, *Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 44-77. Es una constante de la modernidad el acabar con la disidencia interior por razones de eficacia en la consolidación del poder, en tanto se fomentaba en los otros Estados para provocar disensiones; *cfr.* M. F. FERNÁNDEZ DE ESCALANTE, «Concentración del poder y voluntarismo en la implantación del Estado moderno. (En torno a dos interpretaciones sobre la última Edad Media castellana)», en *Anales de la Universidad Hispalense*, XXVI (1966) 169-241.

³² *Políticas*, lib. IV, cap. XIII (p. 191).

principios morales pueden concebirse condiciones de aplicación que admitan grados de fraude: son admisibles la desconfianza y el disimulo o el soborno y el engaño, pero reprobables la perfidia y la injusticia ³³. Con esta actitud políticamente realista se escora peligrosamente hacia el inmoralismo, imposible de evitar con el casuismo. Sólo más tarde Pierre Charron comprenderá que lo esencial no reside en las relaciones de la norma con los tipos de fraude, sino en la capacidad humana de aplicarla a situaciones concretas. En *De la sagesse* (1601) sustituirá un modelo de abierto conflicto entre razón de Estado y normas ético-jurídicas por un modelo fundado en el recurso permanente a la ambigüedad interpretativa, de tal modo que los actos no autorizados por las normas aparezcan necesariamente ligados a los permitidos como su condición de aplicación; por ejemplo, está formalmente prohibido un conflicto ofensivo contra un simple adversario potencial, pero está permitido por razones defensivas anticiparse a los peligros ³⁴.

Tal como estamos viendo, los teóricos de la buena razón de Estado y antimaquiavélicos en general presentan notables variaciones según hagan prioritarios los requerimientos de la doctrina cristiana, militen en el empirismo político o pretendan conciliar las exigencias de racionalidad con los límites de la ortodoxia. En cualquier caso, manteniendo una antropología menos pesimista, se acomodan bien al siglo del absolutismo. Suplen la ausencia de restricciones institucionales a un soberano *solutus a legibus* con el refuerzo del Derecho Natural y de la conciencia educada en la piedad y la virtud, que asegura el asesoramiento de teólogos.

A la misma función garantista sirve el deber de tomar en consideración la opinión de consejeros y ministros, no obstante la suspicacia que Botero, Rivadeneira o Contzen muestran hacia la actuación de estos subordinados. Por ello es conveniente que el rey «tenga ministros, no compañeros del Imperio», según la afortunada frase de Saavedra que sintetiza la moderna concepción de la forma de gobierno ³⁵. El monarca es la cabeza del reino, de donde fluye la corriente discrecional de la jurisdicción a través de los ministros. Sólo el primero detenta el poder, irrevocable, mientras los otros son colaboradores o auxiliares.

Se advierte aquí no sólo la distinción entre el cargo del rey y sus ministros, un intento de separar gobierno de administración, sino la objetivación de funciones, cuyo desempeño no está condicionado a la persona concreta que las cumple. Por ende, la doctrina es rigurosa al ponderar

³³ *Políticas*, lib. IV, cap. XIV.

³⁴ C. LAZZERI, «Le gouvernement de la raison d'État», en C. LAZZERI y D. REYNIÉ (dirs.), *Le pouvoir de la raison d'État*, París, PUF, 1992, pp. 119-129. Más extensamente, E. THUAU, *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*, París, Institut français d'Athènes, 1966; A. M. BATTISTA, *Alle origini del pensiero politico libertino. Montaigne e Charron*, Milán, Giuffrè, 1966.

³⁵ D. SAAVEDRA FAJARDO, *Idea de un príncipe político cristiano* (1640), empresa LVII; edición de la Biblioteca de Autores Españoles, tomo XXV, Madrid, Atlas, 1947, p. 152.

el elenco de virtudes del perfecto ministro y oficial, lo que viene a ser un anticipo de selección bajo criterios de capacidad y mérito ³⁶.

Con todo, el elemento primordial del arte de gobierno de los anti-machiavélicos consiste en adquirir tras la virtud «reputación» o apoyo popular, cifrado en una combinación de amor y reverencia. Exhibiciones militares, obras de arte, panfletos laudatorios o el propio ocultamiento del príncipe en su palacio contribuyen a realzar su imagen de poderoso. La guerra distrae a los súbditos de las dificultades domésticas tanto como acarrea gloria para el gobernante y vigor al país; pero principalmente la reputación se obtiene más que por una guerra victoriosa por el desarrollo del propio Estado en «la abundancia, la paz y la justicia» ³⁷.

El mismo Botero había sostenido antes que el móvil de todas las conductas es el interés y la finalidad de toda sociedad política es proporcionar bienestar a sus miembros ³⁸. Con ello la *felicitas* desciende del nivel ético-religioso al de las utilidades socioeconómicas, la vida virtuosa deja sitio al goce tranquilo de los bienes materiales ³⁹. La razón de Estado proveerá los medios para incrementar la población, suprimir la ociosidad, proteger la industria y alentar el comercio exterior, única manera de mantener un *dominio fermo sopra popoli*, según esta tesis mercantilista que tendrá gran eco entre los arbitristas españoles.

La derivación de la razón de Estado hacia la doctrina de los «intereses del Estado» será bien acogida en la Francia de Richelieu y alcanzará después su modificación más importante en la influyente obra de Pufendorf ⁴⁰. No es sólo que proceda de aquélla la idea moderna de racionalidad del *homo oeconomicus* sino que, según la sugerente hipótesis de Marcel Gauchet, hace además posible la publicidad de la política ⁴¹. Ya no debe tenerse en cuenta el comportamiento individual de los gobernantes, sino las acciones específicas exigidas por la estructura de los Estados. Como traducen los ingleses, «el interés no miente», o sea que hay una verdad objetiva de la política emancipada de sus actores y, por ello, una accesibilidad de sus resortes al análisis indepen-

³⁶ Vid. J. M. GARCÍA MARÍN, *La burocracia castellana bajo los Austrias*, 2.^a edición, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, pp. 151 ss.

³⁷ G. BOTERO, *Della ragion di Stato*, libro III, cap. 1 (en G. BOTERO, *La razón de Estado y otros escritos*, op. cit., p. 127).

³⁸ *Delle cause della grandezza delle città* (1588), libro I, inicio; libro II. Ambas obras de este ex-jesuita piemontés se encuentran ahora editadas en Bolonia, Arnaldo Forni, 1990.

³⁹ Sobre el lugar de la economía en la política de Botero, vid. M. SENELLART, *Machiavélisme et raison d'État*, París, PUF, 1989, pp. 56-83. Respecto a la conformación del concepto de interés y su alcance económico-político, cfr. A. O. HIRSCHMAN, *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos en favor del capitalismo previos a su triunfo*, Barcelona, Península, 1999, y la antología preparada por L. ORNAGHI, *Il concetto di «interesse»*, Milán, Giuffrè, 1984, en particular su estudio introductorio en pp. 3-81.

⁴⁰ A. DUFOUR, «Pufendorf», en J. H. BURNS (ed.), op. cit., pp. 509-533.

⁴¹ M. GAUCHET, «L'État au miroir de la raison d'État: La France et la chrétienté», en Y. C. ZARKA (dir.), *Raison et déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'État aux XVI^e et XVII^e siècles*, París, PUF, 1994, pp. 197-244, esp. pp. 235 ss.

diente de la posición del observador. Tanto más obra el Estado según la razón de Estado, tanto más está sujeto a investigación.

En palabras del duque de Rohan, sumamente esclarecedoras:

«Los príncipes dirigen a los pueblos y el interés a los príncipes. El conocimiento de este interés está tan por encima de las acciones de los príncipes, como ellos mismos lo están por encima de los pueblos»⁴²;

«... en materia de Estado no podemos dejarnos llevar por deseos desordenados que nos inducen con frecuencia a emprender cosas más allá de nuestras fuerzas, ni por pasiones violentas que nos agitan de distinta forma según como nos posean, ni por opiniones supersticiosas que nos crean escrúpulos sin fundamento, sino por nuestro propio interés, guiado éste únicamente por la razón, que debe ser la regla de nuestras acciones»⁴³.

La existencia de este interés que constriñe objetivamente la acción de gobierno coloca a quien lo alega en una posición susceptible de ser validada por la exposición de sus razones en el ágora. Con ello se abre la posibilidad de una esfera pública, donde los ciudadanos aprenden el espacio de las apariencias, la pluralidad de los discursos, la crítica de los puntos de vista; un ámbito de inteligibilidad y comunicación que se irá afianzando en pugna tenaz con los intentos de sustraer a la deliberación los «secretos de Estado» (*arcana, mysteria*) alegando la ignorancia del vulgo sobre cuestiones de seguridad nacional.

Pero en tanto el interés del Estado se identifique con el de grupos empresariales u otros cabilderos influyentes, como antes con la voluntad del monarca absoluto, o sean burócratas y expertos quienes fijen el destino de los pueblos, no podrán los ciudadanos determinar la orientación de la política estatal ni controlar siquiera *a posteriori* las decisiones protegidas con el velo del secreto⁴⁴. La razón de Estado no se habrá transformado en una «razón cívica» adecuada a los requerimientos del sistema democrático⁴⁵.

Y es que la ideología de la razón de Estado que correlaciona una racionalidad política como distinta de la ordinaria y una definición de

⁴² Henri DE ROHAN, *Del interés de los Príncipes y Estados de la Cristiandad* (1634), Primera Parte (edic. de P. MARIÑO y M. I. HERNÁNDEZ, Madrid, Tecnos, 1988, p.73).

⁴³ *Ibid.*, segunda parte (p. 89). Cfr. A. O. HIRSCHMAN, *op. cit.*, pp. 56 ss., y fundamentalmente, F. MEINECKE, *op. cit.*, pp. 165 ss.

⁴⁴ Debe tenerse en cuenta la «realidad bifronte» del secreto, según dice J. DE LUCAS, «De secretos, mentiras y razones del Estado», en *Claves de Razón Práctica*, 52 (mayo 1995), 22-30 y articular cautela y transparencia en una sociedad abierta que exigiría un «culto público racionante», como recuerda F. J. LAPORTA, «La transparencia del poder: problemas actuales de un ideal ilustrado», en J. M. GONZÁLEZ y C. THIEBAUT (eds.), *Convicciones políticas, responsabilidades éticas*, Barcelona, Anthropos, 1990, pp. 206-222.

⁴⁵ R. DEL ÁGUILA, «Razón de Estado y razón cívica», en *Claves de Razón Práctica*, 52 (mayo 1995) 10-21. Pero una actuación participada no haría buena una razón de Estado que utilice medios inmorales o ilegales, advierte E. FERNÁNDEZ GARCÍA, «Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política» (Cuadernos «Bartolomé de las Casas», 4), Madrid, Dykinson, 1997, p. 37.

Estado en términos de dominación ha calado en el inconsciente colectivo hasta el punto de excluir cualquier otra concepción de la política por imposible o periclitada ⁴⁶.

Aun cuando la versión liberal del Estado de Derecho consiguió legalizar la fuerza y normalizar también en leyes los «excesos de derecho común por causa del bien público» (que así definían, entre otros, Ammirato o Naudé la razón de Estado ⁴⁷), persiste todavía el problema de la transgresión de normas morales o la falta de respeto a los compromisos internacionales.

El problema moral que entonces se evidenciaba al confrontar los resultados de la acción política con un concepto sustantivo del bien público, hoy se residencia en el respeto a unos valores básicos de publicidad y participación y a procedimientos para establecer criterios de justicia.

En el ámbito internacional es típica la movilización propagandística de sentimientos universales con una carga emotiva favorable (paz, justicia, libertad, derechos individuales, Derecho internacional) en pro de intereses particulares, erigiéndose en paladines del Derecho y la Razón en contra de la razón de Estado quienes más practican esta vía anuladora de la dignidad individual en nombre de una supuesta eticidad superior de la colectividad representada en cada unidad estatal civilizada o del nuevo orden internacional.

En cualquier caso, la razón de Estado alude a una ponderación de razones al sacrificar ciertos valores fundamentales que constituyen el universo ético de nuestra comunidad en aras de la pervivencia de otros valores esenciales ⁴⁸. En estas circunstancias difíciles, los ocupantes de la estructura burocrática estatal pueden adoptar la decisión sobre los fines amparados en su control sobre los medios y la apatía de las masas.

Sin embargo, ni siquiera el discurso tecnocrático puede prescindir de una opción valorativa. Una conciencia perezosa se limita a los principios o a las reglas, descuidando el contexto, fines o deberes, intereses y conflictos. Lo deseable sería una política que asuma la verdad del realismo y a la vez se configure como comunicación solidaria entre ciudadanos libres.

En último término, la tensión entre moral y política es irrebasable. Pero el dilema sirve también para liberar al político de la tentación pragmatista igual que se evita al filósofo enrocarse en lo que se debe

⁴⁶ M. VIROLI, *op.cit.*, pp. 282-285.

⁴⁷ G. NAUDÉ, *Considérations politiques sur les coups d'État* (1639), cap. II (edición española de C. GÓMEZ RODRÍGUEZ, Madrid, Tecnos, 1998, p. 82). Para Ammirato, «ragion di Stato altro non essere che la contravvenzione di legge ordinaria, per rispetto di publico beneficio, ovvero per rispetto di maggiore e più universale ragione», cita R. DE MATTEI, *Il problema della «Ragion di Stato» nell'età della Controriforma*, Milán-Nápoles, Ricciardi, 1979, p. 92.

⁴⁸ R. DEL ÁGUILA, «La razón de estado y sus vínculos con la ética política», *op. cit.*, pp. 67-86, y anteriormente en «Razón de Estado y razón cívica», *op. cit.*, pp. 18, 20 y 21, y «Dilemas y secretos del secreto de Estado», en *Claves de Razón Práctica*, 83 (junio 1998), pp. 13-19.

hacer. El político debe responsabilizarse de su propia convicción ⁴⁹ y el ciudadano, activo, asumir la libertad comunitaria como un objetivo común, precisamente como el marco de autodeterminación que permite realizar eficazmente los derechos, a la par que el mismo discurso democrático tiene que levantarse sobre ellos ⁵⁰.

Hoy como ayer, la política requiere la *prudencia* y la *responsabilidad* del sujeto político, cuyas actuaciones sólo son valorables en función de los principios ⁵¹. La política exige resistencia, no basta el espíritu utópico. Ésta es la exigencia de la política, que vivieron dramáticamente los teóricos clásicos de la razón de Estado.

⁴⁹ Es la complementariedad weberiana de convicción y consecuencias, que adopta un hombre maduro al afirmar en lo difícil: «*hier stehe ich*», aquí estoy yo. Vid. las consideraciones de R. R. ARAMAYO, *La quimera del Rey Filósofo. Los dilemas del poder, o el frustrado idilio entre la ética y lo político*, Madrid, Taurus, 1997, p. 140 ss.

⁵⁰ En este intento de conciliar libertad negativa y libertad comunal, me sirvo de A. WELLMER, «Modelos de libertad en el mundo moderno», en su *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, Madrid, Cátedra, 1996, pp. 41-76.

⁵¹ J. PEÑA, «Sobre la responsabilidad política», *op. cit.*, p. 141.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública*

Por FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

1. UNA PERSPECTIVA NECESARIAMENTE ESPECÍFICA

Cualquier análisis en el que se tengan presentes cuestiones referidas al concepto y a las funciones de los derechos fundamentales, debe ser muy consciente de que, como ya se ha señalado repetidas veces, los derechos constituyen una realidad pluridimensional. Con ello, se quiere indicar que la realidad constituida por los derechos es plural y compleja. Y esa complejidad implica al mismo tiempo una multiplicidad de perspectivas posibles desde las que situarse a la hora de estudiar dicha realidad. Con independencia de la posición doctrinal que se adopte en relación con los derechos una vez que nos hemos situado en la perspectiva jurídica, también es posible plantear un enfoque económico, político, histórico, etc., de los mismos. Siendo cierto que todos esos enfoques no son respectivamente independientes, también lo es que el jurista debe tener siempre bien presente la importancia del enfoque jurídico.

* El presente texto supone una ampliación de la ponencia presentada en el seminario «Sentido y valor jurídicos de la Declaración de derechos humanos», celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid durante los días 24 al 26 de noviembre de 1998. Asimismo, se encuadra en el proyecto de investigación «Derechos fundamentales y teoría del Derecho» PB96-0114, subvencionado por la Dirección General de Enseñanza Superior. Agradezco a Rafael de Asís, María del Carmen Barranco, José Manuel Rodríguez Uribes y Rafael Escudero las observaciones efectuadas a las primeras versiones del trabajo. A. E. Pérez Luño ha tenido la amabilidad de permitirme consultar, previamente a su publicación, su trabajo sobre «La universalidad de los derechos humanos».

La posibilidad de perspectivas es tan amplia que en ocasiones puede dar la impresión de que los desacuerdos doctrinales en torno a los derechos están motivados precisamente porque no se ha establecido un acuerdo previo en relación con la dimensión sobre la que se está discutiendo. Por eso, posiblemente, muchas veces se discute porque en realidad no se es consciente de que se está hablando de cosas diferentes ¹.

Por ello, y siendo mi intención en esta ocasión plantear de una manera abierta cuestiones e interrogantes que pueden suscitar una reflexión sobre la función y sentido de la Declaración Universal de derechos humanos de 1948, creo necesario establecer qué concepto de «derecho» voy a asumir y cuál es la perspectiva en la que me situaré. En relación con el concepto de «derechos», entiendo que éstos son instituciones jurídicas; son realidades institucionales que existen dentro de un determinado sistema jurídico. Sin normas de derechos fundamentales ², esto es, sin normas validas pertenecientes (en este caso) a un sistema jurídico, no podemos hablar de derechos fundamentales en el sentido estipulado aquí. Por tanto, si atendemos a la diferencia entre «derechos humanos» y «derechos fundamentales» propuesta por A. E. Pérez Luño, aquí nos referiríamos a lo que él entiende como «derechos fundamentales» ³. El sentido de «derecho» al que nos acogemos supone una opción entre las diversas posibilidades semánticas del término y no una concepción esencialista o sustancialista del lenguaje. En lo que se refiere a la perspectiva, asumiré la que caracteriza a la Filosofía del Derecho, que es crítica y que tiene bien presente la distinción entre el ser y el deber ser jurídico. Se podrá comprender así que, posiblemente, las conclusiones a las que se pueda llegar aquí podrán ser diferentes de aquellas a las que se arribe desde la óptica del Derecho internacional o incluso del Derecho constitucional.

2. EL TIEMPO DE LOS DERECHOS

Qué duda cabe que Norberto Bobbio tiene razón cuando afirma que vivimos en el tiempo de los derechos. En efecto, el siglo que nos ha tocado vivir puede ser caracterizado en clave de derechos. Es Hector Gros Espiell el que ha señalado que «en verdad en la historia de la humanidad es difícil encontrar un período de tiempo en el que el tema de los dere-

¹ En este sentido, cabe plantearse hasta qué punto la discusión doctrinal, también presente en nuestro país, en torno a las virtualidades del término «derechos morales», ha podido ser, en algunas ocasiones, una disputa terminológica en el sentido de disputa sobre las posibilidades semánticas del empleo de un término («derechos morales») para referirse a una determinada realidad, la de los derechos.

² Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana de E. Garzón Valdés, revisión de R. Zimmerling, CEC, Madrid, 1993, pp. 47 y 48.

³ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho, Constitución*, 5.^a edic., Tecnos, Madrid, 1995, 29 ss; también, «La universalidad de los derechos humanos» (en prensa).

chos del hombre haya tenido, como en el lapso que va desde 1945 hasta hoy, una mayor y más general significación teórica y práctica»⁴. Y es que los derechos pueden ser los instrumentos a partir de los cuales podemos explicar el sentido y contenido de muchas de las evoluciones y transformaciones acaecidas a lo largo del siglo XX. Las grandes transformaciones sociales, económicas y políticas están íntimamente relacionadas con dimensiones de los derechos; pero también, los avances y progresos científicos les afectan irremediabilmente. Es el nuestro un tiempo en el que se han producido posiblemente los avances más importantes en lo que se refiere al reconocimiento o declaración, a la protección y garantía de los derechos, pero a la vez es una época en la que hemos podido ser testigos de atroces atentados y violaciones de derechos. Esta situación de cierta esquizofrenia de la que se puede acusar al género humano en relación con los derechos puede servir para caracterizar al siglo XX. Por eso, se ha afirmado que, en el cincuentenario de la Declaración «no hay motivos para la celebración; demasiadas personas en demasiadas partes del mundo siguen viviendo en condiciones en las que la Declaración sólo es la promesa de una vida mejor»⁵.

3. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS COMO PUNTO DE REFERENCIA

En el escenario del siglo XX, la Declaración Universal ocupa un papel protagonista y constituye un auténtico punto de referencia. Y ello por varios motivos.

En primer lugar, es un elemento clave en el denominado proceso de internacionalización de los derechos humanos. Es conocida la identificación, propuesta en un principio por Peces-Barba y posteriormente completada por Bobbio, de cuatro procesos a través de los cuales se ha desarrollado la «peripeca histórica» de los derechos: positivación, generalización, internacionalización y especificación. Aunque éste no es el momento de desarrollar una explicación del sentido –ya conocido– y de las coordenadas socio-políticas e intelectuales en las que se producen estos procesos, sí debemos apuntar aquí que, si bien es cierto que el proceso de internacionalización puede ser observado como una manifestación o prolongación del proceso de positivación (llamado a no culminar nunca), también lo es que tiene un sentido y significado propios. Se constituye en todo caso a través de la creación de una conciencia supranacional en relación con los derechos. A partir de ahí, la internacionalización tiene dos grandes vertientes: 1) la proclamación o declaración internacional de derechos; 2) la articulación en el plano

⁴ GROS ESPIELL, H., «Los problemas actuales de los derechos humanos», ID., *Estudios sobre derechos humanos II.*, Cívitas, Madrid, 1988, p. 286.

⁵ PONS RÁFOLS, X., «Vigencia y alcance de la Declaración Universal de Derechos Humanos a los cincuenta años de su adopción», *Jueces para la Democracia*, núm. 33, 1998, p. 79.

supranacional de específicos mecanismos de protección y garantía. Es claro que estas dos vertientes no van necesariamente vinculadas aunque, en todo caso, la primera es un presupuesto de la segunda y ésta es un requisito de la eficacia de la anterior. Pues bien, la Declaración constituye el gran monumento en el marco de este proceso. De todas maneras, creo que en este punto está justificado efectuar una observación previa. Aunque la internacionalización de los derechos supone una manifestación del proceso de positivación, no parece que la positivación a nivel internacional pueda explicarse y realizarse de acuerdo con esquemas idénticos a los de la positivación estatal. Ello es debido, entre otras cosas, a la diferente configuración de lo que podríamos denominar «el Poder político internacional», que es el que se ha de encargar de velar por la efectividad de las consecuencias de dicha internacionalización. Por eso tiene razón J. Colwill al señalar que «positivizar los derechos humanos es un proceso complejo y con muchas facetas, que implica la traducción de pautas generalizadas en reglas específicas susceptibles de aplicación dentro de las exigencias de un sistema jurídico nacional. Los derechos universales más generalizados y abstractos, definidos en el nivel internacional, son los más difíciles de positivizar en el nivel nacional. Correspondientemente, los más difíciles de positivizar en el nivel nacional, son los que tienen los problemas más grandes de aplicación y ejecución»⁶.

En segundo lugar, la Declaración constituye, en principio, el punto de acuerdo más general y amplio en relación con los derechos. Por lo menos, es el instrumento internacional relativo a los derechos que más adhesiones ha recibido y, aunque la práctica de los gobiernos muchas veces vaya en otra dirección, muy pocos —o me atrevería a decir que ninguno— se desvinculan expresa y explícitamente de ella. No obstante, y aunque ello pudiera tener un cierto efecto desalentador, en algunas ocasiones esas entusiastas exaltaciones no son sino expresión de lo que se ha venido en denominar «la retórica de los derechos», esto es el contraste entre las declaraciones políticas, y puede que también jurídicas, en relación con los derechos y la práctica efectiva respecto a ellos. Desgraciadamente, en la comunidad internacional encontramos demasiados ejemplos de este uso insincero e hipócrita del discurso de los derechos.

En tercer lugar, y directamente relacionado con lo anterior, la Declaración se ha constituido como un punto de referencia en la crítica política y moral. Hoy constituye un auténtico criterio para medir la legitimidad de los gobiernos y de sus actuaciones respecto a los derechos. Posiblemente es el criterio «oficial» más extendido y compartido. En este sentido se ha afirmado con razón que en la actualidad la gran división entre los Estados se efectúa a partir de su actitud frente a los derechos: Estados respetuosos de los derechos o no⁷.

⁶ COLWILL, J., «Los derechos humanos, la protección de las minorías y el agotamiento del universalismo», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 31, 1994, p. 217.

⁷ Vid. GARRETON, R., «Las Naciones Unidas y los derechos humanos en el actual panorama mundial», en MARZAL, A. (ed.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Bosch-ESADE, Barcelona, 1997, p. 244.

4. LA DECLARACIÓN ES UNIVERSAL: CONSECUENCIAS Y PROBLEMAS

La caracterización como universal de la Declaración tiene consecuencias muy importantes que afectan de lleno a aspectos básicos de la reflexión iusfilosófica sobre los derechos. Me estoy refiriendo al problema de su universalidad. Los derechos que aparecen incluidos en la Declaración serían universales, pero ¿en qué sentido se puede afirmar que, más allá de su denominación, el contenido de la Declaración es universal? ¿Qué significa esa universalidad? ¿Supone la descripción de una realidad o, por el contrario, la expresión de una aspiración? En definitiva, podríamos desembocar en la cuestión de si la universalidad es un rasgo de los derechos. Ciertamente, la noción de universalidad está asociada a los derechos. Con independencia de las conclusiones a las que se pueda llegar tras el análisis de la configuración técnico-jurídica de los mismos, estamos convencidos por nuestras intuiciones de que los derechos deben ser universales. Y ésa es una idea a la que no queremos renunciar; y es bueno que no lo hagamos. Pero la realidad de los derechos podría indicarnos que –por ahora, en las condiciones actuales– no es posible hablar de universalidad, entendida como hecho. Parece que, para ello, todavía tenemos que asistir a la remoción de estructuras firmemente asentadas. Por tanto, lo que importa en el marco de estas reflexiones es señalar cuál es el sentido en el que la noción de universalidad de los derechos puede ser utilizada.

Por otra parte, y siendo como es la Declaración un referente común, podríamos plantearnos si, al constituir un marco de actuación comúnmente compartido y admitido, desempeña en algún sentido un papel similar al desempeñado por la denominada «ética pública» en el Derecho interno.

Además, sabemos que en el sistema jurídico interno, el «subsistema» de los derechos ocupa un lugar preponderante y esencial, a partir entre otras cosas de su vinculación con los criterios básicos de identificación normativa⁸. Pues bien, si consideramos que la Declaración constituye el núcleo de la norma básica material en el plano internacional, podríamos preguntarnos qué carencias se observan en el sistema jurídico internacional, en relación con el interno, que motivan la situación de fragilidad en la que se encuentran en determinadas ocasiones los derechos en la esfera internacional.

El desarrollo de las líneas que siguen se articulará en torno a las anteriores ideas. Pero antes me gustaría aludir a algún extremo del pensamiento de Norberto Bobbio en relación con la Declaración Universal.

⁸ Vid. PECES-BARBA, G. (y otros), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-«Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1995, pp. 357 ss. También, ANSUÁTEGUI ROIG., F., J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1997, pp. 35 ss.

5. LA DECLARACIÓN Y EL «OPTIMISMO» DE BOBBIO

La universalidad de la Declaración puede tener varias lecturas, ya que se puede entender que, al afirmar dicha universalidad, se puede estar haciendo referencia al fundamento de los derechos o a los derechos mismos; se puede estar afirmando que detrás de la Declaración existe un fundamento unánimemente aceptado y también que los derechos son universales. En relación con esta segunda posibilidad volveré posteriormente, pero en este momento me centraré en la primera.

Sabido es que los estudiosos de la obra de Norberto Bobbio conocen su carácter en ocasiones pesimista y la disputa a la que se confiesa sometido entre «el pesimismo de la razón y el optimismo de la voluntad»⁹. Conocida es también la posición de Bobbio en relación con la Declaración Universal y el problema de la fundamentación de los derechos. Pues bien, éste es uno de los puntos del pensamiento de Bobbio en donde podríamos reconocer que el pesimismo se convierte en optimismo.

En efecto, Norberto Bobbio afirma que, con la Declaración universal, la cuestión del fundamento de los derechos está resuelta: está resuelta por la propia Declaración que «representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez»¹⁰. Para Bobbio la Declaración Universal es expresión de –y está apoyada en– un fundamento consensual e histórico de los derechos. Frente al recurso a verdades evidentes en sí mismas o a la misma idea de naturaleza humana, la Declaración sería expresión de un acuerdo universal y básico en torno a un determinado sistema de valores. El propio Bobbio lo señala explícitamente: «No sé –dice– si nos damos cuenta de hasta qué punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en la historia en cuanto que por vez primera en la historia un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado, a través de sus gobiernos respectivos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra»¹¹. En efecto, la Declaración sería la auténtica expresión de un sistema universal de valores en torno al cual hay un efectivo acuerdo de hecho: «Sólo después de la Declaración podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes y

⁹ Vid. al respecto, por ejemplo, BOBBIO, N., «Epílogo para españoles», en LLAMAS, A., (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Universidad Carlos III de Madrid-«BOE», 1994, p. 318. Puede consultarse el comentario de A. RUIZ MIGUEL, en «Bobbio: las paradojas de un pensamiento en tensión», en LLAMAS, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, op. cit., pp. 56-58; anteriormente, «Filosofía de la Historia e Historia de la Filosofía en Norberto Bobbio», estudio preliminar a BOBBIO, N., *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci*, trad. de J. C. BAYÓN, Debate, Madrid, 1991, pp. 41-42.

¹⁰ BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos»; ÍD., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. DE ASÍS, Ed. Sistema, Madrid, 1991, p. 64.

¹¹ BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», op. cit., p. 66.

podemos creer finalmente en la universalidad de los valores en el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima, es decir, en el sentido en que universal significa no dado objetivamente, sino subjetivamente acogido por el universo de los hombres»¹².

A partir de ahí, y en esto reside –en mi opinión– el señalado optimismo de Bobbio, ya no es preciso preocuparse por la fundamentación de los derechos, ya que en la Declaración están identificados los valores a partir de los cuales se construye ese fundamento: «... después de esta Declaración el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés»¹³. Además, como el consenso en torno a la Declaración es generalizado, podríamos decir universal –y el consenso en torno a la Declaración, soluciona el problema de la fundamentación, según Bobbio– podemos concluir que la fundamentación es universal. Y, evidentemente, a partir de una fundamentación universal se pueden derivar derechos universales, que serían los que están incluidos en la Declaración. En este sentido, la Declaración constituiría –así lo señala Bobbio– la culminación de un proceso en el que podríamos identificar tres etapas. El iusnaturalismo racionalista comenzó afirmando la existencia de derechos naturales universales; la positivación de los derechos supuso su transformación en derechos positivos particulares; por último, la Declaración los convierte en derechos positivos universales.

De ser cierto lo anterior, habría que reconocer que Bobbio tiene razones para ser optimista. Si dejamos solucionado el problema del fundamento de los derechos, nos hemos quitado un buen peso de encima. Ahora la tarea consistiría en encargarse de proteger y garantizar de la manera más eficaz posible esos derechos unánimemente aceptados por todos: «El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados»¹⁴.

No obstante lo anterior, la cuestión que se plantea es la de saber si Bobbio tiene auténticas y buenas razones para ser optimista, la de saber si su optimismo está justificado. Evidentemente, ello supone plantearse el tema de la universalidad de los derechos y, vinculado a ello, la posibilidad de un fundamento universal. Pero antes de entrar, aunque sea de manera sumaria, en esa cuestión, conviene subrayar algún aspecto de la posición de Bobbio.

¹² *Ibidem*.

¹³ BOBBIO, N., «Sobre el fundamento de los derechos del hombre»; ÍD., *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 61. En opinión de G. Peces-Barba, Bobbio defiende aquí un reduccionismo positivista impropio, que «no supone una justificación de la falta de relevancia de la moralidad para fundamentar y construir el concepto de derechos humanos, sino sólo una falta de interés para abordar ese tema y una dedicación a aspectos prácticos y técnicos, de fuentes o de garantías o (...) una creencia en la imposibilidad de ese fundamento», *Curso de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 53 ss.

¹⁴ BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», *op. cit.*, p. 64. En el mismo sentido, ÍD., «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», *op. cit.*, p. 61.

Bobbio defiende la universalidad del consenso generado alrededor de la Declaración, pero al mismo tiempo defiende el fundamento histórico de los derechos. En realidad, la historicidad no es un rasgo exclusivo del fundamento de los derechos, sino también del concepto mismo de derechos. El de derechos es un concepto histórico que surge en un determinado contexto, adquiere sentido en unas circunstancias concretas y evoluciona con la historia¹⁵. La cuestión que aparece es la de saber si puede existir contradicción entre la fundamentación histórica de los derechos y la universalidad, no sólo del consenso generado en torno a la Declaración, sino de los propios derechos. El carácter histórico de los derechos supone que el propio concepto y los contenidos de los derechos están abiertos a la evolución y a la transformación, y por lo tanto introduce un componente de relatividad en los mismos. Se supone que ese consenso universal lo es en torno a unos determinados contenidos. ¿El consenso se mantiene con independencia de la transformación de los contenidos? ¿La existencia del consenso universal

¹⁵ Por eso, creo que puede plantear problemas una comprensión de los derechos como la que propone Luigi Ferrajoli en un trabajo reciente (*vid.* «Diritti fondamentali», *Teoria politica*, anno XIV, núm. 2/1998). En efecto, Ferrajoli señala que son derechos fundamentales «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona, o de ciudadanos o de personas capaces de actuar» (p. 3). No entraré en el análisis concreto de la definición misma, sino que me interesa más referirme a algún rasgo que, en opinión del propio Ferrajoli, caracteriza la definición. Ferrajoli señala que la anterior es una definición formal o estructural «en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas con su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación» (p. 4); además, esa definición «es válida para cualquier ordenamiento (...). En cuanto es independiente de los bienes, valores o de las necesidades sustanciales que son tuteladas por los derechos, es además ideológicamente neutral. Por ello es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política compartida: iuspositivista o iusnaturalista, liberal o socialista, e incluso iliberal y antidemocrática» (*ibidem*). En mi opinión, el problema que plantea la propuesta de Ferrajoli consiste en restar importancia a las implicaciones derivadas del carácter histórico de los derechos. Dicho carácter vincula directamente a los derechos con determinadas circunstancias históricas y con determinados valores y principios, componentes axiológicos en definitiva. Por ello, los derechos no se pueden entender con independencia de esos elementos. Es cierto que, en el interior de un Ordenamiento, los derechos se caracterizan a partir de la presencia de determinados rasgos formales, que bien pueden estar constituidos por específicos mecanismos de garantía o por el hecho de ocupar una determinada posición en el marco del sistema. Pero esos derechos son incomprensibles sin la referencia a determinados componentes axiológicos a partir de los cuales se configura el fundamento de los derechos. La vinculación entre los derechos y esos valores niega la afirmación de que es posible una definición de los derechos axiológicamente neutral, si con ello se quiere decir que es posible una definición de los mismos no condicionada en sentido alguno por la presencia de esos componentes valorativos. Por ello es difícilmente imaginable la compatibilidad –señalada por Ferrajoli– entre una filosofía anti-democrática y los derechos, desde el momento en que esa filosofía no asume esos valores. En este sentido, creo que tiene razón la crítica que Ermanno Vitale dirige a Ferrajoli cuando señala que «para pensar el objeto jurídico «derecho fundamental» (...) es necesario al menos concebir al individuo o a la persona. Y no todas las filosofías, y en consecuencia no todas las filosofías políticas, reconocen al individuo como ontológicamente, metodológicamente y axiológicamente fundamentador», «Teoria generale del diritto o fondazione dell’ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli», *Teoria politica*, anno XIV, núm. 2/1998, p. 45.

implicaría unas ciertas exigencias de perdurabilidad (inmutabilidad) en los contenidos de los derechos incompatibles con el carácter histórico de los mismos? Si el consenso se produce en un determinado momento histórico y en unas determinadas circunstancias –recordemos que el acuerdo en torno a la Declaración no es hipotético sino real y fáctico-, ¿la variación de esas circunstancias implicaría la invalidez del consenso alcanzado y la necesidad de su renovación?

Por otra parte, el consenso afecta a la nómina de los derechos incluidos en la Declaración, no sabemos si a su contenido. Pero en todo caso no se predica de los mecanismos de garantía y de implementación de los derechos. En este orden de cosas, se suele afirmar que hay que respetar las peculiaridades regionales o más o menos locales. Es cierto que determinados mecanismos de protección que pueden ser viables en determinados entornos no lo son en otros, entre otras cosas porque las relaciones entre Poder público e individuos no tienen las mismas características en todas las partes del mundo, de la misma manera que tampoco las respectivas estructuraciones sociales son similares. Por lo tanto, en lo que se refiere a las garantías de los derechos, la nota de universalidad se rebaja o pierde intensidad. Esto tiene consecuencias importantes. Para asegurar la efectividad de los derechos no sólo es suficiente con proceder a su declaración o reconocimiento en diversos instrumentos o textos jurídicos. Es imprescindible proceder a la configuración de específicos mecanismos de garantía. Sólo así se puede conseguir la vigencia de los derechos. En relación con la Declaración, sus contenidos serán efectivos si no se produce un desfase entre la predicada universalidad de los derechos incluidos en ella y la existencia de mecanismos de protección, que en muchas ocasiones pueden estar contruidos de acuerdo con, o depender de, peculiaridades y localismos.

Y una última referencia a Bobbio. Podría parecer contradictorio consigo mismo cuando afirma: «Descendiendo del plano ideal al real, una cosa es historia de los derechos del hombre, de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra es asegurarles una protección efectiva. A este propósito será bueno hacer también esta observación: a medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil»¹⁶. Pero de la misma manera que la protección efectiva puede resultar cada vez más complicada, también es cierto que la aparición de ciertas y nuevas pretensiones requiere un mayor esfuerzo de fundamentación para convertirse en merecedoras de la protección específica que acompaña a las normas iusfundamentales. Por ejemplo, observemos lo que ocurre con los denominados «nuevos derechos», como por ejemplo los derechos al medio ambiente, al desarrollo, los derechos de las generaciones futuras. Es evidente que tras esos derechos, se encuentran pretensiones que bien pueden ser observadas como el resultado de un cierto progreso moral de la humanidad, en el seno de la cual se establecen nuevas necesidades. Pero

¹⁶ BOBBIO, N., «El tiempo de los derechos»; ÍD, *El tiempo de los derechos*, op. cit., p. 111.

también lo es que la capacidad de esas necesidades y de esas pretensiones morales para incluirse en los Ordenamientos necesita de un importante y renovado esfuerzo fundamentador y argumentativo. Podemos preguntarnos si estas nuevas necesidades y pretensiones morales necesitan un esfuerzo fundamentador capaz de generar en torno a sí un nuevo consenso. Creo que Javier de Lucas ha señalado con acierto que, en realidad, no todas las exigencias que se presentan como susceptibles de ser protegidas a través del reconocimiento de derechos, tienen la suficiente justificación para ello. Así, alude a dos razones: por una parte, «el lenguaje (la técnica) de los derechos no es universal: no es el único instrumento del que todas las culturas se valen para asegurar los bienes o valores que se consideran valiosos; (...) hay culturas basadas en la primacía de los deberes hacia la comunidad, en las que la prioridad de los derechos no es una idea fácil de acomodar: Dicho de otro modo: *los derechos no son lo mismo que los bienes, intereses o valores que se trata de proteger acudiendo a ese instrumento que denominamos derechos*»; por otra, «por mucho que debamos respetar, comprender y juzgar desde los propios universos simbólicos, eso no nos obliga a aceptar como derecho cualquier demanda, y menos aún aquellas que carecen de argumentos para justificar semejante pretensión...»¹⁷. La ausencia de dicho esfuerzo fundamentador puede motivar las precauciones en relación con los peligros de una supuesta «inflación» de los derechos¹⁸. Se afirma en este sentido que un aumento desmesurado en la nómina de los derechos redundaría indefectiblemente en una depreciación de su valor¹⁹. Creo que la opción que consiste en subrayar la dimensión funcional de los derechos puede evitar en buena medida esos temores y peligros. En efecto, los derechos serían expresión, y a la vez medios de satisfacción, de exigencias morales, y esas exigencias morales no son invariables. Por eso, tiene razón Luis Prieto cuando afirma que el temor a esa inflación de los derechos puede desembocar en un aislamiento y desconocimiento de nuevas realidades: «...el disgusto que muestran los teóricos contemporáneos ante la heterogeneidad de ingredientes que a veces se integran bajo el concepto de derechos humanos, resulta muy comprensible y loable si se trata sólo de un llamamiento al rigor y a la racionalidad en orden a establecer qué exigencias morales ostenta el hombre frente a la comunidad, y cuáles son las más importantes. Pero es menos comprensible si se trata sólo de defender que las exigencias morales importantes siguen siendo hoy las mismas que en la segunda mitad del siglo XVIII,

¹⁷ DE LUCAS, J., «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, p. 307. Cursivas del autor.

¹⁸ Vid. GARRETON, R., «Las Naciones Unidas y los derechos humanos en el actual panorama mundial», *op. cit.*, pp. 231 y 240. Al respecto también, FERRAJOLI, L., «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», ZOLO, D., (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma, 1994, p. 275.

¹⁹ Así afirma F. J. Laporta que «cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente», «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 23.

pues esto ya no es una necesidad teórica o conceptual, sino una toma de postura ideológica. Dicho de otro modo, o nos quedamos con el catálogo de derechos del liberalismo, pero entonces no venimos obligados a sostener que con él se agotan las exigencias morales frente a la comunidad y al Estado, o nos quedamos con la dimensión funcional, pero entonces no debe causar escándalo la ampliación o modificación de ese catálogo, siempre naturalmente que pueda apoyarse en algún fundamento racional»²⁰.

Creo que una determinada interpretación de la propuesta de Bobbio podría llevar a la conclusión de un cierto desentendimiento entre fundamentación y garantías de los derechos: una vez que hay un consenso en torno a unos determinados contenidos, dediquémonos –se dice– a proteger esos contenidos abandonando la labor de preguntarnos sobre el sentido de ese consenso y los argumentos a favor o en contra de esos contenidos. En alguna ocasión se ha afirmado que la tesis según la cual los derechos humanos no son eficazmente respetados por no estar suficientemente fundamentados es «demasiado ingenua para ser explícitamente asumida por nadie»²¹. Yo no creo que las lagunas en la eficacia de los derechos se deban exclusivamente a su defectuosa fundamentación, pero sí estoy convencido de que una insuficiente fundamentación es un factor a tener en cuenta a la hora de preguntarnos por las causas de algunas situaciones de ineficacia o desconocimiento de los derechos. Se afirma que la Declaración es universal, que su fundamento radica en un consenso universal. Pero, por otra parte, los derechos humanos en el mundo tienen muy importantes problemas de eficacia. ¿No será, entre otras cosas, por un problema de fundamentación? El reconocimiento y garantía de los derechos supone un compromiso por parte de los Estados y también de los individuos. Los poderes públicos democráticos se vinculan a los derechos humanos porque aceptan la moralidad de la que éstos son expresión. Ello es porque esa moralidad ejerce una *vis* atractiva, supone un conjunto de buenas razones para someterse a su normatividad. En este sentido, el Poder democrático que se vincula a los derechos reconoce el valor y la validez del fundamento que se presenta tras los mismos. Un buen fundamento desempeña, junto al mayor o menor perfeccionamiento de los mecanismos jurídicos de garantía, un elemento en favor de la eficacia de los derechos. Por ello, cabría plantearse si los problemas de eficacia y de vigencia de los derechos en tantas partes del mundo responderían –no exclusivamente, claro está– a deficiencias en las tareas de fundamentación y argumentación en favor de los derechos. Es decir, los derechos se violan posiblemente no sólo por problemas de articulación jurídica o por la presencia de voluntades y condiciones sociales adversas, sino que puede que también por carencias en su fundamentación. Esto puede constituir una llamada de aten-

²⁰ PRIETO SANCHÍS, L., «Derechos fundamentales», GARZÓN VALDÉS, E., LAPORTA, F., J., *El derecho y la justicia*, Trotta, CSIC, «BOE», Madrid, 1996, p. 503.

²¹ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., «Concepto de derechos humanos y problemas actuales», *Derechos y Libertades*, núm 1, 1993, p. 51.

ción a aquellos a los que parece que les es más próximo el ámbito de la fundamentación, a los filósofos del Derecho y de la moral. Pero es una advertencia que creo que también se debe dirigir a todos los ciudadanos ya que la reflexión sobre la moralidad vinculada a los derechos no es algo exclusivo de un grupo profesional, sino que es algo consustancial a los individuos desde el momento en que las exigencias de la dignidad humana son cotidianas. De la misma manera que la progresiva positivación de las exigencias de la dignidad humana no culmina nunca, ya que estas exigencias son variables, el esfuerzo fundamentador nunca debe darse por finalizado. Por eso, tiene razón A. Papacchini al señalar que los planteamientos aparentemente realistas para los que «lo más razonable sería al parecer dedicarse a defenderla [la Declaración], dejando para mejores tiempos los asuntos «metafísicos» relativos a su justificación (...), descuidan las implicaciones prácticas que se derivan de un modelo específico de fundamentación, tanto para la aplicación de un derecho, como para la solución de conflictos entre diferentes clases de derechos. La perspectiva asumida para argumentar el valor de esas reivindicaciones (religiosa, ética, histórica, etc.) incide substancialmente en la manera concreta de llevarlas a la práctica; un asunto bien concreto como el de la jerarquización y las prioridades remite inevitablemente al de la justificación racional»²².

6. SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS

Posiblemente, uno de los puntos de referencia del Derecho internacional de los Derechos humanos sea la afirmación de su universalidad. La cuestión que debemos plantearnos al respecto es la referida al sentido de esa afirmación. Es cierto que la nota de la universalidad es –junto a su carácter absoluto–, uno de los rasgos que tradicionalmente se han predicado de los derechos, a partir de la influencia de los planteamientos iusnaturalistas. Pero, más allá del valor histórico del iusnaturalismo que, compártanse o no sus puntos de vista en la actualidad, debe ser reconocido, cuando los juristas se plantean los derechos como objeto de análisis, debe primar la consideración de los mismos como instituciones jurídicas. Desde ese punto de vista, ¿en qué sentido podemos decir que los derechos son universales?

Luis Prieto ha expuesto que, el de la universalidad «es un rasgo que ha caracterizado siempre a las construcciones liberales, empeñadas en definir los derechos del *homo iuridicus*, del individuo abstracto y al margen de su específica posición social; desde esta perspectiva, un derecho sólo sería fundamental si pudiera ser disfrutado por todos, adultos y jóvenes, empresarios y trabajadores, opulentos y necesitados, nacionales y extranjeros; si el bien protegido por el derecho no es sen-

²² PAPANICHINI, A., *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*, Altamir, Bogotá, 1997, p. 528.

tido como importante por toda persona, entonces no estamos en presencia de un derecho fundamental»²³. Pero en realidad, el rasgo de la universalidad en ocasiones puede presentarse como una dimensión problemática de los derechos. Así, Martin Krielle ha señalado que en ocasiones se puede considerar que la existencia de derechos humanos universales puede ser una mera ilusión, causada por tres categorías de motivos. En primer lugar, la existencia de múltiples y diferentes estructuras de pensamiento, tradiciones, culturas, con carácter normativo en distintas partes del mundo. En segundo lugar, la evidencia histórica nos muestra cómo en distintas épocas se han elaborado concepciones del Derecho y de los derechos muy diferentes a las actuales. En tercer lugar, nada nos indica que nuestras concepciones actuales deban ser válidas también para el futuro²⁴. Por su parte, Javier de Lucas ha afirmado que «los problemas de la nota de universalidad empiezan al advertir que los titulares pretendidamente universales, todos los hombres, en realidad no lo son»²⁵. En efecto, y ésta sería una de las contradicciones que podemos encontrar entre algunas afirmaciones teóricas –universalistas– que tienen su origen en el liberalismo clásico y sus dimensiones prácticas, existen determinadas vías o procesos de exclusión que necesariamente obligan a la reformulación de la universalidad de los derechos: así, la identificación del individuo titular de derechos con el burgués, la exclusión de género y la basada en el criterio de la nacionalidad. La conclusión es que «la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados durante mucho tiempo sujetos de derechos. Con todo, esa argumentación puede ser relativizada: en realidad el problema no es que los derechos no hayan sido atribuidos universalmente a todos los hombres, sino que la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados como tales...»²⁶.

²³ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 81.

²⁴ Vid. KRIELLE, M., «L'universalità dei diritti dell'uomo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXIV, núm. 4, 1992, pp. 3-4. Por su parte, J. Colwill denuncia un agotamiento del universalismo y una reorientación hacia el regionalismo a partir de la constatación de los problemas vinculados a la protección de las minorías: «Las contradicciones son simplemente insolubles y los problemas prácticos de aplicación y de ejecución demasiado grandes. El foco de atención debe dirigirse ahora a los desarrollos regionales y a las iniciativas regionales en términos de que el discurso de los derechos humanos pueda ser reformulado para tener en cuenta las especificidades de la cultura, de la religión, del lenguaje, etc. (...) A pesar de las dificultades, es un imperativo que la naturaleza y forma de los derechos humanos se vuelvan a pensar y que el agotamiento del universalismo se reconozca. El regionalismo se presenta como el único camino viable hacia delante si la comunidad internacional tiene que progresar, no exactamente en términos de protección de minorías específicamente, sino en términos también de realización efectiva y de sistemas de derechos culturalmente específicos y realizables en todo el mundo», «Los derechos humanos, la protección de las minorías y el agotamiento del universalismo», *op. cit.*, p. 218.

²⁵ DE LUCAS, J., «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», *op. cit.*, p. 263. También, ÍD., *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 40 ss.

²⁶ DE LUCAS, J., «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», *op. cit.*, p. 266.

Pero junto a los problemas de la noción de universalidad derivados de los discursos teóricos, en este punto me parece interesante efectuar una alusión a la situación de los derechos en los Ordenamientos internos. Estipulemos que afirmar la universalidad como rasgo del concepto se puede implicar universalidad en los sujetos titulares de los derechos o en los sujetos obligados por los mismos. Es decir, un derecho es universal cuando podemos afirmar que todos los sujetos son titulares de él, o cuando podemos afirmar que todos los sujetos son destinatarios de determinadas obligaciones derivadas de la existencia de ese derecho. Si observamos cuál es la situación de los derechos fundamentales en los Ordenamientos internos, creo que debemos llegar a la conclusión de que no son universales, ni en cuanto a los titulares ni tampoco en cuanto a los sujetos obligados²⁷. Es evidente, y nuestro texto constitucional es un ejemplo al respecto, que la titularidad de los derechos se articula a modo de círculos concéntricos, en donde los perímetros más reducidos se identificarían con los derechos que son reconocidos a grupos específicos de individuos, y posteriormente, ampliando los perímetros, a los españoles, y a todos. Es decir, no todos los derechos se reconocen a todos los individuos. Por lo que respecta a los sujetos obligados, no todos los derechos obligan a todos. En efecto, hay determinados derechos que sólo son oponibles frente a determinadas personas (Estado o particulares) lo cual implica que sólo a ellos se les puede exigir responsabilidad; ello también soluciona el problema que plantearía la articulación jurídica de la responsabilidad derivada de hipotéticos deberes positivos generales –de posible, aunque discutida en ocasiones, validez en el ámbito moral– en relación con los derechos²⁸. Y es que, como ha señalado Laporta –manteniendo una concepción que no necesariamente los identifica con instituciones jurídicas– «la lógica interna de los derechos humanos demanda la existencia de obligaciones generales positivas, es decir, de obligaciones de *todos* (y no sólo institucionales) de llevar a cabo acciones positivas para la realización y

²⁷ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 81-82.

²⁸ Es la posición mantenida por Luis Prieto: «Si los derechos fundamentales no pueden concebirse como universales en relación con el sujeto obligado es porque ello requeriría atribuir a todas las personas una especie de obligación general positiva de colaborar en la satisfacción de los derechos que exigen algo más que la mera abstención (...). Si los derechos son universales, ¿no significa esto una especie de solidaridad universal que justificaría la imposición de prestaciones positivas generales en relación con aquellos derechos que generan obligaciones de este tipo? (...). Salvo tasadas excepciones, el conjunto de los individuos no parece obligado mediante un deber directo y exigible a realizar aquellas acciones o prestaciones que conllevan los derechos fundamentales cuya satisfacción se concreta en un dar o en un hacer. En suma, *los derechos no son universales en este sentido porque jurídicamente no existe un deber de solidaridad universal*», *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 82 y 83. Cursivas mías. Javier de Lucas reconoce la difícil juridificación de los deberes positivos generales en *El desafío de las fronteras*, op. cit., p. 48. Por su parte, E. Garzón Valdés ha defendido la justificación moral de los deberes positivos generales y su vinculación con el Estado social de Derecho en «Los deberes positivos generales y su fundamentación», ÍD., *Derecho. Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 339 ss.

protección de los bienes constitutivos de los derechos básicos»²⁹. Hablar de obligaciones positivas generales supone trascender la adscripción exclusiva de la obligatoriedad derivada de deberes positivos referida al Estado y trasladarla también a los individuos; y al mismo tiempo afirmar la existencia de responsabilidad derivada de esos deberes positivos generales también a los individuos. En mi opinión, el problema no radicaría, como supone Laporta, en una problemática ampliación del catálogo de los derechos y en una consiguiente pérdida de su fuerza, sino en la traducción jurídica de esa responsabilidad.

Podemos recapitular y preguntarnos: ¿Lo inmediatamente anterior quiere decir que no tiene ningún sentido hablar de derechos universales? Si ello fuera así, ¿la universalidad de los Derechos sería una de esas «fórmulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero que no tiene valor teórico alguno, y son, por tanto, completamente irrelevantes en una discusión de Teoría del Derecho»³⁰? ¿Se tendría razón cuando se afirma que «la afirmación aparentemente *universal* de la tesis de la universalidad parece más bien caso de retórica»³¹?

Anteriormente he señalado que la afirmación de la universalidad de los derechos está bien asentada en nuestras intuiciones y por ello no es fácil que renunciemos sin más a ella. Por ello, creo que, en su caso, la universalidad de los derechos sería predicable en el ámbito de la moralidad. Sabido es que, a no ser que se mantengan planteamientos esencialistas o sustancialistas en relación con el empleo de los términos en el lenguaje, tiene sentido hablar de derechos en el marco del discurso moral (sin que ello, claro está, haga derivar valor normativo-jurídico de la existencia de esos derechos «morales»). Pues bien, en mi opinión es ahí, en el ámbito de la moralidad en donde se podría seguir manteniendo la idea de la universalidad de los derechos. Es una directa consecuencia de la exigencia kantiana de universalidad de los imperativos morales. Y es en ese sentido en el que, en mi opinión, Francisco Laporta entiende la universalidad de los derechos al afirmar que «es la traslación a la noción de derecho moral de la idea de universalizabilidad de los enunciados morales (...): se ha dicho con frecuencia que la característica estructural del lenguaje moral es que sus enunciados han de ser universalizables, y en ello no han de distinguirse los enunciados morales en términos de «derechos»³². En efecto, Laporta ha señalado con razón la imposibilidad conceptual de compaginar la afirmación de que los derechos son universales con la afirmación de la adscripción de los derechos a un Ordenamiento jurídico, ya que «la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad»³³. Por eso,

²⁹ LAPORTA, F. J., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 36.

³⁰ BOBBIO, N., «Introducción», ID., *El tiempo de los derechos*, op. cit., p. 19.

³¹ DE LUCAS, J., «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», op. cit., p. 260.

³² LAPORTA, F. J., *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, p. 83.

³³ LAPORTA, F. J., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 33.

si se quiere seguir hablando de la universalidad de los derechos «tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo»³⁴. Ello supondría llevar a cabo una descontextualización de los derechos en el sentido de no hacerlos depender de condicionamientos institucionales referidos a un determinado sistema jurídico, ya que «la noción de «universalidad» implica por sí misma el hacer caso omiso de instituciones y roles para poder adscribir los derechos (morales) a *todos* al margen de su circunstancia vivencial o contextual»³⁵. Esa descontextualización sería una descontextualización jurídica que permitiría hablar de derechos universales exclusivamente en el ámbito de la moralidad.

Gregorio Peces-Barba ha señalado que la universalidad de los derechos se puede enfocar desde tres perspectivas: lógica, temporal y espacial³⁶. Cuando se hace referencia a la primera se alude a «una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres»; la universalidad temporal implica que los derechos «tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia»; en tercer lugar, la universalidad espacial significa «la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción». Peces-Barba afirma que asumir la perspectiva lógica supone situarse en el plano de la razón, pero yo añadiría que también en el de la moral. Creo que, si queremos seguir hablando de universalidad de los derechos, la única universalidad predicable de los derechos sería la de su moralidad, y considero más difícil afirmar su universalidad temporal o espacial.

En directa relación con lo anterior, si hemos negado la universalidad de los derechos en el ámbito del Derecho interno, procede preguntarse si esa conclusión es trasladable al ámbito internacional, y por lo que a nosotros nos interesa en esta ocasión a la Declaración Universal. En este sentido, carezco de razones que me lleven a llegar a conclusiones diferentes en este segundo ámbito. Lo que es de difícil articulación técnica –si no imposible– en el Derecho interno también lo es en el Derecho internacional. ¿Nos encontramos por tanto en presencia de una Declaración retórica y exclusivamente simbólica? No lo creo, con independencia de que se reconozca la importantísima carga simbólica de la Declaración. Sí tiene sentido hablar de la universalidad de la Declaración y de la universalidad de los derechos incluidos en ella, siempre que se entienda que esa universalidad adquiere sentido en el marco del discurso moral. En relación con el Derecho, es una universalidad tendencial, esto es entendida como aspiración. Por lo tanto, la universalidad de los derechos no es una cuestión de hecho, sino que es entendida referida al «carácter «universalizable» de los derechos, o, lo

³⁴ LAPORTA, F. J., «Sobre el concepto de derechos humanos», *op. cit.*, p. 32.

³⁵ LAPORTA, F. J., «Sobre el concepto de derechos humanos», *op. cit.*, p. 33.

³⁶ PECES-BARBA, G., «La universalidad de los derechos humanos», *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 614-615.

que es lo mismo, la aspiración a formularlos de forma que sean susceptibles de una aceptación que se pueda admitir a la vez universal»³⁷. Nos situamos, por tanto, en el marco de un discurso prescriptivo y no descriptivo en relación con la universalidad de los derechos.

La Declaración constituye el motor de la dinámica de universalización de los Derechos, pero no la afirmación definitiva de su universalidad, entre otras cosas porque, como ha señalado Javier de Lucas, «respecto a ella queda por resolver el problema de la inexistencia de una autoridad soberana de orden universal capaz de respaldarla e imponerla eficazmente, así como la dificultad que suscita la duda acerca de si ese texto puede ser objeto de interpretaciones diferentes en función de contextos políticos, sociales y culturales diversos»³⁸. El proceso de internacionalización de los derechos –del que la Declaración es «la punta de lanza»³⁹– no supone la culminación de la universalidad de los mismos. Creo que esta conclusión se puede extraer del Preámbulo de la propia Declaración en donde se señala que ella se proclama como «el 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, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos».

Así, en lo que se refiere al ámbito internacional, adquiriría mucho sentido la comprensión de la universalidad de los derechos como punto de llegada, como meta a alcanzar por el Derecho internacional a partir del impulso de esa universalidad en el ámbito de la moralidad⁴⁰, asumiendo siempre los problemas de técnica jurídica que implica la traducción al mundo del Derecho de las consecuencias de su afirmación. Directamente relacionado con esto, se podría pensar que si se admite la universalidad como meta, y se hace referencia a determinados valores «universales», entonces se está respondiendo al relativismo cultural y ético. Ésta es una cuestión que excede con mucho las posibilidades e intenciones de estas reflexiones⁴¹. Me limito a afirmar que la universa-

³⁷ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, *op. cit.*, 40.

³⁸ DE LUCAS, J., «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», *op. cit.*, p. 271.

³⁹ Pons Ráfols, X., «Vigencia y alcance de la Declaración Universal de Derechos Humanos a los cincuenta años de su adopción», *op. cit.*, p. 82.

⁴⁰ El profesor Peces-Barba utiliza la distinción entre la universalidad como punto de partida y como punto de llegada en relación con los derechos que surgen en el marco del proceso de especificación (*vid.* «La universalidad de los derechos humanos», *op. cit.*, pp. 626-631), pero yo creo que es también aprovechable en el sentido señalado aquí.

⁴¹ Puede consultarse al respecto, DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, *op. cit.*, pp. 58 ss. En todo caso, sí parece cierto que la afirmación de la universalidad de los derechos implica la existencia de un mínimo ético y político compartible por todos. El problema que persiste es el de la eficacia de los márgenes y contenidos de ese mínimo. Rawls intenta profundizar en la idea de los derechos humanos como elementos imprescindibles de un derecho de gentes, entendido éste como «una familia de conceptos políticos con principios de derecho, justicia y bien común, que especifica el contenido de una concepción liberal de la justicia aplicable al derecho internacional» («El Derecho de

lidad de los derechos sería en todo caso una exigencia del carácter moral predicado de los mismos, un requisito formal del carácter moral de los derechos: sólo podría adquirir sentido si nos situamos en el ámbito de la moral. Por eso, siguiendo a Pérez Luño, y teniendo presente su distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos (caracterizados éstos por una «insoslayable dimensión deontológica»), tendríamos que negar la universalidad *en* los derechos humanos, y afirmar la 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»⁴².

Pero de lo anterior tampoco se debería extraer que la Declaración desarrolla sus funciones exclusivamente en el ámbito de la moral o de la política y que no es de trascendencia efectiva para el mundo del Derecho. Recordemos la incidencia efectiva que tiene en nuestro Ordenamiento a través de la vía del artículo 10.2 de la Constitución. Por otra parte, la moral y el Derecho no viven alejados el uno de la otra. En los Ordenamientos democráticos existen vías de entrada o de inyección de la moralidad, que en ese momento se convierte en moralidad legalizada. Una de esas vías es la constituida por las normas de Derechos fundamentales: la moral se introduce en el Ordenamiento a través de los

Gentes» en SHUTE, S., y HURLEY, S. (eds.), *De los derechos humanos*, prólogo de J. González Amuchástegui, trad. de H. VALENCIA, Trotta, Madrid, 1998, p. 55). Para Rawls, los derechos humanos fundamentales «expresan 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). A partir de ahí, los derechos humanos desarrollan tres funciones básicas: «1) Son una condición necesaria de la legitimidad del régimen y de la decencia de un orden jurídico. 2) Cuando operan correctamente, resultan suficientes para excluir la justificada intervención de otros pueblos mediante sanciones económicas o, en casos graves, la fuerza militar. 3) *Fijan un límite al pluralismo entre los pueblos*» (p. 75, cursivas mías). Javier de Lucas ha desarrollado la idea según la cual los derechos humanos constituyen un límite del pluralismo: «Que existan diversas culturas, de acuerdo. Que tratemos de llegar a una comunicación entre los valores de todas ellas, resulta aceptable. Que tengamos que aceptar como jurídicamente protegibles (o rechazables) todo lo que cada una de esas culturas defiende como bienes valiosos (o prohíbe por incompatible con ellos) sería otro cantar. La respuesta más aceptada acerca de los límites del pluralismo es la que insiste en la necesidad de mantener los derechos humanos como contenido que no se puede relativizar», «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 31, 1994, p. 35. En relación con la existencia de un elemento mínimo y común, puede consultarse también el interesante artículo de S. AMATO, «El universo del sujeto y la universalidad de los derechos» (*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 31, 1994, pp. 169-185), en donde afirma: «Existe un elemento mínimo que une a culturas y utopías en la búsqueda siempre abierta que imponen aquellas piezas singulares de reflexión sobre el mundo: la sensibilidad por el sufrimiento» (p. 182). Un intento de definir el papel de las preferencias individuales y de los elementos culturales y colectivos a la hora de plantear la cuestión del universalismo/relativismo de los valores, puede encontrarse en AARNIO, A., PECZENIK, A., «On Values. Universal or Relative?», *Ratio Juris*, vol. 9, n. 4, 1996, pp. 321 ss.

⁴² PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los derechos humanos» (en prensa).

derechos. Pues bien, la Declaración, en su sentido de expresión de un determinado consenso histórico en relación con la moralidad de los derechos, constituye un punto de referencia inexcusable en la configuración de la moralidad que se expresa a través de los derechos.

7. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL Y LA ÉTICA PÚBLICA

La distinción entre ética pública y ética privada ha sido desarrollada por Gregorio Peces-Barba en varios de sus escritos⁴³. Es una distinción que adquiere sentido en el marco de las específicas relaciones entre la moral, el Poder y el Derecho que caracterizan a la democracia. El contexto intelectual en el que se desarrolla la distinción es el constituido por el positivismo moderado o corregido y por la afirmación de la necesidad de la presencia de contenidos morales en el Derecho para que éste pueda alcanzar sus finalidades, entre las que destaca la libertad moral de los individuos⁴⁴. Así, señala Peces-Barba, el rasgo básico de la ética pública es su carácter procedimental y formal, mientras que la ética privada es material. La finalidad de la ética pública sería la de constituir el marco en el que cada individuo pudiera realizar libremente sus propios planes de vida, es decir, pudiera desarrollar los contenidos de su ética privada: se trata de establecer un marco de compatibilidad de las diferentes éticas privadas. Creo que es interesante subrayar aquí que de la afirmación del carácter procedimental o formal de la ética pública no se debe deducir una supuesta neutralidad axiológica al respeto. Dos razones apoyarían esta idea. En primer lugar, si se analiza la propuesta de Peces-Barba, en seguida nos damos cuenta de que no se está hablando de «cualquier» ética pública. Al contrario, se está pensando expresamente en la ética pública vinculada a la democracia y a las reglas del juego democrático. El propio Peces-Barba lo reconoce cuando afirma: «La ética pública conforma el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social, el conjunto de valores, principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática debe realizar (...). Su finalidad es que todos y cada uno de los ciudadanos, en la más amplia medida posible, estén en condiciones de desarrollar plenamente los rasgos de su dignidad y muy especialmente el de escoger su mora-

⁴³ Vid. PECES-BARBA, G., *Ética pública y Derecho*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993; ÍD., *Ética, Poder y Derecho*, CEC, Madrid, 1995; ÍD., «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomos XII-XIV, pp. 531 ss.

⁴⁴ Puede consultarse al respecto PECES-BARBA, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo a ZAGREBELSKY, G., *Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995. Por otra parte, dicha distinción no debe confundirse con las correspondientes entre moral personal y moral social, y también entre moral privada y moral pública. Vid. al respecto FERNÁNDEZ, E., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 101 ss.

lidad privada. Ciertamente que todas las concepciones políticas y jurídicas tienen su ideario, con sus fines y objetivos a alcanzar, pero solamente las concepciones democráticas de origen liberal suponen el desarrollo de los elementos subjetivos –libertad religiosa– y objetivos –tolerancia, pluralismo y neutralidad del Estado– que presuponen la distinción entre ética pública y ética privada»⁴⁵. En segundo lugar, pienso que la ética pública propuesta por Peces-Barba es procedimental en tanto que instrumental: está dirigida a un fin determinado, al desarrollo de las exigencias de la dignidad o al libre desarrollo de la personalidad, siguiendo la fórmula del artículo 10 de nuestro texto constitucional. Así, «el fin a alcanzar, o el objetivo de la ética pública, moralidad del Derecho o justicia, como tradicionalmente se le denomina, es orientar la organización de la sociedad para que cada persona pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de su dignidad: capacidad de elegir, capacidad de razonar y de construir conceptos generales, capacidad de dialogar y de comunicarse, y capacidad para decidir libremente sobre su camino para buscar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad»⁴⁶. Por ello, el carácter instrumental de la ética pública no se identifica con una supuesta neutralidad axiológica. Detrás de la ética pública propuesta hay una elección moral: «Hablar de ética procedimental no quiere decir que no existan unos valores materiales, y unos fundamentos, con contenidos y orientaciones. Ética procedimental no es sinónimo de una cáscara vacía. La idea de dignidad humana y los cuatro valores, especialmente el central de la libertad matizada y potenciada por la seguridad, la igualdad y la solidaridad, supone un modelo que excluye y limita a otros»⁴⁷.

Pues bien, se podría afirmar que los derechos fundamentales forman parte de la ética pública. Los derechos fundamentales son medios respecto a los valores superiores y en última instancia respecto a la idea de dignidad. La materialización de las exigencias de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, punto de referencia moral y político último del ordenamiento se encauza a través de la puesta en marcha de un sistema de derechos fundamentales. La posibilidad de la plenitud de la ética privada implica la existencia de un sistema de derechos fundamentales. Se podría pensar que la inclusión de los derechos fundamentales en los parámetros de la ética pública supera con mucho esa ética de mínimos con la que parecería identificarse la ética pública cuando se la identifica como procedimental o formal. Pero, en democracia –y recordemos que el sistema democrático constituye el marco natural de los derechos fundamentales, ya que el Poder político democrático es el único capaz de vincularse, autolimitándose, con la moralidad de los derechos– el volumen y las exigencias de esa ética mínima son mucho mayores que en otros sistemas.

⁴⁵ PECES-BARBA, G., «Ética pública-ética privada», *op. cit.*, p. 537.

⁴⁶ PECES-BARBA, G., «Ética pública-ética privada», *op. cit.*, p. 534.

⁴⁷ PECES-BARBA, G., «Ética pública y Derecho», *op. cit.*, p. 29.

Sabemos que en los Ordenamientos jurídicos democráticos que asumen en su interior derechos fundamentales éstos ocupan una posición privilegiada. Dicha situación viene determinada, en primer lugar, por su específica vinculación con la norma básica material del Ordenamiento, que constituye el criterio de identificación jurídica desde el punto de vista de los contenidos. No obstante, también hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales desarrollan su virtualidad también en relación con los criterios formales de identificación normativa, ya que la propia estructura de los procedimientos de producción normativa se ve afectada y condicionada de manera muy directa por la presencia de derechos. En segundo lugar, la posición privilegiada es consecuencia de la existencia de mecanismos específicos y especiales de protección. En ese sentido es en el que se afirma que la posición jurídica de los derechos viene determinada por su carácter de derechos reforzados.

Bien podríamos considerar que la Declaración Universal constituye, desde el punto de vista internacional, el núcleo de la ética pública imprescindible para la realización de la dignidad humana y que debería realizar así una función similar a la desempeñada por los criterios materiales básicos de identificación normativa en el Derecho interno. Pero tenemos que reconocer que la posición de ese núcleo material normativo en el plano del Derecho internacional, no es exactamente la que ocupa en el Derecho interno de los sistemas democráticos. Y ello porque no está rodeado de todo el arsenal garantista y protector propio de los sistemas internos. Creo que aquí la cuestión importante es la de tratar de aproximar los instrumentos de protección internacionales a los rasgos que caracterizan las garantías internas de los derechos. Éstas, en términos generales y allí donde se encuentran, están dotadas de un mayor grado de eficacia. Posiblemente, esos mecanismos pueden reconducirse –de distintas maneras y con diversos matices– a la idea de limitación del Poder. En este sentido sería muy interesante trasladar al plano internacional, con todas las consecuencias que se derivarían en lo referente a la actuación de los poderes privados dotados de gran capacidad económica, la idea plenamente vigente en los Ordenamientos internos, según la cual los derechos vinculan tanto a los poderes públicos como a los poderes privados. En efecto, el poder a limitar no sólo es el del Estado. Hay que exigir que el compromiso efectivo del Poder político con los derechos constituido por la propia positivación de los derechos en las Constituciones, exista también en el plano internacional. Ese compromiso es el resultado de la filosofía política y moral que inspira a ese Poder político. Se trataría de trasladar esa filosofía política también al plano internacional. Por eso, la primacía del individuo constituye un elemento que también debe desarrollarse desde el punto de vista internacional. La democracia adquiere sentido a partir del respeto de las exigencias individuales. A partir de ahí es importante el paulatino aumento del protagonismo y de la capacidad de actuación del individuo en el ámbito del Derecho internacional.

8. CONCLUSIONES. EL FUTURO DE LOS DERECHOS: SOBERANÍA Y CIUDADANÍA

Cuando en un Ordenamiento interno reconocemos que existe un sistema de derechos garantizado, estamos reconociendo implícitamente dos cuestiones previas. Por una parte, estamos en presencia de un Poder político comprometido con la filosofía de los derechos, y por otra, observamos la existencia de un sistema de garantías más o menos articuladas. Pues bien, la universalidad de los derechos será posible sólo cuando en el ámbito internacional se den esas dos condiciones. Se trata de trasladar el engranaje argumentativo que acompaña a los derechos en los Ordenamientos internos al plano internacional.

El imperativo es el de trasplantar los esquemas del Estado de Derecho también al ámbito internacional con la consiguiente construcción de un Estado de Derecho internacional⁴⁸. A través de un proceso de minimización del Poder y de maximización de los derechos, esa democracia sustancial a la que alude Ferrajoli se trasladaría también a la esfera internacional⁴⁹. Los derechos fundamentales jugarían el papel que juegan en el plano interno, cuando también en el plano internacional constituyeran la esfera de lo *no decidible*⁵⁰. Rawls lo ha expresado bien al afirmar que los derechos «son parte de un razonable derecho de gentes y fijan límites a las instituciones domésticas exigidas por ese derecho a todos los pueblos. En este sentido *establecen la última frontera del derecho doméstico admisible* en sociedades integrantes de buena fe de una justa sociedad de los pueblos»⁵¹.

Luigi Ferrajoli también ha señalado que la historia del constitucionalismo es la de la progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Y en el marco de esa historia se inserta «la extensión, aunque sea embrional, del paradigma constitucional al derecho internacional»⁵². En este sentido, la vigencia del paradigma constitucional en este ámbito viene determinada por el declive de las estructuras basadas en el dogma de la soberanía de los Estados. En la actualidad, gran parte de los derechos tienen una naturaleza supra-nacional⁵³. Hoy ya no es posible la estricta comprensión nacional de los derechos.

⁴⁸ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Trotta, Madrid, 1997, p. 940.

⁴⁹ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 931. En otro momento señala Ferrajoli: «El progreso de la que he llamado *democracia sustancial* se produce, pues, además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, también a través de la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y de esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelen y sean satisfechos los derechos fundamentales de las personas» (p. 934).

⁵⁰ Vid. FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», *op. cit.*, p. 15: ya sea de lo *no decidible que*, relacionado con las prohibiciones relativas a los derechos de libertad, o de lo *no decidible que no*, vinculado a las obligaciones públicas correspondientes los derechos sociales.

⁵¹ RAWLS, J., «El Derecho de Gentes», *op. cit.*, p. 74, cursivas mías.

⁵² FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», *op. cit.*, p. 17.

⁵³ Vid. FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», *op. cit.*, p. 7.

En efecto, la suerte de la universalización de los derechos depende de la que corran las nociones de soberanía⁵⁴ y de ciudadanía. El propio Habermas lo ha señalado: «La discrepancia entre el contenido de los derechos humanos que tienen los derechos clásicos de libertad, por un lado, y la validez de sus positivaciones jurídicas, restringida de entrada al ámbito de un Estado nacional, por otro, nos hace percatarnos de que el “sistema de los derechos” fundamentado discursivamente apunta por encima del Estado democrático de derecho, tiene por meta una globalización de los derechos. Como Kant vio, los derechos fundamentales en virtud de su contenido semántico, exigen una “situación cosmopolita” articulada internacionalmente en términos jurídicos. Pero para que de la Declaración Universal de los derechos del hombre de la ONU se sigan derechos judicialmente accionables, no basta sólo con tribunales internacionales; éstos sólo podrán funcionar adecuadamente cuando una *Organización de las Naciones Unidas no solamente capaz de tomar resoluciones sino capaz de actuar e imponer, haya puesto fin a la soberanía de los Estados nacionales particulares*»⁵⁵.

La internacionalización de los derechos implica una dirección contraria al mantenimiento de las derivaciones del concepto de ciudadanía⁵⁶. La noción de ciudadanía, que alude a las relaciones entre los individuos y una determinada organización política —el Estado—, ya no sirve como cómodo marco de los derechos desde el momento en que esa organización política ya no es el escenario en el que se deben desarrollar los derechos, y ya no constituye el esquema de adscripción de los mismos. Por eso, la universalidad de los derechos (y las exigencias de igualdad que le son consustanciales) implica «la supresión de la ciudadanía, la definitiva de-nacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa de-estatalización de las nacionalidades»⁵⁷.

Al mismo tiempo, la universalización de los derechos exige la democratización de la sociedad internacional, la instauración de ese *orden social internacional* al que alude el artículo 28 de la Declaración. En el plano interno, la vinculación derechos fundamentales-democracia es

⁵⁴ Respecto a la relación soberanía-derechos fundamentales, *vid.* CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995; FERRAJOLI, L., *La sovranità nel Mondo moderno*, Anabasi, Milano, 1995.

⁵⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, trad. de M. JIMÉNEZ REDONDO, Trotta, Madrid, 1998, p. 655, cursivas en el texto.

⁵⁶ En relación con este tema puede consultarse, entre la innumerable bibliografía, el número 120 de *Inchiesta*, que bajo el título «La cittadinanza in discussione», contiene trabajos de Lukes, Kymlicka y La Torre, entre otros.

⁵⁷ FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», *op. cit.*, p. 20. Al respecto ha afirmado M. LA TORRE: «... en la medida en que el concepto moderno de ciudadanía corta sus raíces organicistas conectadas con un “destino” alegadamente objetivo y se basa en el hecho elemental, simultáneamente individual y universal, de la *humanidad* del “ciudadano” como sujeto, contiene la fuerza necesaria para superar los límites de la contingente comunidad política y convertirse en una posición jurídica *universal*», «La ciudadanía, una apuesta europea», PRIETO SANCHÍS, L., *Tolerancia y minorías*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 108.

insuprimible: sin derechos fundamentales no hay democracia y la democracia es el único escenario en el que son posibles los derechos. La democracia se construye a partir del protagonismo del individuo. Eso también tiene que ocurrir en el ámbito internacional. Por eso es tan importante –ya lo hemos señalado– el protagonismo del individuo en la esfera internacional, lo cual va unido a la disminución de las exigencias del concepto de ciudadanía. También en este ámbito se debe proceder a esa descontextualización a la que ya se ha aludido. La noción moderna de ciudadanía, es un criterio moderno para estructurar la relación Estado-individuo, y al mismo tiempo es un elemento de exclusión de determinados individuos respecto a determinados derechos⁵⁸. Como ha señalado Habermas, «hoy los términos «ciudadanía» o *citizenship* se utilizan no solamente para significar la pertenencia a la organización que es el Estado, sino también para significar el *status* que, en lo que a contenido se refiere, viene definido por «los derechos y deberes ciudadanos»⁵⁹.

Hemos visto que si, en las circunstancias actuales de desarrollo del Derecho internacional, queremos seguir hablando de universalidad de los derechos, debemos señalar cuidadosamente el marco al que referir esa universalidad. En todo caso, y de acuerdo con el carácter histórico de los derechos, debemos reconocer que los rasgos de la actual situación de los derechos no tiene por que ser inmutable. El empeño que debe ocuparnos es el de la universalización de los derechos. En ese sentido, y puestos a definir estrategias, parece que se podría tomar como ejemplo lo que ocurre en los modernos Estados democráticos que garantizan en sus ordenamientos derechos fundamentales. Es necesario, así, que también en el nivel internacional se produzca esa positivación del derecho natural de la que habla Ferrajoli para referirse a la constitucionalización de los derechos, con la consiguiente vinculación entre los criterios de legitimación formal y sustancial⁶⁰. A partir de dicha positivación se podrán sentar las bases para que la efectividad de los derechos sea real y universal en el plano internacional.

La Declaración universal constituye en este sentido un paradigma, que no es un punto final sino un punto de partida; y la universalidad de los derechos tiene un gran componente utópico. Pero si como ha afirmado L. Ferrajoli «la historia del Derecho es también una historia de utopías (bien o mal) realizadas»⁶¹, mucho más lo es la de los derechos

⁵⁸ Como ha señalado Ferrajoli, «la ciudadanía ya no es, como en el origen del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Hoy, por el contrario, debemos admitir que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último resto premoderno de las desigualdades personales en contraste con la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales», «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», *op. cit.*, p. 288.

⁵⁹ HABERMAS, J., «Ciudadanía e identidad nacional», en *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 625.

⁶⁰ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 354 ss.

⁶¹ FERRAJOLI, L., «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», *op. cit.*, p. 291.

fundamentales. Éstos, sin su componente utópico y de liberación, pierden gran parte de su sentido y su reclamación gran parte de su fuerza. Nos iremos acercando a la meta, nunca alcanzable del todo, en función –entre otras cosas– del perfeccionamiento de los mecanismos de protección. Creo que lo mejor, para darnos cuenta de lo lejos que todavía estamos del objetivo final, es seguir el consejo de Norberto Bobbio cuando señala: «A cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal y después mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá que la historia humana, aún cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan, quizá haya apenas comenzado»⁶².

⁶² BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», *ídem.*, *El tiempo de los derechos*, *op. cit.*, p. 83.

La controversia creacionismo-evolución. Perspectiva jurídica

Por DIEGO BETANCOR CURBELO

La controversia creacionismo-evolución en Estados Unidos tiene sus antecedentes en la confrontación entre la ciencia y la religión que se planteó en Europa en el siglo XIX, más particularmente en Inglaterra, con la presentación y difusión de la teoría de la evolución. Sorprende la persistencia de esta polémica en los últimos años del siglo XX y que se siga aún planteando tal confrontación en términos fuertes, precisamente en los Estados Unidos, nación adelantada en avances y descubrimientos científicos. Una activa y decidida minoría fundamentalista cristiana continúa luchando contra la difusión de las ideas evolucionistas, manteniendo una controversia que tiene reflejos o implicaciones en la esfera jurídica –legislativa, judicial y constitucional–, así como en la esfera educativa y en la académica.

En este artículo se exponen los términos en que se plantea la controversia, el desarrollo de la ideología fundamentalista que la mantiene viva, así como las sucesivas y variadas estrategias y los aspectos más relevantes de sus implicaciones jurídicas.

I. FIJISMO Y EVOLUCIÓN

En el siglo XIX la influencia de la ciencia, con sus muchos descubrimientos e invenciones y sus contribución a la riqueza general, se hizo notar en diferentes esferas del espíritu humano llevando consigo un cambio importante en las posiciones relativas de la ciencia y la religión.

El Fijismo, la idea heredada del pensamiento medieval de que las especies vegetales y animales habían sido creadas tal como eran y que no había habido cambio alguno en ellas, había dominado la biología hasta el siglo XIX y estaba implícita en el sistema clasificatorio de Linneo. La interpretación literal cristiana del relato bíblico de la creación implicaba la inmutabilidad o fijeza de las especies. La idea de Lamarck de una transformación lineal de las especies dio paso a la refina la teoría de la evolución biológica general no lineal de Darwin, teoría que acabó por imponerse en el mundo científico y en la opinión pública mundial. La continua acción selectiva de la lucha por la existencia –la selección natural– sobre las variaciones adaptativas de los individuos al azar había conducido con el tiempo, tras sucesivas generaciones a la aparición de nuevas especies; la selección natural era para Darwin el mecanismo explicativo del hecho de la evolución, proceso fundamental del mundo vivo ¹.

II. DARWINISMO Y RELIGIÓN

Los problemas científicos que estaban en el trasfondo de la teoría de la evolución de Darwin se entretrejan con cuestiones teológicas y no es sorprendente por lo tanto que las implicaciones teológicas de la teoría evolucionista recibieran la inmediata y amplia atención que recibieron. Darwin, en el *Origen de las Especies* (1869) no aplicó explícitamente su teoría al hombre, aunque era evidente que se daba cuenta de la aplicabilidad de los conceptos fundamentales de su teoría a cuestiones de la vida social y humana. En *La Descendencia del Hombre* (1876) expuso que el mismo proceso que había producido el resto del mundo animal se aplicaba también a los seres humanos, es decir, que también el hombre había evolucionado lenta y penosamente de un antecesor parecido a un mono ². A la ortodoxia religiosa le era inadmisibile la idea de que la creación del hombre hubiese sido impremeditada, no creada especialmente en la imagen divina, sino el resultado de un proceso mecánico; al mismo tiempo que negaba la autenticidad del relato bíblico de la creación, la teoría darwinista no consideraba al hombre como parte de un diseño, sino como un accidente.

¹ DARWIN, Charles (1809-1882), *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of favoured Races in the Struggle for Life*, Londres, Murray, 6.^a ed., 1872 (trad. esp: *El origen de las especies*, ed Josa i Llorca, Espasa-Calpe, 1988). La ascendencia común, el gradualismo y la multiplicación de las especies son también conceptos originales de Darwin, además del hecho de la evolución y de la selección natural como mecanismo evolutivo. Darwin redactó un esquema breve (23 páginas) de sus ideas evolucionistas en 1842, que amplió en 1844 a 230 páginas (*Foundations of the Origin of Species*).

² DARWIN, Charles, *The Descent of Man and Selection in relation to Sex*, 2.^a ed., Londres, Murray, 1874 (trad. esp.: *El origen del hombre y la selección en relación al sexo*, EDAF, Madrid, 1963).

La Iglesia consideró que la teoría darwinista era peligrosa para la religión y levantó una tormenta de oposición. Un famoso debate tuvo lugar en la sesión de la *British Association for the Advancement of Science* en la Universidad de Oxford en 1860, al año de la publicación del *Origen de las Especies*, en la que el arzobispo de Oxford, James Wilberforce, intentó mantener a toda costa el primer capítulo del Génesis como relato literal de la creación. Esta reunión marcó un hito en la creciente separación de las dos áreas importantes de la experiencia humana, el primero de los muchos choques entre la religión y la ciencia sobre el darwinismo y la evolución que se habrían de producir en años sucesivos³.

Darwin fue sin duda el más fructífero pensador del siglo XIX; su huella fue muy profunda en todas las direcciones del conocimiento, no sólo entre los científicos (biólogos, paleontólogos, embriólogos) sino también entre los historiadores, sociólogos, políticos y juristas. El evolucionismo ha venido a ser una ley general de la sociedad, común a todos los órdenes de la existencia humana; una aplicación sociológica la constituye el llamado «darwinismo social» que trasladaba a la sociedad humana la selección natural de los más aptos en la lucha por la vida. En el derecho influyó directa e inmediatamente, por ejemplo, en las ideas de Henry Sumner Maine sobre la evolución del *status* al contrato en líneas evolutivas predeterminadas paralelas a las de las otras instituciones sociales⁴.

III. EL MOVIMIENTO CREACIONISTA

1. La tradición creacionista y el fundamentalismo cristiano antievolucionista

El creacionismo actual tiene su origen en la reacción evangélica protestante a las teorías de Darwin. En el siglo XIX la teoría de la evolución, además de otros factores tales como el mecanicismo, el materialismo y el determinismo, motivó la acción de oposición religiosa; oponerse a la evolución era una prueba de fe en la exactitud de la interpretación literal de la Biblia de creación instantánea de especies permanentes y del hombre a imagen de Dios⁵. Fervorosos defensores protestantes fundamentalistas se prepararon para destruir el darwinismo

³ Una detallada descripción de la reunión se puede leer en HUXLEY, L., *The Life and Letter of Thomas Henry Huxley*, Londres, Mac Millan, 1900.

⁴ Véase STEIN, P., *Legal Evolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

⁵ «La supremacía derivada del hombre sobre la tierra, el poder humano del habla articulada, el don de la razón humana, la libertad humana y la responsabilidad... todos son igual y extremadamente inconciliables con la noción degradante del origen bruto de quien fue creado a imagen de Dios». WILLBERFORCE, S., «Is Mr. Darwin a Christian?» (crítica del *Origen...* publicada anónimamente), *Quarterly Review*, vol. 108, julio 1860, pp. 225-64.

motivando la introducción en algunos estados de la unión norteamericana de legislación prohibiendo la enseñanza del evolucionismo en las instituciones de educación pública ⁶.

Los teólogos conservadores americanos –la Princeton School de fines de siglo– habían modificado su actitud admitiendo alguna forma de evolución; «la mayor parte de las religiones habían ido aceptando paulatinamente la noción de la aparición de la humanidad después de una larga evolución».

El movimiento social fundamentalista americano se desarrolló en la última parte del siglo XIX como respuesta a los cambios sociales que estaban teniendo lugar con motivo de la revolución industrial y la inmigración; tenía sus raíces en el revivalismo metodista de principios del siglo XIX y a finales del siglo, cristalizaba alrededor de la idea evolucionista, cuyo desarrollo algunas sectas evangélicas protestantes fundamentalistas percibían como amenaza a las creencias cristianas y como responsable de la decadencia de los valores morales tradicionales.

En los años siguientes a la Primera Guerra Mundial, esta corriente se localizaba preferentemente en los estados rurales del sur del llamado «cinturón bíblico» de tradición evangelista protestante que mantenía un dogmatismo ortodoxo de autoridad sin apertura alguna, muy lejos de la actitud científica, lo que hacía inevitable el conflicto.

Hasta 1920, el sentimiento antievolucionista en los estados del sur se concretaba en intentos de promoción de leyes que prohibieran la enseñanza de la evolución en las escuelas públicas. El creacionismo del siglo XX constituye una manifestación de esa profunda corriente fundamentalista de la historia social americana. La controversia se centra en cinco principales cuestiones: 1) si el origen del mundo fue creación por causas supernaturales o si vino a existir sin tales causas, 2) la edad del universo, de miles o de billones de años, 3) el origen de la vida, creada de la nada o por procesos químicos, 4) la evolución biológica y la

⁶ Los pensadores católicos, por su parte, no tenían la dificultad de una interpretación literalista de la Biblia, pero, conscientes del peligro para las doctrinas deístas y de la inmortalidad del alma, elaboraron unas tesis compatibilistas basadas en las diferencias entre la evolución como hipótesis científica y como especulación filosófica, entre la teoría de la evolución y el darwinismo, entre la evolución de los reinos vegetal y animal y la aplicada al hombre; se aceptaba la explicación científica de la evolución de las especies animales pero con la conclusión de que el alma humana, al ser de naturaleza espiritual, no puede derivarse del alma animal, por lo que su origen había que referirlo a un acto creador de parte de Dios. Tesis expuesta por el jesuita E. Wassmann en *La Biología Moderna y la Teoría Evolucionista*, Friburgo, 1904; Juan Pablo II, en su discurso de Academia Pontificia de las Ciencias, de 22 de octubre de 1996, dijo que «hoy, casi medio siglo después de la publicación de la Encíclica *Humani Genesis*, de Pio XII los nuevos conocimientos nos llevan al reconocimiento de la teoría de la evolución como algo más que una hipótesis».

Una tercera respuesta religiosa fue la del «movimiento Modernista», que reformuló la doctrina cristiana a la luz de la nueva evidencia. Fue adoptada inicialmente por católicos y protestantes, hasta que en 1907 el Papa Pío X la condenó, por lo que luego sólo se confinó a círculos protestantes. Los «modernistas» aceptaron la teoría completa de la evolución y aplicaron esta idea a la religión misma, pensando que los nuevos conocimientos podían usarse para tener una comprensión de la vías divinas en el mundo más profunda que la obtenible de los viejos dogmas.

modificación de las especies, y 5) los orígenes humanos, distintivamente creado o evolucionado de otras formas de vida.

El relato del *Génesis*, capítulos 1: a 7:3, es interpretado por los creacionistas en un sentido literal más o menos estricto, estando divididos entre los defensores de una creación reciente en los últimos pocos miles de años («Young Earth Creationism») y los defensores de una creación del universo, la tierra y la vida mucho más lejana («Old Earth Creationism») ⁷.

Un segundo debate interno concierne a la naturaleza del diluvio bíblico, si fue universal o de carácter local, si fue un cataclismo fuerte o una más suave inundación; este punto se relaciona con las tesis catastrofistas «necesidad de cataclismos para explicar las discontinuidades en los estratos geológicos y en los fósiles de especies desaparecidas» y la opuesta teoría científica, la teoría uniformista de Lyell que propugnaba un proceso uniforme de desarrollo de lento y gradual cambio geológico ⁸.

2. Corrientes actuales del movimiento. La «ciencia de la creación»

La estrategia utilizada por el movimiento creacionista actual consiste en presentar como teorías científicas lo que realmente son doctrinas o ideas religiosas, confundiendo ciencia y religión. Por esta vía exigen que los libros de texto de la enseñanza publiquen concedan un «tratamiento equilibrado», es decir, que sus teorizaciones «científicas» sean tratadas en un plano de igualdad con la teoría de la evolución, ya que ambas son «teorías científicas». En esta línea elaboran una «teoría del diseño inteligente», una «teoría de la complejidad inicial» y principalmente la «ciencia de la creación» o «creacionismo científico».

⁷ *Génesis* 1:1 a 2:3 describe la creación en seis «días», cuya secuencia presenta algunos problemas (por ejemplo que la luz se hizo el día primero pero su fuente, el sol, no apareció hasta el cuarto día). Hay una segunda historia de la creación en el *Génesis* 2:4 a 2:25 que difiere algo de lo anterior: la creación ocurrió en un día, animales y plantas fueron creados después de Adán y Eva, etc. El creacionismo de «Tierra Joven» («Young Earth») se derivó de la traducción de King James. Una versión la basan sus defensores en la frase «ante el Señor un día es como mil años» (segunda epístola de Pedro, 3:8), por lo que la creación tuvo lugar en seis mil años. Pocos de los primeros Padres de la Iglesia tuvieron un punto de vista dogmático sobre el tiempo y la duración de los sucesos de la creación. El arzobispo James Ussher, de Armagh (Irlanda), había calculado en 1650 que la creación había tenido lugar el año 4004 a d. C. basado en la numerología bíblica. En el siglo XVII otro clérigo, John Lightfoot, vicescanciller de la Universidad de Cambridge, había afinado la fecha al 23 de Octubre del año 4004 a d. C., a las nueve de la mañana. Existe una corriente creacionista llamada «Creacionismo Progresivo» (inscrita dentro de la corriente «Old Earth») que defiende el que cada uno de los seis «días» es un largo período de tiempo –quizás cientos de millones de años– no siendo instantánea la creación. Para esta corriente, el diluvio fue un evento local en Mesopotamia, o quizás mundial, pero en todo caso tranquilo.

⁸ C. H. Lyell expuso en sus *Principios de Geología*, documento fundacional de las ciencias de la Tierra, su Teoría Uniformista argumentando que la simple suma de pequeños cambios a lo largo de períodos inmensamente largos puede explicar los cambios espectaculares en la superficie de la tierra y que observando los actuales procesos (erosión, sedimentación) se podían explorar sus velocidades y efectos al pasado.

En los años treinta se había fundado la primera de las organizaciones del movimiento creacionista moderno, la *Religion and Science Association*, influenciada por G. Mc. Ready Price⁹. La *American Scientific Affiliation* reunió en 1941 creacionistas de diversas tendencias, habiéndose escindido de la misma en 1963 la *Creation Research Society* que exige formalmente de sus afiliados tener un postgrado en ciencias y creer en la verdad literal de la Biblia¹⁰. El *Creation Science Research Center* se fundó en 1970, con la finalidad principal de publicar libros de texto y distribuir información en escuelas y comités estatales de educación. La organización líder en este campo probablemente es el *Institute for Creation Research* de California, afiliado al *Christian Heritage College* de la Iglesia Baptista que desde su fundación en 1970 ha publicado numerosos libros y editado varias revistas mensuales sobre la «ciencia de la creación»¹¹.

La base intelectual de la difusión actual de la «teoría del diseño inteligente» la constituye la *Foundation for Thought and Ethics*, de Texas. Muchos de los miembros son graduados en materias científicas, teólogos, algunos profesores en universidades de cierto prestigio tanto estatales como privadas, y en universidades o «colleges» religiosos denominacionales (baptistas del sur principalmente, aunque también luteranos, presbiterianos, metodistas y adventistas).

Entre los autores más conocidos están Henry M. Morris (fundador y presidente de la *Creation Research Society* y luego presidente del *Institute for Creation Research*), autor junto con John C. Whitcomb del libro *Genesis Flood*¹² de 1961, que reavivó el movimiento creacionista moderno; también destacan Douane Gish (vicepresidente de CRS), Kelly Seagraves, y otros. Además de libros y monografías, estos autores desarrollan gran actividad propagandística en conferencias en institutos, universidades y congresos, en litigios judiciales, y muy principalmente ante consejos escolares («school boards») pretendiendo sea eliminada de la enseñanza pública la teoría de la evolución, o al menos exigiendo un «tratamiento equilibrado» de las teorías evolucionista y creacionista. Generalmente los creacionistas publican artículos en las revistas de sus propias editoriales, ya que sus artículos no suelen ser

⁹ A George Mc. Ready Price, adventista del Séptimo Día, se debe la forma actual del credo creacionista. Publicó en 1923, *The New Geology*, en que explica los estratos rocosos datándolos a partir de un diluvio universal catastrófico; afirmaba que la Tierra era joven y que había sido creada literalmente en seis días.

¹⁰ La declaración de fe tiene cuatro puntos, el primero de los cuales dice: «la Biblia es la palabra santa de Dios, y creemos que está completamente inspirada todas sus aseveraciones son histórica y científicamente verdaderas... El relato del Génesis es una presentación fáctica de simples verdades históricas». Esta declaración salió a relucir en el juicio de 1980 en Arkansas que será comentado más adelante en este artículo.

¹¹ La principal editorial del «creacionismo científico» es la Creation-Life Publishing Co., de ICR.

¹² Henry M. Morris es ingeniero influenciado por George Mc. Ready Price; John C. Whitcomb profesor de teología del Antiguo Testamento en Indiana. Del *Genesis Flood* se han vendido más de 200.000 copias y varias de sus frases fueron citadas en los testimonios del juicio de Arkansas.

aceptados por las revistas científicas de calidad, tales como *The Scientific American*.

Basan sus argumentos estos autores sobre fundamentos científicos, pretendidamente científicos o pseudocientíficos. Ciertamente es que la teoría sintética de la evolución no puede explicarlo todo y que entre los científicos evolucionistas hay divergencias abiertamente expuestas en sus publicaciones. Los creacionistas resaltan los fallos de la teoría (algunos, incluso, después de haber sido resueltos), las divergencias entre los evolucionistas y la existencia de puntos débiles en el paradigma darwinista, por lo que su argumentación constituye esencialmente una respuesta negativa. Hay que recordar que Darwin acumuló pruebas para demostrar que la evolución es un hecho que ha tenido lugar señalando a la selección natural como un mecanismo de tal proceso, quizás el principal pero no el único. Su teoría tenía fallos y lagunas entonces inevitables, al desconocerse los mecanismos de la herencia, los genes, las mutaciones espontáneas, la genética de poblaciones y la deriva genética; ello dio lugar a discrepancias entre los que aceptaban el hecho de la evolución, pero que concebían de diferente manera el mecanismo del proceso ¹³.

Entrando en el campo de la filosofía de la ciencia los autores del «creacionismo científico» insinúan que la evolución es «meramente una teoría» y no un hecho. Aparentan no reconocer que en lenguaje científico una «teoría» no implica duda o falta de prueba ni es sinónimo de conjetura sino un concepto firmemente fundado sobre hechos, no una hipótesis indocumentada, y que las teorías explican los hechos ¹⁴. Recalcan también que hay varias teorías de la evolución e implican que cada una de ellas refuta a las otras, cuando en realidad hay acuerdo general en los elementos fundamentales de la teoría y sólo divergencias modales ¹⁵. Califican a la evolución como paradigma de «ortodoxia darwinista». Citando a Kuhn en que «rechazar un paradigma sin sustituirlo por otro es rechazar la ciencia misma», algunos creacionistas quieren convencer de que la comunidad científica no abandona el darwinismo (que ellos estiman como debilitado por diferencias entre los investigadores evolucionistas) por temor a quedarse sin teoría y tener que abandonar la comunidad científica al no compartir el paradigma ¹⁶.

Los «creacionistas científicos» extienden sus investigaciones a muchos campos de la ciencia, desde los orígenes del universo a la bio-

¹³ Como se explicó más arriba (véase nota 7), el creacionismo tiene muchas más variantes que difieren entre sí.

¹⁴ «Una teoría científica es el punto final del método científico, a menudo el fundamento de un campo entero de conocimiento». BERRA, T. M., *Evolution and the Myth of Creationism*, Stanford, Stanford University Press, 1990.

¹⁵ Por ejemplo, Nils Eldredge y Stephen Jay Gould han desarrollado conjuntamente la idea del «equilibrio puntuado» de que la evolución procede por episodios relativamente cortos de evolución rápida seguidos por largos períodos de estabilidad, lo que se opone al ritmo evolutivo gradual de Darwin.

¹⁶ KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1975. El profesor de Derecho de Berkeley Philip Johnson, autor creacionista, da esta versión sesgada de las ideas de Thomas Kuhn. Conferencias de Hillsdale College, noviembre 1992.

logía. Sus principales afirmaciones sustantivas son las siguientes: 1) que no se encuentran formas transicionales predichas por la evolución; 2) que hubo una repentina aparición de millones de animales complejos en el Cámbrico; 3) que el tiempo en base al campo magnético de la tierra es demasiado corto para la evolución y que sólo data de siete a diez mil años; 4) que todos los fósiles fueron depositados cuando el diluvio universal que duró un año; 5) que la evolución conculca la segunda ley de la termodinámica. Afirmaciones éstas que han sido completamente refutadas por hechos y observaciones contrastadas. Los creacionistas ante la carencia de pruebas de sus propias hipótesis se dedican principalmente a encontrar huecos o fallos en las teorías evolucionistas confiando en la mayoría de los casos en argumentos retóricos y en asunciones no probadas; sin embargo, las pruebas que demuestran el hecho de la evolución han sido corroboradas por científicos en observaciones contrastadas que hacen que hoy día la teoría evolucionista descansa en una sólida y extensa base factual ¹⁷.

IV. POLÍTICA EDUCATIVA Y LEGISLATIVA CREACIONISTA

En los años de la primera guerra mundial un movimiento fundamentalista cristiano conservador minoritario empezó una lucha activa contra las teorías darwinistas, alcanzando su punto álgido en los años veinte. Temiendo que se enseñara en las escuelas lo que ellos veían como la destrucción de la credibilidad de la Biblia y la negación de Dios, fomentaron un sentimiento popular anti-evolucionista utilizando vías legales para intentar forzar sus creencias en el sistema educativo. Entre 1921 y 1929 se presentaron propuestas ante los legisladores de veinte estados norteamericanos para prohibir la enseñanza de la evolución en las escuelas públicas; en 1925, los estados de Tennessee, Minnesota e Illinois tenían aprobadas leyes en tal sentido, siguiéndoles Missouri, Arkansas y Texas en la segunda mitad de la década ¹⁸. La existencia de los problemas sociales de esa época, que los fundamentalistas asociaban con el materialismo científico alimentado por la teoría de la evolución, se unía al deseo de los padres de controlar la educación y los valores de sus hijos.

¹⁷ La ordenación de los fósiles en las capas geológicas, los cada vez más perfectos métodos de datación radiométrica, las pruebas de la biología molecular, todo ello hace que «la evolución sea la única explicación que unifica la impresionante colección de observaciones en anatomía comparada, biogeografía, record fósil, biología y biología molecular y bioquímica. Eugenie C. Scott, director del *National Center Science Education*, organización no lucrativa de Berkeley, California, defensora de la enseñanza de la evolución y opuesta a la difusión de la ciencia de la creación.

¹⁸ Missouri en 1926, Arkansas en 1928 y Texas en 1929. Los veinte estados en los que se habían propuesto leyes anti-evolución eran principalmente estados del sur y oeste, en los que era mayor la presión creacionista.

En 1926 tuvo lugar en Tennessee un proceso contra un profesor de instituto que había explicado en clase la teoría de la evolución, en contra de la prohibición legal entonces vigente, proceso que tuvo gran difusión y convirtió a la confrontación subyacente en cuestión pública. Aunque el profesor resultó condenado, como era de esperar, sin embargo la victoria moral fue para el evolucionismo¹⁹. Durante las tres décadas siguientes los fundamentalistas concentraron sus esfuerzos en introducir las preces religiosas en las escuelas, fundar colegios, seminarios y periódicos; los libros de texto escolares continuaban ignorando a Darwin, no formando la teoría de la evolución parte integrante de los planes de estudio de las escuelas públicas, permaneciendo en vigor en varios estados del sur las leyes anti-evolución.

Varios acontecimientos contribuyeron al comienzo de los años sesenta a reavivar la controversia. En 1963 se formó una comisión nacional de reforma de los planes de estudio de ciencias al considerarse que estaba atrasada en esta materia la educación pública y que era necesario adoptar una aproximación actualizada a la ciencia sin evitar materias controvertidas tales como la evolución. Influyó en esta nueva actitud el adelanto soviético en la carrera espacial y la celebración en 1959 del primer centenario de la publicación del «*Origen de las Especies*»²⁰.

En 1963 se elaboraron textos introductorios para los institutos con la nueva orientación, pero varios estados del sur los rechazaron con activas campañas contrarias. A ello se unió el impulso que recibió la causa fundamentalista con la publicación en 1961 del libro *The Genesis Flood* (La inundación del Génesis) de Henry H. Morris (citado anteriormente como fundador de CRS) y John C. Whitcomb, libro que obtuvo gran difusión, y llevó a una subsiguiente renovada actividad en la producción de cientos de libros y artículos creacionistas y a la fundación de sus principales organizaciones²¹, y a publicadas discusiones con los evolucionistas. Llevó también a la introducción de nueva legislación pro-creacionista y a un gradual cambio táctico importante y estudiado, el paso de un creacionismo bíblico de orientación cristiana a un «creacionismo científico» de orientación pública. En esa década varias sentencias habían declarado inconstitucionales y derogadas las leyes restrictivas anti-evolucionistas²²; a pesar de estos reveses los fundamentalistas renovaron sus ataques bajo el manto del «creacionismo científico».

¹⁹ El «juicio Scopes» en aplicación de la ley de Tennessee de 1926 es el primero de los comentados más adelante en este artículo.

²⁰ El adelanto de la URSS en la carrera espacial hecho evidente repentinamente en 1957 por el lanzamiento del Sputnik hizo que el *American Institute of Biological Science* elaborara una serie de textos escolares actualizados que incluyen la teoría de la evolución; son de tal calidad estos textos que aún hoy día más de la mitad de las escuelas públicas los continúan usando. La Universidad de Chicago celebró el centenario del *Origen de las Especies* en 1959, siendo el invitado de honor Julian Huxley, nieto de T. H. Huxley, el perro bulldog de Darwin.

²¹ La *Creation Research Society* en 1963; el *Institute for Creation Research* en 1970.

²² Tales como la sentencia en el caso *Epperson v. Arkansas* en 1968, que anuló por inconstitucional la ley anti-evolucionista de ese estado de 1929.

Además de reinterpretar la teoría de los orígenes en términos de autoridad bíblica, se presentaban ahora como científicos reinterpretando las pruebas fósiles desde el enfoque de la creación especial. El creacionismo dejaba de ser expresión de gente rural de áreas apartadas y pasaba a ser expresión de gente profesional entrenada técnicamente, que presentan al Génesis «no como dogma religioso sino como una hipótesis científica alternativa capaz de ser evaluada por procedimientos científicos. No se presentan como creyentes sino como científicos ocupados en un debate académico sobre la validez metodológica de dos teorías científicas»²³. Se constituyeron en vigilantes de los libros de textos que estaban siendo introducidos en los colegios e institutos públicos, influyendo sobre los consejos escolares y comisiones estatales de educación. Un extenso debate tuvo lugar en el seno del Consejo de Educación de California respecto a las recomendaciones a incluir en los libros de texto escolares de biología con confrontaciones entre expertos para evaluar la opinión pública; finalmente en 1976 la Comisión hizo unas recomendaciones neutrales aconsejando evitar dogmatismos, recomendando «tiempo igual» para la enseñanza de las dos teorías, de la evolución y de la creación.

Al comienzo de los años ochenta, la mayor parte de los libros de texto en algunos estados evitaban colisionar con las creencias religiosas y reducían el tratamiento de la teoría de la evolución; varias legislaturas estatales estaban considerando leyes que requiriesen un «tratamiento equilibrado». «El nuevo evangelismo del fundamentalismo americano tiene un sofisticado sentido político y usa el sistema judicial y los medios de masas, al igual que los convencionales métodos socio-evangélicos, para alcanzar objetivos religiosos»²⁴.

En 1980 fueron aprobadas en Arkansas y en Lousiana leyes que obligaban al igual tratamiento. Ambas leyes fueron impugnadas en históricos procesos y finalmente declaradas inconstitucionales, procesos que se describen y comentan más adelante.

La etapa actual de la controversia creacionismo-evolución la contribuye la difusión a nivel local y popular de una teoría de «diseño inteligente» como nueva estrategia fundamentalista; «la complejidad del mundo sólo puede explicarse por la existencia de un agente inteligente». Al presente renovado esfuerzo del movimiento ha contribuido la proliferación de organizaciones de la llamada «derecha religiosa», animada por el triunfo republicano en las elecciones de 1994 al Congreso.

V. PERSPECTIVA JURÍDICA

Las etapas de la actividad de los fundamentalistas en su lucha contra la evolución han estado marcadas a lo largo de los años por la aprobación de leyes por ellos promovidas y por procedimientos judiciales clave.

²³ NELKIN, D., «From Dayton to Little Rock: Creationsm evolves», en M. C. la Follette *Creationism, Science and the Law*, Cambridge, M. I. T. Press, 1983, pp.74-85.

²⁴ LA FOLLETTE, M. C., *op. cit.*, p. 4.

Entre los años 1920 y 1930 fueron promulgadas, por presión política, leyes que prohibían la enseñanza de la teoría de la evolución en las escuelas públicas de algunos estados principalmente del sur conservador, el llamado «cinturón bíblico». El primero de los procesos que se comentan seguidamente, el juicio Scopes, fue provocado por una asociación de libertades civiles para atraer la atención sobre tal estado de cosas y la subyacente lucha de las ideas.

El renovado interés general por la formación científica de los años 60 motivó la introducción de la materia en los planes de estudio así como la abolición por inconstitucionales de algunas de las citadas leyes. Tal fue el caso Epperson en el que el Tribunal Supremo Federal abolió en 1968 la ley de Arkansas de 1929²⁵. Esto hizo que los creacionistas activistas cambiaran de estrategia; ya que no podían prohibir la enseñanza de la evolución intentaban convencer para que, al menos, se enseñaran también las ideas creacionistas junto con las evolutivas en igualdad de tratamiento como teoría alternativa de igual rango científico. Este «creacionismo científico» («ciencia de la creación»), ocultaba la promoción de ideas religiosas particulares, lo que se oponía a la Cláusula de establecimiento de la Enmienda primera de la Constitución. Consiguieron, sin embargo, la promulgación de leyes de «tratamiento equilibrado» en Arkansas y Louisiana.

Sobre la constitucionalidad de tales leyes se promovieron en los años 80 litigios que dieron lugar a históricos procesos, llegando en el caso de la ley de Louisiana a ser decididos finalmente por el Tribunal Supremo Federal. En estos litigios se trataron, y en las sentencias quedaron reflejadas, importantes cuestiones políticas, educativas, filosóficas y científicas además de la cuestión central de la inconstitucionalidad.

Como resultado de estos procedimientos, los fundamentalistas activistas parecen haber adoptado en la actualidad una nueva estrategia de influencia que será comentada en la última parte de este artículo. Al analizar desde una perspectiva jurídica la anatomía de esta controversia, las cuestiones más interesantes tener en cuenta son: 1.º Cómo se desarrolló la controversia hasta el punto que fue litigada. 2.º Quiénes son los intervinientes, por qué intentan ir a los tribunales y cuál es la base de su pretensión. 3.º Cómo los tribunales han evaluado la pretensión de ser el creacionismo científicamente tan legítimo como la evolución; y 4.º Cómo han afectado estos procesos a las estrategias creacionistas.

1. **State of Tennessee v. John Thomas Scopes**²⁶

La legislatura de Tennessee había aprobado en marzo de 1925 la ley Butler, cuyo artículo 1 disponía que: «Será ilegal para cualquier profesor en cualquiera de las universidades, escuelas normales o cualquier

²⁵ Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

²⁶ State of Tennessee v. John Thomas Scopes, 5231 and 5232, Circ. Ct. Rhea County, Tenn. (1925).

otra escuela pública del Estado, sostenida en todo o en parte por fondos públicos estatales, enseñar cualquier teoría que niegue el relato de la creación divina del hombre y enseñar en cambio que el hombre desciende de un orden animal inferior». La *American Civil Liberties Union* (ACLU), de Nueva York (Unión Americana de Libertades Civiles) había decidido provocar un juicio que pusiera a prueba la constitucionalidad de la ley Butler respecto a la Enmienda primera de la Constitución y ofrecía asesoría legal a cualquier profesor que quisiera desafiar tal ley. J. T. Scopes, profesor del Instituto de Dayton, aunque preocupado más por las libertades civiles que por la evolución, se prestó a ello y fue debidamente acusado de enseñar la teoría evolucionista en contra de la legislación vigente ²⁷. El juicio que pasó a ser conocido como el «juicio del mono», tuvo lugar en julio de 1925, en medio de una gran expectación, siendo ávidamente seguido por la prensa americana e internacional ²⁸.

La cuestión constitucional de fondo quedó en segundo plano mientras los dos abogados se enzarzaban en cuestiones de ciencia, religión y moral. El pleito era visto como un choque entre la ciencia y la religión, siendo la cuestión subyacente, la de quién debiera ser responsable de decidir los programas de enseñanza pública. Se planteaba si los valores de la comunidad debieran ser tenidos en consideración; «¿Puede una minoría en este Estado obligar a un profesor a enseñar que la Biblia no es verdad y hacer que los padres paguen el sueldo del profesor para que les diga a sus hijos que lo que ellos creen es falso y peligroso?» preguntaba el abogado de la acusación que basaba su caso en *Genesis* 1:25-27.

El juez Raulston, queriendo restringir el testimonio a la cuestión de si Scopes había quebrantado o no la ley, enseñando la teoría de Darwin, rechazó la petición de la defensa de traer expertos (científicos) para testificar sobre las pruebas de la teoría evolucionista ²⁹. J. Scopes, que había reconocido desde el principio haber quebrantado la ley, fue declarado culpable por el jurado y el juez mismo (no el jurado) le impuso la multa mínima de cien dólares lo que provocó que la sentencia fuera revocada por el Tribunal Supremo de Tennessee en 1926 por un tecnicismo formal ³⁰ y no fuera posible apelar y recusar la constitucionalidad de la ley ante el Tribunal Supremo Federal que era la idea de Darrow y de la ACLU. Aunque no consiguieron su objetivo final (declaración de inconstitucionalidad de la Ley Butler), los creacionistas habían perdido la batalla al haber sido expuestas en el proceso las incongruencias de la

²⁷ John T. Scopes no era profesor de biología sino interino contratado a tiempo parcial que había dado una sola clase de biología.

²⁸ La acusación estaba a cargo de W. J. Bryant, hábil político fundamentalista, candidato en tres ocasiones a la presidencia y secretario de Estado con W. Wilson; el defensor fue C. Darrow, famoso abogado criminalista y defensor de los derechos humanos.

²⁹ El juez negó el testimonio oral pero finalmente se vio obligado a incorporar a los autos un informe escrito por dichos expertos en biología evolucionista.

³⁰ El propio juez impuso a Scopes una multa de cien dólares (la mínima). El veredicto fue revocado por el Tribunal Supremo de Tennessee en enero de 1927, porque según una ley de este estado era el jurado, y no el juez, quien tenía que fijar la multa si era superior a cincuenta dólares.

narración bíblica. Las últimas palabras de T. Scopes en el juicio fueron: «Señoría: he sido culpable de violar una ley injusta. En el futuro continuaré oponiéndome a ella de cualquier manera que pueda. Otra acción sería violar mi idea de la libertad académica». Darrow, por su parte, resumió sus argumentos contra la intolerancia implícita en la actitud fundamentalista exacerbada: «La libertad no puede preservarse en constituciones escritas cuando el espíritu de la libertad ha huido de los corazones de las personas... El fanatismo y la ignorancia están siempre activos y han de ser alimentados... Hoy son los profesores de las escuelas públicas, mañana serán los de las privadas. Al día siguiente serán los clérigos y los conferenciantes... las revistas, los libros, los periódicos. Al cabo de poco tiempo, Señoría, el hombre se volverá contra el hombre y un credo contra otro credo hasta que retrocedamos con banderas desplegadas y a tambor batiente a los años gloriosos del siglo XVI cuando los intolerantes encendieron hogueras para quemar a las personas que osaban llevar a la mente humana algo de inteligencia, conocimiento y cultura». La Ley Butler permaneció en vigor hasta 1962 en que fue finalmente revocada por inconstitucional.

2. **Mc Lean v. Arkansas Board of Education** ³¹

Cincuenta y cinco años más tarde del juicio Scopes, en 1980, y también en un estado del sur tuvo lugar una confrontación legal que venía a reproducir la antigua polémica ³². Al haber sido abolidas por inconstitucionales las leyes antievolucionistas, los creacionistas intentaron la vía de exigir un trato igual o «trato equilibrado» de sus ideas al que dedicaban las escuelas a la teoría de la evolución, que no habían podido excluir de los cursos de ciencias. La legislatura del estado de Arkansas había aprobado una ley (Act 590) cuyo título abreviado era el de «Ley de trato equilibrado de la ciencia de la creación y de la ciencia de la evolución» ³³; se trataba en este proceso de decidir sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

La ley 590 requería que se diese instrucción en «ambos modelos de ciencia si las escuelas públicas decidían enseñar una de ellas» (sección 5), definiendo los principios base de cada una en razón a pruebas científicas e inferencias relacionadas (sección 4). Declara que no incluye instrucción religiosa alguna, siendo su finalidad la de asegurar la neutralidad hacia las convicciones religiosas de los estudiantes, protegiendo su libertad académica, garantizando su libertad de creencias y de expresión y «ayudándoles en su búsqueda de la verdad» (sección 6). Parte de

³¹ *Mc. Lean v. Arkansas Board of Education*, 529 F. Supp. 1255, Eastern District, Arkansas (1982).

³² Este juicio vino a ser considerado como tan importante como el de Scopes de 1925, por lo que es conocido como «Scopes II»; fue reproducido íntegramente en la prestigiosa revista «Science».

³³ Act 590, Gral. Act, 73rd Gral. Assembly, State of Arkansas. Se encuentra en los Ark. Stat. Ann, 80-1663 et seq. (1981) supp.

unos hechos probados (sección 7) entre los que se expresa que c) «la ciencia de la evolución no es un hecho científico incuestionable porque no puede ser observada experimentalmente, ni completamente verificada o lógicamente falsable...», j) «la ciencia de la creación es un modelo alternativo que puede ser presentado desde un punto de vista estrictamente científico...», k) «la presentación de ambas ciencias no violaría la prohibición de la Constitución contra el establecimiento de la religión porque sólo presentaría pruebas científicas e inferencias relacionadas para cada modelo, más que instrucción religiosa».

Estaba previsto que la ley empezara a regir el siguiente curso 1981/82. La *American Civil Liberties Union* (ACLU), citada anteriormente en el caso *Scopes* de 1925, entendió que la ley 590 era incompatible con la separación Iglesia-Estado proclamada en la Cláusula de establecimiento de la Enmienda primera de la Constitución y que era, por tanto, inconstitucional. La Enmienda primera de la Constitución de los Estados Unidos protege el derecho a la libertad religiosa y a la libertad de expresión de interferencia gubernamental: «El Congreso no legislará respecto al establecimiento de la religión prohibiendo su libre ejercicio»; texto que ha sido interpretado como que ningún gobierno estatal o federal puede establecer una iglesia o aprobar leyes que favorezcan a una más que a otra o ayudar a todas las religiones, ni puede influenciar a nadie para que vaya o deje de ir a las iglesias contra su voluntad o forzarle para que confiese su creencia o no creencia en cualquier religión...»³⁴.

El Tribunal Supremo Federal había establecido en su jurisprudencia una fórmula de tres elementos para poner a prueba la constitucionalidad de las leyes en este punto: 1) la ley tiene que tener «un propósito secular», 2) «su efecto principal o primario tiene que ser tal que ni fomente ni inhiba la religión», y 3) «la ley no puede promover una excesiva imbricación del Estado con la religión»³⁵.

La ACLU (*American Civil Liberties Union*) promovió la presentación de una demanda para impugnar la constitucionalidad de la ley 590, que habría de empezar a regir el siguiente curso 1981/82, entablándose el proceso «*McLean v. Arkansas Board of Education*» que correspondió decidir al juez William R. Overton del Tribunal Federal de Distrito.

Los demandantes veían en esta ley un intento disimulado y sofisticado de burlar la prohibición gubernamental de introducción de creencias religiosas en las escuelas públicas, no queriendo reconocer a la «ciencia de la creación» como ciencia y manifestando que actuaban para mantener la separación Iglesia-Estado «por respeto a la ciencia y por reverencia a la religión»; la inclusión obligatoria de la «ciencia de la creación» forzaba una elección falsa entre ciencia y religión, entre ciencia y Dios. Los demandantes eran en su mayoría obispos, ministros protestantes y teólogos, además de algunos padres de alumnos y orga-

³⁴ Estas interpretaciones del Tribunal Supremo constan en la sentencia del juicio *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 15-16 (1947).

³⁵ Fórmula articulada en *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

nizaciones civiles quienes dirigían la demanda, no contra grupos creacionistas, sino contra el Departamento de Educación de Arkansas ³⁶. Estaban de acuerdo con el juez Black del Tribunal Supremo Federal en el caso *Everson* en que «la finalidad más importante de la cláusula de establecimiento descansa en la creencia de que la unión de gobierno y religión tiende a destruir el gobierno y a degradar la religión» ³⁷.

Afirmaban los demandantes que la ley 590 constituía establecimiento de religión, prohibido por la Enmienda primera de la Constitución, aplicable a los estados por la Enmienda decimocuarta; que violaba el derecho a la libertad académica garantizada por la cláusula de libertad de expresión de la Enmienda primera; y que dicha ley era inadmisiblemente ambigua, violando la cláusula del debido proceso de la Enmienda decimocuarta. Cuestiones éstas que habían surgido anteriormente varias veces en el contexto de la educación pública. Uno de los precedentes relevantes para el juez era el caso *Everson v. Board of Education* de 1947, en el cual el Tribunal Supremo Federal había declarado inconstitucional la ley antievolucionista de 1928 del propio estado del Arkansas, expresando que la intención de la cláusula de establecimiento era «erigir un muro entre la Iglesia y el Estado» ³⁸.

El proceso se desarrolló en diez días de diciembre de 1981 y en la sentencia de 5 de Enero siguiente el juez W. Overton expresó que los dos valores centrales que encierra la cláusula de establecimiento son el «voluntarismo» (el que una persona no pueda ser obligada a creer o no creer en una religión en particular) y el «pluralismo» (el pensar que hay muchas religiones y que todas deben ser toleradas constitucionalmente). «Y es en el área de los colegios públicos donde estos dos valores deben ser más vigilados».

Las tres cuestiones sobre las que giraba el proceso quedaron claramente planteadas en las «líneas generales preliminares» (*Preliminary Outlines*) y en los «resúmenes previos» (*Pre-Trial Briefs*) de las partes contendientes:

1. Si la Ley 590 establecía o no establecía la religión. Esto se manifestaba por una parte en la naturaleza del propósito de la ley, es decir, si tenía una finalidad más bien religiosa que secular o no; también en si el efecto principal era más bien la promoción o avance de la religión o si ni promovía ni inhibía la religión, o si promovía o no un objeto secular educativo al ser ciencia o no serlo la «ciencia de la creación»; y si la ley 590 implicaba o no una excesiva imbricación entre el Estado y la Iglesia.

2. La segunda cuestión planteada era la de si la ley 590 recortaba o no de manera inconstitucional la libertad académica de los estudian-

³⁶ Los demandantes además del Reverendo William Mc. Bean y la ACLU eran los Obispos de Arkansas de las religiones Metodista, Episcopaliana, Católica, clérigos presbiterianos, la Asociación Nacional de Profesores de Biología y la Coalición Nacional para la Educación Pública y Libertad Religiosa. El estado de Arkansas no figuró como demandado por su inmunidad bajo la Enmienda Once; demandados fueron la Comisión de Educación del estado y el director del Departamento de Educación.

³⁷ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947)

³⁸ *Epperson v. Arkansas*, vide cita 25 anterior.

tes y de los profesores, introduciendo la ortodoxia de una teoría científica patrocinada por el Estado en las clases de las escuelas públicas.

3. La tercera era la ambigüedad o no ambigüedad inconstitucional. Tal como quedó fijado en el caso *Connally v. General Construction Company*, «una ley que prohíbe o requiere la realización de un acto en términos tan vagos que las personas de inteligencia normal tengan que adivinar su significado y tengan que divergir respecto a su aplicación viola el elemento esencial del debido proceso de ley»³⁹.

Desde el punto de vista de la Cláusula de establecimiento un análisis funcional de la «ciencia de la creación debiera determinar si sus pretensiones empíricas han sido desarrolladas por los medios normales del discurso científico o habían sido preparadas especialmente para llevar a los estudiantes a ciertas conclusiones religiosas. Esta indagación a su vez comprendió tres consideraciones:

1. ¿Son criterios religiosos articulados los que deciden la selección, organización e interpretación de los datos?, es decir, ¿existen restricciones religiosas en la evaluación de los datos, la ciencia de la creación selecciona, organiza e interpreta hechos observables en la naturaleza de tal manera que los hace aparecer congruentes con una lectura general del *Génesis*?

2. ¿El contenido de la enseñanza de la tesis del «creacionismo científico», promueve o refuerza la aceptación de ideas religiosas? Hay que demostrar además que no hay una justificación secular independiente para incluirla en el plan de estudio.

3. La información de la «ciencia de la creación», ¿tiene apoyo entre los eruditos seculares? Esto determina el *status* de la teoría en el conjunto de la comunidad científica, comprobando el tratamiento otorgado por las sociedades profesionales y las publicaciones reconocidas; se trata de ver si estos creacionistas, por ejemplo, publican sus artículos en revistas científicas que los someten a crítica o si sólo los publican en sus propias revistas, o si las asociaciones profesionales reconocidas se han pronunciado sobre la aceptación o rechazo de tales ideas, o bien, si la inclusión de la ciencia de la creación en los planes de estudio ha sido siempre resultado de influencia política.

Los demandantes presentaron a más de cien expertos para testificar sobre tres aspectos del caso, la religión, la ciencia y la educación⁴⁰. El contexto histórico legislativo y la secuencia específica de los acontecimientos que llevaron a la aprobación de la ley mostraban una finalidad religiosa: el senador proponente había sido J. Holsted, conocido fundamentalista, ningún científico independiente había sido consultado ni tampoco ningún departamento estatal de educación, su redacción era

³⁹ *Connally v. General Construction Company*, 269 U.S. 385 (1926)

⁴⁰ Entre otros testifican Nils Eldredge y Stephen J. Gould antes citados en nota 15 como científicos, M. Ruse como filósofo y Laugdon Gilkey como teólogo.

idéntica a un modelo de ley redactado por P. Ellwanger que había sido distribuido por todo el país para que fuese propuesto en las cámaras legislativas de los estados ⁴¹, el modo de aproximación de la ley a la enseñanza era puntualmente el propuesto en las publicaciones del *Institute for Creation Research*. Respecto a las pretensiones de ser ciencia la «ciencia de la creación», los expertos demostraron que el mero uso de terminología y técnica científica no convierte a algo en ciencia, y demostraron que el «creacionismo científico» no tenía ningún mérito científico, demostrando que cada uno de sus aserciones respecto a la ascendencia separada de hombres y simios, al catastrofismo, etc., no son explicables por leyes naturales ni verificables ni son tampoco falsables. Respecto al valor educativo, los testigos expertos de los demandantes intentaron demostrar que era nulo y que sin una estructura religiosa –sin Dios– la «ciencia de la creación» aparecía simplemente como una mezcla de hechos y aseveraciones no probadas.

Frente a ellos, los testigos presentados por los creacionistas pretendían demostrar que la «ciencia de la creación» tenía el mismo *status* científico que la teoría de la evolución, siendo igualmente defendible, y que no era inevitablemente una doctrina religiosa. Al mismo tiempo intentaban atacar a la evolución citando los desacuerdos entre los evolucionistas –evolución gradual o saltacionista, la selección natural como el mecanismo principal o secundario, etc.– aduciendo que la evolución no es verificable, y que sólo hay dos únicas explicaciones del origen de la vida y de la existencia del hombre, por lo que aquello que es prueba contra la evolución es prueba a favor de la «ciencia de la creación».

Implícitas en este caso hay otras cuestiones más generales que salieron a la superficie en el curso del juicio: ¿quién debe decidir qué debe enseñarse como ciencia en las escuelas?, ¿cuál es la definición y cuáles los caracteres de la ciencia?

El juez Overton emitió su sentencia teniendo en cuenta la historia y el contexto social del movimiento creacionista, las conclusiones de las comunidades científicas y filosóficas respecto al *status* del creacionismo en cuanto ciencia, la relación entre la perspectiva de los dos modelos excluyentes que proclama la ley 590, y la teología en el sentido del fundamentalismo cristiano, así como también tuvo en cuenta el juez el impacto de la ley 590 sobre el sistema educativo de Arkansas.

El juez no tuvo que decidir ninguna cuestión científica de hecho; en su sentencia se admitió eran las legítimas y superiores pretensiones de la comunidad de científicos y educadores para decidir en las cuestiones que conciernen directamente a su particular competencia. Al admitirlo, confiando en las comunidades profesionales y evitando hacer determinaciones científicas propias, el juez llevó los aspectos científicos del debate a su propio foro neutralizando la táctica principal de los nuevos creacionistas de intentar legitimar el proceso científico.

⁴¹ Paul Ellwanger era un creacionista católico fundamentalista que había fundado la asociación *Citizens for Fairness in Education*.

Decidiendo en su sentencia que la ley 590 violaba el principio de separación Iglesia-Estado, el juez declaraba: 1) que la «ciencia de la creación» era un intento transparente de introducir en las escuelas públicas la versión bíblica; 2) que la ciencia de la creación no era defendible científicamente y no tenía el mismo *status* que la teoría de la evolución; 3) que la teoría de la evolución no era una «religión humanista» como alegaban los creacionistas –y en todo caso si la evolución fuese una religión lo que había que hacer era impedir su enseñanza y no empezar a enseñar otra religión opuesta–.

El principio de neutralidad religiosa, en suma, exigía que no se pudiese enseñar en las escuelas públicas estatales información reunida sólo para persuadir a los estudiantes de la superioridad de valores religiosos particulares incluso si tal información omitía referencias religiosas explícitas y basaba sus argumentos en la ciencia.

Los demandantes habían argumentado también que la ley 590 era ambigua en varios aspectos. Ordenaba un «tratamiento equilibrado» sin definir el término, no quedando claro si el equilibrio era respecto al tiempo de dedicación o a la importancia o énfasis otorgados o a la igual legitimidad concedida por los profesores; es decir, los enseñantes tenían que adivinar el significado de la ley. Esta imposibilidad de conocer con exactitud qué es lo que se prohíbe o permite podría llevar a los profesores a evitar enseñar la teoría de la evolución para no tener que enseñar el creacionismo como ciencia, si no les convencía, es decir, no podrían cumplir el mandato de «tratamiento equilibrado» sin arriesgar su empleo.

También habían planteado los demandantes la cuestión de la libertad académica que impedía a los profesores enseñar lo que creían que debían o bien les obligaba a enseñar lo que creían impropio. El juez razonaba que podría suceder que los profesores evitaran tratar materias que afectaban algunos aspectos del «tratamiento equilibrado» de la ley, aún pensando que eran importantes para una adecuada presentación de la enseñanza; ello sería una desventaja para los estudiantes del estado que quisieran seguir estudios superiores, ya que la teoría de la evolución era una pieza fundamental y no sólo de la biología moderna.

Para decidir sobre la inconstitucionalidad de la ley 590 le bastaron al juez los hechos probados y las consideraciones de la primera de las cuestiones –la de si la ciencia de la creación promovía o no ideas religiosas–.

Lo que más se ha discutido de la sentencia fue el uso que hizo el juez de los testimonios de los expertos respecto al *status* de la «ciencia de la creación» como ciencia. En su sentencia el juez Overton estimó como características esenciales de la ciencia que: 1.^a, se guía por la ley natural; 2.^a, se explica por referencia a la ley natural; 3.^a, es contrastable frente al mundo empírico; 4.^a, sus conclusiones son tentativas, es decir, no son necesariamente la última palabra; y 5.^a, es falsable ⁴².

⁴² Apartado IV. C de la sentencia.

El profesor de Historia y filosofía de la ciencia de la Universidad de Pittsburg, L. Laudan, publicó un artículo ⁴³ en el que ponía reparos a esta formulación de las características esenciales de la ciencia según el juez Overton que había servido para contrastar la teoría evolucionista con la creacionista y que le había llevado a deducir que ya que el creacionismo no era ciencia, debía ser religión. «Ya que la ciencia de la creación no es ciencia, la conclusión es inescapable de que el único efecto real de la ley 590 es el avance de la religión» ⁴⁴. Según L. Laudan, las características enunciadas por el juez forman dos grupos: la tercera, cuarta y quinta tienen que ver con la falsabilidad, mientras que las propiedades primera y segunda tienen que ver con la habilidad explicativa. En algunos momentos el juez declara el creacionismo como no verificable, no falsable y como no revisable. Esto no es exacto ya que las aseveraciones del «creacionismo científico» son verificables, han sido verificadas y no han pasado las pruebas; el «creacionismo científico» ha sido falsado y, desde luego, revisado y modificado de vez en cuando. Argumentando como hace el juez Overton que las tesis del «creacionismo científico» no pueden ser probadas ni falsadas, se priva a la ciencia –la auténtica ciencia– de su más fuerte argumento contra el creacionismo. La característica de la ciencia citada por el juez Overton –que la ciencia es cuestión de ley natural y de explicación por ley natural– no se considera apropiada ya que no es científico postular la existencia de un hecho o proceso que no puede ser explicado en términos de una ley científica conocida; L. Laudan concluye su análisis estimando que la victoria en el caso contra la ley 590 de Arkansas se obtuvo a expensas de perpetuar un estereotipo falso de lo qué es la ciencia y de cómo funciona.

3. **Edwards v. Aguillard** ⁴⁵

El caso *Edwards, Governor of Louisiana, et al. v. Aguillard et al.* marcó otro hito histórico entre los procesos legales que han afectado a la controversia creacionismo-evolucionismo. Como en el caso *McLean v. Arkansas Board of Education*, en éste de Louisiana la cuestión central era también la inconstitucionalidad de una ley estatal que exigía igualdad del tratamiento. Presenta, sin embargo, interesantes diferencias en cuanto al nivel de exigencias de la ley, al iter procesal seguido, a las argumentaciones y pronunciamientos de la sentencia final.

Siguiendo, en principio, las mismas pautas que en Arkansas, los activos fundamentalistas de Louisiana habían logrado que se aprobara una ley de este tipo en Julio de 1980. Esta ley llevaba por el título de «Balanced-Treatment for Creation-Science and Evolution-Science in Public School Instruction» –Tratamiento equilibrado para la ciencia de

⁴³ LAUDAN, L., «Science at the Bar: Causes for Concern», *Science, Technology and Human Values*, 7, núm. 41, 1982, pp. 16-19.

⁴⁴ Apartado VI. B. de la sentencia.

⁴⁵ *Edwards, Governor of Louisiana, et al. v. Aguillard et al.*, 482 U.S. 578 (1987).

la creación y la ciencia de la evolución en la instrucción de las escuelas públicas—⁴⁶.

El Apartado 4A de la ley ordenaba que «las escuela públicas del Estado darán tratamiento equilibrado a la ciencia de la creación y a la ciencia de la evolución. Tratamiento equilibrado de estos dos modelos se dará en las conferencias de las clases en cada curso, en los materiales de texto, en los materiales de biblioteca y en los programas educativos, con la extensión con que tales conferencias, libros de texto, materiales de biblioteca o programas educativos traten del modo que sea la materia del origen del hombre, la vida, la tierra o el universo. Cuando se enseñe creación o evolución, se enseñará cada una como una teoría más que como un hecho científico probado».

«Tratamiento equilibrado» quiere decir «proveer la información e instrucción en ambos modelos de creación y evolución que el profesor determine como necesaria y apropiada para adquirir comprensión de ambas teorías a la vista de los libro de texto y otros materiales instructivos para uso de la clase» (apartado 3.1). La ciencia de la creación se define en el apartado 3.2 como «las pruebas científicas de la creación y las inferencias de esas pruebas científicas»; en el apartado 3.3 la ciencia de la evolución es definida paralelamente como «la pruebas científicas de la evolución y las inferencias de esas pruebas». Otros apartados de la ley exigen que se elaboren guías de estudio y se suministren servicios de recursos para la enseñanza de la ciencia de la creación; aún otro limita la condición de miembros de los paneles de recursos a los científicos creacionistas; prohíbe asimismo a las comisiones de las escuelas discriminar en contra de cualquiera que elija enseñar «ciencia de la creación», mientras que no protege a quienes elijan enseñar otras teorías o a quienes rehusen enseñar «ciencia de la creación».

La ley fue aprobada en 1982, varios meses después de su presentación en la legislatura del estado, cuando ya se había presentado la demanda contra la ley 590 de Arkansas. Una acción legal de petición en juicio sumario de mandamiento judicial de prohibición de aplicación fue presentado ante el Tribunal Federal de Distrito para que fuese declarada inconstitucional la ley por vulnerar la Constitución del estado⁴⁷. Los demandantes eran padres, profesores, organizaciones y líderes religiosos, asociaciones de profesores y asociaciones científicas. El Tribunal de Distrito, después de varias decisiones previas en recursos presentados, emitió una resolución en el sentido solicitado, decisión que fue recurrida ante el Tribunal Federal de Apelaciones del Quinto Circuito que confirmó el 8 de julio de 1985 la decisión del Tribunal de Distrito, también después de varios recursos e incidentes que dilataron la resolución final⁴⁸.

La decisión del Tribunal de Apelaciones fue a su vez apelada ante el Tribunal Supremo Federal celebrándose la vista en diciem-

⁴⁶ La referencia de la ley es: La. Rev. Stat. Ann 17: 286 (West 1982).

⁴⁷ *Aguillard v. Treen*, 634 F. Supp. 426 (EDLA 1985).

⁴⁸ 765 F.2d. 1251 - CA 5, 1985.

bre de 1986, emitiéndose la sentencia en Junio de 1987. El Tribunal presidido por el juez J. Brennan decidió por mayoría de 7 a 2 declarar inconstitucional la ley en cuestión, presentando los jueces A. Scalia y C. J. Rehnquist opiniones disconformes⁴⁹.

A los iniciales demandantes de 1981, ahora apelados ante el Tribunal Supremo en 1986, se unieron como «amici curiae», además de los estados de Nueva York e Illinois, asociaciones religiosas, cívicas y sindicales, la Academia Nacional de las Ciencias y como dato muy relevante, 72 Premios Nobel y el Reverendo William Mc. Lean que había encabezado la demanda contra el estado de Arkansas en 1981.

A los ahora apelantes defensores de la constitucionalidad de la ley, el Gobernador Edwards de Louisiana, el Abogado General del Estado, el Departamento Estatal de Educación, se unieron en calidad de «amici curiae» dos asociaciones religiosas y una cívica. Es curioso notar que la Comisión de Educación Primaria y Secundaria de Louisiana y el Comité de la Escuela Parroquial de Nueva Orleans, que habían figurado inicialmente entre los defensores de la ley, se realinearon más tarde como demandantes en contra.

Aunque a los comités estatales de educación y a los comités locales se les concede generalmente bastante discrecionalidad operativa en las escuelas públicas, el Tribunal Supremo Federal había, en varias ocasiones, reconocido que tal discrecionalidad debería ser ejercitada en concordancia con los trascendentes imperativos de la Enmienda primera. En esta cuestión debía ejercerse una vigilancia particular debido a la autoridad y poder coactivo del Estado en la obligatoriedad de la enseñanza, en la que las familias confían en que no se utilicen a las clases con el propósito de inculcar ideas religiosas que pudieran entrar en conflicto con sus creencias privadas; por ello «la escuela pública es al mismo tiempo el símbolo de nuestra democracia y el modo más persuasivo de promoción de nuestro destino común. En ninguna otra actividad del Estado es más vital rechazar las fuerzas fragmentantes que en las escuelas»⁵⁰. Por esta razón el Tribunal Supremo Federal había invalidado leyes de algunos estados porque promovían creencias religiosas en las escuelas, tales como las referentes a la oración escolar, lectura de la Biblia, etc.⁵¹.

En la aplicación de la prueba citada de constitucionalidad de tres puntos —que había sido elaborada en el caso *Lemon v. Kurtzman*— el Tribunal Supremo fue en el caso Louisiana particularmente exhaustivo. El primer punto es la investigación de si el verdadero y real propósito o intención gubernamental al promulgar una ley es promover la religión, sea la religión en general o una creencia religiosa en particular; de tal manera que si ése fue el propósito de la promulgación de la ley no hace falta considerar los segundo y tercer puntos de la prueba de constitucionalidad.

⁴⁹ Referencias: 1987 U.S. LEXIS 2729; 55 U.S.L.W. 4860.

⁵⁰ Apartado II de la sentencia.

⁵¹ Tales son los casos: *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1960); y el antes citado *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968).

La ley tenía que tener un propósito secular claro. El que la ley de Louisiana declaraba era el de proteger la libertad académica; sin embargo, ya el Tribunal de Apelaciones había llegado a la conclusión de que la ley no estaba diseñada para alcanzar ese objetivo. Exigir a las escuelas que enseñen la «ciencia de la creación» con la ciencia de la evolución no mejoraba la libertad académica porque no existía anteriormente ninguna ley que les prohibiera enseñar cualquier teoría científica; luego, con la ley en estudio, no se les concedía a los profesores mayor flexibilidad de la que ya tenían. Esta ley en realidad disminuía la libertad académica ya que no podían enseñar la teoría evolucionista a no ser que enseñasen también la creacionista –incluso si el profesor pensaba que tal programa resultaba una instrucción científica menos efectiva–. En todo caso, la libertad académica estaba limitada por la Cláusula de establecimiento.

Los apelantes, defensores de la constitucionalidad de la ley, manifestaban que se entendía «libertad académica como un concepto básico de imparcialidad (*fairness*)». El Tribunal encontró que este objetivo difícilmente se conseguiría con las provisiones de una ley que discriminaba preferentemente a favor de la «ciencia de la creación» y en contra de la enseñanza de la teoría de la evolución; en efecto la ley exigía que se redactasen unas guías aclaratorias de la «ciencia de la creación» mientras que nada comparable decía respecto a la teoría de la evolución; análogamente, la financiación de recursos estaba prevista para la «ciencia de la creación» pero no para la de la evolución; solamente «científicos creacionistas» podían formar parte del panel que suministraba esa financiación de recursos; la ley prohibía la discriminación en contra de quienes decidían ser «científicos creacionistas» o enseñar el creacionismo, pero no protegía de igual modo a quienes decidieran enseñar la evolución o cualquier otra teoría científica no creacionista, o rehusasen enseñar la «ciencia de la creación».

La ley, por tanto, no servía para proteger la libertad académica sino que tenía la finalidad claramente diferente de desacreditar la teoría de la evolución por medio de contrapesar en todas las ocasiones su enseñanza con la enseñanza del creacionismo.

Por otra parte, el Tribunal estimó que era claro que existía en la aprobación de la ley un preeminente propósito religioso. De una parte había un antagonismo histórico y contemporáneo entre la enseñanza de ciertas denominaciones religiosas y la enseñanza del evolucionismo; las leyes antievolucionistas de los años veinte habían sido producto del fervor religioso fundamentalista. Tal antagonismo estaba también presente en la ley de Louisiana como lo revelaba el contexto histórico legislativo del documento, la propia propuesta, su lenguaje directo, los expertos llamados por los proponentes para testimoniar en las cámaras legislativas, la específica secuencia de acontecimientos que llevaron a la aprobación de la ley⁵². Todo ello revelaba en opinión del Tribunal que la «ciencia de la creación», tal como estaba contemplada en la ley recu-

⁵² Apartado III A de la sentencia.

rrida, incorporaba determinadas creencias religiosas y reestructuraba los programas escolares de ciencias para conformarlos con esas particulares creencias, «dándole ventaja persuasiva a una doctrina religiosa particular que rechaza completamente la base fáctica de la evolución. Por lo tanto, la ley está diseñada o bien para promover la teoría de la ciencia de la creación que incorpora principios religiosos particulares o bien para prohibir la enseñanza de una teoría científica no favorecida por ciertas sectas religiosas. En cualquiera de estos casos, la ley conculca la Enmienda primera»⁵³.

Por lo tanto la ley no tenía un claro propósito secular; avanzaba un punto de vista de creación supernatural que coincidía con doctrinas centrales de ciertas denominaciones religiosas; e imbricaba significativamente los intereses de Iglesia y Estado al proveer soporte financiero para alcanzar una finalidad religiosa. Se comprobaban los tres puntos de la prueba de inconstitucionalidad del caso *Lemon v. Kurtzman*.

El proceso de Louisiana es sustancialmente similar al de Arkansas pero entre ellos hay diferencias significativa que conviene resaltar.

El estado de Arkansas no apeló la decisión del juez Overton y el litigio tuvo una tramitación procedimental lineal y con pocas cuestiones incidentales. El proceso de Louisiana, en cambio, se dilató siete años desde su inepción hasta la sentencia final debido a múltiples cuestiones incidentales formales que exigían pronunciamientos previos. El hecho de haber sido resuelto por el Tribunal Supremo Federal concede al caso Louisiana particular relevancia, aunque en el de Arkansas se ventilaron asuntos de carácter epistemológico relativos a la naturaleza de la ciencia que en Louisiana no fueron tratados. Los trámites para la aprobación legislativa en Arkansas fueron rápidos y de estudio superficial, mientras que la secuencia legislativa en Louisiana tardó varios meses y fue objeto de siete audiencias (*hearings*) con testimonio de expertos creacionistas, científicos y teólogos.

En realidad la discusión en torno a la ley 590 de Arkansas influyó en la propia redacción de la de Louisiana; el planteamiento de la demanda contra la ley de Arkansas indujo variaciones en el texto legal de Louisiana –por ejemplo, se suprimió toda referencia a la «creación *ex nihilo*» y varios de los principios rectores de la teoría de la «ciencia de la creación». La sentencia del juez Overton del Tribunal de Distrito Federal es citada varias veces como precedente en la sentencia superior del caso Louisiana⁵⁴.

La conexión entre el proceso Scopes en Tennessee y los de Arkansas y Louisiana está en que la publicidad sensacional del primero indujo años más tarde a adoptar un lenguaje menos explícito en Arkansas y Louisiana: «Las referencias en la ley de Tennessee al “rela-

⁵³ Apartado III B de la sentencia.

⁵⁴ Una particularidad en el caso Louisiana es la «opinión disidente» (voto reservado) de dos de los nueve jueces del Tribunal Supremo. El juez A. Scalia disiente, y se adhiere el juez J. Rehnquist, poniendo en duda, incluso, lo apropiado que realmente sea «la prueba Lemon» (del caso *Lemon v. Kurtzman*) «que sacrifica la claridad y predicción por la flexibilidad».

to de la creación divina del hombre tal como enseña la Biblia” fueron eliminadas pero no hay duda de que la motivación en la ley 590 de Arkansas era la misma: suprimir la enseñanza de una teoría que, se pensaba, negaba la creación divina del hombre».

VI. EL CREACIONISMO ACTUAL. DECISIONES JUDICIALES RECIENTES

Las decisiones judiciales en los procesos de Arkansas y Louisiana hicieron que los creacionistas cambiaran nuevamente de estrategia e intentaron introducirse por otra vía en la enseñanza pública; en lugar de presionar a nivel político para lograr la aprobación de leyes, se decidieron por una aproximación más discreta y cautelosa a base de intentar lograr pequeñas victorias en los comités escolares locales o con los profesores locales, logros que pudieran más tarde ser extendidos a nivel nacional.

Para ello han utilizado una vía de escape en la sentencia de Louisiana: «enseñar una variedad de teorías científicas acerca de los orígenes de la humanidad a los niños de escuela podría hacerse válidamente con la finalidad claramente secular de reforzar la efectividad de la instrucción científica». El juez Scalia del Tribunal Supremo Federal en el proceso de Luisiana había escrito en la exposición de su voto disidente que «la gente de Louisiana, incluidos los fundamentalistas cristianos, tienen derecho, como asunto secular, a que se les presente en sus escuelas las evidencias que puedan existir en contra de la evolución, lo mismo que Mr. Scopes tenía derecho a presentar la evidencia científica que había a favor de ella». Para evitar referirse a la creación los anti-evolucionistas utilizan, precisamente, la expresión «evidencia científica contra la evolución».

La «teoría del diseño inteligente», una de las nuevas «teorías científicas creacionistas» acerca de los orígenes de la humanidad, fue expuesta en 1984 en el libro de P. Davis y H. Kenyon, «Of Pandas and People», que fue distribuido a padres y profesores locales en varias comunidades para su adopción para uso escolar. Esta «teoría del diseño inteligente» se deriva del argumento del diseño que Paley expuso en su libro *Teología Natural* en 1802 –Dios como «relojero necesario»⁵⁵–; Davis y Kenyon muestran muchos ejemplos de complejidad estructural de los seres vivos –por ejemplo la doble hélice del ADN– que según ellos no pueden ser explicados por el azar evolucionista, por lo que tales estructuras han de ser resultado de un diseño inteligente. No se nombra a ningún diseñador ni al creacionismo, intentando así evitar la prohibición de la cláusula de establecimiento.

La nueva estrategia de discreta campaña anti-evolucionista a nivel local ha logrado, al menos, que la Comisión Estatal de Educación de

⁵⁵ PALEY, W., *Natural Theology: or, Evidences of the Existence of the Deity*, Collected from the Appearance of Nature, Londres, Baynes, 1802.

Alabama, a finales de 1995, exigiese a las escuelas públicas que en los textos de biología se inserte un «mensaje» que dice textualmente: «Este libro de texto trata de la evolución, una teoría controvertida que algunos científicos presentan como una explicación científica del origen de los seres vivos, tales como las plantas, los animales y los humanos. Nadie estaba presente cuando la vida apareció por primera vez en la faz de la tierra, por lo tanto cualquier aseveración acerca del origen de la vida debe ser considerada como teoría, no como hecho. La palabra “evolución” puede referirse a muchos tipos de cambio. “Evolución” describe cambios que ocurren en una especie (mariposas nocturnas blancas, por ejemplo, pueden “evolucionar” a grises). Este proceso es microevolución, que puede ser observada y descrita como hecho. “Evolución” puede también referirse al cambio de un ser vivo a otro, tal como reptiles a pájaros. Este proceso, llamado macroevolución, nunca ha sido observado y debiera ser considerado teoría. “Evolución” también se refiere a la creencia no probada de que fuerzas al azar no dirigidas produjeron el mundo de los seres vivos. Hay muchas preguntas sin contestar acerca del origen de la vida que no se mencionan en su libro de texto, incluyendo: ¿por qué los grupos principales de animales aparecieron repentinamente en el registro fósil (conocido como “la explosión cámbrica”)?, ¿por qué no han aparecido nuevos grupos principales de seres vivos en el registro fósil desde hace mucho tiempo?, ¿por qué los principales grupos de plantas y animales no tienen formas transicionales en el registro fósil?, ¿cómo tú y todos los seres vivos han llegado a poseer un conjunto tan completo y complejo de “instrucciones” para construir un cuerpo vivo? ¡Estudia bien y mantén la mente abierta! Algún día puede que tú contribuyas a las teorías de cómo los seres vivos aparecieron sobre la tierra».

Sutilmente se utilizan muchos argumentos clásicos en contra de la evolución, tales como «creencia no probada», «grupos de organismos que no cambian» y «ausencia de formas transicionales» entre ellos, la confusión deliberada entre el significado científico de teoría y el significado popular de conjetura.

En una denuncia general, Henry Morris, fundador del *Institute of Creation Research*, escribió en 1963 que la evolución era «el fundamento del comunismo, fascismo, freudianismo, darwinismo social, conductismo, kinseismo, materialismo, ateísmo y, en el mundo religioso, modernismo y neo-ortodoxia»⁵⁶. Los movimientos de los años 80 y 90 de la «Nueva Derecha» (New Right, Moral Majority, Radical Right) se empeñan en guerras ideológicas de amplio espectro –contra el aborto, los derechos civiles de los homosexuales, etc.– y en enfrentarse a la ciencia como representativa de la diversidad cultural y de las tendencias no religiosas.

Los creacionistas, en efecto, presentan a la evolución como una «filosofía naturalista». Philip Johnson, profesor de Derecho en Berkeley,

⁵⁶ MORRIS, H., *Creation Research Society Quarterly*, 1963.

escribe que «el Naturalismo alcanzó el dominio cultural solamente después de que Darwin proveyera una historia plausible del origen de las formas de vida», y que «una vez que el Naturalismo se consideró como la ortodoxia en la ciencia, se convirtió en el aserto fundacional en todos los campos académicos... Por ejemplo en el Derecho, la justicia y la moral son meramente ideas que inventa la mente humana cuando ha evolucionado hasta un cierto nivel». Aduce este autor que la teoría jurídica americana refleja los puntos de vista de Oliver Wendell Holmes, darwinista reconocido, quien según Johnson enseñó que el Derecho es simplemente cuestión de imponer principios y criterios políticos y económicos que se juzgan socialmente ventajosas ⁵⁷.

Lo cierto es que la evolución, como teoría científica que es, explica el mundo natural por medio de causas naturales sin poder referirse a lo sobrenatural, ni menciona temas teológicos tales como una creación divina; es decir, es metodológicamente naturalista. El naturalismo filosófico es otra cosa: es una creencia –no ciencia– en que el universo es sólo materia y energía, en que no existen seres sobrenaturales. El que algunos o muchos científicos sean filósofos naturalistas no creyentes no hace atea a la ciencia. Los creacionistas actuales confunden voluntaria o involuntariamente el naturalismo metodológico de la ciencia con el naturalismo filosófico que puedan o no defender algunos científicos. En realidad, los creacionistas se apoyan en una dicotomía falsa; quieren hacer creer que no se puede ser evolucionista y creyente religioso a la vez. Los demandantes que pretendían la declaración de inconstitucionalidad en los juicios de Arkansas y Louisiana eran precisamente clérigos de Iglesias cristianas que expresaron bien claro que tal confusión era «destructiva para el Estado y degradante para la religión». La verdadera dicotomía no está entre ciencia y religión sino entre interpretación bíblica literal y no literal.

El fundamentalismo utiliza las particularidades de la tradición religiosa e intelectual americanas junto con algunos prejuicios elementales y algunos resentimientos genuinos. «El fundamentalismo, al igual que una especie, tiene que evolucionar o extinguirse cuando cambia el medio ambiente. No es un proceso suave en cualquiera de los casos ⁵⁸».

Entre las más recientes resoluciones judiciales sobre esta controversia se ha de destacar la del caso *Webster v. New Lenox School District* de 1990 ⁵⁹ en la que el tribunal de apelación del Séptimo Circuito mantuvo la decisión del tribunal inferior que había resuelto que el distrito escolar no había conculcado el derecho de libre expresión de un profesor al que se le había prohibido enseñar «ciencia de la creación» al ser esta una forma de promoción religiosa.

⁵⁷ JONHSON, Ph. E., *Reason in the Balance: The Case Against Naturalism in Science, Law and Education*, Intervarsity 1982.

⁵⁸ DENNET, D., *Darwin's Dangerous Idea*, New York, Simon & Schuster, 1995, p. 516.

⁵⁹ *Webster v. New Lenox School District*, 917 F.2d. 1004 (7th Cir. 1990).

En el caso de *Peloza v. Capistrano School District* de 1994 ⁶⁰ el tribunal de apelación del Noveno Circuito mantuvo la decisión del tribunal inferior en que el distrito escolar podía exigir que la enseñanza de la teoría de la evolución fuese enseñada en las clases de biología, sin que con ello se violase el derecho del profesor al ejercicio de la libertad religiosa recogido en la Primera enmienda.

En el de *Freiler v. Tangipahoa Parish Board of Education* de 1997 ⁶¹ el tribunal federal del Distrito del Este de Luisiana rechazó la directriz que el distrito escolar había impuesto a sus profesores de que se leyese a los alumnos una advertencia –supuestamente para promover el pensamiento crítico– que inducía a considerar a la teoría de la evolución como perspectiva religiosa contraria a otras perspectivas también religiosas. Esta última decisión es importante ya que reconoce además las propuestas que la corriente creacionista de «teoría del diseño inteligente», antes citada, son equivalentes a la enseñanza de la «ciencia de la creación».

⁶⁰ *John E. Peloza v. Capistrano Unified School District*, 917 F.2d. 1004 (9th Cir. 1994).

⁶¹ *Freiler v. Tangipahoa Parish Board of Education*, No.94-3577 (E. D. La Aug. 8, 1997).

El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. von Savigny

Por JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA
UNED

Este tema es un problema epistemológico de primer orden a la hora de estudiar el pensamiento jurídico de F. K. von Savigny, en la medida en que constituye una interesante *piedra de toque* para la comprensión general de la doctrina historicista del Derecho savigniana. Sin embargo, también es uno de los más difíciles de tratar debido a la diversidad de interpretaciones existentes al respecto por parte de los autores que lo han abordado y a su escasa coincidencia en cuanto a los resultados, de ahí que pueda calificarse como uno de los más confusos en la abundantísima bibliografía en torno al jurista alemán.

En efecto, la gran proliferación de interpretaciones (algunas de ellas radicalmente contrarias entre sí) ha dado pie a multitud de conclusiones en la valoración de este problema en el pensamiento savigniano. Denominaciones como *criptoiusnaturalismo*, *positivismo científico-jurídico*, *iusnaturalismo conceptualista*, *iusnaturalismo metafísico-historicista* o *iusnaturalismo tácito*, por poner algunos ejemplos ¹ no dejan duda sobre el hecho de que se trata de un problema de gran complejidad y de difícil solución para el caso de Savigny.

¹ Estas denominaciones corresponden respectivamente a M. Hurtado Bautista, A. Ollero e I. Peidró (*vid.* HURTADO BAUTISTA, M., «Supuestos iusnaturalistas en el pensamiento de Savigny», *Anales de la Universidad de Murcia*, XVIII, 1, 1958-59, pp. 53-78; OLLERO, A., «Savigny: el legalismo aplazado», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Chile, vol. I, 14, 1979, pp. 543-586; DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Madrid, Taurus, 1984, p. 264; y PEIDRÓ PASTOR, I., «La huella del Derecho natural en Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, vol. II, pp. 449-494).

Contribuye a ello el que el propio Savigny no tratase directamente esta cuestión en su obra. No es un problema que preocupe a primera vista al autor alemán, de manera que no existe por su parte un pronunciamiento expreso al respecto ². Así pues, se puede afirmar sin temor a exagerar que estamos ante el que quizá sea el más polémico aspecto de la teoría jurídica de Savigny.

Asimismo, la causa de esta situación radica en buena medida también en la gran confusión que existe a la hora de determinar qué sea Derecho natural y cuáles sus características propias. Como afirma descorazonadamente M. Villey, bajo el término *Derecho natural* encontramos *une cinquantaine de sens* ³. La disparidad de interpretaciones tiene su razón, pues, en que se aborda este problema a veces sin tener suficientemente claros los presupuestos sobre los que se sustenta la valoración final, de manera que se trata sin establecer con anterioridad las bases sobre las que ésta se va a fundamentar. Es por ello que se impone realizar esta tarea en primer lugar.

1. LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL

1.A) El problema del Derecho natural

La expresión *Derecho natural* presenta la curiosa particularidad de haber sido utilizada por las tendencias y escuelas filosóficas más diversas ⁴. Ello se explica por el carácter marcadamente ambiguo que presenta la expresión. Esta ambigüedad se desprende del hecho de que, tanto el término *Derecho* como el término *natural*, presentan multitud de significados, cuyo número se amplía enormemente cuando se combinan ambos; además su larga Historia ha motivado que, según las épo-

² Como dice H. Welzel, por parte del jurista alemán «... una verdadera polémica con el Derecho natural no la hubo en realidad» (WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, trad. de F. González Vicén, Madrid, Aguilar, 1971, p. 170; cfr. también GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela histórica del Derecho», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX-Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad, 18-19, 1978-1979, p. 39).

Esta circunstancia puede ser ya interpretada como expresión de que, frente a la tradición iusfilosófica anterior, las preocupaciones de Savigny iban por otros derroteros y que, por tanto, no era el Derecho natural entendido en sentido *tradicional* o *clásico* (si se pueden emplear tales términos) el centro sobre el que iba a girar su reflexión. Sin duda, esto es una muestra de que, en relación con este problema, las cosas empiezan a cambiar, lo cual ha de tenerse en cuenta, por otra parte, a la hora de valorar el pensamiento de Savigny al respecto.

³ VILLEY, M., *Philosophie du Droit*, vol. II: *Les moyens du Droit*, 2.^a ed., París, Dalloz, 1984, p. 115.

⁴ Desde la clásica *Escuela española de Derecho natural*, pasando por el racionalismo jurídico dieciochesco, hasta un autor como el sociologista E. Ehrlich, quien se sirvió de la expresión *natürliches Recht* para calificar su propia doctrina.

cas y autores, haya adoptado diversidad de significaciones⁵. Su pretensión de ser *el Derecho que proviene de la naturaleza* impone previamente, en la determinación de su concepto, la discusión en torno a *qué es naturaleza*, y en qué modo se hace posible de ella la deducción de preceptos rectores de la conducta humana⁶.

⁵ El concepto de Derecho natural procede de la Grecia clásica, sobre todo merced a la actividad filosófica de los sofistas, que fueron quienes introdujeron la expresión a propósito de su especulación en torno al *nomos* y la *physis*, contraponiendo lo convencional y artificial a lo natural. Se encuentra conceptualizado germinalmente en Platón (en el diálogo *Sobre las leyes*), en el sentido de una ley eterna y un Derecho divino que constituyen la *razón* ordenadora del cosmos y del hombre; y se completa en su desarrollo por Aristóteles (en el libro V de la *Ética a Nicómaco*), entendiéndolo como *justo natural* que en todas partes tiene la misma fuerza y que no depende de la arbitrariedad del hombre, frente al *politikón dikaión nomikón* o Derecho civil, que es propio de cada pueblo y que considera como *justo legal mutable*.

En la Jurisprudencia romana se acoge esta tradición iusnaturalista, sobre todo merced a Cicerón y Gayo, quienes recogen la idea aristotélica de Derecho natural y la colocan en un mismo plano objetivo que el *ius civile*, concretándolo en aforismos y brocardos que a veces resultan confundidos con el propio *ius gentium*.

El Cristianismo prosigue esta tradición fundamentándose en la existencia de un Dios creador, ordenador y legislador del Universo, del cual provienen todas las verdades fundamentales sobre las que asienta la concepción cristiana de la *Ley* y el teocentrismo jurídico que caracterizará el iusnaturalismo cristiano de todos los tiempos. Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, con su distinción entre *ley eterna*, *ley natural* y *ley positiva*, dotan de base doctrinal a este iusnaturalismo.

Posteriormente, la escolástica *Escuela española del Derecho natural* elabora una Filosofía del Derecho natural y de gentes junto a una Filosofía del Derecho internacional y otra del Derecho penal en estricta colaboración con la Teología. En referencia al Derecho natural, los teólogos-juristas españoles se vieron obligados a buscar un fundamento nuevo del mismo, bien en la *naturaleza humana* sin más, bien en la *razón* humana autónoma que no reconocer criterio superior. Con ello se negaba el entronque (tradicional en el iusnaturalismo cristiano) con el orden moral y con el orden ontológico universal regido por la ley eterna. Ello dio pie en un caso y otro a un Derecho natural *demasiado natural*, o bien *demasiado racional*, representados, respectivamente, por la Escuela protestante del Derecho natural y por el prerracionalismo de Grocio que desembocó en el racionalismo iusnaturalista iluminista y kantiano (Sobre la Historia del iusnaturalismo desde la Grecia clásica hasta principios del siglo XIX la bibliografía es inabarcable. Resultan interesantes: LIPP, M., *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980; SERRANO VILLAFANE, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, 2.ª ed. Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977; FERNÁNDEZ-GALIANO, A. y CASTRO CID, B., *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho natural*, 2.ª ed., Madrid, Universitas, 1995; SANCHO IZQUIERDO, M. y HERVADA, J., *Compendio de Derecho natural*, vol. II: *Desde el Renacimiento hasta la actualidad*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, vol. I: *De Heráclito a la Revolución Francesa*, 7.ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1992).

⁶ No debe olvidarse, como señala G. Robles, que el Derecho natural constituye también un problema fundamental, no sólo de la Filosofía jurídica, sino también de la Filosofía política, en el sentido de que está íntimamente vinculado al problema de la política jurídica; esto es, a la reflexión en torno al tipo de sociedad que se estima como idealmente justa y a su Derecho correspondiente. Ello lo incardina en el ámbito de la Ética, de forma que el Derecho natural pasa a ser también objeto de las preocupaciones de moralistas y teólogos, y no sólo de juristas. Aquí reside uno de los puntos fundamentales de confusión en torno a este problema en la medida de que en muchas ocasiones resulta difícil discernir en que ámbito conceptual y metodológico se mueven los autores que se ocupan de él. En palabras de G. Robles, «... constituye, pues, un *símbolo* cargado de resonancias, y respecto del cual

1.B) El concepto de naturaleza

Como ya se puso de manifiesto al hablar del concepto de *Derecho natural*, resulta imposible entender el concepto de *naturaleza* en toda su riqueza sin acudir a la Historia de la Filosofía. Ésta nos demuestra que, en la inmensa mayoría de sentidos que ha presentado ⁷, se encuentra íntimamente ligada al problema del *ser*, de manera que constituye un problema *ontológico* fundamental ⁸.

Debemos partir de la ontología aristotélica ⁹ y de su concepto de *physis* para establecer lo que M. Villey denomina como el *concepto clásico de Derecho natural*, en la medida en que su concepto de *naturaleza* es fundamental para tal determinación ¹⁰. Así, teniendo en cuenta que para el filósofo griego la ontología tiene como objeto central a los *seres naturales* del mundo *sublunar*, *physis* es: «... la esencia de los seres, que tienen en sí y por sí mismos el principio de su movimiento. La materia no se llama en efecto naturaleza, sino porque es capaz de recibir en sí este principio, y la generación, así como el crecimiento, sino porque son movimientos producidos por este principio. Y este principio del movimiento de las cosas naturales reside siempre en ellas, ya

es muy fácil confundir los diversos planos de tratamiento» (ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1988, p. 18).

⁷ Resultan de gran utilidad las exposiciones que realizan E. Wolf y R. Panikkar. Ambos ponen de relieve esta diversidad. Así, Wolf distingue *Natur als Originalität, als Kausalität, als Idealität, als Kreativität, als Realität*, etc..., y Pannikar habla de *naturaleza* como *nacimiento*, como *principio engendrante*, como *Dios*, como *forma*, como *esencia*, como *ser*, etc. (cfr. en general, WOLF, E., *El problema del Derecho Natural*, trad. de M. ENTENZA, Barcelona, Ariel, 1960; y PANNIKAR, R., *El concepto de Naturaleza. Análisis histórico y metafísico de un concepto*, 2.^a ed., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Filosofía «Luis Vives», 1972, pp. 21 a 51).

⁸ Afirma Pannikar en este sentido: «No es sólo un problema preteológico o cosmológico, sino ante todo metafísico. El concepto de naturaleza (...) tiñe todo el ámbito del ser y afecta a la raíz misma del problema nuclear de la metafísica (...). La cuestión de la naturaleza vista con toda su amplitud y generalidad es el problema del *ser* y del *sentido del ser*. En él se entrecruzan todas las visiones acerca del mundo, y su concepto es un constitutivo esencial de los distintos sistemas filosóficos» (PANNIKAR, R., *op. cit.*, pp. 2-3).

⁹ Arrancamos desde Aristóteles porque en toda su obra su idea de la *naturaleza* tiene una importancia fundamental (aparece en todos sus escritos) y sincretiza todas las acepciones que de ella imperaban en la Grecia clásica. Así por ejemplo, desde los filósofos jónicos de la naturaleza, pasando por Solón, los sofistas, Platón o por historiadores y médicos como Tucídides e Hipócrates tenían una conciencia clara de la importancia fundamental del concepto de *naturaleza (physis)* sobre todos los demás. Como dice W. Jaeger, «... los griegos tienen un sentido innato de lo que significa *naturaleza*» (JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Trad. de J. XIRAU y W. ROCES, 2.^a ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 9; y en general TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. I: *De los orígenes a la Baja Edad Media*, 3.^a ed., Madrid, Revista de Occidente, 1961, pp. 100 ss.).

¹⁰ No obstante, debe señalarse que fue Platón quien puso las auténticas bases del concepto aristotélico. Fundamentalmente, el platonismo trasplantó el concepto a un mundo trascendente, de manera que las cosas terrestres forman parte y participan de él, y lo imitan en su actividad. Sobre la base de este planteamiento formal, Aristóteles entiende que la verdadera naturaleza de las cosas se halla en los conceptos forjados por la mente; y estos conceptos tienen un carácter abstracto y general.

sea en potencia, ya en acto»¹¹. De las anteriores palabras, se puede inferir un concepto de *naturaleza* en Aristóteles como principio *individual* del movimiento que se encuentra dentro de cada ser, de manera que podrá hablarse desde ahora de *naturalezas* y preguntarse por una *naturaleza* de una determinada clase de seres, o de un ser particular, puesto que su *physis* es suya y de ningún otro ser más. De esta noción, el Estagirita deduce que el hombre (como *ser* que es) vive sometido al imperio del orden *natural*, de manera que nuestro cuerpo no difiere de los del resto de los animales.

Asimismo, para Aristóteles el cuerpo no está radicalmente separado del espíritu: cuando yo envejezco no significa sólo que pierdo mis cabellos, sino también la memoria. Esto es consecuencia del orden natural. La prueba de ello se encuentra en la psicología, los caracteres y en los modos de vivir del hombre con total constancia y regularidad. Las situaciones típicas de valentía, bestialidad, inteligencia, templanza o ignorancia se dan en todo tiempo: son fenómenos *naturales* sobre los que se puede edificar una teoría de las virtudes y los vicios; en definitiva, una *moral natural*.

Por otra parte, Aristóteles observa la existencia natural de *comunidades* humanas; en concreto, la familia y la ciudad. La primera cambia a través de los tiempos como cambia todo ser natural¹² y puede ser más

¹¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de P. DE AZCÁRATE, 12.ª ed., Madrid, Austral, Espasa Calpe, 1988, p. 136.

Más tarde la Escolástica reformularía este concepto en el célebre aforismo: *Natura est principium motus et quietis eius in quo est, per se primo, et non secundum accidens* («Naturaleza es el principio último de toda energía, intrínseco al ser de que se trata y que es en él algo sustancial y no un mero accidente»).

Una buena exposición del concepto de *naturaleza* en Aristóteles se encuentra en: NESTLÉ, W., *Historia del espíritu griego. Desde Homero hasta Luciano*, trad. de M. Sacristán, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1975, pp. 203 ss.

¹² En Aristóteles tiene una gran importancia la idea de *cambio* (*kinesis*). Ésta tiene por objeto el *movimiento*, entendido este término en su sentido más amplio: no sólo como movimiento *local* (cambio de lugar en el espacio), sino también en el sentido de alteración cualitativa (génesis, crecimiento y corrupción).

En este sentido, existen seres inmutables, como las entidades matemáticas, como el círculo o el cuadrado, que son entes de razón; o los astros, cuya trayectoria *circular* era tenida por invariable, atribuyéndosele una esencia divina. Sin embargo, como se apuntó *supra*, Aristóteles fija su atención en el mundo de aquí abajo, lo que él llama mundo *sublunar*, de tal manera que la Astronomía no forma parte de la Física. Las *cosas naturales* (*ta physei onta*) tienen como carácter específico y fundamental el de la movilidad (*dynamis*).

Esta movilidad es de carácter *interno*. El paradigma es la planta: nace a partir de una semilla y produce una rosa que muere. El ser *natural* es un ser vivo y corruptible que se mueve y cambia por sí mismo. Si el crecimiento de las plantas está condicionada por el clima, las estaciones, el sol y la lluvia, quiere decirse que está ordenado por una fuerza *interna*. Aquí reside la oposición entre la génesis espontánea de las cosas naturales y la producción de los objetos *artificiales* que fabrica el hombre, en los que el movimiento está regido por una causa externa. Este dinamismo *natural* se halla presente también en el hombre y en los grupos humanos (familia o *polis*) en tanto que son *naturales*.

A su vez, este dinamismo de las cosas *naturales* tiene un fin (*telos*) determinado, y tiene también un *sentido*: la tendencia al *orden*. En consecuencia, en el seno de la naturaleza se encuentra el *Bien* (*agathon*). Según Aristóteles, esto es un hecho perfectamente *observable*: la semilla produce el árbol, las flores y los frutos. Por tanto, el *Bien* es una

o menos amplia. Con respecto a la ciudad, la cual entiende como comunidad política (*polis*), considera que tiene también un origen natural, y los organismos que ella desarrolla (gobierno, jueces, etc.) son fenómenos *naturales*. De esta manera, no existen tantas diferencias entre las sociedades humanas (aun cuando en ellas exista una mayor diversidad) y las sociedades de animales tales como abejas u hormigas. Así pues, el orden *natural* llega también a la vida política y al Derecho ¹³.

1.C) Significados del término *Derecho natural*

Como dice G. Robles, todos los significados del término *Derecho natural* pueden ser reducidos a dos grandes categorías: el *Derecho natural como postura epistemológica* y el *Derecho natural como contenido de tal postura*. En este segundo sentido, sería un conjunto de principios de carácter ético-social que tienen como objetivo el influir en la estructuración jurídica de una determinada sociedad o de toda sociedad existente. Estos dos aspectos no son separables, ya que, en palabras del autor, «... todo contenido de pensamiento necesariamente ha sido o es pensado desde una determinada opción gnoseológica, y toda opción gnoseológica *produce* –por hablar en sentido metafórico– el contenido respectivo» ¹⁴.

De las dos concepciones hay que preguntarse sobre cuál es el aspecto fundamental, el que define el carácter propio de una u otra. Si se considera que lo decisivo es el contenido, el problema del *Derecho natural* estaría ligado al problema de la justicia: *Derecho natural* sería teoría de la justicia ¹⁵. En cambio, si se estima que el aspecto funda-

parte integrante del ser, como su causa final o formal; lo que más tarde Santo Tomás de Aquino ilustraría con sus famosos brocardos *Ens et bonum convertuntur* y *Bonum est in re* (los estudios en torno a la Física aristotélica son también muchísimos; no obstante merecen considerarse en general: JAEGER, W., *Aristóteles: bases para la Historia de su desarrollo intelectual*, trad. de J. GAOS, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993; JUDSON, L. (ed.), *Aristotle's Physics: a collection of essays*, Oxford, Clarendon Press, 1995; MANSION, A., *Introduction à la physique aristotélicienne*, 2.^a ed., Louvain, Ed. de L'Institut Supérieur de Philosophie, 1946; SOLMSEN, F., *Aristotle's system of the physical world: a comparison with his predecessors*, Ithaca, New York, Cornell University press, 1960; WATERLOW, S., *Nature, change and agency in Aristotle's physics: a philosophical study*, Oxford, Clarendon Press, 1982; y WIELAND, W., *Die aristotelische Physik. Untersuchungen über die Grundlegung der Naturwissenschaft und sprachlichen Bedingungen der Prinzipienforschung bei Aristoteles*, 2.^a Aufl., Göttingen, Vandenhoeck and Ruprecht, 1970).

¹³ Es famosa la caracterización que del hombre hace Aristóteles como *animal político* (*zoón politikón*). El sentido de esta concepción se encuentra en que, como afirma J. Habermas, para Aristóteles la realización de la naturaleza humana depende directamente de la *polis* (cfr. HABERMAS, J., *Teoría y praxis. Estudios de Filosofía social*, trad. de S. MAS TORRES y C. MOYA ESPÍ, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 50).

¹⁴ Para la consideración de este tema seguimos básicamente el esquema propuesto por G. Robles al entender que sincretiza esta problemática de manera ejemplar (*vid.* Robles, G., *op. cit.*, p. 19).

¹⁵ Si se identifica *Derecho natural* con la idea de justicia sin más se pierde la capacidad para entender el proceso histórico de esta concepción filosófica en torno al

mental para calificar a una determinada estructura de pensamiento como *iusnaturalista* es su configuración desde el punto de vista epistemológico, no se entra a argumentar a favor o en contra de su contenido ni de su carácter y validez como *teoría*, sino que se persigue sólo indagar y descubrir los rasgos de dicha teoría del conocimiento; se trataría, pues, de describir la estructura que subyace a *cualquier* teoría del Derecho natural. De esto se deduce que existe una estructura formal común a todas las diversas formas en que se ha expresado la doctrina del Derecho natural, de manera que si se pretende calificar a una determinada concepción del Derecho como *iusnaturalista* deberá discutirse sobre si la estructura que constituye la forma de pensar propia de ella encaja o no en la estructura anteriormente establecida como *común*. Así pues, se puede afirmar la existencia de algo que puede ser denominado *iusnaturalismo* y de lo que se puede llamar *iusnaturalismos*, entendiendo el iusnaturalismo en singular como lo común a los iusnaturalismos en plural ¹⁶.

1.D) Caracteres del Derecho natural

De la epistemología iusnaturalista pueden ser predicados los siguientes rasgos característicos: *a)* la unión del ser y del deber ser o, en otras palabras, de la naturaleza y el valor; *b)* el Derecho natural como objeto propio de análisis científico; *c)* el dualismo jurídico; y *d)* posibilidad de conocimiento humano del Derecho natural.

a) La unión del ser y del deber ser. El iusnaturalismo parte de una concepción metafísica del ser que se corresponde con lo *trascendente* y lo *ideal*. El ser no es lo que aparece empíricamente ante nosotros, sino la esencia que está detrás de la apariencia sensible; o lo que es lo mismo, su *naturaleza* ¹⁷.

Derecho que es la iusnaturalista. Asimismo, tampoco se está en condiciones de comprender el sentido último del positivismo y, en consecuencia, de entender el problema de los valores desde una perspectiva analítica. Esto se justifica en la medida en que para esta concepción el *Derecho natural* no es otra cosa que un modo de entender el fenómeno jurídico, un modo de aproximación intelectual al Derecho; en tanto que sólo de manera secundaria constituye un conjunto de principios prácticos de carácter ético-social. Así entendido, el Derecho natural es, pues, una filosofía del Derecho, y no un Derecho.

¹⁶ En definitiva, se trata de diferenciar entre doctrina del Derecho natural (como teoría) y Derecho natural, como objeto de dicha teoría; en otras palabras, entre Derecho natural como metalenguaje y Derecho natural como lenguaje objeto (Sobre esta distinción, *vid.*: KAUFMANN, A., «Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus», en *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt am Main, Athäneum, 1972, pp. 68 y 69; VERDROSS, A., *Statisches und dynamisches Naturrecht*. Freiburg, Rombach, 1971, pp. 14 y 15; y en España: PUY, F., *Lecciones de Derecho natural*, vol. I: *La ciencia del Derecho natural*, Santiago de Compostela, Porto y Cia., 1967, pp. 14 y 15).

¹⁷ Como ya vimos a propósito del concepto clásico de naturaleza, cuando el iusnaturalismo se refiere a *naturaleza* pretende expresar que ésta no tiene nada que ver con lo artificial, que se encuentra en un nivel distinto al mero arbitrio o voluntad humanas.

Así pues, en el ámbito del Derecho este esquema que identifica *ser* y *deber ser* se manifiesta en que el ser del Derecho (el que verdaderamente *es*: la unión de *ser* y *deber ser*) no está en el Derecho positivo (el Derecho puesto por los hombres, por lo tanto dependiente de su arbitrio), sino un Derecho trascendente que es expresión de la verdadera naturaleza de las relaciones humanas. De manera que este Derecho trascendente no es sólo el verdadero Derecho (su realidad auténtica), sino también el Derecho que *debe ser* (el Derecho ideal: el Derecho *justo*).

b) *El Derecho natural como objeto propio de análisis científico.* El objeto *científico* del iusnaturalismo es el Derecho natural, es decir, el Derecho *justo e ideal*. Ello deriva de la característica anterior: desde el momento en que se considera al Derecho natural como encarnación de la unidad esencial entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho, el conocimiento científico-filosófico de éste debe centrarse en su estudio, ya que es el verdadero y auténtico Derecho. En este sentido, el Derecho positivo queda relegado a un segundo plano, puesto que el objeto fundamental de la *ciencia del Derecho natural* (en el sentido escolástico de *scientia*) ha de ser forzosamente ese Derecho trascendente e ideal que no sólo *es*, sino que también constituye expresión del *deber ser*¹⁸.

c) *Dualismo jurídico.* La primacía del Derecho natural no excluye la existencia del Derecho positivo (o humano). Ahora bien, si éste quiere llamarse verdaderamente *Derecho* tiene que estar de acuerdo con las exigencias del Derecho natural, de manera que se admite la existencia de dos *Derechos*: el natural y el positivo¹⁹.

En determinadas formas de iusnaturalismo lo *natural* es concebido como sinónimo de lo permanente, lo inmutable y lo *necesario* (recuérdese la definición aristotélica expuesta en la *Metafísica* de la *necesidad* y de lo *necesario* como «... aquello que es la causa cooperante sin la cual es imposible vivir (...). La necesidad es por consiguiente (...) aquello en cuya virtud es imposible que una cosa sea de otra manera». ARISTÓTELES, *op. cit.*, pp. 136-137). Efectivamente, la existencia de iusnaturalismos que no tienen una concepción de la *naturaleza* como algo inmutable y eterno (esto es, una concepción entera y genuinamente aristotélica), sino como una realidad que puede ser susceptible de cambio, corroboran la idea de que la *naturaleza* es entendida aquí como lo que se contrapone a la apariencia (lo que el hombre capta empíricamente a través de sus sentidos) y al arbitrio o voluntad humanas (lo que el hombre quiere o desea: a su *capricho*).

Asimismo, el hecho de que se identifique con lo *ideal* significa que la naturaleza es lo que *debe ser*. Ello supone que la naturaleza no constituye sólo el ser en sí perfectamente construido, sino también el ser como valor en su plenitud, de manera que ser y valor se identifican totalmente.

¹⁸ Tras la crítica positivista este panorama se complica enormemente, ya que el iusnaturalismo pasa a reconocer determinadas aportaciones de aquél (como por ejemplo la existencia de nuevas y múltiples formas de conocimiento jurídico tales como la Sociología jurídica, la Dogmática jurídica, etc.) y reserva para la reflexión filosófica en torno al Derecho el problema de la justicia, en donde el iusnaturalismo ubica el problema del Derecho natural. De esta manera, se introduce por determinados autores (fundamentalmente N. Bobbio) la posibilidad de ser positivista en el ámbito de la Ciencia del Derecho y iusnaturalista en el filosófico o ideológico. Es lo que se ha venido en llamar *Derecho natural deontológico* o *Teoría deontológica del Derecho natural*.

¹⁹ Este rasgo es el que R. Hernández Marín entiende como definidor de lo que él denomina como *tesis iusnaturalista*. Según el autor: «... para toda entidad jurídica positiva existe un Derecho natural del cual deriva o en el cual se inspira (...). O lo que es lo mismo: para toda entidad positiva, si no existe un Derecho natural del cual derive no es

d) *Posibilidad de conocimiento humano del Derecho natural.* El hombre *puede* conocer fácticamente el contenido material del Derecho natural aunque no haya sido él su autor. Ello quiere decir que el hombre tiene esta *posibilidad*, lo cual no implica que siempre se lleve a efecto tal extremo, puesto que depende de la concepción que se tenga de *hombre* y del modo en que se entienda el Derecho natural ²⁰.

Sin duda, la característica más importante es el dualismo jurídico, puesto que alrededor de ella se estructuran las demás. La Historia del iusnaturalismo lo demuestra: para los griegos el dualismo se expresa en la distinción entre *physis* y *nomos*, en el Medievo en la distinción entre *ius naturale* y *ius positum* y en la Modernidad en la contraposición entre *razón* (como *libertad*) y *coacción*. En los tres casos, el segundo elemento (*nomos*, *ius positum*, *coacción*) posee una connotación peyorativa con respecto al primero, considerándose por los distintos autores como elementos secundarios e imperfectos, por entender que es el primero el que verdaderamente ha de centrar la atención de quien pretenda *conocer* el Derecho natural. Por tanto, he aquí la base sobre la que se sustenta la epistemología común a toda doctrina del Derecho natural.

2. LA CUESTIÓN DEL DERECHO NATURAL EN LA DOCTRINA HISTORICISTA DEL DERECHO DE SAVIGNY

Ya se adelantó que Savigny no combatió directamente el Derecho natural racionalista, sino que simplemente lo ignoró o silenció. El jurista alemán se limitó a contraponer al iusnaturalismo racionalista una concepción totalmente opuesta de la Ciencia del Derecho y de su objeto, de manera que no afrontó el problema del Derecho natural de manera expresa o directa. Esta circunstancia condiciona en grandísima medida el tratamiento de esta cuestión en Savigny, puesto que se trata de un problema meramente doctrinal y su resolución depende casi exclusivamente del punto de vista que adopte el intérprete de su doctrina a la hora de abordarlo. Por tanto, parece lo más adecuado examinar en primer lugar las más importantes opiniones aportadas por los autores que lo han estudiado.

jurídica; o también: las entidades positivas que no derivan de un Derecho natural no son jurídicas» (HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 63). Esta idea tiene su origen en Platón, en concreto en el dualismo que plantea el binomio *realidad-idea*.

He aquí el rasgo fundamental en que coinciden los autores que han abordado esta problemática (*vid.* por ejemplo: BERGBOHM, K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, vol. I: *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, p. 145; KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Trad. de M. Nilve, Buenos Aires, Editora Universitaria, 1977, pp. 106 y 107; y ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Eudeba, 1970, pp. 232 y 233).

²⁰ Esto está vinculado directamente con el modelo de hombre que se considera en cada período histórico del iusnaturalismo como el que puede acceder a ese conocimiento.

En este sentido, hay dos grandes líneas de interpretación: la que considera que Savigny no rompió con la tradición iusnaturalista anterior, hasta tal punto que no sólo no superó el Derecho natural racionalista ²¹, sino que propició su transmisión a la Ciencia jurídica posterior ²²; y la que estima que Savigny es en la reflexión iusfilosófica, como pone de relieve (irónicamente) A. Ross, «... el San Jorge de la Ciencia jurídica alemana, que derrotó al dragón del Derecho natural» ²³.

– *Argumentos en favor del iusnaturalismo de Savigny.* Los autores que defienden esta postura emplean argumentos de diversa índole para justificarla. Los más comunes e importantes son los siguientes:

a) *Desde el punto de vista de su doctrina en torno al origen del Derecho y de su teoría de las fuentes.* En este orden de ideas, se señala que la doctrina de surgimiento del Derecho en el *Volkgeist* responde a un intento de determinar de manera científica (natural-causal) el origen del Derecho, subordinando, pues, el proceso de aparición de aquél a una suerte de *legalidad* científica de carácter sociológico-natural. El método empleado para ello por Savigny es de carácter empírico, en la medida en que son los hechos los elementos centrales en la investigación. Desde el momento en que se considera que el Derecho natural no precisa su manifestación como fenómeno empírico, sino que atañe a la problemática de si existe o no para quienes han de establecer para el Derecho una causa básica y determinante de valor universal que constituye un elemento *a priori*, ha de admitirse que lo que al legislador pudiera afectarle empíricamente resulta completamente indiferente a sus relaciones con ese elemento apriorístico y, por tanto, éstas no se excluyen en absoluto ²⁴. Esto supone que Savigny no ha desechado en última instancia la posibilidad de un Derecho natural en estos términos, a pesar de que su preocupación preferente haya sido la investigación de los factores (los hechos) que influyen positivamente en la conformación de la organización jurídica de un pueblo ²⁵.

²¹ Cfr. por ejemplo R. Stammler, quien afirma taxativamente que «... es un hecho incontestable que los corifeos de la Escuela histórica del Derecho no nos han dado una refutación científica de la cuestión del Derecho natural» (STAMMLER, R., «Sobre el método de la teoría histórica del Derecho», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales, op. cit.*, I, p. 108).

²² Cfr. en este sentido por ejemplo: BERGBOHM, K., *op. cit.*, pp. 507, 521 y 525.

²³ ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1929, p. 129.

²⁴ Señala Stammler (el principal valedor de esta opinión) a este respecto: «Del mismo modo la idea de la virtud en su realidad es por completo independiente de la cuestión de si podrá existir jamás un hombre completamente virtuoso, y no por la negativa de esto último (que en verdad tampoco podría probarse) habría de ser aquella idea una pura fantasía» (STAMMLER, R. «Sobre el método...», *op. cit.*, p. 117).

²⁵ A este respecto, afirma con cierta sorna Stammler: «... la Escuela puramente histórica del Derecho, al declarar que no quería ocuparse de esa duda [el problema del Derecho natural, se entiende], que nada tenía que ver con ella, que desde su punto de vista no existía tal cuestión, le pasó como a aquel hombre que recibió admirado la condena en rebeldía porque él no quería tener un pleito» (*ibidem.*, p. 123).

Asimismo, en el *Sistema del Derecho romano actual*²⁶ se refiere Savigny a las normas jurídicas que no tienen su origen, ni en el elemento general del Derecho popular, ni en su elemento individual, sino en la *utilitas*. Estas normas son calificadas por el autor como *Derecho anormal, contra rationem iuris*. En estas afirmaciones se ve una proyección de la doctrina iusnaturalista de la *corrupción de ley* de Santo Tomás de Aquino, la cual básicamente se daba en la ley humana que no se inspiraba en el Derecho natural.

Con respecto a aspectos concretos de la teoría savigniana de las fuentes del Derecho, se ha puesto de relieve el papel central que ocupa en el primer Savigny (especialmente en su *Metodología jurídica*) la ley y el Estado-legislador como fuentes del Derecho, y por ello el iusnaturalismo que de fondo impregna la doctrina historicista del Derecho savigniana. Según M. Fioravanti (defensor de esta tesis), los términos *Jurisprudenz*, *Rechtswissenschaft* y *Gesetzgebungswissenschaft* son tratados por el jurista alemán con total indiferencia en cuanto a sus respectivos significados. Por el contrario, los términos *Derecho* y *ley* coinciden en el sentido de que reduce el primero al segundo, de manera que la ley es considerada por Savigny como la única fuente del Derecho, circunscribiendo la actividad interpretativa a ella y declarándose contrario, pues, a la interpretación extensiva y restrictiva de la ley, sin admitir el criterio teleológico. En este sentido, Savigny se lamenta, a propósito del ejercicio del poder legislativo por muchos Estados alemanes, de una cierta inercia que ha propiciado el hábito justamente contrario a estos tipos de interpretación en la praxis; esto es, una tendencia excesivamente creativa. Esta situación para Savigny resulta peligrosa en la medida en que genera una gran confusión en el ámbito de las fuentes del Derecho y en la propia convivencia social. El remedio a esto lo ve en la ley, ya que ésta constituye el punto de apoyo más adecuado para imponer la *objetividad* en este terreno por su capacidad racional de constituirse en elemento regulador de la convivencia. En esta actitud ve Fioravanti una influencia clara del iusnaturalismo alemán (de la sistemática wolffiana en concreto), en cuanto que es una resonancia del mito iluminista alemán de la racionalidad y de la plenitud de la ley, considerada por él como forma necesaria de organización²⁷.

²⁶ SAVIGNY, F. K. von; *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, pp. 52 y 53. Sostiene esta tesis DUFOUR, A., «Droit et Langage dans l'École historique du Droit», *Archives de Philosophie du Droit*, 19, 1974, pp. 174 y 175; y HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, pp. 83 y 86.

²⁷ No obstante, el comentarista italiano puntualiza que el problema que presenta su interpretación ha de ser valorado en la medida en que pueda ser comprendido el verdadero significado del término *iluminista* en la Alemania de 1802. En este contexto, la ley es expresión coherente de la *racionalidad*, la cual es considerada como un orden natural y necesario.

Aquí juega un papel fundamental la comprensión de las relaciones que existen entre Kant y Savigny. Ambos comparten en este aspecto su rechazo a la intervención del Estado en los mecanismos de autodesarrollo de la sociedad, pues sienten que tal intervencionismo conlleva la introducción del arbitrio y la subjetividad en la esfera de la certeza y de la objetividad, ya que ambos confían en la capacidad de autorregulación de la sociedad y en el orden ético-jurídico en ella insito. Ello explica la preferencia de Savigny por el Derecho pri-

Por otra parte, en cuanto al papel de la legislación se ha argumentado a favor del iusnaturalismo de Savigny basándose en el hecho de que el jurista alemán la entendiese (sobre la base de unas afirmaciones realizadas en 1819 en unas lecciones dictadas por él) como el medio para fijar el *esencial e invisible* Derecho popular²⁸; es decir, el Derecho natural.

b) *Desde el punto de vista de las relaciones entre Historia y sistema en su doctrina, y de su noción de sistema.* En la doctrina savigniana del Derecho los dos polos básicos son la preocupación por la historicidad del Derecho y la atención hacia la organización y ordenación del pensamiento científico-jurídico, de tal manera que la doctrina historicista de Savigny constituye una síntesis de ambos principios²⁹. El primero de

vado, como expresión privilegiada de esta capacidad de autoregulación y, en última instancia, de realización de este orden racional. Aquí se encuentra la explicación del anti-iluminismo que de hecho caracteriza a Savigny. El dogma de la plenitud y racionalidad de la ley comporta una consecuencia fundamental desde el punto de vista político: la posibilidad e intervención por parte del Estado para transformar lo existente según una determinada voluntad política. Este argumento no es admitido por Savigny y es en este sentido, pues, en el que Savigny es profundamente anti-iluminista: su kantismo, en 1802, prefigura la posterior hegemonía cultural del Romanticismo (cfr. FIORAVANTI, M., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 21, 22, 25 ss.).

²⁸ Afirma Savigny al respecto en palabras recogidas por E. Ehrlich: «El único objetivo de la legislación debe ser necesariamente el de fijar de esa manera el esencial e invisible Derecho del pueblo. Desgraciadamente, muchas legislaciones no han obrado así y, como consecuencia, el Derecho ha sido mortificado muchas veces en su esencia» (cit. por HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, p. 83).

²⁹ Ilustrativas al respecto resultan las siguientes palabras de Savigny sobre lo que consideraba que debía ser un tratado *sistemático* en torno a lo que él entendía por *Derecho romano actual*: «Desde mi punto de vista, la condición esencial de una obra de este tipo es la de penetrar y tratar de poner en claro cuál es el vínculo íntimo y las afinidades que hay entre todos los conceptos y normas jurídicas, y que conforman su gran unidad» (SAVIGNY, F. K. von, *System des heutigen römischen Rechts*, *op. cit.*, p. XXXVI).

En el iusnaturalismo racionalista predominaba una idea de sistema basada en la elección de los principios del mismo por parte del iusnaturalista, en razón de lo que él consideraba como datos de la realidad objetiva (naturaleza o Derecho positivo), de manera que elegir, en el ámbito científico, constituye una forma de crear. Pero no basta con la elección; además los nombra, los define y los divide, como si realmente dijera algo de lo definido y no de las palabras que define; como si escindiera verdaderamente un fragmento del mundo, y avanzara en su conocimiento. Así pues, a partir de tales principios, la configuración del sistema comporta la sustanciación de inversiones epistemológicas por deducciones. Al final el sistema resulta ser un sistema de conceptos, y este conceptualismo será absolutamente decisivo para el saber jurídico posterior. En consecuencia, la realidad empírica nunca pudo ser esgrimida contra la razón quintaesenciada en la forma del sistema (axiomático) y el sistema quedó libre para desarrollarse y tener vida propia sin necesidad de preocuparse de otra cosa que de sí mismo.

Esta noción de sistema significa la continuidad con respecto a la existente hasta entonces en la tradición jurídica occidental, de tal forma que va a presidir la idea de sistema en que se basaron los codificadores. Así, para éstos se produce un *reencuentro* entre el sistema y la realidad normativa por mor de aquél. Ahora bien, tal realidad no constituye todavía el punto de partida para la sistematización, sino su *continente*. Los patrones sistemáticos tienen una existencia a priori respecto de lo que sistematizan. Vienen a ser una forma impuesta (o puesta) a lo informado, ya que la imposición no es forzada. En consecuencia, la sistematicidad del sistema y la realidad normativa, si bien con orígenes distintos, pudieron de este modo interpenetrarse en una relación dialéctica que culminaría con un nuevo sentido de la sistemática en Savigny.

ellos representa una novedad fundamental en la Historia del pensamiento jurídico, en tanto que el segundo es deudor del iusnaturalismo. En este sentido, se afirma que la epistemología jurídica savigniana se encuentra vinculada a la tradición sistemática iusnaturalista. La introducción de la experiencia en la sistematicidad a través del elemento histórico reduce en gran medida el carácter apriorístico que presenta dicha sistematicidad, y sirve para que el sistema tenga en cuenta la índole plural, variada e interdependiente de la realidad, de tal manera que el sistema es en sí mismo realidad. Esta concepción no implica una ruptura epistemológica con el iusnaturalismo racionalista precedente, ya que, además, Savigny se basa en buena medida en las sistematizaciones de Thibaut, del pandectista Heise y, en última instancia, en los discípulos de Wolff, Darjes y Nettelbladt, y en la metodología y sistemática de Puffendorf ³⁰.

En esta transición jugó un papel fundamental el racionalismo kantiano. La gran importancia que con Kant adquiere el concepto de *forma* como constitutivo del concepto de *ciencia* jugó un papel primordial en la idea de ciencia savigniana. Como señala A. Schiavone, «... la *forma* es el dios escondido de la nueva razón jurídica (...); en Savigny la presencia del concepto de *forma*, aun cuando no recurra explícitamente a la palabra, condiciona de modo decisivo el estatuto de los conceptos de *método* y de *sistema*». Es por ello que en Savigny el concepto de *forma* reducido sólo a formalismo pasa a ser totalmente dominante. Así, prosigue el autor italiano, «... un constructivismo que en Kant se presenta sin duda desvaído y menor, formalista y sistematizante, se convierte -erradicado del conjunto de la reflexión que la contenía- en el alma misma del método de Savigny» (SCHIAVONE, A., *Los orígenes del Derecho burgués. Hegel contra Savigny*, trad. de A. BAFFI y H. KANEMANN, Madrid, Edersa, 1986., pp. 60 y 65).

Asimismo, Kant criticó el método del Derecho natural racionalista, aunque las críticas las dirigió más hacia su fundamentación epistemológica que hacia sus propósitos sistemáticos. El peculiar racionalismo kantiano pasa a ser ahora la nueva fuente del sistema. Su fundamento explícito pasa de la naturaleza a la razón. Todavía más: no ya la razón es la fuente del sistema, sino también de lo sistematizado (el Derecho). Dado el Derecho, como cualquier objeto de la ciencia, la organización sistemática de su conocimiento era una exigencia impuesta por la razón. En la tensión constante entre realidad y sistema, el sistema prevalece; no al margen de la realidad, como antes, sino frente o junto a ella. De este modo, según Kant, el sistema es *la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea*. Ello dio lugar a la construcción del Derecho en un sistema lógico de principios absolutos e inmutables fundados en la razón, es decir, en la ciencia misma, así como la desvinculación del sistema con respecto a la Historia.

En consecuencia, esta noción de sistema en Savigny supone la definitiva unión entre sistema y realidad; heredera de la sistemática anterior. Como dice A. Hernández-Gil A.-Cienfuegos, «... si bien el tránsito fue, lógicamente, gradual y la Escuela histórica parte de las realizaciones sistemáticas precedentes, y en gran medida las asume, ahora el sistema se fundamenta en la realidad misma; en ella encuentra la sistematicidad su origen: la forma impuesta a la materia jurídica ha acabado por depender de lo informado hasta cierto punto al menos» (HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A. «La noción de sistema en Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., vol. I, pp. 293 a 303).

Sobre la noción de *sistema* en Savigny, vid. por ejemplo: HANISCH ESPÍNDOLA, H., «Sentido de las instituciones y del sistema jurídico en F. C. von Savigny», *ibidem*, pp. 421-447; LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel, 1994; ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría de la Ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 1976-77, pp. 57-81).

³⁰ Cfr. WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, trad. de F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Madrid, Aguilar, 1957, p. 342. Sobre el modo en que se produjo la

Asimismo, la concepción savigniana del sistema como *methodus disponendi* es reflejo también del iusnaturalismo racionalista, concretamente de la sistemática de Leibniz. La sistemática entendida como *modo de disponer* resulta a todas luces congruente con el racionalismo y con la sistemática iusnaturalista.

Por otra parte, en Savigny el sistema se presenta como *conjunto de fenómenos reales* que forman un organismo, y no como *cualidad* que hace de tal conjunto un organismo, de manera que entiende el sistema en sentido *material*. Sin embargo, cuando Savigny atiende a la función específica de la Ciencia del Derecho, y deja entrever que crea verdaderamente un sistema que no es sólo un reflejo de la realidad, parece adoptar un sentido de sistema de carácter formal, en la medida en que el sistema sería elaborado por la ciencia en cuanto *forma*; es decir, en cuanto orden o criterio determinante de la sistematicidad. En este sentido, Savigny estaría vinculado con la tradición iusnaturalista de corte racionalista, puesto que la realidad, que prevalece siempre en la concepción de los elementos del sistema (en el material ordenado), no lo hace en tal grado en la forma de su disposición sistemática (en la ordenación de ese material) ³¹.

Finalmente, Savigny es iusnaturalista en lo referente al conceptualismo de su sistemática. En la medida en que la relación jurídica presupone el sistema, y este sistema es de instituciones jurídicas (las cuales, como tipos, tienden a la abstracción y se organizan según un modo *conceptual*), no resulta ser la conexión *orgánica* de las instituciones, sino la conexión *lógica* de los conceptos (de carácter abstracto y general) lo que otorga forma al sistema. En este aspecto tampoco rompe Savigny con la tradición iusnaturalista: la relación jurídica que se describe en el lenguaje de las normas está en la realidad; pero en la medida en que la descomposición de sus elementos es expresión y tiene como exigencia el *sistema*, Savigny se eleva desde la realidad a conceptualizaciones que remiten directamente a la sistemática racionalista del iusnaturalismo ³².

Se ha argüido en favor del iusnaturalismo de Savigny en este aspecto de su metodología basándose en la consideración de que las ideas del jurista alemán suponen un avance y un perfeccionamiento en el desa-

recepción de la sistemática iusnaturalista por Savigny por esta vía, *vid.* WILHELM, W., *Metodología jurídica en el siglo XIX*, trad. de R. BETHMANN, Madrid, EDERSA, 1980, pp. 54 a 56.

³¹ Algunos autores califican esta tendencia de *iusnaturalismo formalista* (siguiendo la terminología de K. Bergbohm: *formaler Naturrechtler*), en el sentido de que la Ciencia jurídica debe tener un carácter lógico-sistemático. Esta pretensión de unidad lógica del sistema era la misma que en el siglo XVIII habían intentado satisfacer los iusnaturalistas (cfr. ROTHACKER, E., «Savigny, Grimm, Ranke. Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang der historischen Rechtsschule», *Historische Zeitschrift*, 128, 1923, p. 422; BÖCKENFÖRDE, E., «Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts», *Collegium Philosophicum. Studien J. Ritter zum 60. Geburtstag*, Stuttgart, 1965, pp. 19 a 24; FASSÒ, G. *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 3 (s. XIX-XX), trad. de J. F. LORCA NAVARRETE, Madrid, Pirámide, 1988, p. 55; y DUFOUR, A., «Droit et Langage dans l'École historique du Droit», *op. cit.*, pp. 175, 179 y 180).

³² Cfr. HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A., *op. cit.*, pp. 314, 320, 321, 332, 348, 373 y 374.

rollo de lo que viene en llamarse *parte general*, elaboración que como se sabe corresponde fundamentalmente a la tradición sistemática ius-naturalista ³³.

c) *Desde el punto de vista de su teoría de la interpretación.* Cuando al hilo de su concepción en torno a la interpretación jurídica ³⁴ Savigny se refiere a la interpretación de las leyes *defectuosas* y de las que contienen *expresiones erróneas* afirmando la necesidad de interpretar no sólo éstas, sino también las que puedan parecernos absolutamente claras (en contra del viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*), se pone de manifiesto, en palabras de A. Ollero, el *iusnaturalismo conceptualista* que de fondo impregna toda su doctrina jurídica. Desde el momento en que el jurista alemán se preocupa de las *leyes defectuosas*, está aludiendo a un aspecto *patológico* y por tanto, admitiendo implícitamente la existencia de un modelo o patrón que resulta realizado de manera incompleta o insuficiente; esto es, de un tipo de ley *perfecto* o *ideal* (de una suerte de *concepto de ley*) con el que no vendría a coincidir. Aquí se parte de que la interpretación implica la aproximación progresiva del supuesto de hecho general previsto y el hecho particular concreto, en aras de hacer confluir de forma ponderada la consecuencia práctica que se deriva del texto legal y la norma que el caso concreto propone desde su exigencia particular de solución, a través de un proceso circular de acercamiento, y con el fin último de no llegar al conflicto que supondría, bien la quiebra frontal con la ley en aras del *Derecho libre*, bien una solución inadecuada y desajustada del caso en aras de la, en palabras de Ollero, *summa lex* ³⁵.

d) *Desde el punto de vista del fundamento último del Derecho para Savigny.* Se aduce aquí que para Savigny existe un orden ético objetivo que actúa como fundamento último del Derecho (de cada Derecho particular, se entiende), y que ese orden ético es la moral cristiana, la cual constituye el fin último de la naturaleza humana. Este orden ético es considerado como el *Derecho natural* ³⁶. Asimismo, el hecho de que Savigny se refiera al *elemento general del Derecho basado sobre la común natu-*

³³ MANTILLA PINEDA, B., «La metodología jurídica de Savigny», *Savigny y la Ciencia del Derecho- Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., I, pp. 248 a 251; y TUHR, A. von; *Derecho civil*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. X y XI.

³⁴ La teoría de la interpretación de Savigny es expuesta por el autor alemán en: SAVIGNY, F. K. Von, *System...*, op. cit., I, pp. 206 y sigs. Sobre ésta, *vid.*, por ejemplo: ZULETA PUCEIRO, E., *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, Editoriales de Derecho reunidas, 1981, pp. 90 ss., ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría moderna de la interpretación», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX-Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, op. cit., pp. 199-218; TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna, 1976, pp. 67 ss., HERNÁNDEZ-GIL A.-CIENFUEGOS, A., op. cit., pp. 273-408; y WILHELM, W., op. cit., pp. 67 ss.

³⁵ Cfr. OLLERO, A., «Savigny: el legalismo aplazado», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, op. cit., II, p. 576.

³⁶ Autores que sostienen esta tesis son: ZULETA PUCEIRO, E., «Savigny y la teoría de la ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 81; PÉREZ LUÑO, A. E., «Escuela Histórica y Derecho natural», *Verbo*, 128-129, 1974, p. 1006; y PEIDRÓ PASTOR, I., op. cit., pp. 454-455.

raleza humana junto al elemento individual del Derecho privativo de cada pueblo, se interpreta como una alusión al Derecho natural ³⁷.

e) Desde el punto de vista de la consideración del Derecho romano por Savigny. De sobra es conocida la gran importancia que para Savigny tenía el Derecho romano ³⁸. Los motivos de esta consideración se cifraban, básicamente, en que para la doctrina histórica savigniana el Derecho romano no era entendido como un Derecho *extranjero* desde el momento en que éste pasaba a formar parte integrante de la conciencia jurídica nacional ³⁹. Tal circunstancia se daba de lleno en Alemania como consecuencia de la *recepción* que del mismo se dio allí. Por otra parte (y esto es lo que nos interesa realmente en este punto), para Savigny el Derecho romano constituía una especie de *Derecho tipo* en cuya Historia se revelaba más claramente que en otros ordenamientos la íntima y genuina naturaleza del Derecho según los patrones establecidos por su doctrina histórica, deviniendo así *Derecho ideal* cuyas pautas había que seguir en la elaboración científica del Derecho vigente en Alemania. Así lo afirma el propio Savigny: «... el Derecho romano es el único Derecho de un pueblo grande y de larga vida, el cual tuvo un desarrollo completamente nacional y no interrumpido, y que, además, fue administrado con un celo cuasi-religioso en todos los períodos de su Historia» ⁴⁰. Tal circunstancia ha inducido a pensar en ocasiones que el Derecho romano cumplía en la doctrina histórica savigniana esa función de Derecho *perfecto* (de *ratio scripta*) que satisfacía el Derecho natural en el iusnaturalismo anterior ⁴¹.

³⁷ Defienden esta tesis: STERN, J. (ed.); *Thibaut-Savigny. La Codificación, una controversia programática basada en sus obras*, trad. de J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970, p. XXXVII; OLLERO, A., *op. cit.*, p. 563; y PEIDRÓ, I., *op. cit.*, p. 479.

³⁸ Esta importancia era ya apuntada por el propio Hugo, quien afirmó sin recato que el Derecho romano era su *Derecho natural*.

³⁹ Dice Savigny al respecto: «... el método histórico (...) exige la investigación del Derecho romano, puesto que éste ha sido en nuestra Historia una parte de nuestro Derecho» (SAVIGNY, F. K. von; «Recensión del libro de N. Th. Gönner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo (Erlangen, Palm, 1815)», en SAVIGNY, EICHHORN, GIERKE, STAMMLER; *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 32).

⁴⁰ SAVIGNY, F. K. von; *Vom Beruf...*, *op. cit.*, p. 28.

Como es fácilmente deducible de estas palabras, el verdadero valor del Derecho romano para Savigny residía en la relevancia que en él tenían los elementos empíricos y nacionales. Es por ello que resultaba ser el más adecuado para estudiarlo a la luz de los principios historicistas; esto es, la indagación en su proceso íntimo de formación y de desarrollo como producto del *Volksgeist* romano, y la investigación del proceder metodológico de los juristas romanos.

Por otra parte, no resulta especialmente significativo que Savigny (y en general la Escuela histórica alemana) no hayan elaborado una Historia del Derecho romano, ni general ni parcial, a pesar de los reproches que en numerosas ocasiones se les ha hecho en este sentido. El motivo de ello estriba en que para Savigny (y la Escuela histórica) tal cometido no estaba dentro de sus finalidades teóricas, en tanto que la Historia en general (y la del Derecho romano en particular) tenía un valor de instrumento de estudio y conocimiento del Derecho vigente, y no de fin en sí mismo (cfr. SOLARI, G., *Filosofía del Derecho privado*, vol. II: *La idea social*, trad. de O. CALETTI, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 312).

⁴¹ Autores que piensan así son, por ejemplo: THIEME, H., «Savigny und das deutsche Recht», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische*

Un ejemplo de opinión en este sentido es la que atribuye este papel al Derecho romano en Savigny sobre la base de su doctrina en torno al carácter científico de la actividad de los jurisconsultos latinos. La afirmación savigniana de que para estos juristas *la idea y los teoremas del Derecho* no aparecen como fruto de una creación arbitraria, sino que son auténticos *seres reales* que se les han manifestado por un hábito muy prolongado, ha inducido a pensar que en Savigny existe una *clara ontología jurídica* de índole genuinamente iusnaturalista, puesto que el contraste entre la arbitrariedad del jurista y el descubrimiento por éste de esos *seres reales* ponen de manifiesto la existencia de ciertas *esencias jurídicas* que no son otra cosa que el Derecho natural, desconocido para Savigny, pero que se revela palpablemente en su pensamiento a este respecto ⁴².

En general, éstos son los argumentos más importantes ⁴³ en favor del iusnaturalismo de Savigny.

– *Argumentos en contra del iusnaturalismo de Savigny.* Los más importantes son los siguientes:

a) *Desde el punto de vista de su doctrina en torno a la naturaleza y origen del Derecho, y de su relación con su concepción sobre la Ciencia jurídica y sus funciones.* La tesis savigniana del origen y desarrollo *invisibles* del Derecho en un proceso lento, casi *natural* (semejante al de las plantas) va en contra de la tesis iusnaturalista (racionalista) en virtud de la cual la razón puede y debe hallar normas intemporales y universales por el mero análisis discursivo de la naturaleza humana. Según Savigny, el Derecho no es producto de la actividad del hombre, sino que tiene un origen superior: el *Volksgeist*. De esta forma, Savigny protesta frente a la existencia arbitraria del Derecho. Aquí la Ciencia del Derecho pierde el carácter de ciencia *constructiva* (*creadora*) que le atribuye el iusnaturalismo, pasando a ser *histórica*, la cual se distingue de la Historia del Derecho en sentido estricto porque ésta se ocupa de aquella parte de Historia que llamamos pasado, y aquélla de lo que entendemos como presente. Como afirma F. González Vicén (defensor de esta tesis), «... la última consecuencia de esta concepción del

Abteilung, LXXX, 1963, p. 17; SCHULER, Th., «Jacob Grimm und Savigny. Studien über Gemeinsamkeit und Abstand», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, LXXX, 1963, p. 258; y HURTADO BAUTISTA, M., *op. cit.*, p. 71.

⁴² Cfr. PEIDRÓ PASTOR, I., *op. cit.*, p. 475.

⁴³ Otros manejados por la doctrina son, por ejemplo:

– El hecho de que Savigny se refiera explícitamente al Derecho natural sin negar su existencia. Dice el jurista alemán al referirse al sistema de fuentes del código francés, y al Derecho natural como fuente subsidiaria en el mismo. Esto ha llevado a afirmar que Savigny entiende el Derecho Natural como una especie de legislación ideal, válida para todos los tiempos y para todos los supuestos, la cual es necesario descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el Derecho positivo, que actúa como elemento formativo de éste.

– La idea savigniana de Estado. En tanto que Savigny afirma que el Estado tiene un origen natural, puesto que cree en la imposibilidad de que haya pueblo sin organización política, se piensa que el jurista alemán está abrazando la idea de un Derecho natural que propicia tal existencia (cfr. PEIDRÓ PASTOR, I., *op. cit.*, pp. 464 y 480).

Derecho es, no sólo la imposibilidad de una labor legislativa *creadora*, sino la imposibilidad de que exista otro Derecho que no sea el *positivo*, es decir, el dado con y por la vida del pueblo»⁴⁴.

b) *Desde el punto de vista de la idea savigniana de historicidad del Derecho.* El hecho de que el Derecho haya de contemplarse, no sólo en relación con el pueblo, sino también con el elemento *tiempo*, hace pensar en un rechazo del iusnaturalismo en la doctrina jurídica de Savigny. El tiempo actúa sobre el Derecho en dos sentidos: por una parte, aumentando la fuerza de éste por el arraigo que adquiere en la medida en que es recibido, aceptado, toma una forma determinada y es aplicado por el pueblo; y por otra, transformando y modificando el Derecho; así, el tiempo examina, rejuvenece y mantiene fresco lo que se ha originado por obra de una necesidad interna. Ello no significa que se niegue la posible existencia de algo común a los distintos Derechos y permanente, pero sólo en cuanto a algún principio fundamental que aún no es Derecho propiamente dicho. La regulación específicamente jurídica escapa a toda generalización e inmutabilidad. El Derecho no surge a través del Estado (pues éste presupone ya la existencia jurídica, cuya protección es su fin), sino que antecede al Estado; éste no es más que un complemento necesario de aquél. De esta tesis se sigue como consecuencia la repulsa al Derecho natural, en tanto que Savigny afirma la elaboración espontánea y no racional del Derecho, ya que éste depende en su origen directamente de los hechos⁴⁵.

c) *Desde el punto de vista de su consideración del papel del legislador y de la ley como fuente del Derecho.* La idea savigniana de que la ley constituye un mero *complemento* de la costumbre, en cuanto que es un trasunto de ella y de su contenido, induce a pensar que el jurista alemán se opuso al iusnaturalismo racionalista. Éste pretendía deducir unas normas universales e inmutables de validez general por encima de cualquier tiempo y lugar, las cuales tenían su expresión técnica más perfecta en la figura de la *ley*⁴⁶. En este sentido, el legislador actúa como mero *cooperador* en el crecimiento orgánico del Derecho, y nunca como su creador desde la nada⁴⁷.

⁴⁴ GONZÁLEZ VICÉN, F., «Introducción», en BACHOFEN, J. J., *El Derecho natural y el Derecho histórico*, trad. de F. GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 32. En idéntico sentido se manifiesta también Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*, *op. cit.*, p. 141.

En esta actitud ve A. Ollero un *positivismo científico-jurídico*, ya que Savigny identifica Derecho positivo y Ciencia del Derecho. Se diferencia del *positivismo científico* en que éste último proyecta la teoría positivista de la ciencia sobre lo jurídico; y del *positivismo legalista* en que no identifica Derecho positivo con ley (cfr. OLLERO, A., *op. cit.*, p. 555).

⁴⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., «La Escuela Histórica. Iniciación de los métodos dogmáticos», *Savigny y la Ciencia del Derecho-Revista de Ciencias Sociales*, *op. cit.*, I, pp. 220 y 221.

⁴⁶ Cfr. por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 243 a 245.

⁴⁷ Dice A. Ross al respecto: «El legislador es un jardinero; puede proteger y exigir el crecimiento orgánico de las flores, pero se apena cuando quiere intervenir y buscar alterar arbitrariamente el crecimiento: su trabajo se desmorona bajo sus propias manos» (Ross, A., *Theorie der Rechtsquellen*, *op. cit.*, p. 158).

d) *Desde el punto de vista de su teoría de la interpretación.* El hecho de que Savigny se incline por la voluntad del legislador histórico como criterio decisivo de la interpretación de las normas (rechazando, pues, la interpretación *extensiva* y la *restrictiva*) lleva a pensar que el jurista alemán se confiesa partidario de la *teoría subjetiva de la interpretación*, de manera que la teoría *teleológico-objetiva* que da primacía al sentido o finalidad de la ley (*ratio legis* o *ratio iuris*) es rechazada por él arguyendo que el fin de la ley no forma parte de su contenido real. Al constituir éste un distintivo fundamental del pensamiento positivista, ya que el positivismo se caracteriza por no aceptar cualquier intento de trascender la ley en razón del sentido de ésta, se califica a Savigny como positivista ⁴⁸.

e) *Desde el punto de vista del fundamento último del Derecho para Savigny.* Se dice en este sentido que el historicismo savigniano redundaba en una relativización de la escala de valores éticos que miden la fundamentación del Derecho, al perder ésta su carácter abstracto y absoluto debido a la diferente situación histórico-jurídica de cada pueblo particular ⁴⁹.

El examen de estas interpretaciones obliga a tener muy presente, si se quieren comprender las auténticas dimensiones del problema del Derecho natural en Savigny, que el jurista alemán (y por ende, toda la Escuela histórica alemana) no se consideró en principio a sí mismo como un refutador del Derecho natural. Lo que pretendió fue ofrecer una fundamentación absoluta del Derecho positivo como única realidad y objeto para la Ciencia jurídica. Por tanto, se trata de fundamentar la positividad como carácter esencial de la realidad jurídica desde el criterio de lo *histórico*; esto es, no como una *explicación* pragmática de los Derechos históricos, sino como *comprensión* del Derecho como parte del desarrollo histórico. En este sentido, en palabras de F. González Vicén, la obra de Savigny constituye «... la carta de independencia del Derecho positivo» ⁵⁰. Este planteamiento inicial ya condiciona en gran medida el acercamiento al problema del Derecho natural en Savigny.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta también el uso que del término *natural* hace Savigny cuando lo aplica al Derecho. Así, emplea la expresión *Derecho natural (natürliches Recht)* refiriéndose al *Derecho popular*, y no la expresión *Naturrecht*, que es la que se utiliza en lengua alemana para designar *técnicamente* a lo que entendemos nosotros por *Derecho natural*. Es más, el propio Savigny se cuida de diferenciar el sentido de ambas expresiones señalando al respecto: «... el Derecho será en el mismo pueblo en épocas distintas, Derecho natural (*natürliches Recht*), en un sentido diferente del Derecho natural (*Naturrecht*)»

⁴⁸ Cfr. KAUFFMAN, A., «Panorama histórico de los problemas de la Filosofía del Derecho», en KAUFMANN, A., HASSEMER, W., ROBLES, G. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, varios traductores, Madrid, Debate, 1992, p. 114.

⁴⁹ Cfr. ROSS, A. *Theorie der Rechtsquellen*, op. cit., pp. 141, 142 y 157.

⁵⁰ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Escuela histórica del Derecho», *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XIX*, op. cit., p. 39.

del que comúnmente se habla»⁵¹. De esta circunstancia se desprende que Savigny era plenamente consciente del uso concreto que tenía el término *Naturrecht* en su momento, y que lo podría haber aplicado perfectamente a algún aspecto determinado de su doctrina cuando lo hubiese considerado oportuno, cosa que no hizo.

Teniendo en cuenta las tesis expuestas anteriormente, puede afirmarse:

– En lo que se refiere a la consideración de la teoría de las fuentes, y más en particular de la ley, la argumentación favorable a su iusnaturalismo tiene cierta razón, en la medida en que el dogma iusnaturalista de la racionalidad y plenitud de la ley es acogido por Savigny, pero más por imposición de su propia concepción de la interpretación que por profesar su observancia incondicionada. El que el jurista alemán se muestre partidario de la *teoría subjetiva de la interpretación* constituye el motivo de que indirectamente admita este dogma iluminista, puesto que no puede ser de otra manera por la misma naturaleza de este modo de entender la interpretación. Efectivamente, no le falta razón a Fioravanti en sus argumentaciones; sin embargo, me parece excesivamente reduccionista calificar de iusnaturalista a Savigny por el mero hecho de defender en 1802 (doce años antes del *Beruf*) la importancia de la ley como fuente del Derecho. Es claro que la ley mantiene en la teoría de las fuentes savigniana un papel de primer orden, pero creo que no con la suficiente entidad como para calificar a Savigny de iusnaturalista por esta simple razón, ya que es la costumbre la auténtica protagonista de fondo en su teoría y sistema de fuentes, y el papel pasivo que Savigny otorga al legislador en la formación y desarrollo del Derecho es radicalmente contrario a la importancia primordial que tenía para el iusnaturalismo racionalista. Si se tiene en cuenta además que Fioravanti se basa en sus primeras reflexiones, bastante lejanas todavía de lo que serían los fundamentos y la formulación acabada de su doctrina historicista del Derecho, se entiende todavía mejor esta circunstancia.

– En relación con la noción de sistema y la sistemática savigniana, y su vinculación con el iusnaturalismo en este sentido, debe admitirse como tal en la medida en que supone una continuación de esta tradición en lo que respecta a su modo de proceder *científico* (la ordenación y organización del pensamiento). No obstante, como pone de relieve F. Wieacker, a Savigny no le quedaba otro remedio que aceptar este proceder metodológico, ya que no podía retroceder –más allá del racionalismo– al *formalismo escolástico* de la vieja exégesis de textos, ni conocía la derivación de normas jurídicas del planteamiento social de fines o de conexiones causales⁵².

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Savigny introduce en la sistemática un elemento ausente hasta entonces en esta tradición: la

⁵¹ SAVIGNY, F. K. Von; *Vom Beruf...*, *op. cit.*, p. 13.

⁵² Cfr. WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 342.

experiencia en la sistematicidad a través del elemento histórico. Ello redundaba en la introducción de la *realidad* en el sistema, como factor de diversidad que adquiere una gran importancia en el posterior desarrollo y elaboración del propio sistema, hasta tal punto que éste será en sí mismo entendido como *realidad*, reduciendo así su carácter apriorístico. Esta circunstancia impone ciertas reservas a cualquier intento de vinculación incondicional de Savigny al iusnaturalismo en este aspecto.

– Por lo que respecta a los argumentos ofrecidos en relación con su teoría de la interpretación, debemos rechazar el que ve el iusnaturalismo de Savigny en su invocación de un tipo de ley *modelo* como patrón y pauta de la interpretación de las leyes. El que pueda invocarse un determinado modelo o *concepto* de ley no implica directamente ser iusnaturalista. Uno se puede referir a la *imperfección* de un determinado objeto o entidad (en el presente caso una ley) desde un punto de vista estrictamente técnico. En este supuesto hay simplemente una valoración *técnica (científica)* en torno al objeto y se propone un medio *científico* para subsanar esa deficiencia. El llamar iusnaturalista a esta actitud supone tener una visión inusitadamente amplia sobre lo que es y significa, y sobre cuál es el contenido de la doctrina iusnaturalista, ya que esta opinión da por hecho que el Derecho natural ofrece alguna norma o normas que definen cuál es el modelo *natural* (perfecto) de ley desde el punto de vista técnico.

– En cuanto a las afirmaciones del iusnaturalismo savigniano por su consideración del Derecho romano, debemos plantearnos ante todo la consideración que del mismo tenía el racionalismo en contraposición a la de Savigny (romántica). En el siglo XVIII era común la tendencia a concebir el Derecho romano *sub specie aeternitatis*, como un Derecho racional (una *ratio scripta*, como se decía), sobre cuya base se formaría un verdadero código del Derecho natural. El cometido del jurista-filósofo consistía esencialmente en abstraer de las fuentes, todo lo más justinianeo, los elementos de verdad y de justicia eternos que ellas contenían. Se veía al Derecho romano como una especie (en palabras del propio Savigny) de *Derecho natural sancionado*⁵³.

Por el contrario, con Savigny esta actitud cambia. Para el jurista alemán, el Derecho romano debe su importancia y su significado a esos elementos empíricos y nacionales que los iusnaturalistas y los racionalistas más despreciaban. Con Savigny el conocimiento romántico del Derecho romano se afirmaba así, tanto frente a la concepción de los iusnaturalistas, como frente a la dirección histórico-erudita de Putter o el propio Hugo. Para Savigny, no se trataba de investigar en el Derecho romano esos principios eternos de razón que constituían para los iusnaturalistas su mayor valor y que cada uno podía descubrir por sí mismo, ni tampoco de estudiarlo con un método nuevo y positivo, sino más bien de captar su proceso íntimo de formación y de estudiarlo a la luz

⁵³ SAVIGNY, F. K. Von; *Vom Beruf...*, *op. cit.*, p. 33; cfr. también SAVIGNY, F. K. Von; *System...*, *op. cit.*, I, pp. 231 y 232.

de la doctrina histórica, como un producto de la conciencia jurídica del pueblo romano. Savigny creyó encontrar en la Historia del Derecho romano la comprobación de sus ideas acerca del origen y naturaleza del Derecho ⁵⁴.

Es por ello que no se puede incluir a Savigny dentro de la actitud mantenida por el iusnaturalismo racionalista frente al Derecho romano, y por tanto debe excluirse cualquier opinión en el sentido de que lo consideraba como *ratio scripta*.

En definitiva, debe afirmarse la incompatibilidad de la doctrina histórica del Derecho con el iusnaturalismo racionalista (que es el que impera en su época) ⁵⁵, si bien admitiendo ciertas vinculaciones, especialmente en lo que respecta a la sistemática savigniana. Teniendo en cuenta la exposición previa realizada en torno a la Teoría del Derecho natural, he de indicar:

1. Savigny no emplea el término *Naturrecht* con las connotaciones que ello conlleva en su época. Por el contrario, utiliza el término *natürliches Recht*, entendiéndolo por *natürliches* lo que se contrapone al arbitrio humano, a la voluntad humana, tanto en sentido cognoscitivo como volitivo, ya que en él no interviene la razón y/o la voluntad humana como algo independiente de un patrón superior a ella: el *Volksgeist*. Ahora bien, no entiende este *natürliches Recht* como el Derecho que es y, al mismo tiempo, *debe ser* (aspecto valorativo). De hecho acude a otra instancia (la moral cristiana) para expresar y satisfacer este *deber ser*. Por tanto, no se produce la identificación necesaria entre Derecho

⁵⁴ En la práctica Savigny aplicó los métodos y conceptos propios de los románticos al estudio del Derecho romano. Por lo demás, resulta fácil destacar la influencia romántica en la tendencia a atenuar el valor de la actividad legislativa, en el papel que se atribuye a la tradición y en las energías espontáneas de la conciencia popular. También romántica es su paralelismo con el organismo, y el significado y aplicación de las expresiones *pueblo*, *sentido histórico*, *sentido jurídico*, etc., que aparecen frecuentemente en la *Vocación*, aplicadas al Derecho romano y a los juristas clásicos; así como la predilección por el Derecho romano clásico y la doctrina de la fungibilidad de los jurisconsultos, cuya capacidad para comprender lo continuo y lo inconsciente, para entenderse y darse sentido a sí mismo en el todo con el fin de comprender mejor la vida profunda, era una característica propia del espíritu romántico. Por otra parte, esta fue la manera específica de entender el Derecho romano que tuvo la dirección romanística en el seno de la Escuela histórica.

⁵⁵ Sin duda, una razón importante de que se considere abiertamente iusnaturalista a Savigny se encuentra en la tendencia tan común a identificar *lo natural* exclusivamente con lo que está fuera del ámbito de la disponibilidad humana, de manera que se amplía considerablemente la extensión del concepto *doctrina del Derecho natural* (cfr. en este sentido, ELLSCHEID, G., «El problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática», en KAUFMANN, A., HASSEMER, W., ROBLES, G. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., pp. 149 y 150).

En efecto, desde este punto de vista Savigny sería incontrovertiblemente iusnaturalista, puesto que no habría inconveniente en identificar su *natürliches Recht* con el *Naturrecht*, en la medida en que el Derecho popular escapa totalmente a la disponibilidad del hombre. Sin duda esto es llevar las cosas demasiado lejos si se tiene en cuenta la idea de naturaleza aristotélica en virtud de la cual el hombre vive sometido y forma parte también del orden *natural*, no es una instancia que esté al margen o se pueda oponer a ella.

que es (*natürliches Recht*) y Derecho que *debe ser*, que sí se da en el *Naturrecht*, de manera que le falta esta condición necesaria para ser propiamente *Naturrecht*.

2. El objeto del análisis *científico* de la Ciencia jurídica según Savigny no es el *Naturrecht*, sino el Derecho que le viene *dado* (*positum*); de manera que en su doctrina no se centra la atención de la Ciencia jurídica sobre un Derecho trascendente.

3. No se da el dualismo jurídico en la doctrina historicista del Derecho savigniana, porque el *Naturrecht* no es su objeto preeminente de estudio, ni el Derecho *dado* tiene por qué estar de acuerdo con aquél, en la medida en que no se afirma explícitamente su existencia como realidad.

4. De la circunstancia anterior, resulta la inviabilidad desde el punto de vista lógico de cualquier posibilidad de su conocimiento por el hombre; de ahí que no haya iusnaturalismo desde el punto de vista ontológico.

No obstante, ello no implica la recusación automática del Derecho natural, en tanto que Savigny admite implícitamente su existencia como *idea* que ha existido o existe, pero no como realidad *per se stante*. Esto lo aleja de la fe del racionalismo iusnaturalista en la posibilidad y conveniencia de normas jurídicas *positivas*, que, apoyadas tan sólo en la racionalidad, aspiran a ser prescripciones indiscutibles y de valor universal. Así, teniendo en cuenta que estamos en el momento histórico en que se está gestando el positivismo jurídico como doctrina, podemos afirmar de la doctrina histórica de Savigny que se halla más o menos próxima al positivismo, si bien tampoco cabe incluirla con todas sus consecuencias dentro de esta corriente.

Derecho de resistencia y Constituciones

Por JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO

Universidad de Murcia

Sean cuales fueren las causas de la no positivación del derecho de resistencia en el plano constitucional, la verdad es que ello es un hecho incontestable en la generalidad de las modernas leyes constitucionales. En el siglo XX, parece que este criterio se acentúa, y sólo alguno lo recoge en su articulado, como es el caso de la alemana de 1949. La llamada Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) o Ley Fundamental de Bonn, por el lugar de su promulgación (Bonner Grundgesetz), incorporó en el año 1968 a su texto el derecho de resistencia (Recht zum Widerstand) añadiendo un cuarto párrafo al artículo 20, párrafo que dice así: «Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia»¹. Desde luego, este modo de establecer la resistencia a nivel constitucional, además posibilitando su ejercicio individual y no sólo colectivamente, significa en cierta medida un replanteamiento o una vuelta a la necesidad de garantizar jurídicamente ese derecho desde presupuestos jurídico-formales del Estado. El requisito de la formalización del derecho de resistencia como derecho positivo legislado por el Estado mismo, constituye ya de por sí una posibilidad de control de su ejercicio. Y es más, cabe pensar que en el caso de la *Grundgesetz* este derecho sirve para garantizar el orden constitucional vigente, en tanto va expresamente dirigido contra quie-

¹ Tomado del tomo I de *Las Constituciones europeas*, edición de Mariano DARANAS PELÁEZ, Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 65.

nes intenten eliminar ese mismo orden. Significa entonces una cláusula de garantía de todo el ordenamiento jurídico básico del Estado. Convertido en un derecho objetivo, este derecho subjetivo de resistencia puede quedar perfectamente regulado pasando de su primigenio carácter, moral con implicaciones ético-sociales, a una nueva dimensión netamente jurídica. Dimensión que en un Estado constitucional y democrático de derecho no tiene fundamento alguno según Martín Kriele². Sólo desde los presupuestos morales puede ser fundamentada la resistencia a las leyes y a las instituciones jurídicas particulares en estos Estados. Además, tal justificación moral no puede hacerse alegremente en todo momento y circunstancia, sino que tiene que darse bajo determinados presupuestos, que Kriele reduce a dos: primero, tiene que tratarse de injusticias extremas o muy graves, y segundo, aquél que quiera justificar moralmente la resistencia, tiene que correr con el deber de fundamentación y con la carga de la prueba³.

Es decir, un primer supuesto justificativo de los actos o las motivaciones de resistencia por la existencia de condiciones objetivas suficientes para llevar a cabo tales actos, y un segundo supuesto radicado en el sujeto que tiene que fundamentar sus acciones y probar fehacientemente las antedichas situaciones de injusticia. Y ello, porque hay una jurisdicción en el Estado de derecho que puede intervenir sancionando a quienes practican la resistencia, sanciones que, por supuesto, también están sujetas al control judicial y no son arbitrarias o caprichosas.

Frente a la tesis de M. Kriele, y arrancando desde sus mismos presupuestos, se alza la de Ralf Dreier, quien afirma que no es correcto sostener que en un Estado constitucional democrático la resistencia contra las leyes e instituciones jurídicas particulares no puede ser fundamentada jurídica, sino tan sólo moralmente⁴.

Según Dreier, puede sostenerse precisamente lo contrario de lo sostenido por Kriele; es decir: «... que justamente porque al Estado constitucional democrático incumbe la garantía de los derechos fundamentales y la protección jurídica a través de los tribunales independientes, la resistencia en él pueda ser fundamentada no sólo moralmente sino también jurídicamente, sobre todo invocando los derechos fundamentales»⁵.

Precisamente porque existe ese control de la jurisdicción, la resistencia puede tener un fundamento plenamente jurídico, aparte del que indiscutiblemente tiene asegurado en el ámbito de la moral.

² KRIELE, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, citado por Ralf DREIER, *Recht Moral Ideologie, Studien zur Rechtslehre*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1981, pp. 199-200. Hay una traducción española del capítulo 6 de esta obra: «Derecho y Moral» en la compilación de Ernesto GARZÓN VALDÉS, publicada bajo el título *Derecho y Filosofía*, por Editorial Alfa, Barcelona/Caracas, 1985. Véanse pp. 95-96. Remitimos para un análisis de la protección constitucional y el deber y el derecho de resistencia, tanto en la Ley Fundamental de Boon (Grundgesetz) como en los *Länderverfassungen*, al libro de PETERS, Hans, *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, Springer-Verlag, Berlín, Heidelberg, 1969, pp. 157 ss.

³ DREIER, *ibid* de la edic. española.

⁴ *Ibid*.

⁵ *Ibid*, p. 96.

Dreier trae a colación el fallo de la sentencia del Tribunal Federal Constitucional, de fecha 17 de agosto de 1956, que se ocupa de la problemática del derecho de resistencia en un Estado de derecho. En el fallo del Tribunal quedó en el aire la cuestión acerca de la necesidad de reconocer el derecho de resistencia en el Estado constitucional, pero a la vez, formuló las exigencias que en caso afirmativo debían ser condicionantes de su ejercicio. Según el Tribunal, el derecho de resistencia en un Estado tal podía existir *sólo en un sentido de conservación*, o sea, como derecho de emergencia para garantizar o restablecer el ordenamiento jurídico ⁶. Además, debe ser el recurso último para restablecer el derecho, cuando el ordenamiento existente ya no ofrece posibilidad alguna de solución a la injusticia.

Dejando a un lado el problema de la conceptualización o del lenguaje respecto de si es conveniente hablar de «resistencia» a secas, o de «derecho de resistencia», para justificar su reconocimiento sobre la base de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, Dreier va más lejos, y plantea la cuestión de «si en un estado de Derecho que posee un sistema completo de derechos fundamentales y de protección jurídica, existe la necesidad de reconocer un derecho de resistencia pre o supraestatal, es decir *iusnaturalista*» ⁷.

Dreier, aun admitiendo que las instituciones del Estado de derecho pueden correr el peligro de pervertirse, considera absurdo el reconocimiento en su seno de un derecho de resistencia supraestatal al modo *iusnaturalista*, puesto que ello significaría su autoentrega. Así, mientras estas instituciones existan o funcionen de alguna manera «... la lucha por su mantenimiento puede y tiene que hacerse a través de los medio del derecho de resistencia acorde con la Constitución» ⁸.

Por tanto, Dreier tampoco admite un derecho natural fuera de los parámetros constitucionales o superior o extrajurídico –en sentido positivista–, que puede ejercerse, por consiguiente, al margen de la legalidad ofrecida por el ordenamiento jurídico existente. Por lo que parece desprenderse de su trabajo, únicamente dentro de la legalidad vigente puede intentarse combatir la injusticia producida por esa misma legalidad; es dentro del sistema desde donde se legitima la lucha por su mantenimiento. Y ello, sin entrar en mayores disquisiciones, es suponer que el sistema constitucional del Estado de derecho constituye la referencia última a la que podemos acogernos para garantizar un orden justo y seguro. Toda referencia supraestatal puede encontrar significación cuando el Estado mismo no existe o ha desaparecido o en todo caso es un Estado distinto del conocido históricamente como de derecho.

Cercana a esta posición es la mantenida en nuestro país por el profesor Peces-Barba, quien delimitando el problema a un plano estrictamente jurídico-positivo o legalista, afirma que «la Revolución es fun-

⁶ *Ibíd*, p. 97.

⁷ *Ibíd*, p. 98.

⁸ *Ibíd*, p. 100.

damentalmente una cuestión de hecho y de justificación ética, política, axiológica, pero nunca jurídica»⁹.

El problema, más profundo, puede plantearse, sin embargo, en un contexto diferente cuando la resistencia deflagrada en un movimiento revolucionario alcanza el triunfo frente al poder establecido y adquiere con ello la característica de órgano de la nueva producción jurídico-legal. Entonces cabría preguntarse si la resistencia encontraría una legitimación jurídica, puesto que se constituye en poder revolucionario capaz de imponer fáctica y jurídicamente sus normas; o dicho de otra manera, ¿podría justificarse la resistencia como condición para una legitimación específicamente jurídica, aunque subsiguiente; *quoad exercitium*? Parece que la respuesta afirmativa sería difícilmente rebatible, puesto que si en principio la resistencia, especialmente la activa o violenta, no goza de una juridicidad capaz de ofrecerle cobertura legítima, sin embargo, una vez cerrado el ciclo de la lucha por el poder —por mantenerlo o por conseguirlo—, si los partidarios del cambio político-jurídico triunfan, estarán en condiciones, en tanto fuerza revolucionaria o simplemente como movimiento de resistencia capaz de conducir el gobierno con miras al bien común, de crear e implantar un derecho de tales características, estableciéndose por el ejercicio del poder conseguido una normación positiva directamente originada en ese proceso de resistencia. Al final del ciclo, si esta resistencia triunfa, asumirá un carácter jurídico y se impondrá como derecho. La resistencia, desde esta perspectiva, comienza sin justificación jurídica pero acaba siendo la justificación jurídica de todo el nuevo ordenamiento jurídico.

Claro está que si el movimiento de resistencia no parte del pueblo sino contra el pueblo y encaminado al bien particular de uno o unos pocos, entonces, aun cuando sea si triunfa el punto de referencia de todo el derecho establecido, tendrá meramente legitimación formal, pero la faltará la legitimación sociológica, democrática, que sólo puede encontrarse en la armonía entre pueblo y gobernantes, y no en su contraposición.

Bien es verdad que el derecho de resistencia legítima se aparta aquí del problema de su constitucionalización, quedando solamente reducido su análisis al terreno de los derechos fundamentales, entre los que evidentemente el profesor Peces-Barba no incluye a éste como un derecho en el pleno sentido jurídico del término tal y como lo hacía Dreier.

Para Peces-Barba, la resistencia no es un derecho, no es una cuestión jurídica y por tanto es irrelevante o no significativa desde el punto de vista jurídico. El clásico derecho de resistencia escolástico no sirve para legitimar la revolución, ya que ésta se distingue de la pura subversión, en el plano del Derecho, por sus resultados¹⁰. Ésta es la res-

⁹ PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Editorial Latina, 3.ª edición, Madrid, 1980, pp. 28-29.

¹⁰ «Si triunfa el intento revolucionario, aunque no tenga ninguna justificación racional, será santificada por los vencedores que impondrán su sistema jurídico; por el

puesta dada por Peces-Barba a las cuestiones críticas planteadas por el profesor Fernández-Galiano ¹¹, respecto a su posición. Aquí, reconocimiento de órdenes suprapositivos y por tanto supraestatales y negación de tal reconocimiento, chocan justo en un problema que constitucionalmente encuentra hoy por hoy, un rechazo bastante generalizado. Parece que las Constituciones vigentes de la mayoría de los países no plasman en su contenido un derecho que indudablemente, puede resultarles fatal si se interpreta en una dirección contraria a la determinada por el poder público. Nadie quiere cargar, por lo visto, con el riesgo que supone introducir un posible germen de anarquía en los principios básicos del ordenamiento jurídico, que por su propia definición tiende a estabilizarse y conservarse.

Sólo en aquellos textos constitucionales en los que se especifica como garantía del orden mismo establecido, como es el caso de la Grundgesetz alemana; o en algún otro, más bien producto de un previo planteamiento revolucionario, como es el caso de la Constitución portuguesa de 1976 –producto inmediato de la revolución de 25 de abril del año anterior–, se encuentra incorporada al texto positivo la resistencia como un derecho fundamental del ciudadano; así el artículo 20.2 de este texto reza como sigue: «Todos tendrán derecho a resistir a cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza toda agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública ¹²». En realidad, es un derecho equiparable al de la legítima defensa que, en definitiva, era tal y como se entendía la resistencia desde los supuestos de la más pura escolástica tomista. Por otra parte, Gómez-Reino ¹³ pone de manifiesto el no reconocimiento u olvido del derecho de resistencia en el texto constitucional español de 1978, olvido que no es el único y aislado en nuestra historia constitucional, puesto que el derecho de resistencia ha sido olvidado de forma perenne en los sucesivos textos constitucionales que han recogido los

contrario, si no triunfa, ya puede tener la mejor de las justificaciones y defender valores apreciables y necesarios que será condenada y sus autores juzgados por los tribunales del sistema jurídico y político que intentaban derrocar. La Filosofía seguirá valorando positiva o negativamente el intento revolucionario y en ese nivel se plantea el problema de la legitimidad, pero el Derecho sólo lo valorará, desde dentro, por sus resultados. ¿Se puede así seguir hablando del derecho de resistencia como auténtico derecho desde el punto de vista jurídico?». *Ibíd*, p. 29.

¹¹ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*, 4.ª edición, Madrid, 1983. El profesor Fernández-Galiano, representante de una posición iusnaturalista o como él prefiere llamarla «objetivismo jurídico», cree en la existencia de ciertos derechos independientes de su presencia o no en un ordenamiento jurídico y por ello critica la actitud legalista del profesor Peces-Barba para quien esos derechos o están recogidos positivamente o no son tales derechos; en todo caso meros valores. Fernández-Galiano aboga por un orden suprapositivo frente a los poderes tiránicos al que se pueda acudir sin estar supeditados a la estricta legalidad vigente y rechaza por pragmática la actitud de su colega. Véanse para esta crítica las páginas 164, 165 y 166 de su manual.

¹² Tomado de *Las Constituciones europeas*, citado, tomo II, p. 1533.

¹³ Véase el artículo de GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, titulado «Las libertades públicas en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, tomo I, UNED, Madrid, 1978, p. 62.

avatares políticos de nuestro país. Ello no debe sorprendernos puesto que precisamente, no sólo en España, sino en todo el movimiento constitucionalista europeo, este derecho se ha visto como antítesis radical. Al menos, así se pone de manifiesto para muchos, cuando el Parlamento Federal Alemán (Bundestag) decide introducirlo en el texto constitucional, dando un paso en claro contraste con la doctrina clásica del derecho constitucional, en tanto que dicha doctrina encuentra en el reconocimiento del derecho de resistencia la renuncia jurídica explícita a la salvaguardia del poder soberano del Estado, ya que con su introducción se producirla desde esta perspectiva una especie de autoalienación de algo que de suyo es inalienable, volviendo a viejas formas político-jurídicas superadas por el constitucionalismo moderno, en tanto que precisamente el desarrollo de éste era en gran medida el resultado de la superación de aquel derecho medieval¹⁴.

No obstante, y contemplado desde una perspectiva menos radical, la positivación constitucional del derecho de resistencia alcanza una dimensión menos antitética, capaz de ofrecer una incardinación relativamente armónica de este derecho fundamental en el ordenamiento jurídico-político, en tanto en cuanto pueda constituir una garantía más, regulada por el propio sistema. En este sentido, el derecho de resistencia representa un orden jurídico objetivo, función de su constitucionalidad, a diferencia de un «derecho público subjetivo», alcanzando a su vez una dimensión trascendente al estatuto jurídico positivo, ya que debemos tener en cuenta el concepto de «constitución real», que ha de articularse reincidiendo en el propio orden jurídico constitucional positivo. Así, el límite externo del derecho de resistencia estaría constituido por la desaparición de tal ordenamiento, o por el supuesto de su institución o novación. Esto, conforme a una determinación crítica inmanente al propio ordenamiento constitucional. De ahí la posible confusión –falta de delimitación suficiente–, entre *derecho de resistencia*/hecho negativo, de *sedición* o *subversión* (violencia), y hecho positivo, aunque mediato, respecto de sus efectos, de *revolución*.

Por otra parte, tras la etapa histórica de un derecho de resistencia individualista, la fase actual, en rigor post-constitucionalista, respecto del constitucionalismo clásico, aporta un carácter objetivo a este derecho cuyo sentido radica entonces en los «*Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben*» (Principios reguladores de la vida social).

¹⁴ «Lo sviluppo del diritto costituzionale moderno era in gran parte un risultato del superamento del diritto di resistenza tardo medioevo», afirma clarívidentemente Heinrich Scholler en su comunicación al Covegno di Studi Sassaesi titulada «Il diritto de resistenza nelle Costituzione della Republica Federale di Germania e la giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale», publicado en Studi Sassaesi III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Dott. A. Giufrè, Milano, 1973, p. 353. La elaboración del derecho constitucional se alza sobre las cenizas del viejo derecho de resistencia, reconocido, sin embargo, en las primeras manifestaciones escritas de los derechos fundamentales que tanto significaron para el ulterior desarrollo de las Constituciones europeas.

Ontología jurídica en perspectiva histórica

Por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

1. La ontología jurídica como tema de la Filosofía del Derecho

El tema central de la reflexión filosófica es el constituido por «la pregunta por el ser». Qué sea, en qué consiste el ser, fue –en sus orígenes– el problema que tensó y disparó el arco de la meditación filosófica en el mundo occidental. En nuestros días la misma pregunta es la que impulsa y explica todo el camino del pensar de Heidegger ¹.

Desde el punto de vista de la reflexión filosófico-jurídica el problema fundamental continua siendo –de modo análogo– el mismo: la pregunta por el ser del Derecho; por la esencialidad del ser (*essentialitas entis*) del Derecho. Dicha pregunta hace que la Filosofía del Derecho se configure, ante todo, como ontología jurídica.

¿Cuales han sido las respuestas que, desde una perspectiva histórica, ha encontrado la pregunta por el ser del Derecho? Ante todo hay que tener en cuenta dos cuestiones previas:

Primera: La advertencia aristotélica de que «la palabra ser se emplea en múltiples sentidos, pero siempre haciendo referencia a una

¹ *Unterweg zur Sprache*, 4.^a Aufl. Günther Neske, Pfullingen, 1971, pp. 92 y 93; *¿Qué es metafísica?*, trad. de X. ZUBIRI, en «¿Qué es metafísica? y otros ensayos». Introducción de E. PACI, Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1992, pp. 39 ss.; *Introducción a la metafísica*, estudio preliminar de E. ESTIÚ, 3.^a ed., Ed. Nova, Buenos Aires, 1972, pp. 39 ss., 113 ss. y 131 ss.

unidad y realidad determinada (...), el término ser –insiste Aristóteles– incluye muchos sentidos, pero todos referidos a un único principio»².

Segunda: Que la visión que nos proporciona la mirada sobre el ser depende, en cada momento, del específico horizonte histórico-cultural desde el cual el sujeto pregunta y conoce. Como ha puesto de relieve la moderna hermenéutica filosófica (H. G. Gadamer), dicho horizonte (que permite y limita, al mismo tiempo, la posibilidad de comprensión), no es algo fijo, rígido, sino móvil, fluctuante. En el curso de la historia el horizonte desde el que el sujeto –en cuanto «*ser-en-el-mundo*»– pregunta y conoce se desplaza continuamente, permitiendo descubrir, en cada momento, aspectos o dimensiones nuevas del objeto sobre el que reflexiona. De ahí que cada época histórica posibilite –desde su específico horizonte epistemológico– una visión y comprensión diferente, «renovada», de la realidad que conoce³.

Desde estos supuestos se explica que las respuestas a la pregunta por el ser del Derecho no hayan sido uniformes a lo largo de la historia, sino diversas e incluso contrapuestas. La explicación última de esa forma plural de concebir el Derecho la encontramos en el «ethos» y en los supuestos o epistemológicos que determinan y definen el espíritu, el perfil y el estilo de cada época histórica. Dicho espíritu y estilo se concretan, en cada momento, en una específica «*cosmovisión*» o «*Weltanschauung*».

2. Espíritu y estilo de cada época del pensamiento

En la caracterización del espíritu y estilo de las diferentes épocas de la historia debemos tener en cuenta:

a) Que en toda época histórica ha existido una pluralidad de valores (religiosos, éticos, culturales, científicos, económicos, técnicos, etc.) cuyo grado de estimación ha variado de unos tiempos a otros.

b) Que el tono y perfil de cada época, su espíritu y su estilo lo marcan el valor o valores predominantes en la apreciación social. Los demás valores no desaparecen sino que se subalternan de modo diferente a los valores preponderantes, constituyendo esa cambiante jerarquía axiológica la clave para comprender el espíritu y el estilo de cada momento histórico.

c) Que esa fluctuante jerarquía de valores constituye la base y el principio a partir de los cuales se han elaborado las diferentes leyes y concepciones que tratan de explicar el sentido de la historia (interpretaciones de la historia de A. Comte, H. Spencer, O. Splengler, etcétera).

² ARISTÓTELES, *Metafísica*, lib. IV, cap. 2, 1003 b.

³ GADAMER, H. G., *Verdad y método* (Fundamentos de una hermenéutica filosófica), trad. esp. de A. AGUD APARICIO y R. AGAPITO, Ed. Sígueme, Salamanca, 1997, pp. 309, 338, 346 a 353, 360, 363, 365, 372, 373, 413 y 414. Véase también CORETH, E., *Cuestiones fundamentales de hermenéutica*, trad. esp. de M. BALASCH, Ed. Herder, Barcelona, 1972, pp. 114, 158, 159 y 163 ss.

El factor que impulsa y determina la hegemonía de uno u otro valor y la consiguiente subalternación y reordenación de los demás valores posiblemente sea, como apunta C. Schmitt, el deseo, la necesidad de abandonar las situaciones de lucha e inseguridad y buscar un espacio neutral, de conciliación y armonía⁴. «La humanidad –escribe Schmitt– para sin cesar de un terreno de lucha a un terreno neutro; pero siempre éste último vuelve a transformarse casi instantáneamente en terreno de lucha, obligando a los hombre a buscar la paz en otra parte»⁵.

Esta idea proyecta nuevas luces sobre el fondo de verdad que entraña la ley de los tres estadios de A. Comte, como interpretación de la historia. De acuerdo con la idea fundamental de esta doctrina tenemos:

1.º En las primeras etapas de la evolución de la humanidad los valores predominantes fueron de signo religioso. La religión, con su fuerza interiorizante, operó como un factor de paz y armonía espiritual, tanto en el ámbito subjetivo o personal como en el plano objetivo o social. Las ideas y las creencias de una religión compartida dotan de equilibrio interior la vida personal, y de cohesión y armonía la vida social. En dicho momento, la vida y la historia buscan su explicación y sentido últimos en esa realidad trascendente que es Dios. Todo y todos penden en definitiva de la divinidad que es el eje, el motor y el fin último de la vida y de la historia. Se trata de lo que Comte denominó *estado o etapa teológica* de la humanidad. Sólo desde este esquema conceptual puede comprenderse y explicarse la significación que en su momento tuvo la idea de la *Res Publica* o *Civitas Christiana* medieval, fundada en la *justicia* y en la *Charitas* y, en última instancia, en una *comunidad de fe*⁶.

2.º Cuando en el siglo XVI la herejía triunfante (la Reforma) rompió la unidad de la fe cristiana, la religión y la teología dejaron de ser medios de conciliación y armonía, convirtiéndose en ocasión y motivo de disputa y lucha (guerras religiosas entre católicos y protestantes). Entonces el hombre buscó la paz y la armonía en la *primacía de la razón* y de los *valores de índole racional y cultural* (ciencias empíricas, racionalismo metafísico...). La hegemonía de lo racional desplazó (no anuló) la fe religiosa y los problemas teológicos al rincón, privado e íntimo, de la conciencia individual. Según la interpretación de Comte, ello supuso el tránsito, en la historia de la humanidad, de la etapa teológica a la *etapa metafísica*. En ésta el mundo y la vida fueron objeto de una explicación racional e inmanente, mediante abstracciones o categorías metafísicas (causas, sustancias, facultades inherentes a las cosas mismas, etc.). La razón y los valores de índole racional (ciencia, metafísica, etc.) acotaron y fundamentaron un nuevo terreno neutro capaz de permitir y hacer posible la conciliación, la armonía, la paz entre los

⁴ Vid. SCHMITT, C., *La época de la neutralidad*, trad. esp. de F. J. CONDE, en el vol. «Estudios políticos», E. Doncel, Madrid, 1975, pp. 23 y 24.

⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁶ Vid. CONDE, F. J., *Teoría y sistema de las formas políticas*, 4.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pp. 129 ss.

hombres y entre los nuevos Estados soberanos que surgieron con el despuntar de la modernidad. En esta nueva etapa de la humanidad la razón aportó ideas y recursos dialécticos (doctrina del pacto social, por ejemplo) capaces de explicar y legitimar racionalmente fenómenos tales como la existencia de la sociedad, del poder político, del Estado y del Derecho.

3.º Cuando las ideas racionales perdieron su neutralidad al convertirse en ideologías (liberalismo, nacionalismo, conservadurismo, socialismo, sindicalismo, etc.) surgieron nuevos enfrentamientos y luchas (guerras nacionales, luchas de clases, subversión anarcosindicalista, etc., de los siglos XIX y XX). Entonces el hombre buscó un nuevo espacio neutral, un nuevo espacio de convivencia y armonía pacífica, en la *hegemonía de la técnica* y de los *valores del mundo económico* (nada más neutro, en principio, que la técnica y el dinero). De este modo hace su entrada en la historia, según el esquema de Comte, la *etapa positiva*. En ella el hombre renuncia a toda explicación trascendente e inmanente del mundo y de la vida, para atenerse de modo exclusivo al análisis y estudio de los hechos conocidos mediante la observación y la experiencia. Todo cuanto acontece en la naturaleza y en la historia debe encontrar una explicación en las relaciones causales, necesarias, que se dan entre los diferentes fenómenos y que la ciencia debe estudiar, descubrir y formular en leyes de validez universal.

La etapa positiva supone la primacía de los valores útiles (técnica, economía) y la consiguiente subordinación a los mismos de los demás valores. Los valores puramente racionales (filosofía, ciencia, cultura) son desplazados y se refugian, junto con los valores religiosos, en el claustro de lo privado. Lo que se estima en la nueva época es la técnica, que es poder, y la riqueza económica, que también es poder. Técnica y riqueza constituyen así las dos caras de la misma moneda. La repercusión de ello en la estructura social es clara: en el plano político, el tecnócrata desplaza al ideólogo (se habla del crepúsculo de las ideologías) y al hombre de acción (*homo politicus*); en el plano social, el técnico (*homo technicus*) –el ingeniero, el especialista...– y el rico (*homo oeconomicus*) –el empresario, el hombre de negocios...– desplazan al teólogo (*homo religiosus, homo mysticus*) y al filósofo y científico puros (*homo theoreticus*)⁷.

* * *

Debe advertirse que el hombre no es consciente de que la historia no agota su sentido en la etapa positiva, presidida por los valores que entraña la hegemonía de la técnica y la economía. La técnica y la economía, en cuanto saberes subalternos al verdadero sentido del vivir humano, son mudas frente a las preguntas radicales que el hombre, al

⁷ Sobre la significación de esta tipología social véase SPRANGER, E., *Formas de vida* (Psicología y ética de la personalidad), trad. esp. de R. DE LA SERNA, 7.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1972, pp. 155-331.

proyectar su vida, se plantea. Se trata de preguntas tales como: qué es lo que da auténtico sentido a la vida; cuál es el fin supremo que debe orientar mi vida; cómo debo vivir; qué debo hacer... Es más, la técnica –a pesar de su aparente neutralidad e inocuidad–, de ser una creación del hombre para asegurar la realización del proyecto de subsistencia en que consiste la vida humana, se convierte –en un proceso de despliegue erróneo e incontrolado– en el mayor peligro para la subsistencia humana (riesgo y amenazas de la energía nuclear, desarrollo tecnológico y destrucción del medio ambiente, etc.)⁸.

De ahí que frente a los riesgos y peligros que, para la vida humana, entraña la hegemonía de la técnica –hegemonía a la que no es ajena la consideración del Derecho como un mero instrumento técnico de ordenación y control social–, el hombre se haya abierto a la consideración y estimación de valores situados más allá de la utilidad (que es el rasero con el que el mundo técnico mide sus logros), planteándose de nuevo (*replanteándose*), viejos y eternos problemas relativos a la significación de la verdad, de la belleza, del bien, de la justicia...

La apertura de la reflexión humana a valores superiores a la utilidad, en los términos que acabamos de indicar, ha tenido reflejo también en su meditación acerca del Derecho.

3. Líneas de desarrollo de la ontología jurídica

En el proceso de evolución y desarrollo del pensamiento jurídico se pueden distinguir diferentes fases o momentos que guardan correspondencia o similitud con las diferentes etapas distinguidas por A. Comte en su interpretación de la historia. En este sentido, y en una mirada retrospectiva sobre lo que ha significado la reflexión filosófica acerca del Derecho, encontramos tres visiones, tres modos diferentes de comprender y explicar la realidad jurídica (el ser del Derecho), que podemos condensar en las siguientes ideas:

1.^a La Filosofía del Derecho como *ontología jurídico-material*. Su temática gira en torno a la pregunta por el contenido sustancial del Derecho: lo justo o el Derecho justo.

2.^a La Filosofía del Derecho como *ontología jurídico-formal*. Su objeto consiste fundamentalmente en la elucidación y estudio de la estructura y de las formas esenciales, constitutivas del Derecho.

3.^a La Filosofía del Derecho como *ontología jurídica integral*. Se trata de la búsqueda, de un intento de integración y síntesis de la ontología jurídico-material y la ontología jurídico-formal, poniendo de relieve sus interconexiones y relaciones de interdependencia.

⁸ Véase ORTEGA Y GASSET, J., *Meditación de la técnica*, en «Obras Completas», tomo V, 2.^a ed., Alianza Editorial, Revista de Occidente, Madrid, 1987, pp. 322 a 326, 329 a 334, 342 a 346, 356, 366 y 368; HEIDEGGER, M., *La pregunta por la técnica*, en «Conferencias y artículos», trad. esp. de E. BARJAN, Odos, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994, pp. 28 a 34; SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 26 ss.

Veamos la significación de cada uno de estos modos de entender el Derecho y la reflexión filosófica sobre el mismo; modos que no se han desarrollado en la historia de forma simultánea (*sincrónica*) sino sucesiva (*diacrónica*), en función de los factores que han determinado y definido lo que hemos denominado el espíritu y el estilo de pensamiento de cada época.

II. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ONTOLOGÍA JURÍDICO-MATERIAL

Esta actitud está representada fundamentalmente por esa corriente del pensamiento filosófico-jurídico que se conoce con el nombre genérico del *iusnaturalismo*.

1. Principios generales

La *iuris naturalis Scientia* o doctrina del Derecho natural se ha configurado en sus líneas fundamentales como una ontología jurídico-material. Para ella el núcleo fundamental de la reflexión filosófico-jurídica está constituido por el *ius* (el Derecho, lo justo), en cuanto objeto de la justicia. Las ideas de lo justo (*ius*) y de la justicia (*iustitia*) –en cuanto virtud ordenada a la realización de lo justo– se configuran, de un lado, como el fundamento y la garantía del orden social y político (*iustitia fundamentum regnorum*). Así acontece en Aristóteles, Cicerón, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Dante Alighieri... De otro lado, la idea de lo justo y de la justicia integran un elemento esencial, constitutivo, de la norma jurídica (ley), toda vez que para el *iusnaturalismo*, en su versión más pura o *radical*, la ley injusta (la ley humana que se contrapone a la ley natural), «ya que no es ley, sino corrupción de ley»⁹; aunque por razones de utilidad social y política entienda que, en determinados supuestos, se deba obedecer a la ley injusta para evitar males mayores.

Para el *iusnaturalismo* la validez, la obligatoriedad de la norma jurídica (ley) encuentra su fundamento último, no en la autoridad del legislador humano, sino en la bondad o justicia intrínseca de su contenido. Una formulación contundente de esa idea la encontramos en Leibniz, para quien la fórmula «Derecho justo» constituye un pleonismo, y la expresión «Derecho injusto» implica una contradicción¹⁰.

Junto a este *iusnaturalismo* puro o radical existe un *iusnaturalismo moderado* que, desde una perspectiva realista, entiende que el Derecho, aun cuando aspire a realizar el valor de la justicia, en cuanto

⁹ AQUINO, T. de, *Summ. Theol.* I-II, q-95, art. 2.

¹⁰ LEIBNIZ, G. W., *Escritos de Filosofía jurídica y política*, trad. esp. de J. M.^a ATIENZA PÁEZ y ed. de J. SALAS ORTUETA, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 86, 125 ss. y 132 ss.

obra humana que es, siempre contendrá imperfecciones, injusticias. Un Derecho (entendido como sistema normativo) rigurosamente justo, ni ha existido, ni existirá nunca. El Derecho positivo se debate así, en el curso de su existencia, en una tensión dramática entre lo que «debe ser» y lo que de hecho, en cada momento, llega a «ser». L. Legaz, desde la primera edición de su tratado, supo captar y formular esa tensión trágica que palpita en el Derecho positivo al advertir que el Derecho es «un punto de vista sobre la justicia». Explicando esta idea escribía: «Todo Derecho es justo, en tanto que es la traducción de un determinado ideal de justicia (...), pero todo Derecho es injusto (entre otras cosas), porque el ideal (de justicia) supera eternamente a sus realizaciones, y éstas, comparadas con aquél, parecen injustas»¹¹. Veintitantos años después insistiría Legaz en la misma idea al decir: «Para mí es evidente que el Derecho existe allí donde se da un sector de la vida social del que tenga sentido emitir un juicio de justicia o injusticia y del que por eso se pueda decir que realiza más o menos adecuadamente un punto de vista sobre la justicia. (Y concluye diciendo:) Aunque esta interpretación se haga desde una situación histórica concreta, vale respecto de toda sociedad humana pretérita, presente o futura, precisamente porque, aunque las valora, reconoce la justificación que todas tienen en cuanto existentes, pues su existencia jurídica no se hace desprender del juicio de valor que nos merezca el punto de vista sobre la justicia que en esa existencia se realiza»¹².

Desde esta perspectiva se puede hablar con toda legitimidad de un *iusnaturalismo moderado* que cree en la existencia de unos principios objetivos de justicia en función de los cuales puede justificarse racionalmente un orden de vida social y, al mismo tiempo, someterlo a crítica, para hacer posible e impulsar su desarrollo y perfeccionamiento¹³. Se trata, como indica Pérez-Luño, de un *iusnaturalismo moderado o crítico* que «no niega la juridicidad del Derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo»¹⁴.

Por otro lado debe advertirse que la configuración del *iusnaturalismo* como ontología jurídico-material en modo alguno puede suponer que fuesen ajenas al mismo –salvo en el supuesto de algún intelectualismo puro, como Gregorio de Remini, por ejemplo– la consideración de los aspectos y exigencias formales del Derecho. Quiere decir esto que para el *iusnaturalismo* la validez u obligatoriedad de la norma

¹¹ *Filosofía del Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1953, pp. 460 y 461, véanse las pp. 458 ss. y 465 ss.

¹² LEGAZ LACAMBRA, L., *Problemas de la actual Filosofía del Derecho*, en «La Filosofía del Derecho en España». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Granada, 1975, pp. 129 y 130.

¹³ Vid. DELGADO PINTO, J., *Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad*, en «La Filosofía del Derecho en España», cit., p. 26.

¹⁴ «En torno a la fundamentación *iusnaturalista* de los Derechos Humanos», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 41, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1996, p. 241.

(Ley) no se hace depender solamente de la justicia intrínseca de sus contenidos sino también del cumplimiento de determinados requisitos formales: promulgación por la autoridad legítima; determinación de los diferentes ámbitos de validez de la norma (personal, real, territorial, temporal); condiciones relativas al uso de la coacción, etc.¹⁵.

2. Dos versiones del iusnaturalismo

El término iusnaturalismo no designa una corriente de pensamiento uniforme sino un modo de pensar plural y complejo que se ha desarrollado y plasmado en diferentes sistemas. Dentro del conjunto de las teorías iusnaturalistas nos interesan fundamentalmente dos: el iusnaturalismo trascendente, de fundamentación teísta, de la escolástica cristiana y el iusnaturalismo racionalista que se inicia, tras la Reforma protestante, con H. Grocio.

A) *La doctrina del Derecho natural cristiano de la escolástica*

Se trata de una corriente de pensamiento que tiene su raíz y origen en las grandes síntesis de filosofía pagana y cristianismo llevadas a cabo, en épocas diferentes, por San Agustín y Santo Tomás de Aquino. A través de esas síntesis el iusnaturalismo de raíz platónico-aristotélica y estoica fue asimilado y reelaborado por el pensamiento cristiano que supo articular un sistema de Derecho natural que encontró su fundamentación metafísica y teológica en el orden del Universo. Dicha línea del pensamiento encontró su culminación en la escolástica española (Escuela española del Derecho natural) y, de modo especial, en el pensamiento de F. Suárez.

Dicho iusnaturalismo sitúa en Dios, en cuanto creador y ordenador del Universo (idea de *ley eterna*), el fundamento último de la moralidad y la juridicidad. En virtud de su fundamentación teológica dicho iusnaturalismo (su concepción del Derecho y del orden social y político) se corresponde perfectamente con lo que A. Comte denominó *etapa teológica* de la historia de la humanidad. Para este iusnaturalismo el valor supremo fue el constituido por la *fe cristiana*. Dicha fe, en cuanto factor aglutinante fundamental de la Cristiandad, poseyó la virtualidad suficiente para impulsar y vertebrar un nuevo orden de vida social. Dentro de dicho orden cabe destacar sus dimensiones política y jurídica.

Desde el punto de vista político la filosofía y el iusnaturalismo cristianos desarrollaron una nueva concepción de la comunidad política (*Res Publica o Civitas Christiana*) fundada, no ya en la justicia y la amistad (*philia*), sino en la justicia y en la «*charitas christiana*».

¹⁵ AQUINO, T. de, *Summ. Theol.* I-II, q. 90, art. 4; q. 95, art. 4; q. 96, arts. 2, 5 y 6; SUÁREZ, F., *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore*, lib. I, caps. 11 y 12; lib. III, caps. 12, 13, 31, 32, 33 y 35.

Esa *charitas christiana* humanizaba y cohesionaba –en virtud del amor al prójimo (reflejo del amor de Dios a los hombres)– las relaciones y los vínculos establecidos por el hecho de la convivencia social y las exigencias de la justicia ¹⁶.

Desde la perspectiva específicamente jurídica el iusnaturalismo cristiano situó el fundamento de la justicia del Derecho humano positivo en su adecuación o conformidad con la *ley natural*, la cual, a su vez, no era más que un aspecto o dimensión de la *ley eterna* (orden establecido por Dios), que el hombre puede en todo momento conocer gracias a la luz de su razón. Para el iusnaturalismo cristiano el Derecho, lo justo, encontraron así su comprensión más rigurosa y profunda y su fundamentación última en su referencia a Dios.

B) *La doctrina del Derecho natural racionalista*

La aparición del iusnaturalismo racionalista se correspondería con la fase de evolución de la historia de la humanidad que A. Comte denominó *etapa metafísica*.

Rota la unidad de la fe cristiana por la herejía (Reforma protestante), la religión y la teología perdieron su antigua virtualidad para vertebrar, cohesionar y garantizar el orden y la paz social. Convertidas la religión y la teología en fuente inagotable de disputas y luchas (guerras de religión), la fe fue desplazada por la razón (y la teología por la metafísica) como instancia más neutra y objetiva y, por ello, más adecuada para crear y garantizar un nuevo ámbito de convivencia ordenada y pacífica. Como consecuencia de ello la política y el Derecho se secularizaron –se desvincularon de la fe– y la razón se erigió en la instancia suprema de explicación y legitimación del orden social, político y jurídico.

Desde el punto de vista del pensamiento político la razón recurrió a la idea del *contrato social* como expediente dialéctico para explicar y justificar la existencia de la sociedad y del poder político, del Estado y del Derecho, como instrumentos de ordenación de la misma ¹⁷.

En el plano específicamente filosófico-jurídico el fenómeno al que estamos haciendo referencia supuso el desplazamiento de la doctrina del Derecho natural de fundamentación teológica por un Derecho natural de nuevo cuño, secularizado y fundado exclusivamente en la razón. La razón dejó de ser así un mero medio de conocimiento de unos principios éticos (morales y jurídicos) objetivos, independientes de ella, para convertirse –en un giro hacia el subjetivismo ético– en la fuente suprema de dichos principios ¹⁸.

Para fundamentar el Derecho la razón buscó unos principios tan claros, evidentes y seguros –tan neutros y objetivos– como los axiomas

¹⁶ Vid. CONDE, F. J., *op. cit.*, pp. 106 a 108 y 132 ss.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 151 ss., 154 ss.; Véase WELZEL, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a auf. Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, pp. 108 ss.

¹⁸ TRUYOL Y SERRA, A., *Fundamentos del Derecho natural*, F. Seix, Editor, Barcelona, 1954, núm. 10, p. 13.

que sirven de base al razonamiento matemático. Se trataba de encontrar unos principios éticos análogos a las verdades matemáticas y que, como éstas, valiesen aún en el supuesto de que Dios no existiese o no se ocupara de los asuntos humanos (H. Grocio). En segundo lugar, el racionalismo entendió que dichos principios debían ser estudiados y tratados con el mismo método que se empleaba en la ciencia matemática (*more geométrico*).

La aplicación del método de las matemáticas al tratamiento y estudio del Derecho natural supuso el desplazamiento del razonamiento específico de la razón práctica y su sustitución por el modo de razonar propio de la razón teórica o especulativa. Con ello, el Derecho natural racionalista –mal avenido con la significación y el método casuista del Derecho romano– pretendió constituirse en auténtica ciencia, configurándose a través del pensamiento de sus autores (H. Grocio, S. Pufendorf, Ch. Thomasius, Ch. Wolff) en un sistema racional de preceptos –completamente independiente de la teología– en el que unas normas se deducían de otras, como si se tratase de auténticas verdades o principios matemáticos. De ahí el nombre de iusnaturalismo del *mos geometricus* ¹⁹.

III. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ONTOLOGÍA JURÍDICO-FORMAL

1. El positivismo jurídico como concepción del Derecho

Un nuevo perfil ofrece la reflexión filosófico-jurídica que se lleva a cabo desde los supuestos epistemológicos y metodológicos del *positivismo jurídico*. La concepción positivista del Derecho –del positivismo jurídico en sentido estricto– se impone y da el tono de una época del pensamiento jurídico que cubre la mayor parte de los siglos XIX y XX, y que viene a ser el correlato fiel de la denominada por Comte *etapa positiva* ²⁰, fase última de la evolución de la historia de la humanidad.

Como ya indicamos, el espíritu y el estilo de la nueva época viene determinado por la primacía del valor de la utilidad (al que se subordinan los demás valores). La hegemonía de lo útil muestra su rostro más humano en la admiración y culto que se dispensa a las ciencias positivas y a la técnica. Todo ello va a suponer una transmutación del horizonte epistemológico y metodológico del momento, en virtud del cual se entenderá que no hay más conocimiento verdadero, científico, que aquel que versa sobre los fenómenos empíricos. El verdadero saber científico se ocupa de los hechos de la experiencia y de las relaciones

¹⁹ Vid. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1952, pp. 133 ss.; SCHLOSSER, H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte* (Ein Studienbuch), 7.^a Aufl. C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, en especial pp. 78 ss., 81 ss., 86 ss. y 88 ss.

²⁰ Welzel ha subrayado esta coincidencia, *op. cit.*, pp. 183 y 184.

causales existentes entre los mismos con el fin de descubrir y formular leyes de validez universal. Desde estos supuestos se niega la posibilidad y la legitimidad de todo conocimiento metafísico.

El nuevo giro epistemológico y metodológico se manifestó muy pronto en el ámbito del pensamiento jurídico. Bajo el condicionamiento de los supuestos indicados la reflexión jurídica se torna positivista, implicando ello un nuevo modo de concebir y explicar el Derecho.

El positivismo jurídico supuso, ante todo, una nueva concepción del ser del Derecho (*ontología jurídica*) y un nuevo planteamiento del objeto y misión de la reflexión filosófico-jurídica. Desde el nuevo enfoque se entiende que la Filosofía del Derecho ha de ocuparse del Derecho positivo, del «*Derecho que es*», abandonando, por irrelevante e inconsistente, toda consideración acerca del «valor del Derecho»; acerca del «*Derecho que debe ser*».

Desde los supuestos epistemológicos y metodológicos del positivismo jurídico la consideración ético-material del Derecho se torna así imposible, y la ontología jurídico-material es desplazada, sustituida, por una ontología jurídica de carácter formal, cuyo germen se encontraba ya en el iusnaturalismo racionalista; en su método lógico-deductivo (*mos geometricus*).

2. Génesis y desarrollo del positivismo jurídico

Momentos fundamentales de la génesis y desarrollo del positivismo jurídico fueron, en primer lugar, el paso del iusnaturalismo racionalista al positivismo jurídico científico, a través del fenómeno de la codificación; luego, la configuración del positivismo jurídico como positivismo legal.

A) *Del iusnaturalismo racionalista a la codificación del Derecho positivo*

En el iusnaturalismo racionalista hay que destacar, entre otros, dos rasgos que –al objeto de nuestro estudio– actuaron complementariamente: De un lado, su antipatía y oposición metodológica al Derecho romano, de base casuista; de otro lado, su dimensión ideológico-revolucionaria que incitó y cristalizó en las grandes codificaciones nacionales (finales del siglo XVIII y siglo XIX) que acabaron desplazando al Derecho romano, como Derecho común ²¹.

El Derecho natural racionalista desembocó así en los movimientos del *constitucionalismo* y la *codificación*. Su pretensión fue sustituir el Derecho del Antiguo Régimen, fundado en la tradición y la autoridad, por un Derecho nuevo, más coherente, justo y seguro, fundado en la razón ²².

²¹ WIEACKER, F., *op. cit.*, pp. 197 ss.; SCHLOSSER, H., *op. cit.*, pp. 89 ss.

²² Vid. GÓMEZ ARBOLEYA, E., *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en «Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 439 ss., 467 ss. y 511 ss.

Bajo el signo ideológico del racionalismo revolucionario el Derecho y la justicia se identifican con la ley positiva (constituciones y códigos). La ley positiva vale como auténtica *ratio scripta*, en cuanto ella es el resultado de la positivación de los contenidos del Derecho natural racionalista (en especial, de los derechos naturales individuales) para su mejor conocimiento, garantía y aplicación.

B) *El nacimiento del positivismo jurídico y las líneas fundamentales de su desarrollo*

Positivado el Derecho natural racionalista en las nuevas constituciones y códigos parecía lógico que, a partir de ese momento, la reflexión filosófico-jurídica se desentendiese del Derecho natural y se centrara en el estudio del nuevo Derecho positivo (constituciones y códigos) que era la verdadera *ratio scripta*.

Por esos años, entre 1797 (G. Hugo) y 1821 (Hegel), aparece la denominación Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*), como nuevo rótulo para designar los estudios filosófico-jurídicos. Frente a lo que podría pensarse, el nuevo título no significaba un mero cambio de nombre sino que, en un plano epistemológico y metodológico, supuso una nueva orientación científica: la intención de configurar la reflexión filosófico-jurídica como estudio exclusivo del Derecho positivo; como Filosofía del Derecho positivo ²³.

a) *El positivismo jurídico científico*

Bajo los supuestos anteriormente indicados surge la primera manifestación del positivismo jurídico. Se trata del positivismo jurídico de primera generación que F. Wieacker ha denominado *positivismo jurídico científico* ²⁴.

En esta primera fase del pensamiento positivista el jurista se consagra al estudio del Derecho positivo, con la convicción plena de que dicho Derecho es perfecto tanto desde el punto de vista lógico-formal como desde la perspectiva ético-material. El jurista ve en el Derecho positivo, de un lado, un sistema normativo racional, coherente y completo, que puede ser estudiado y aplicado con la seguridad y el rigor propios del pensamiento lógico-matemático (en especial, la jurisprudencia de los conceptos). De otro lado, el jurista piensa que en ese Derecho positivo están contenidos (positivados) –garantizando su racionalidad– los principios éticos (ideales de justicia) y culturales que integran la conciencia de la comunidad ²⁵.

²³ GONZÁLEZ VICÉN, F., *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en «Estudios de Filosofía del Derecho», Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 207 a 257, en especial las pp. 232 ss.

²⁴ WIEACKER, F., *op. cit.*, pp. 253 ss.

²⁵ *Ibid.*, pp. 253 y 254 ss.

b) El positivismo jurídico legal

En un segundo momento se produjo el fenómeno que Wieacker ha denominado de «transición del positivismo científico al positivismo legal» (*Der Übergang vom wissenschaftlichen zum Gesetzespositivismus*)²⁶. El positivismo jurídico legal es un positivismo más radical que el positivismo jurídico científico, y se caracteriza ante todo por su concepción reduccionista del Derecho positivo. Los nuevos juristas –el positivismo jurídico legal es un positivismo de segunda generación–, formados en el estudio de la ley positiva, no ven ya el Derecho positivo como «*ratio scripta*»; como la concreción positiva de unos principios o verdades racionales. Para ellos el Derecho se identifica con la ley (Derecho legal). Y ese Derecho no es más que un sistema de normas creado e impuesto por el hombre cuya validez deriva exclusivamente del cumplimiento de determinados requisitos de carácter formal; esto es, del hecho de haber sido creado por el órgano competente de acuerdo con el procedimiento formal establecido legalmente para tal fin.

El Derecho así entendido deja de ser ya una síntesis de valor y realidad para configurarse como un mero fenómeno o hecho social que posee como rasgo o nota esencial la coacción, y cuyo contenido (de carácter contingente y variable) le puede venir dado: 1.º Por la tradición histórica (*historicismo*). 2.º Por los factores y fuerzas de diverso signo (económicas, culturales, políticas, psicológicas, etc.) que operan en la vida social (*sociologismo*). 3.º Por la voluntad del Estado (Ihering, Gerber Laband, Jellinek (*positivismo estatista* o *Escuela de la Herrschaft*)²⁷. El Derecho, como fenómeno social dotado de coacción, se convierte en un mero instrumento técnico de ordenación y control social²⁸.

Desde la idea de esta concepción del Derecho, y desde los supuestos epistemológicos y metodológicos que la fundamentan, se entiende que no puede haber más ciencia ni más Filosofía del Derecho que aquellas que tienen por objeto el estudio del Derecho positivo, entendido como «*el Derecho que es*». El problema de su «mérito» o «demérito» (el problema del «*Derecho que debe o debería ser*») es ya una cuestión que no interesa a la Ciencia del Derecho en cuanto tal sino a otras disciplinas diferentes como son la Moral o la Política²⁹.

²⁶ *Ibid.*, pp. 271 ss.

²⁷ Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F., *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, en «Estudios de Filosofía del Derecho», cit., pp. 59 ss., 83 ss. y 94 ss.; *Sobre el positivismo jurídico*, *ibid.*, pp. 190 ss.; PASQUIER, C. du, *Introduction à la Théorie générale et à la Philosophie du Droit*, 16.ª ed., Delachaux et Niestlé, Ed., Neuchatel-Paris, 1988, pp. 235 y 250 ss.

²⁸ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.ª ed. alemana por R. J. VERNENGO, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, en especial pp. 46 ss. y 57 ss.; *El Derecho como técnica social específica*, en el vol. «¿Qué es Justicia?», estudio preliminar, trad. y ed. de A. CALSAMIGLIA, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, pp. 152 ss.

²⁹ Vid. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik), Neudruck der 1. aufl. Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1985, pp. 1 ss. y 16 ss.; *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, trad. esp. de E. GARZÓN VALDÉS, 4.ª ed., Distribuciones Fontamara, México, 1995, pp. 29 ss.

3. La Teoría General del Derecho como única Filosofía del Derecho posible

Deslindados por razones epistemológicas y metodológicas los temas de la «existencia del Derecho» (el «*Derecho que es*») y el de «su mérito o demérito» («*el Derecho que debe ser*»), la reducción del conocimiento científico y filosófico-jurídico al «Derecho que es», al Derecho positivo, implicó –en el plano de la Filosofía del Derecho– el desplazamiento y sustitución de la ontología jurídico-material por una ontología jurídica de carácter formal.

Los momentos fundamentales de dicho proceso pueden resumirse así:

1.º La Filosofía, en cuanto culminación del saber científico, tiende a la universalidad. Por ello sus conocimientos no pueden versar sobre lo individual y contingente sino sobre lo general, lo universal, permanente y necesario. Su objeto fundamental no puede estar constituido por cosas individuales y concretas sino por el ser; por el ser en su universalidad.

2.º Al trasladar este esquema al ámbito de la realidad jurídica (Derecho positivo) la filosofía positivista sólo podría ofrecer una *concepción formal del Derecho*. En el Derecho lo único que tiene un carácter permanente y necesario es su forma. Su contenido, por el contrario, es circunstancial y contingente, variando en el espacio y en el tiempo. En consecuencia el Derecho fue concebido «como *forma* (generalmente constante) de un *contenido* (generalmente variable)»³⁰.

3.º Consecuencia lógica de esa idea formal del Derecho fue una *concepción, formal también, de la Ciencia y de la Filosofía jurídica*³¹. Reducido el Derecho a pura forma lógica, la única posibilidad de subsistencia que encontró la Filosofía del Derecho (en cuanto ciencia universal del Derecho) fue la de configurarse como Teoría General del Derecho. La Teoría General del Derecho constituye la prolongación del proceso inductivo y generalizador que había desembocado en las «partes generales» de las diferentes ramas de la dogmática jurídica, constituyéndose así en «una *parte general* no de ésta o la otra disciplina, sino de la Ciencia del Derecho en su totalidad»³². La Teoría General del Derecho se configura así como un conocimiento de carácter formal que tiene por objeto la investigación del concepto de Derecho y de la estructura y las formas fundamentales del mismo.

El desarrollo de la Teoría General del Derecho como ontología jurídico-formal ha encontrado su formulación más coherente y representativa en la Teoría pura del Derecho de Kelsen. Desde sus primeros tra-

³⁰ GARCÍA MÁYNEZ, E., *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 31, véanse las pp. 30 ss.

³¹ *Ibíd.*, p. 33.

³² GONZÁLEZ VICÉN, F., *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, cit., pp. 63 y 64. Véanse las pp. 62 ss.

bajos, Kelsen cifró su empeño en hacer de la Ciencia del Derecho un saber tan riguroso, formal y abstracto como la ciencia de la geometría. Su objetivo fue construir «una especie de geometría del fenómeno jurídico total»³³. Para Kelsen ese formalismo, lejos de ser un inconveniente o limitación para el pensamiento jurídico, constituye la condición y la mejor garantía de su objetividad y rigor científico³⁴.

IV. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO SÍNTESIS DE LAS ONTOLOGÍAS JURÍDICO-MATERIAL Y JURÍDICO-FORMAL: EL CAMINO HACIA UNA TEORÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO

1. Necesidad de una ontología integral del Derecho

Como acabamos de ver la pregunta por el ser del Derecho ha tenido, históricamente, dos respuestas fundamentales: de un lado, el *iusnaturalismo*, de carácter predominantemente (no exclusivamente) material y radical en algunas de sus formulaciones; de otro lado, el *iuspositivismo*, de carácter primordialmente formal, con los planteamientos a que ya hemos hecho referencia.

Iusnaturalismo e iuspositivismo –entendidos en sentido amplio– constituyen dos modos de entender la realidad jurídica; dos ideas claves en torno a las cuales se ha desenvuelto –en tensión dialéctica– el pensamiento jurídico desde sus orígenes hasta nuestro días. En ese sentido, H. Kantorowicz encontró los ejes de la evolución de la Ciencia del Derecho en la antinomia formalismo-finalismo. Decía Kantorowicz: «Quien abarque con la mirada en una ojeada de conjunto, las mudanzas históricas de la Ciencia del Derecho, se dará cuenta en seguida de que (...), se revela a cada paso (...), una contraposición entre formalismo y finalismo...»³⁵. Constatación análoga hace N. Bobbio cuando ve en la dialéctica formalismo-antiformalismo uno de los hilos argumentales de la evolución del pensamiento jurídico. Escribe Bobbio: «Formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas, siempre recurrentes, entre las cuales oscila el péndulo de la jurisprudencia, como, en estética, el clasicismo y el romanticismo»³⁶.

³³ KELSEN, H., *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado* (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica), trad. esp. de la 2.ª ed. alemana por W. ROCES. Notas, revisión y presentación de U. SCHMILL, Ed. Porrúa, México, 1987, p. 78, véanse las pp. 78 a 80.

³⁴ KELSEN, H., *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., pp. 46 a 48. Véanse también las pp. 40 ss.

³⁵ *Las etapas de la Ciencia del Derecho*, artículo incluido en G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de W. ROCES, 4.ª ed., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, p. 96. Véanse las pp. 96 a 120.

³⁶ *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 79.

Que desde una perspectiva histórica las cosas hayan sido así no significa que tengan que seguir siéndolo. La posibilidad y la legitimidad de una ontología jurídico-material no excluye la posibilidad y la legitimidad de una ontología jurídico-formal, y viceversa, pues, como recuerda A. Kaufmann, no existe materia sin forma, ni forma sin materia³⁷. Por esta razón es lógico que la Filosofía del Derecho, en cuanto disciplina que tiene por objeto el conocimiento y la explicación del Derecho en su plenitud ontológica, estudie tanto la materia del Derecho (ontología material) como su estructura y formas sustanciales (ontología formal), debiendo configurarse así como una ontología jurídica material y formal a un tiempo.

Sólo de este modo la Filosofía del Derecho podrá superar las insuficiencias y limitaciones del iusnaturalismo y del iuspositivismo en sus planteamientos y desarrollos más radicales e inconciliables. Dichos planteamientos, extremos y excluyentes, toman la parte por el todo y ocultan o velan alguna dimensión esencial de la estructura ontológica del Derecho, pues Derecho natural y Derecho positivo no son sino dos momentos diferentes, pero íntimamente unidos, del proceso de constitución del Derecho en cuanto fenómeno social y cultural³⁸. Significa ello que lo natural (*iusnaturalidad*) y lo positivo (*positividad*) en el Derecho son siempre dos caras de una misma moneda; dos dimensiones de una misma realidad, como en su momento puso ya de relieve Aristóteles cuando, al hilo de su reflexión sobre la justicia, escribió: «Lo justo político (*politikon dikaion*) (esto es, lo que es vivido y sentido como justo en la polis) se divide en natural (*physikon dikaion*) y legal (*nomikon dikaion*). Lo justo natural es lo que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no; lo justo legal es aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo (... y añade luego:); las cosas que no son justas por naturaleza sino por convenio humano no son las mismas en todas partes, puesto que no lo son tampoco los regímenes políticos»³⁹.

En el proceso de apertura de esa «tercera vía» integradora de una ontología jurídica, material y formal, cabe destacar, junto a las aportaciones de la Filosofía del Derecho postpositivista (neokantiana, neohegeliana, fenomenológica, existencialista, etc., en donde destacan las aportaciones de los neokantianos R. Stammler y G. Radbruch), los más recientes esfuerzos de la Teoría del Derecho y la Teoría fundamental del Derecho.

³⁷ KAUFMANN, A., *Grundprobleme der Rechtsphilosophie* (Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken), C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1994, p. 14.

³⁸ Vid. GARCÍA MÁYNEZ, E., *op. cit.*, pp. 148 a 151.

³⁹ *Ética a Nicómaco*, lib. V, cap. 7, 1135 a. En sentido análogo véase *Retórica*, lib. I, cap. 10, 1368 b, 6-10.

2. El programa de la Teoría del Derecho (*Legal Theory* y *Rechtstheorie*)

A) *El proyecto*

La Teoría del Derecho, en sus versiones anglosajona (*Legal Theory*) y alemana (*Rechtstheorie*), surge con la pretensión de superar las limitaciones e insuficiencias del iusnaturalismo, de la Teoría general del Derecho iuspositivista, así como de los planteamientos de la Filosofía del Derecho postpositivista (neokantiana, neohegeliana, etc.). Desde los supuestos de la moderna epistemológica y de las nuevas corrientes del pensamiento filosófico y social, la Teoría del Derecho pretende llevar a cabo una renovación del pensamiento jurídico que satisfaga los requisitos y exigencias de la moderna Teoría de la Ciencia. Para ello, desde sus comienzos, se sirvió de los nuevos métodos de la filosofía y de las ciencias sociales. Su meta fue conciliar el estudio formal del Derecho con la consideración de la dimensión ético-material del mismo, para ofrecer una nueva reflexión jurídica, objetiva y rigurosa y, al mismo tiempo, atractiva y útil para los juristas prácticos.

B) *Resultados*

Los diferentes planteamientos y desarrollos de la Teoría del Derecho han reducido su contenido a un auténtico «cajón de sastre», en donde aparecen mezclados los más diversos y heterogéneos temas⁴⁰. En ellos faltan una clara y precisa delimitación del objeto de la Teoría jurídica, así como una exposición rigurosamente fundamentada, sistemática y coherente de su temática.

3. La alternativa de la Teoría Fundamental del Derecho

Las deficiencias y limitaciones de la Teoría del Derecho impulsan al pensamiento jurídico a la búsqueda de un estudio y de una comprensión del Derecho en su plenitud ontológica; un estudio y una comprensión en donde se concilien y complementen –en virtud de la unidad radical del ser– la consideración de los fines y de los contenidos sustanciales del Derecho (*ontología material*) con el análisis de su estructura y formas lógicas (*ontología formal*). Tal sería la tarea de integración y síntesis de una *Teoría Fundamental del Derecho*, entendida como una ontología jurídica integral. Dicha tarea consistiría en comprender y explicar el Derecho, en la esencialidad de su ser, desde una doble

⁴⁰ Según A. Kaufmann constituirían temas de la Teoría del Derecho, entre otros, los siguientes: la Teoría de las normas jurídicas, la Teoría pura del Derecho, la Teoría de la decisión jurídica, la Teoría económica del Derecho, la Teoría analítica del Derecho, la Teoría del lenguaje jurídico, la Teoría de la argumentación, la Teoría de la legislación, la retórica jurídica, etc., *vid.* KAUFMANN, A., *Grundprobleme...*, cit., pp. 14 ss.

perspectiva: De un lado, desvelando cómo la estructura y las formas lógicas, sustanciales, del Derecho son en cierta medida exigencias de los fines y de los contenidos éticos-materiales del mismo. Esto es, se trata de poner de relieve como la estructura y las formas sustanciales del Derecho constituyen exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica en cuanto fines del Derecho, las cuales encuentran en dichos fines el fundamento ontológico, radical y último de su existencia. De otro lado, la Teoría Fundamental del Derecho ha de elucidar cómo los fines y los contenidos sustanciales del Derecho se encuentran, al mismo tiempo, potenciados y limitados por la estructura y las formas técnicas, ontológicas, que el Derecho, en orden a la fijación y determinación de su existencia puede, debe y tiene que asumir. Quiere ello decir que los fines reales que el Derecho cumple en cada momento están, al mismo tiempo, potenciados y limitados por el grado de desarrollo y perfección que alcancen su estructura y formas técnicas.

Desde estos supuestos la Teoría Fundamental del Derecho pondrá de relieve y explicará racionalmente, en primer lugar, la interconexión existente entre los fines y contenidos ético-materiales del Derecho y su estructura y formas lógicas. En segundo lugar, la Teoría Fundamental del Derecho podrá darnos también una clara y precisa delimitación y fijación de su objeto, así como una visión rigurosamente trabada y coherente (sistemática) de su temática fundamental.

Cultura del conflicto y diversidad cultural*

Por BLANCA RUIZ

El conflicto, como categoría sociológica, y sus mecanismos de resolución son algunas de las principales constantes en la obra del sociólogo del derecho Vilhelm Aubert. Partiendo de la díada *unidad sociológica básica* en la concepción simmeliana, Aubert elabora una clasificación de los conflictos que le lleva a la detección y ubicación de una tríada, producto de los mecanismos de resolución de dichos conflictos. Centrada en la resolución de los conflictos interpersonales, su teoría establece la distinción entre dos tipos de conflictos, a saber, el conflicto de intereses y el conflicto de valores; si bien, como indica el propio autor, tal distinción opera fundamentalmente en niveles teóricos y tiene un valor puramente metodológico, dado que en la realidad «generalmente los elementos de uno de los dos modelos se encuentran mezclados con los elementos del otro» (1969b: 282). El primer tipo de conflicto, el de intereses, se produce cuando existe una escasez de recursos, lo que impide la satisfacción de intereses de la díada¹ de competidores implicados en el mismo. El conflicto de intereses surge, pues, en el marco de una *competición* de las partes, insertas en una lucha por la obtención de recursos insuficientes para satisfacer las respectivas pretensiones de ambas partes. No obstante, destaca Aubert, «los inte-

* La elaboración de este artículo surgió inspirada en un concurso convocado por el IISL-Oñati sobre la trascendencia e implicaciones que la teoría de Aubert pudiera tener en la Sociología del Derecho actual.

¹ Las categorías díada y tríada las toma Aubert de la clasificación elaborada por Simmel –(citado en Treviño 1996: 351): «la relación entre dos partes forma la más simple unidad sociológica, la díada. Una tercera parte aparece en la tríada y, por eso, la forma de las interacciones sociales es alterada de manera esencial»– al tiempo que insiste parcialmente en la visión simmeliana del conflicto y la competición. Ver también Turner (1998).

reses en conflicto no son completamente incompatibles. Tan sólo lo son hasta el punto en que las ganancias de una parte pueden convertirse en las pérdidas de la otra» (1969b: 285). Y lo que es más, en este tipo de conflictos existe una zona de intersección, de intereses convergentes: ambas partes están de acuerdo en la validez del bien, por lo que, a través de la *negociación*, buscarán el modo de «minimizar el riesgo de la mayor pérdida» para ambas. La negociación es para Aubert el mecanismo idóneo de resolución de tales conflictos, ya que goza de los caracteres de agilidad, flexibilidad y menor coste de los que carecen otros mecanismos que requieren de la intervención de terceros. Por contra, el *disenso* es la característica del conflicto de valores: las partes se hallan en desavenencia en lo que atañe a la «valoración de algún beneficio o carga» (*ibíd*); tal desavenencia sobre *valores o hechos* marca la contraposición con el conflicto de intereses: la negociación no parece ser, según estima Aubert, el instrumento adecuado, por lo que será necesaria la intervención de una tercera persona, ya sea un mediador, un árbitro o un juez. En estos casos el conflicto adquiere caracteres más públicos por la trascendencia que su resolución pueda tener para situaciones similares posteriores. Con la intervención de esta tercera persona en la resolución de este tipo de conflictos, la primigenia díada se convierte en tríada. En el conflicto de intereses tiende a resaltarse la proximidad de los contrincantes, así como la coincidencia de los mismos en lo que respecta a sus necesidades y aspiraciones comunes; contrariamente, el conflicto de valores tiende a mantener a las partes alejadas, valoran distintas cosas, por lo que se encontrarán menos frecuentemente que en el anterior tipo de conflictos (Aubert, 1963). Más propiamente, es posible que el disenso sea irrelevante en lo que concierne al conflicto, e incluso que tal conflicto no exista, porque el disenso «más a menudo se trata de desacuerdos entre personas que viven en mundos separados y que nunca se encuentran» (*ibíd*, 31). Dada, aún así, esa potencial distancia, no deja de ser menos cierta la posibilidad de que tales conflictos de valores se produzcan, como lo demuestran las continuas controversias ideológicas y religiosas.

De la anterior clasificación, Aubert desprende dos interacciones fundamentales: una primera, cómo el disenso puede llevar a un conflicto de intereses, y una segunda, cómo un conflicto de intereses puede ser transformado en disenso. Por lo que respecta a este trabajo nos ocuparemos de esta segunda derivación que queda instituida en una de las tesis principales del autor: «Cuando un conflicto de intereses es sometido a la ley, desde ese momento será formulado como un disenso, un conflicto de valor o creencia» (Aubert, 1963, 33), de ese modo, la primigenia díada de competidores será transformada, en virtud de la aparición de un tercero, el juez, en una tríada. Evidentemente, en este caso, Aubert no está invocando la aplicación de leyes de arbitraje o mediación, sino el sometimiento de dos contrincantes a la jurisdicción ordinaria en la que el tercer integrante será el juez. La transformación operada se debe al hecho de que las necesidades o deseos de los contrincantes dejan de ser relevantes para la resolución: «el conflicto de intereses se transformará en un desa-

cuerdo relativo a los hechos ocurridos en el pasado o a las normas legales a aplicar en el presente estado de cosas, o a ambos [hechos o normas], de manera que a menudo se hace difícil distinguir claramente entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho» (*ibíd.*).

La tesis de Aubert analiza microsociológicamente la resolución de conflictos interpersonales, al tiempo que otorga a la ley un papel relevante en lo que atañe a la resolución de tales conflictos. El autor, a continuación, trasciende la perspectiva interpersonal al catalogar a la ley como un instrumento de resolución de conflictos capaz de superar las perspectivas que el mercado, como mecanismo de resolución de conflictos, puede ofrecer. En la clásica teoría liberal el mercado ofrecía el marco de resolución idóneo, como mano invisible que propiciaba la negociación de intereses particulares, evitándose así el conflicto social a través de los acuerdos de las partes ejercitados en la interacción de la oferta y la demanda. Aubert (1963) señala, no obstante, la superioridad de la ley sobre el mercado en la común faceta solventatoria de ambas: frente a la concreción de la negociación interpersonal resalta la abstracción de la norma legal, capaz de adaptarse, por dicha abstracción, a multitud de situaciones específicas; frente a la imprevisibilidad de los potenciales acuerdos particulares, opone la predeterminación legal que ofrece posibilidades de previsión considerablemente mayores.

SIMBOLISMO LEGAL Y HOMOGENEIDAD CULTURAL

El propio autor, en un trabajo posterior (1969b), trasciende igualmente el enunciado de su tesis anterior (el conflicto de intereses dirimidos a través de la intervención jurisdiccional convertirá tal conflicto en conflicto de valores) al señalar el *either/or aspect of legal thinking*. Este aspecto implica el carácter excluyente de la ley en lo que respecta a los valores que la misma consagra, y nos retrotrae a un momento anterior en el desarrollo legal, a aquel protagonizado por el legislador. El razonamiento, pues, sería el siguiente: cuando el legislador ha de regular la situación originada por un conflicto de intereses, ha de posicionarse privilegiando un interés sobre otro y, desde el momento en que tal posicionamiento se produce, uno de los intereses, el privilegiado, es convertido en valor –valorado legalmente– en detrimento del otro. Lo mismo tiene una lúcida explicación en *la función simbólica* que Gusfield atribuye a la ley: como tal, la ley «simboliza la afirmación pública de las ideas y normas sociales» con lo que «glorifica los valores de un grupo y desacredita los de otro»². Ello nos lleva a incidir en el *modus facendi* del procedimiento legislativo. El aspecto excluyente del postulado normativo viene a decir no sólo que tales intereses sean necesariamente dignos de elevación valorativa, sino que una vez que, por las razones que sea, han sido legalmente positivados, se convierten

² Citado en Treviño (1996: 362).

en valor, en forma de comportamiento legalmente valioso que es, o debe ser, asumido y compartido por la sociedad. Al tiempo nos pone en alerta sobre la eventual perversión que, en su caso, los depositarios de la voluntad popular podrían hacer de la misma, por cuanto que el interés convertido en valor no necesariamente ha de merecer una legal –ni necesariamente ha de ser un «interés general»– sino que puede tratarse de un interés particular de un grupo lo suficientemente fuerte como para presionar al legislador para que realice su actividad³; y también, eventualmente, aun favoreciendo un interés general o uno socialmente asumido como digno de protección, puede legislar movido por las presiones de un grupo de interés (S. Berger, 1986). En este sentido, la ley en la concepción de Aubert –instrumento de transformación de interés en valor– es a su vez un instrumento del poder capaz de convertir en valioso lo que anteriormente pudo ser inapreciado e incluso inapreciable; aunque en otras ocasiones no hace, como también indica Gusfield, sino consolidar lo socialmente admitido y otorgarle un rango legal. En cualquier caso, la implementación de la ley dará paso a que ésta consolide la segunda función que Gusfield le atribuye, la *instrumental*. Ésta determina que el obligado cumplimiento de la ley condicione o incluso modifique el comportamiento social, sancionando la inobservancia de la misma. En íntima relación con la función anterior, la función instrumental no hace sino reforzar la preponderancia de los valores excluyentes que la función simbólica consagra: lo legalmente consagrado por el poder –las conductas e intereses legalmente calificadas como valiosas– es provisto de las medidas coercitivas que garanticen la glorificación de tales valores.

Es la ley de las sociedades occidentales a la que se refieren las tesis de Aubert, y es en el seno de las mismas donde se plantean los tipos de conflicto y métodos de resolución que él señala. Tales sociedades, autodefinidas como plurales, lo son básicamente por la consagración de los principios de autonomía y libertad individual; de ese modo, el pluralismo de esas sociedades no es sino la concreción de la genérica condición humana de la pluralidad en palabras de Arendt, matizada por el principio de autonomía de la voluntad. Esta forma específica y occidental de pluralismo se define por la multitud de creencias, actitudes y opciones que al individuo se le ofrecen en aras de la satisfacción de sus diferentes motivaciones e intereses. El marco político de esta privada «pluralidad autónoma» lo ofrece un estado consolidado cuyo papel será el de facilitar el marco legal que posibilite el desarrollo de la persona en un entorno armónico de convivencia pacífica. Por otro lado la forma política con la que hasta el momento se han dotado tales sociedades, el estado-nación, ha sido capaz de ofrecer un entorno especialmente ordenado, debido a la homogeneidad que los estados nacionales han logrado generar. La

³ Tal posibilidad la sugiere Aubert (1969a: 125) cuando apunta que, en muchas ocasiones, el legislador opera «dentro de una realidad muy estrechamente circunscrita por sus obligaciones políticas [que tiene contraídas] para con la ideología del partido y el electorado, no para con la verdad científica».

existencia de la nación *a priori*, sobre la que se basamenta la unidad política, o de la nación *a posteriori* –la etnicidad ficticia de la que habla Balibar en el caso francés–, radicada sobre una unidad política previa, ha devenido, en suma, en una equiparación de nacionalidad con ciudadanía. Ambas, ciudadanía y nacionalidad, quedan igualmente identificadas con la cultura o identidad nacional: el agregado de valores que el estado-nación crea y oficializa, a través de las herramientas que su supremacía le permite. Es por ello necesario, para la configuración de la identidad nacional que las culturas no hegemónicas queden, si no necesariamente aniquiladas, sí soterradas y prohibidas.

Contrasta, pues, frente a la homogeneidad en lo público, la homogeneidad en lo privado. Sin embargo el contraste no es precisamente meridiano. Muchas son las razones que nos harían pensar que las conductas individuales no divergen sustancialmente en lo que respecta a los valores que las inspiran: por un lado, los valores sociales preponderantes –como creencias internalizadas, expresión del interés general y compartido hacia determinados actos⁴– han sido fomentados e incluso instaurados de forma política a través del proceso unificador del estado nación; por otro lado, en las sociedades occidentales, como indica Gellner (1994: 52), «las condiciones de trabajo de la sociedad industrial erosionan las estructuras que sostienen la diferenciación cultural. Las diferencias culturales serán aplastadas por la apisonadora de la sociedad industrial», con lo que la diversidad étnica, comportadora de diversidad cultural y valorativa «caerá también, junto a las diferencias culturales que la hacen visible y constituyen su esencia». En suma, el conflicto de valores que podría surgir de la heterogeneidad de la esfera privada no es previsible en estas sociedades dadas las condiciones de homogeneización llevadas a cabo a través del espíritu unificador del estado y del estandarizador del mercado.

Lo dicho nos trae a colación el conflicto de valores del que hablaba Aubert, que tiene fácil encaje en este análisis: como previamente señalamos, el propio Aubert indicaba la remota posibilidad de que se produjese el conflicto de valores de dos sistemas culturales distintos, dada la distante ubicación de los mismos. Y el eventual conflicto de valores producido por el disenso sobre la valoración de un beneficio o carga, o de un hecho –como pueden ser las controversias ideológicas sobre la práctica del aborto o la apreciación de las circunstancias moduladoras de la responsabilidad criminal, o incluso sobre los requisitos necesarios para acceder a una prestación social– se trata, en suma, de pareceres perfectamente encajables, de valores o contravalores internalizados en el grupo. Estos últimos, los contravalores, podrán ser prohibidos, e incluso sancionados y perseguidos legalmente, pero en absoluto ajenos a la idiosincrasia del grupo cultural. Este pluralismo de actitudes en la vida privada del individuo occidental –ideológico y pragmático– que se halla en la raíz de muchos de los conflictos de valores de los indicados

⁴ Así los define Bilbeny; ver «La configuración de los valores individuales y colectivos en la Europa Mediterránea», en M. A. ROQUE, ed. (1997).

por Aubert, coincide exactamente con aquel politeísmo de valores del que hablaba Weber; politeísmo equiparado a la multiplicidad que el ejercicio privado de la autonomía ocasiona y que, insisto, genera acciones insertadas en la lógica coherente que todo sistema cultural posee. Dicha pluralidad es explicada en la doctrina liberal como causa del conflicto social.

LA CULTURA DEL CONFLICTO

Las sociedades occidentales se han dotado de mecanismo de resolución de conflictos, en principio necesarios para garantizar la paz social indispensable a efectos de que la burguesía, estrato social generador, pudiese realizar con tranquilidad las actividades sociales. La obsesión burguesa por el orden se vio satisfecha con una serie de reglas procedimentales que, internalizadas por los ciudadanos, eran acatadas por la población como mínimo sacrificio a pagar por la armonía social; el consenso consistía en el acatamiento de los resultados de los litigios y de los contratos privados a que llegaban las partes, como regla –formal– básica de convivencia, fueran cuales fueran los contenidos que integrasen el acto de resolución. La no hostilidad y la sumisión a reglas procesales es, pues, la premisa básica de actuación para garantía de la paz burguesa. La dinámica procesal que determina a estas sociedades fue también operativa a la hora de socializar la nación (Gellner, 1994) y de incorporar las categorías menos protegidas socialmente al *status* de ciudadano antes obtenido de manera censitaria. La negociación era también traducible en términos económicos, si la burguesía previamente había reivindicado el ejercicio de su libre iniciativa (básicamente comercial), el interés de la otra clase se tradujo en prestación: a cambio de la paz social el estado liberal-burgués otorgaba a los desfavorecidos pluses que garantizaban la igualdad de oportunidades. Hasta ese momento, hasta la configuración del estado social, el conflicto, privado o social, era primordialmente un conflicto de intereses. El conflicto de valores al que se refiere Hirschman, surgido del politeísmo de valores weberiano era, digamos, un tanto secundario, soportado por la tolerancia de una sociedad acostumbrada a vivir en un marco de «razonable pluralismo» y, en cualquier caso, perfectamente subsumido al procedimentalismo abstracto y ritual de las democracias occidentales. Hirschman, de modo similar a Aubert, realiza la distinción entre *conflict over more or less versus conflict over either-or*⁵. Si en los primeros la cuestión es básicamente cuantitativa, negociable o reemplazable (análogos a los conflictos de interés de Aubert), en los segundos, por contra, la cuestión de fondo es un factor cualitativo, no estandarizable ni negociable, y sí excluyente; la resolución de éstos parece presentarse imposible por unívoca: o preva-

⁵ Ver H. Hartmann (1995).

lece uno, o prevalece otro. Ofrece Hirschman el ejemplo, de nuevo, del aborto para el segundo tipo de conflicto, y también apunta una vía de posible solución (que sorprendentemente no implica que una de las pretensiones sea eliminada) que consiste en la transformación del *either/or conflict* en un *more or less conflict*, lo cual se llevarla a cabo a través de un acuerdo provisional –*interim agreement*– que ambas partes pudieran consensuar (Hartmann, 1995). Ambas posturas, aun cuando Aubert considere más adecuada la intervención de un tercero que la negociación interpersonal para el segundo tipo de conflictos (el de valores), llegaran a conclusiones similares en lo que respecta al logro de un mínimo acuerdo, si no por fuerza de negociabilidad, sí de neutralidad en los conflictos interpersonales que tienen lugar en las sociedades occidentales. Y es que, sea cual sea la fuente del conflicto –interés o valor, en términos de Aubert– el individuo occidental ha aprendido a convivir ordenadamente debido a la internalización de la ética procedimental que inspira estas sociedades, asumiendo como valor fundamental el deber –que sabe generalmente consensuado– de no llegar al conflicto hostil que desestructure la paz social que la sociedad occidental ha alcanzado, sometiéndose para ello a las técnicas procesales establecidas. Este acatamiento del procedimiento, principio fundamental del individuo-ciudadano occidental, establecido a efectos del mantenimiento del orden social, expresa el alto grado de capacidad y, en palabras de Hartmann, «de progreso en la domesticación del conflicto» (1995, 121) que las sociedades occidentales han alcanzado, al tiempo que pone en coordinación las dos concepciones básicas de la sociedad que tan acertadamente refunden Bergalli, Bustos y Miralles (1983): por un lado, la concepción funcionalista del consenso, por otro, la concepción conflictualista de los grupos de interés. Según la primera, el desacuerdo entre los grupos no llevará al conflicto sino a la integración funcional, debido al consenso dominante; según la teoría conflictualista, es el conflicto y no el consenso el elemento básico sobre el que se estructura la sociedad, siendo tal conflicto ocasionado por los diversos intereses entre distintos grupos y la pretensión de imposición de unos sobre otros, de ese modo «el orden social es resultado más de la coerción que del consentimiento» (p. 141). La posición de Hartmann resume acertadamente ambas orientaciones, la del conflicto y la del consenso, asumiéndolas al señalar el creciente reconocimiento en las sociedades actuales de un conflicto institucionalizado que será sometido a las reglas de resolución de conflictos: tanto el *more or less conflict*, resoluble y no destructivo, como el *either/or conflict*, en principio irresoluble y destructivo, serán domesticados con procedimientos que no necesariamente impliquen la derrota de una de las partes enfrentadas en el mismo.

La posición de Hartmann, muestra, en definitiva, el internalizado consenso sobre el conflicto institucionalizado que ofrecen las actuales sociedades occidentales, que han desarrollado una «cultura del conflicto» capaz de conjugar disputas y consenso. En términos valorativos, la cultura del conflicto implica la consideración valiosa del mismo, no por lo que éste tiene de antagonismo y hostilidad, sino porque la confianza

en los medios de resolución –todo es negociable, todo es resoluble– dará lugar a enriquecedores y liberadores resultados ⁶.

Finalmente, en este análisis del conflicto en las sociedades democráticas occidentales, deberíamos realizar una precisión sobre la cultura del conflicto, el último estadio, superador, de las dos teorías que le preceden –la funcionalista y la conflictualista–. Y es que la misma no consiste propiamente en una cultura por sí misma, sino más bien en un elemento definidor de la cultura de estas sociedades democráticas. Como juego de palabras sintetizador la cultura del conflicto resulta, no obstante, sumamente expresiva de algunos de los valores esenciales que integran y determinan las mismas: procedimiento (en este caso de resolución de conflictos), consenso sobre la necesidad y validez de tales normas, y conflicto como elemento valioso derivado del específico pluralismo que las conforma.

DIVERSIDAD CULTURAL Y CONFLICTO

Los presupuestos de elaboración de las anteriores teorías parten del análisis y la ubicación del conflicto dentro de las sociedades occidentales, caracterizadas por la pluralidad en lo privado –auténtico pluralismo de intereses– y por la homogeneidad en lo público –también auténtico monoteísmo de valores–: estado-nación y mercado determinan el marco cultural, valorativo por tanto, propio de las culturas nacionales de dichos estados. A pesar de la especificidad de cada cultura nacional, todos estos estados occidentales presentan como denominador común sus consabidas raíces clásico-cristianas y una común evolución en lo que respecta a la impronta que la corriente demoliberal significó para las mismas. Igualmente, aun con variantes, experimentaron los efectos del nacionalismo y se sumaron al proceso de integración social a través del estado del bienestar. La internacionalización económica, informativa y laboral, sin embargo, ha puesto en peligro la estabilidad de tales estados al tiempo que la homogeneidad interna se está desmoronando. El déficit de democracia que atañe a la participación y representación de ciertos grupos –desarrollado teóricamente con especial brillantez por las teorías feministas– ha devenido en la reivindicación con conno-

⁶ La internalización del conflicto como elemento clave y positivo implica un paso adelante en la concepción que las sociedades occidentales tienen de su progreso y que, sin duda, supera, trasciende y reajusta la imputación negativa que al conflicto atribuían las teorías funcionalistas y las teorías del conflicto. Ross (1993, cap. 11) utiliza la expresión «cultura del conflicto» en una comparación intercultural no referida específicamente, por tanto, a las sociedades occidentales. Sin embargo, la definición de lo que él denomina cultura del conflicto en sociedades de bajo conflicto –*low-conflict cultures, low-conflict societies*– se ajustaría perfectamente a la concepción de Hartmann sobre cultura del conflicto: Ross define esta *low-conflict society* no como aquella sin disputas ni diferencias, sino como una sociedad «donde las diferencias que surgen son conducidas de tal manera que el extremo rencor, la polarización y la violencia contundente son evitados» a través de instituciones concretas y prácticas específicas (1993, 187).

taciones un tanto problemáticas por parte de ciertos colectivos, diferenciados, en cuanto que son los principales y directos perjudicados –y, en ocasiones, consecuencia– de tal déficit. El mismo queda manifiesto y traducido en crisis de legitimidad en el sistema político y en crisis de racionalidad en el sistema económico, conceptuados ambos en la teoría de Habermas, entre otras. Al mismo tiempo, una serie de grupos étnicos que permanecían en el estado nacional, bien soterrados, bien relegados a ejercer su particularidad cultural en la esfera privada, han incrementado el número de reivindicaciones formuladas a los poderes públicos, con la pretensión de hacer valer su diferencia en las instancias políticas. Finalmente, las grandes masas de inmigrantes procedentes de otros entornos del planeta también han hecho de su diferencia el adalid de su lucha por la igualdad.

Wicker ⁷ (1997) establece una estructuración en la formación de estos grupos, una horizontal y otra vertical: la primera determinó la aparición de los primeros movimientos sociales a través de contrastes entre burguesía-proletariado, ricos-pobres, e incluso se repite en las actuales reivindicaciones de las feministas, homosexuales, discapacitados y ecologistas. La segunda, la horizontal, se genera en torno a atributos *irracionales* (cultura, etnia, nación) que engendran solidaridad entre personas tradicionalmente distribuidas horizontalmente. Tal estructuración indica la importancia que los vínculos culturales tienen en la actualidad a la hora de determinar las nuevas identidades. Mientras que los grupos estructurados horizontalmente son el producto de la movilización social, dentro de un mismo sistema cultural –por el igual acceso a los recursos y una más justa distribución de los mismos– los segundos reflejan también la insuficiencia de las culturas nacionales –por los procesos de internacionalización económica, por su neutral procedimentalismo– para generar identificaciones, no ya sólo en lo que respecta a un reparto justo de los recursos, sino también en cuanto a la configuración simbólica de dichas culturas.

Una explicación suficientemente comprehensiva y gráfica la ofrece Gianni ⁸ al señalar que la ciudadanía en los estados occidentales viene a ser «un tipo de identidad cuyo propósito es unificar (a través de un *mínimo común denominador*) la heterogeneidad de la sociedad». En los estados nacionales, a cuya ciudadanía se refiere Gianni, la identidad nacional se traduce en términos de nacionalidad=ciudadanía, y los valores culturales e identitarios que las conforman se entremezclan en una cultura nacional fuertemente potenciada por el grupo hegemónico, y de la cual también participan los grupos horizontalmente estructurados, aun cuestionando ciertas fallas en la racionalidad y legitimidad del sistema. Pujadas apunta una apreciación que adelanta un paso más lo anteriormente señalado al describir cómo la identidad cultural delimi-

⁷ H. R. WICKER, «Sphere Theories of Hannah Arendt and John Rex», en H. R. WICKER, ed. (1997), pp. 143-61.

⁸ M. GIANNI, «Multiculturalism and Political Integration. The Need for a Differentiated Citizenship?», en H. R. WICKER, ed. (1997: 130).

ta un «bagaje socio-cultural-simbólico identificado por el grupo como genuino» (1993: 63), y es precisamente este bagaje ése que no comparten los grupos estructurados verticalmente, su identidad cultural es distinta de aquella que comporta la nación estatal ⁹.

La cultura, entendida en términos antropológicos –como conjunto de significaciones, costumbres y formas de vida de un pueblo– ha pasado a ser uno de los grandes indicadores de las sociedades occidentales, tanto que ahora son multiculturales, integradas por diferentes colectivos portadores de varias culturas. La multiculturalidad es, pues, uno de los caracteres relevantes de las sociedades de nuestros días, sin duda porque, como indica Wicker, el hecho multicultural ha pasado también a estar presente, además de en la vida privada de los miembros de la diversas culturas, en los ámbitos sociales y políticos. No es éste el momento para abordar las causas de esta implantación en los ámbitos públicos, ni de centramos específicamente en la cuestión del multiculturalismo. Sí, sin embargo, hemos de señalar la relevancia que de nuevo cobra la identidad cultural (y digo de nuevo porque ésta ya cobró fuerza anteriormente, al ser una de las bases sobre las que se estructuraron los estados nacionales ¹⁰), como referente y definidor básico de la propia identidad personal, aunque siempre y, como señalan De Lucas y Álund, cualesquiera que sean los elementos sobre los que la misma se articule, se trata de una identidad mutable e interactiva con otras identidades, bien culturales, bien de otro tipo ¹¹. La multiplicidad cultural, étnica en definitiva –como grupo étnico de diversas comunidades de inmigrantes, o como grupo étnico constituido en una minoría nacional– pasa a ser entendida como fuente de conflictividad. En este caso, volviendo a los postulados de Aubert o de Hirschman, el conflicto cultural es apreciado como conflicto de valores, entre sistemas culturales: el hegemónico del estado-nación, y el de las minoras étnicas con valores culturales que chocan con los del grupo hegemónico. La directa vin-

⁹ Sobre Los procesos de formación y consciencia de la identidad grupal ver J. KINCHELOE y S. R. STEINBERG (1997), *Changing multiculturalism*, Buckingham: Open University Press, cap I, y A. PIZZORNO (1984), «Los intereses y los partidos en el pluralismo», en S. BERGER, comp. (1988).

¹⁰ Por ello no debe pasar desapercibido el hecho de que Natividad Gutiérrez afirme que los procesos de etnogénesis no hacen sino reproducir en buena parte las narrativas e instrumentos de los que se sirvieron los estados nacionales para su construcción. N. GUTIÉRREZ, «Ethnic Revivals Within Nation-States? The Theories of E. Gellner and A. D. Smith Revisited», en H. R. Wicker ed. (1997), pp. 163-173. A lo que también habría que añadir que tales procesos de activación étnica se han servido de una serie de derechos y libertades (de expresión, manifestación, de sufragio, en su caso) con que los estados democráticos han dotado a ciudadanos y, valga la redundancia, en su caso, a extranjeros.

¹¹ Podría afirmarse incluso el carácter esencial que la identidad cultural posee en la definición personal. No obstante, desde la teoría antropológica se han venido generando críticas a autores que como Geertz concebían a la identidad cultural (étnica) como permanente e invariable, y por tanto irrenunciable, y de carácter primordial. Así las cosas, estas interpretaciones de la identidad cultural fueron tachadas de esencialistas por quienes consideraban que la identidad cultural era un presupuesto básico de la persona, pero flexible y variable conforme a las diferentes influencias que reciben los elementos sobre los que se configura la identidad cultural.

culación entre diversidad cultural y conflicto refleja, a mi entender, una multipartidaria instrumentalización de la cultura grupal:

a) Por un lado, la del propio estado quien a través de políticas de multiculturalismo reconoce, en el mejor de los casos, el hecho cultural diferencial como causa para otorgar una serie de prestaciones, reduciendo la diversidad cultural a la financiación de una serie de prácticas y utilizando tal reducción como subterfugio para no modificar el actual equilibrio de poderes. Al justificar la activación de tales políticas en aras de la prevención del conflicto, el estado liga peligrosamente los conceptos de cultura y de conflicto, atribuyendo a la identidad cultural una connotación conflictiva que no necesariamente ha de tener. De hecho numerosos estudios empíricos vienen demostrando que la diversidad étnica se presta más a la cooperación que al conflicto (Henderson, 1997). Al vincular diversidad cultural con prestación social por diferencia –similar a la de viudedad, maternidad o minusvalía– genera en el grupo cultural hegemónico que hasta ahora ignoraba tal diferencia, un sentimiento de recelo hacia el diferente, provocado tanto por su alteridad como por la competencia que ahora siente para con el otro.

b) Por otro lado, la de quienes entienden las reivindicaciones de estos grupos étnicos como una esencialización¹² de la cultura, tachando de atávicas y antidemocráticas las prácticas de tales grupos y dando por hecha la cuestión de que todo tipo de sociedades y culturas deberían de avanzar por el camino de derechos y libertades desarrollado por los estados democráticos occidentales. Tales posicionamientos, primordialistas (Henderson, 1997), al tiempo que entienden la cultura –también, y en primer lugar, su cultura– como algo fijo e inmutable, adolecen de un etnocentrismo –eurocentrismo– capaz de reducir el resto de sistemas culturales a deplorables prácticas ancestrales por las que aún no ha discurrido el proceso glorioso de la modernización. Las teorizaciones ultimadas de estas tendencias, del tipo de las elaboradas por Huntington, aprecian en la diversidad cultural –para ellos irreducible– el motivo más claro de luchas entre diferentes culturas y civilizaciones.

c) Una tercera concepción, igualmente reduccionista, es la que desde posturas instrumentalistas –así catalogadas por Henderson y A. D. Smith, entre otros– que entienden la identidad étnica como producto de la manipulación de una serie de líderes o élites grupales para fines relacionados con su poder personal. El reduccionismo de tal interpretación se debe al hecho de que, pese a la instrumentalización que de una identidad cultural pueda producirse por parte de ciertos sujetos personalmente interesados por los beneficios que ello pueda reportarles, dicha manipulación no desvirtúa en absoluto la importancia de la identidad cultural. Al igual que el anterior, este reduccionismo minus-

¹² Entendida ésta como «la creencia de que un conjunto de caracteres inalterables (esencias) determinan la construcción de una determinada categoría» en este caso cultural (KINCHELOE y STEINBERG, 1997: 19).

valora la relevancia de la identidad cultural que, tanto como vínculo de comunicación y solidaridad intragrupal, como de constitutivo de la esencia personal supone.

d) Finalmente, la de quienes efectivamente instrumentalizan una serie de rasgos culturales con el fin de estructurar el proceso de etnogénesis para fines particulares, y en general, al objeto de aprovecharse de los pluses «pro culturalidad diferenciada» que el estado otorga.

No obstante, pese a dicha instrumentalización no podemos olvidar la relevancia del vínculo cultural para el desarrollo personal de los miembros del grupo, ni tampoco que la activación de la etnicidad como medio colectivo de reivindicación intragrupal responde también a la necesidad de reconocimiento –que no se puede entender únicamente en términos de financiación, sino de representación y ubicación del bagaje simbólico de dicha cultura en el entorno político en el que se desenvuelve– y que requiere, no sólo un soporte económico para su preservación y reproducción, sino también una modificación de más procedimientos democráticos –del procedimiento– a efectos de la justa redistribución de los recursos del sistema. Desde este punto de vista, la relevancia que la multiculturalidad cobra hoy en día no puede entenderse por la relación directa entre diversidad cultural y conflicto, sino más bien por una manipulación –¿inintencionada?– de ambos conceptos. No obstante los conflictos entre grupos o sujetos de identidad cultural diferente se producen aunque, como señala Wicker¹³, los mismos no son una consecuencia de la diversidad cultural, sino una forma del conflicto mismo, una vez debilitadas las tradicionales formas de identificación que adscribían a los sujetos en grupos aglutinados por otras categorías distintas a las de la identidad cultural. Valga, en última instancia, como cita para una reflexión sobre la relación entre diversidad cultural y conflicto una más radical y general afirmación de Gellner: «El punto y contenido clave de la presencia perenne del conflicto social no es la perogrullada de que las posiciones sociales son diferentes y algunas son más ventajosas que otras, sino la percepción no trivial de que el sistema de posiciones es inestable y está destinado a cambiar –más la muy disputada idea de que es posible o en última instancia inevitable que la humanidad pueda manejarse sin un sistema de estas características–» (1994: 22-3).

CONFLICTO INTERCULTURAL Y MEDIOS DE RESOLUCIÓN

Reconociendo, pues, con tales matizaciones, la existencia de conflictos entre sujetos o grupos que participan de identidades culturales diversas, podría aplicarse a tales conflictos las anteriores tipologías elaboradas por Aubert y Hirschman. El actual terreno, no obstante, es un

¹³ H. R. WICKER, «Sphere Theories in Hannah Arendt...». *Ibíd.*

tanto farragoso, dada la cantidad de factores que entran en juego: valor, interés, individuo y grupo. Una enunciación general como la que pretendo exponer tan sólo ofrece rasgos sintomáticos que carecen de la precisión que poseería el análisis detallado y casual (cuyo estudio y exposición resulta ciertamente imposible en esta ocasión). Hechas estas precisiones se puede afirmar la previsible –real, más bien– existencia de conflictos de intereses (conflictos sobre más o menos cantidad de un determinado bien) entre personas o grupos pertenecientes a grupos culturales diferentes. Ello, en principio, no supondría mayores problemas que aquellos relativos al acuerdo sobre la mínima pérdida en la transacción de bienes susceptibles de reposición e intercambio; y las técnicas de negociación pueden ser adecuadas y producir resultados justos, siempre y cuando las partes se hallen en igualdad de condiciones, lo que no es siempre frecuente, especialmente en las negociaciones intragrupalas si uno de los grupos implicados es el grupo hegemónico.

Puede existir también entre grupos o individuos de identidad cultural diferenciada, la cuestión es considerablemente más controvertida: un conflicto de valores. En este caso no se trata del disenso acerca de la valoración de un hecho o norma entre individuos pertenecientes a un mismo sistema cultural, sino de aquel del que Aubert preconizaba la improbable existencia, dado que los grupo culturales distintos no se relacionaban debido a la lejanía –distancia espacial– entre ellos. Sin embargo, en las sociedades multiculturales –desde el momento de la visibilización o activación de identidades culturales diferentes a la hegemónica hasta ahora relegadas a una privacidad endógena e irrelacionada–, la «distancia» entre las distintas culturas ha quedado trascendida por el contacto entre ellas y la presencia visible. En estos casos el conflicto de valores puede producirse, se trataría de un conflicto sobre la diferente valoración que acerca de un hecho o norma realizan dos grupos culturales diferentes. En tales circunstancias los valores en cuestión son determinantemente constitutivos de, al menos, una de las identidades culturales, y tal diversidad de valores que ha quedado puesta de manifiesto plenamente en un conflicto es, en este caso, en términos de Berlin, patológica, por lo que resulta conveniente la erradicación de dicha diversidad traducida en valor diferente. Resulta argumento ya tópico en la doctrina el esgrimir situaciones conflictuales como las de las diversas mutilaciones de los órganos sexuales femeninos, o las prácticas poligámicas, con los consabidos discursos valorativos puestos en juego y en conflicto ¹⁴. Se trata de casos claros de con-

¹⁴ Ejemplo ya clásico sobre el pluralismo de valores y el conflicto con la legislación europea se plantea en el estudio de la escisión que realiza Alessandra Facchi (A. FACCHI, 1994, «La escisión: un caso judicial», en J. CONTRERAS, comp., *Los retos de la inmigración. Racismo y pluriculturalidad*), Madrid, Talasa). Si bien dicha práctica recibe un tratamiento que nada tiene que ver con interpretaciones al uso, las cuales, descontextualizando esta práctica la califican como aberración y violación directa de los derechos humanos. La visión de Facchi, mucho más exhaustiva, aporta las significaciones tanto culturales como jurídicas que la escisión y otro tipo de mutilaciones genitales femeninas poseen en sus culturas de origen, al tiempo que –puestas en evidencia ciertas perplejida-

flictos interculturales donde prácticas no europeas –y los valores que las mismas pueden portar– reciben el calificativo de aberrantes. Pero podríamos también invertir el estado de culpas y recordar momentos como la prohibición de la práctica del *potlacht*¹⁵, en la que la lúdica comunión de bienes entre los miembros de diversas comunidades aborígenes se entendió como un ataque claro al principio de la propiedad privada y al disfrute individual de la misma; o aquellas en las que los estados democráticos occidentales y/o la compañías industriales rivalizan con los indígenas por el disfrute de los recursos materiales que poseen las reservas o los lugares sagrados en los que se hallan arrinconados los aborígenes; o, sin ir más lejos, las controversias que la diversidad lingüística genera en cuanto a la implantación por vías políticas de una u otra lengua¹⁶. En tales casos, la resolución de conflictos a través de la negociación entre las partes no parece posible; en principio, porque, como señala Gianni¹⁷ siguiendo a Pizzorno «el tipo de identidades en juego son identidades consideradas simbólica y antropológicamente muy ricas, *thick*, percibidas por los miembros del grupo como no-negociables», y no basadas, por lo general, en cuestiones pragmáticas concernientes a intereses intercambiables. En segundo lugar, la diferente fuerza de las posiciones en conflicto no augura optimistas resultados en lo relativo a la justeza de las condiciones y resultados de la negociación. Tal vez sería más acertada, como señala Aubert, la intervención de un tercero en dicha resolución. Las perspectivas y posibilidades que ofrece la mediación o el arbitraje son, ciertamente más prometedoras, siempre que se garantice al máximo la independencia de esa tercera parte. En estas circunstancias de mediación o arbitraje

des que se manifiestan con motivo de la entrada en juego de la ley europea– recomienda prudencia en la aplicación que la legislación –penal– europea realiza de cara a erradicar este tipo de prácticas.

¹⁵ En la *Canadian Indian Act*.

¹⁶ Álvarez Dorronsoro (1994) señala, además, la existencia de diferencias, tales como la religiosa, que no necesariamente implican un conflicto de valores: todo lo contrario, las mismas pueden ser aceptadas y encajadas en los sistemas culturales europeos a través de los principios de igualdad y de libertad. Estas diferencias, así como aquellas que sí implican un choque abierto de valores en las sociedades culturales no son, en su opinión solucionables a través del «derecho a la diferencia»: «Quienes ponen más énfasis en este tipo de fórmulas parecen presuponer que todos los valores de todas las culturas son compatibles y armonizables entre sí. No consideran que puedan existir conflictos insolubles nacidos de la existencia de conflictos incompatibles» (p. 53). Tal no es, en mi opinión, una definición comprehensiva del «derecho a la diferencia», sino que reviste cierto grado de parcialidad. El derecho a la diferencia lo poseen quienes, por ser diferentes –culturalmente en este caso– necesitan del reconocimiento público y político de su diferencia, de cara a la protección de la misma. En mi opinión, el encaje de la diferencia no ha de ser enfocado desde el punto de vista de la crítica al relativismo cultural ni en el acomodo o en la erradicación de prácticas incompatibles con el elenco de derechos humanos que Occidente ha establecido. Más bien el acento de dicha diferencia, del derecho a la diferencia, se centra en la capacidad de un sistema democrático que se precie para alojar tales diferencias. La reducción de la diferencia a la práctica aberrante o al relativismo cultural consolida más bien, la subrepresentación y la opresión, en términos de Young, a la que los culturalmente diferentes y minoritarios se han visto abocados por el proyecto unificador, llamado universalista y salvífico del estado-nación.

¹⁷ M. GIANNI, «Multiculturalism and Political Integration...». *Ibíd.*

habría que descender, no obstante, a la concreción del caso por caso, y atender a las especificidades de cada uno de ellos, cuestión que excede con creces de los planteamientos conceptuales y espaciales de este análisis. No obstante, en análisis posteriores valdría la pena analizar la operatividad y consecuencias que comporta el papel del mediador intercultural, figura que comienza a propiciarse con creciente interés desde instituciones públicas sensibilizadas por las relaciones interculturales.

A continuación, y siempre en términos globales, pasamos a incidir en el mecanismo de resolución de conflictos que, por su abstracción, ofrece posibilidades de implementación más generales, cual es el someter a revisión legal la existencia de un conflicto de valores entre dos culturas diferentes. Más concretamente, en aquellos supuestos en los que la ley como mecanismo de resolución de conflictos actúa a través de la revisión jurisdiccional. La tesis de Aubert anteriormente mencionada postulaba que, a través de la intervención judicial, la ley funciona como instrumento de transformación de interés en valor. Sin embargo, y utilizando las categorías de Aubert también como instrumento analítico, podemos señalar que en los conflictos de valores tal conversión no se produce, sino que existe *a priori*, antes de la intervención del juez. Es relevante, pues, la función simbólica que Gustfield atribuía a la ley (y deducida también de la tesis de Aubert) por la cual la ley es un instrumento de definición de lo que es válido socialmente, estando el poder de definición ostentado por el grupo dominante que informa la ley con los valores de su grupo. Dicho simbolismo pone en cuestión la neutralidad de la norma legal como instrumento de resolución de conflictos de valores, dado que la propia ley está imbuida de los valores de un determinado grupo, lógicamente, del mayoritario y/o hegemónico. Desde este punto de vista, y siempre hablando de las sociedades occidentales, el sometimiento al juez de una controversia de valores de distintos sistemas culturales –siendo dicha ley producto de uno de dichos sistemas– se halla de antemano inclinado al favorecimiento del valor legalmente consagrado –digno de estima protección y valoración social– por el legislador. Una segunda cuestión derivada de esta función simbólica y de la relevancia que los derechos, libertades e intereses individuales han tenido en la configuración del sistema legal en las sociedades occidentales, nos lleva a profundizar en los presupuestos generadores de la función simbólica, los cuales se basan en última instancia en la protección de los intereses individuales –en torno al derecho de propiedad especialmente (Rex, 1985)– como valor último, a través de la conversión del interés en valor, y no ya desde la intervención jurisdiccional, sino desde la función legislativa. Esto incide, sin duda, en la respuesta a la cuestión de si es o no conveniente la ley como instrumento para resolver conflictos entre valores culturales, algunos de los cuales son elementos integrantes de culturas que carecen del procedimentalismo e instrumentalismo de la legislación implantada en los estados democráticos occidentales. Valores no ponderables, inmensurables, surgidos de procesos de extracción considerados como «irracionales» por la perfecta lógica cartesiana, no parecen poder ser apreciados ni enjuiciados por una ley imparcial, deductiva y abstracta cual es la de las sociedades occidentales. Lo anteriormente expuesto ayuda a repen-

sar con ciertas cautelas la pretendida neutralidad de la ley: quizás tal neutralidad no sea tan omnímoda. Posiblemente la norma legal, en su génesis y estructura, sea un instrumento útil para solventar imparcialmente la casuística que se produce entre los individuos del grupo en el que se encuentra su génesis: sus presupuestos abstractos son válidos siempre y cuando se trate de ponderar los valores del grupo que ostenta el poder de definición, el grupo cultural hegemónico. Tal instrumentalidad no ha de funcionar en idénticos términos de justicia cuando valores culturales diferentes, generalmente minoritarios –y recordemos que la identificación de minoría-diferencia-aberración es en muchos casos una auténtica falacia– no han entrado a determinar la consciencia del legislador, ni de los grupos que puedan presionar y, por tanto, tal diferencia cultural no ha influido en absoluto en la configuración de la ley, puesto que era una diferencia que permanecía –hasta que una serie de presiones y activismos étnicos han aparecido con cierta fuerza– invisible e ignorada.

Una tercera vía de resolución es la propuesta por Hirschman: la transformación de un conflicto de valores en un conflicto de intereses, a través de un acuerdo provisional que pudiera satisfacer los intereses de las partes. Dicha perspectiva que nos hace reflexionar sobre el carácter mixto que, en muchas ocasiones, pueden poseer los conflictos entre grupos o individuos de diferente identidad cultural, supone la posibilidad de negociar y de llegar a acuerdos (que un primer momento resultarían impensables), al transformar el conflicto de valores (no-negociable, negativo y destructivo) en conflicto de intereses (negociable, positivo). Un segundo aspecto de esta conversión está relacionado con el carácter instrumental de la misma: el propio Hirschman señala la tendencia del poder a efectuar este tipo de conversiones, por la mayor rapidez y menor hostilidad que supondrían, y que, en definitiva se traduce en la transformación de un presupuesto cultural identitario, no susceptible de negociación –definidor básico de la identidad personal, aunque también flexible o modificable– en un presupuesto intercambiable, sustituible y/o financiable. El reconocimiento e intento de dicha transformación supone, de nuevo, la consagración de la «cultura del conflicto» (ya la señalamos anteriormente como denominación de tipo no antropológico) en los términos que anteriormente hemos analizado –las sociedades occidentales han logrado la domesticación del conflicto, aun asumiendo su existencia: frente y junto a la omnipresencia del conflicto se halla la ubicuidad de su domesticación, a través del principio del «todo es negociable»–. De este modo, las sociedades occidentales han hecho de la «cultura del conflicto» uno de sus principales características y, valga la redundancia –y ahora sí hablando antropológicamente– uno de sus principales elementos culturales: ése que radica en la negociabilidad de todo tipo de posiciones, incluso de las más opuestas y que considera a la negociación, por sí misma, positiva, constructiva y razonable. La propia negociación, el diálogo, ha quedado impregnado del optimismo de la cultura del conflicto: e incluso es apreciada ya no sólo como un saludable procedimiento, sino incluso como resultado. Tal sobrevaloración, de procedimiento a resultado, supera con creces los límites terminológicos y reales: la negociación sólo puede ser entendida como procedimiento. Cualquier exacerbación de su significado

real podría pervertir incluso la justeza del acuerdo. Se dice, pues, en términos de Hirschman, que la consecución del *interim agreement*, a través de la conversión del conflicto de valores en conflicto de intereses, implicaría en gran medida la reducción de las posibilidades de behetría que la contraposición de valores en conflicto implicaría. A este respecto creo que se deberían de hacer varias consideraciones:

1.^a La vía que propone Hirschman muestra la optimista concepción existente en las democracias occidentales acerca de las posibilidades que ofrece la cultura del conflicto. Frente a la irreductibilidad de los valores identitarios, por definición innegociables, triunfa la esperanza de domesticación de la cultura del conflicto, concretada en un acuerdo transitorio. La conversión postulada ofrece incluso una cierta esencialización de la domesticación: todo es negociable, todo es convertible, minusvalora la entidad de un valor que no necesariamente ha de ser susceptible de negociación, y menos de conversión en interés, en cuestión de más o de menos. Confianza y sempiterna domesticación del conflicto a través del acuerdo, chocan, pues, con la grávida entidad de valores innegociables y no convertibles. El optimismo que postula la conversión parece garantizar el acuerdo sin tomar en consideración que, en muchas ocasiones, el mismo va a ser inalcanzable, o sin considerar que, con frecuencia, la propia desnaturalización del valor convertido en interés no puede dar lugar en paridad a un acuerdo, sino a un conflicto sofocado. Elemento clave es, pues, la transitoriedad que se predica del mismo: transitoriedad que puede dar paso a una consolidación del acuerdo, o, bien, por la desnaturalización mencionada, a un temprano y acrecentado conflicto.

2.^a El mencionado optimismo en la domesticación puede también trasladarse al optimismo en los medios de obtención del acuerdo. De ese modo, negociación, diálogo, es en muchas ocasiones entendida como fin en sí mismo más que como procedimiento de resolución.

3.^a Por otro lado, y en última instancia, no se puede olvidar el apunte de Hirschman: al poder le interesa este tipo de conversiones, puesto que los resultados son menos violentos y el procedimiento es más sencillo y ágil. Al convertirse lo innegociable en negociable implica que a ese valor cuya innegociabilidad se predicaba ha habido que consignársele un precio. En mi opinión, muchas de las políticas de multiculturalismo se reducen a este tipo de fijaciones lucrativas llamadas en el menor de los casos políticas de reconocimiento y con fines, en última instancia, claramente asimilatorios: apoyo –¿bienintencionado?/¿expreso?/¿subliminal?– económico de una serie de aspectos culturales, reducidos de ese modo a tópicos, en aras de garantizar cierto grado de «satisfacción étnica» que impida un creciente y temido activismo que podría obligar a replanteamientos más serios en la propia estructura de participación y representación del sistema.

CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este análisis he intentado seleccionar y relacionar una serie de conceptos clave que determinan los conflictos, incidiendo tam-

bién en sus medios de resolución. En mi opinión, la teoría y praxis elaboradas en las democracias occidentales han devenido en una especie de cuadratura del círculo, la cultura del conflicto, que pondera positivamente el conflicto y el consenso, como elementos determinantes de una optimista visión del progreso enfocada en los procedimientos de resolución de conflictos. Cultura del conflicto que, como ya he señalado, se ha convertido en un elemento cultural –antropológico– de las sociedades occidentales, plurales en intereses y monoculturales en valores. La aparición o visibilización, por diversas causas, de otras culturas han puesto de relieve la actual pluriculturalidad de las mismas, y la pluralidad de valores a voces enfrentados, denominada en términos generales diversidad cultural, ha dado lugar al emparejamiento de diversidad cultural y conflicto, derivándose éste último de la primera. Entiendo, sin embargo, que esta relación no es necesaria, se trata más bien de una extrapolación del pluralismo de intereses sobre el que se estructuró el sistema democrático occidental, en el que el conflicto sobrevinía de dicha pluralidad. Más bien, por el contrario, albergo la impresión de que tal relación obedece, como ya he señalado, a una manipulación del concepto de cultura que propicia una interpretación esencialista de la misma en función de determinados fines.

Aún reconociendo la existencia de posiciones enfrentadas entre valores culturales diferentes, me inclino a pensar que las situaciones conflictuales más candentes, aquellas centradas en presupuestos aberrantes, patológicos, no son sino muestras sutilmente entresacadas a efectos de presagiar lo funesto de una convivencia entre culturas diversas absolutamente incompatibles. Por otro lado, la aplicación de los tradicionales medios de resolución de conflictos ofrece una serie de debilidades e incoherencias en lo que atañe a su papel ante la diversidad cultural; con la reflexión sobre la operatividad parcialmente deficiente de tales medios en absoluto pretendo cuestionar las connotaciones positivas de cualquier acuerdo, negociación o diálogo, circunstancia obvia, sino el exceso de confianza en este elemento cultural occidental –la cultura del conflicto– que propugna como valor básico, la sempiterna reducción del conflicto a través de satisfactorios procedimientos y constructivos resultados, ignorando la existencia de posturas irreducibles.

No obstante, insisto, considero que tal irreductibilidad, tal imposibilidad de solventar determinadas conflictos de valores no es más que un dato circunstancial de la diversidad cultural; la diversidad cultural es a menudo un calificativo artificial del conflicto. Pero el conflicto no es cultural ni provocado por causas exógenas; sino endógeno, en la propia lógica del tipo de democracia implantada en las actuales sociedades democráticas. La cuestión no se centra en cómo resolver el conflicto de valores interculturales, un conflicto que a veces aparece descrito con tintes rituales, coloristas y folklóricos, la cuestión ha de centrarse en apartar lo conflictual por circunstancial y en realmente afrontar un análisis claro y serio del llamado déficit de democracia, el cual también padecen tales grupos culturalmente distintos y minoritarios. Es un conflicto surgido en el seno de las democracias, el que se esconde detrás

del llamado conflicto cultural, el que utiliza el colorismo diverso como parapeto: el conflicto se encuentra inmerso en la propia entidad de las democracias en curso, incapaces de ampliar su lógica. Tal es, es mi opinión, el verdadero conflicto que se plantea. Los grupos culturalmente diversos, entre otros, postulan su representación, inclusión y encaje de referentes en el gobierno y cultura del pueblo. La cuestión básica no es, pues, conflicto de valores, sino depuración democrática. Y en consonancia, la pura lógica de la democracia ha de optar por incluir en su dinámica a quienes se encuentran subrepresentados y a aquellos cuya participación y capacidad de definición se hallan mutiladas por su posición minoritaria y por las coloristas, folklóricas –*sauvages*, en definitiva– connotaciones con las que se han visto caracterizadas las minorías culturales desde el procedimentalismo abstracto de las mayorías.

BIBLIOGRAFÍA

- AUBERT, V. (1963): «Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution», *The Journal of Conflict Resolution*, 7-1, pp. 26-42.
- (1969a): «Some Social Functions of Legislation», en V. AUBERT (ed.), *Penguin Modern Sociology*, Penguin Books, inc., Harmondsworth, pp. 116-25.
- (1969b): «Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society», en L. NADER (ed.), *Law in Culture and Society*, pp. 282-303.
- BERGALLI, R.; BURGOS, J. y MIRALLES, T. (1983): *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Península, Barcelona.
- BERGER, S. (comp.), (1988): *La organización de los grupos de interés en la Europa Occidental*, trad. B. G. R., MTySS, Madrid.
- GELLNER, E. (1995): *Encuentros con el nacionalismo*, trad. C. RODRÍGUEZ BRAUN, Alianza Editorial, Madrid.
- HARTMAN, H. (1995): «Clash of cultures, when and where? Critical comments on a new theory of conflict and its translation into German», *International Sociology*, 10-2, pp. 115-25.
- HENDERSON, E. A. (1997): «Culture or Contiguity», *Journal of Conflict Resolution*, 4-5, pp. 649-668.
- PUJADAS, J. J. (1993): *Etnicidad. Identidad cultural de los pueblos*, Eudema, Madrid.
- REX, J. (1985): *El conflicto social*, trad. C. SÁEZ, Siglo XXI Editores, Madrid.
- ROQUE, M. A. (ed.), (1997): *Identidad cultural y conflicto de valores*, Icaria, Barcelona.
- ROSS, M. H. (1993): *The culture of conflict: Interpretations and Interest in Comparative Perspective*, Yale University, New Haven.
- TREVIÑO, J. (1996): *The Sociology of Law. Classical and Contemporaneous Perspectives*, St. Martin's Press, New York.
- TURNER, J. H. (1998): *The Structure of sociological Theory*, Wadsworth Publishing Company, Belmont, CA.
- WICKER, H. R. (ed.), (1997): *Rethinking Nationalism & Ethnicity*, Berg, Oxford.

La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos

Por MARÍA DE LOURDES SOUZA
Universidad de León

«La época del desencanto da paso a la época del “cinismo”. Los “nuevos cínicos” celebran la muerte del comunismo como la culminación de la razón occidental, la cual, en su madurez, logra una completa indiferencia respecto de todo el valor, respecto de cualquier intento –que en adelante será “patético”– de oponerse al orden vigente de este “mundo al revés”» (Barcellona, 1992: 9).

«La acumulación de las irracionalidades reside en el peligro inminente de catástrofe ecológica, en la miseria, en el hambre a que está sujeta una gran parte de la población mundial –cuando hay recursos disponibles para proporcionarles una vida decente y una pequeña minoría de la población vive en una sociedad del desperdicio y muerte de abundancia– en la destrucción, por la guerra de poblaciones y de comunidades en nombres de principios étnicos y religiosos que la modernidad parecía haber descartado para siempre, en la droga y en las medicalización de la vida como solución para una cotidianidad alienada, asfixiante y sin solución» (Santos, 1998a: 460).

En la postrimería del siglo XX, de la llamada tercera fase del capitalismo o de la segunda revolución industrial, se vive de forma intensa la desestructuración de toda idea de «comunidad», de toda capacidad de autorrepresentación social, de todo intento de determinación de los contenidos y de las identidades que definan lazos sociales y que orienten la consecución de metas y fines colectivamente compartidos.

El hombre postmoderno ha alcanzado un nuevo estadio en el proceso de desencantamiento, inducido por una cultura narcisista, hedo-

nista y consumista. Si algo caracteriza al estadio actual de la individualidad moderna es el autismo social ¹. La reclusión del individuo en el universo de la privacidad ya no deja espacio para el público, para la autorrealización colectiva. La sociedad no es ya una comunidad, sino un agregado de individuos atomizados y narcisísticamente orientados hacia una infinita gratificación de los propios deseos e intereses. Un gran imperativo, indica Barcellona, parece dominar: «soy porque consumo», «consumo porque todo está ahora al alcance de la mano de mis ilimitados deseos de poseer» (1994: 153). Es la época del individualismo económico, del individualismo posesivo, del individualismo masa, del individualismo del consumidor...

La gran paradoja de nuestra modernidad reside en que su horizonte de sentido ha sido concebido esencialmente como liberación de los vínculos de dependencia personal, de las jerarquías y de los poderes absolutos. Para hacer frente a estos designios ha enarbolado, por un lado, la bandera de los valores y derechos de los individuos, de su igualdad y autodeterminación, y, por otro, «consagrado» la vinculación social de los individuos como ciudadanos en el contexto de una comunidad política. Sin embargo, la mercantilización generalizada de las relaciones entre los individuos, la construcción de un inmenso aparato neutralizador y destructor de todo el vínculo de solidaridad personal y vinculación social, ha sido el «precio» pagado por las numerosas contradicciones genéticas y también por el equívoco desarrollo de estos presupuestos.

Las paradojas y las «promesas incumplidas» de la modernidad han conducido al narcisismo y al hedonismo del individuo contemporáneo, a la apatía, indiferencia e incluso al extrañamiento frente al otro (autismo). Pero no sólo esto, sino que, además de eliminar la comunidad, también niega la promesa de una vida individual más rica: «el individuo parece, hoy en día, menos individual que nunca; su vida íntima nunca fue tan pública, su vida sexual nunca fue tan catalogada, su libertad de expresión nunca fue tan inaudible y tan sujeta a criterios de corrección política; su libertad de elección nunca fue tan dependiente de las escogencias hechas por otros antes que por él». Precisamente por eso, «La aspiración de autonomía, creatividad y reflectividad se transmuta en privatismo, des-socialización y narcisismo, los cuales acoplados a la vertiente productivista, sirven para integrar, más que nunca, a los individuos en la compulsión consumista». En esta nueva configuración simbólica «el culto de los objetos es el *ersatz* de la intersubjetividad» (Santos, 1998a: 18 y 311-312). No es de extrañar, pues, que el individuo contemporáneo llegue «desnudo a la meta de su prometida emancipación» (Barcellona, 1992: 18 y 114).

Pero cabe inquirir si este diagnóstico de la condición humana post-moderna es algo irreversible o si existe o puede existir alguna salida,

¹ El autismo de la era individualista se ha convertido, como apunta Barcellona, «... en una extraña torre de Babel en la que todo el mundo consigue conectar con la red informática pero ya no logra hablar con el vecino de enfrente» (1990: 41).

algo capaz de revertir la dinámica del individualismo apropiatorio, dinerario y mercantilizado. Si es posible encontrar un nuevo horizonte de sentido capaz de agregar a los individuos, de crear nuevos vínculos comunitarios con resonancias tanto en la autodeterminación y promoción de la individualidad, como en la afirmación de fines y objetivos colectivos compartidos. Las respuestas tanto de Barcellona como la de Santos son afirmativas. Ésta ha sido la principal razón que nos impulsó a trabajar con estos dos autores. Se trata de dos intelectuales que no han claudicado ante el nihilismo, muchas veces reconfortante, en que han caído muchos intelectuales de la «vieja guardia» marxista. El ocaso de las utopías políticas marxistas han conducido a desmoralización y a la dejadez de los intelectuales identificados con tal proyecto. Y, con él, las energías del ideal político revolucionario-transformador de las izquierdas han perdido fuerza y motivación.

Estos dos autores, por el contrario, creen que el final del socialismo real es el final de una falsa alternativa; que quizá podría significar la oportunidad de poner otra vez en cuestión el carácter transgresivo del núcleo auténtico del proyecto socialista. Se trata, como veremos, de una perspectiva que trata de lanzar una nueva mirada crítica sobre la teoría marxiana, alejándose de muchos de los tradicionales dogmatismos y esquematismos que siempre la han caracterizado y, nos atreveríamos a decir, perjudicado en la aprehensión y comprensión epistemológica de la modernidad y en el aprovechamiento de las energías emancipatorias en ella presentes. Tal vez por esto, nuestros autores, se comprometen a desarrollar una nueva autorreflexión de la modernidad, una nueva comprensión epistemológica de las energías e impulsos libertarios existentes en la misma, con el fin de reconvertirlas y, así, fomentar un nuevo paradigma comprometido con la emancipación social y la dignificación de la vida humana. Este ideal que es común, aunque no por eso perfectamente equiparable y coincidente, es lo que nos motiva a intentar realizar una lectura cruzada de estos autores, tratando de componer, a través de distintos fragmentos, algo así como un mosaico.

Dicho esto, pasamos a nuestra composición. Quizás, como paso previo, sea conveniente detenernos unos momentos en analizar los distintos bocetos del paisaje real que sirvieron de inspiración a nuestros autores. En palabras menos metafóricas, a escudriñar las razones, causas y consecuencias que, según estos autores, son responsables de la perversión del individualismo moderno y, por añadido, del hundimiento y agotamiento del proyecto de la modernidad.

A) DIAGNÓSTICO DE LAS PARADOJAS Y CONTRADICCIONES DE LA MODERNIDAD

Uno de los primeros puntos de confluencia de los dos autores es el de demostrar cómo el imaginario moderno destruye el imaginario tradicional, sustituyendo el vínculo social por la relación jurídica y la

colectividad por el Estado. En otras palabras, la creación de individuos libres e independientes que entran en relación con los otros solamente por intermedio de las leyes y del contrato jurídicamente sancionado y que tienen como «representante» de la colectividad al Estado, entendido como autoridad abstracta, poder impersonal que detenta el monopolio del derecho y de la violencia legítima. Dicha construcción tiene como resultado una «difusión ecuménica» del derecho, la cual genera dos importantes consecuencias:

1. El derecho como indicador social privilegiado de las formas de sociabilidad. La sociedad de los hombres es una sociedad jurídica y, más allá de las relaciones jurídicas, los individuos no tienen ninguna relación significativa y sancionable ².

2. La mercantilización de vida privada. La supeditación de lo social a lo jurídico termina por generar la confusión y la indeterminación de las formas de vida, por destruir toda articulación posible de la identidad y de la diferencia. Además de fragmentar el individuo en una pluralidad de estatutos diferenciados y, en cierta forma, «sobredeterminados» por las acciones desplegadas por una orientación político-económico-social mercantil posesiva (centrada en la propiedad y la libertad de las relaciones contractuales) ³.

Es realmente singular cómo la reducción de la vida social a forma jurídica lleva a la postergación y disolución de la individualidad (y de sus ámbitos relacionales) en la experiencia jurídica. Y con ello la indi-

² Es interesante en este particular la reflexión que hace Barcellona: «La sociedad moderna se presenta como “sociedad jurídica”. Con tal expresión no se quiere indicar simplemente el fenómeno por el cual toda sociedad, instituyéndose, se da reglas de vida y de organización, ni simplemente el hecho de que algunas de estas reglas sean consideradas más vinculantes que otras. Esto no distinguiría la modernidad de otra época histórica, ni el derecho moderno de otras formas de regulación coactiva de los comportamientos humanos (...). Con tal expresión, se quiere indicar cómo el derecho representa la “significación” de la modernidad, y cómo la una no es representable sin la otra, en el sentido que el significado nuclear en torno al cual la sociedad moderna es instituida no resulta representable, ni susceptible de ponerse como principio organizador de las relaciones humanas fuera de las “formas” del derecho moderno» (1996b: 27). De ahí, según este mismo autor, que: «La única forma de mediación entre el individuo y la sociedad es el derecho: esto significa que un sujeto puede exigir alguna cosa frente a otro no sobre la base de razones morales, afectivas, etc., sino solamente si una norma legal justifica su pretensión. En otros términos las relaciones (sociales e) individuales son mediadas por las normas» (1996b: 43).

³ Esta orientación, advierte Santos, transforma los sujetos en unidades iguales e intercambiables en el interior de administraciones burocráticas públicas y privadas, receptáculos pasivos de estrategias de producción, en cuanto fuerza de trabajo, de estrategias de consumo, en cuanto consumidores, y de estrategias de dominio, en cuanto ciudadanos de la democracia (1998: 292). Por otro lado, Barcellona va más lejos en sus reflexiones, afirmando que en un mundo en el que todo se ha hecho producible, el sujeto también es transformado en objeto producible. Por ello ya no hay «un sujeto», sino tantos como puedan producirse; y éstos no son cualitativamente distintos de los objetos, sino sujetos-objetos predispuestos para ciertas operaciones con objetos-sujetos y, por tanto, productos capaces, a su vez, de funcionar en el lugar y en el modo que se les pide (1996a: 95).

vidualidad concreta se confía a la subjetividad jurídica abstracta: la individualidad viviente, material y empírica es «formalizada» por la extrema artificialidad del orden jurídico, de la igualdad de derechos y del libre intercambio de equivalentes.

De ahí que la irrelevancia de las diferencias y de las cualidades, de los vínculos sociales y de las relaciones personales sean presupuestos imprescindibles en el armazón estructural del Estado y del derecho modernos. Precisamente, por esta razón, se echa mano de la artificiosa abstracción y generalidad capaz de universalizar e igualar «ficticiamente» las particularidades de los sujetos y, así, transformarlos en «recipientes no diferenciados de una categoría universal» (Santos, 1998a: 290). Esa configuración de la modernidad es algo así, dice Barcellona, como un evento milagroso en el desarrollo de la sociedad humana: une y separa a la vez, mantiene como posible la división y atomización de la sociedad de individuos independientes y, al mismo tiempo, realiza su unificación, alcanza esta unidad que permite identificar la sociedad con un código (1996a: 26).

Pero la gran paradoja del acto constitutivo de la subjetividad moderna radica en la creación de un concepto ficción –el del contrato social–, según el cual el acuerdo voluntario de individuos libres y autónomos es la base y fundamento del nuevo orden. La institución del pacto no sólo es una apuesta por una vida racional, frente a la barbarie de los salvajes y a la anarquía del estado de naturaleza, sino también la apuesta por la esencia social del hombre, por la racionalidad y dignidad de la naturaleza humana; por la liberación del individuo de todos los anteriores vínculos de subordinación (estamentos, castas, corporaciones, etc.). El individuo aislado y egoísta del estado de naturaleza se transforma en un agente ético y moral capaz de desplegar sus capacidades y atributos más distintivamente humanos. La institución de la sociedad, de un gobierno colectivo y consensuado, conllevaría al progreso colectivo (a través del dominio y control sobre el devenir del hombre y de la naturaleza) y la autorrealización de los valores políticos y morales de cada individuo en la sociedad.

De esta idílica concepción del momento fundacional de la sociedad nace una paradoja esencial de la modernidad: la escisión entre sociedad política y sociedad civil. Aquélla es el lugar de la comunidad abstracta y del «deber ser» del «bien público», donde la unidad de los ciudadanos se realizan en la idea universal del Estado y del derecho. Ésta (la sociedad civil) es concebida como asociación competitiva de intereses particulares, soporte de la esfera pública. En esta concepción empobrecida de la sociedad civil el individuo, formalmente libre e igual, es el sustentáculo de la esfera privada y el elemento constitutivo de la misma. De ahí el origen de la oposición o dualidad Estado-sociedad civil (Santos 1998a: 92-140).

Como corolario de esta escisión se opera una doble reducción/simplificación de las relaciones individuo/colectividad: la reducción de la motivación del obrar a la exigencia de obtener los recursos necesarios para satisfacer las propias necesidades y deseos de consumo; la reducción

de la libertad (de la libre subjetividad) a mero presupuesto general para establecer relaciones contractuales y acceder al universo del mercado y de las mercancías. Esta transformación de la «subjetividad» en función del sistema, de un lado, y en «contingencia de necesidades», del otro, no sería, todavía, posible sin la institucionalización social del cálculo económico de mercado como parámetro general del obrar humano.

De tal forma que, dentro de esta intrincada red de conceptualización, se trata de hacer coincidir el interés general y el interés individual. El crecimiento de la riqueza es al mismo tiempo el objetivo común y la condición para la universal accesibilidad al bienestar por parte de todos. Pero es propiamente esta coincidencia la que consentirá una concepción funcional tanto del individuo como de la organización social: el individuo como mero punto de referencia de necesidades a satisfacer y la consiguiente entronización de los intereses concurrentes en el mercado como núcleo de la vida social (Barcellona, 1994: 74-99 y Santos, 1998a: 139-147).

Por otro lado la base convencional del contrato social termina por generar una paradójica polaridad entre individuo y Estado, la cual también va a ahondar en la contraposición entre subjetividad individual (subjetividad contextual) y ciudadanía (subjetividad abstracta). Como afirma Santos: «El triunfo de la subjetividad individual impulsado por el principio del mercado y de la propiedad individual, que se afirma de Locke a Adam Smith, trae consigo –por las antinomias propias del principio del mercado– la exigencia de un supersujeto que regule y autorice la autoría social de los individuos. Este sujeto monumental es el Estado liberal (...) El Estado, siendo no obstante un sujeto monumental, tiene por objetivo tan sólo garantizar la seguridad de la vida (Hobbes) y de la propiedad privada (Locke) de los individuos para continuar la búsqueda privada de sus intereses particulares, según las reglas propias y naturales de la propiedad y del mercado, es decir, de la sociedad civil. Siendo los ciudadanos libres y autónomos, el poder del Estado sólo se puede basar en la aceptación por parte de ellos y la obediencia que le es debida sólo puede resultar de una obligación voluntariamente asumida, es decir, del contrato social» (1998a: 164 y 288).

Aquí está el punto crucial de la paradoja de la constitución moderna del sujeto: de un lado, el individuo, como identidad autónoma y preexistente, funda el orden de la sociedad, siendo pues su soporte y fundamento; pero, por otro, se concibe el orden social constituido como un orden artificial, que se pone en el exterior y por arriba del individuo empírico, casi como un *a priori* necesario de la existencia de éste. No por acaso, como observa Barcellona, la misma paradoja se da en el campo del Estado y del derecho. En lo tocante al Estado, está la concepción de que éste es el creador del orden y de la unidad del pueblo; nada preexiste a él. El representado no existe antes de ser representado y recíprocamente el representante no existe antes que sea constituido el pacto entre los representados. En lo referente al derecho tenemos que el orden artificial del derecho se sostiene sobre los individuos que lo producen, pero los individuos que lo producen son sujetos de dere-

cho porque vienen reconocidos por una norma. Como se puede ver, la relación es absolutamente circular. Pero lo más significativo de todo es que «la fuerza del sujeto general se niega en la sumisión de la individualidad empírica a la calificación jurídica que el ordenamiento (el Estado) decide darle» (Barcellona, 1994: 67 y 1996a: 47).

Con esto se completa la expoliación de toda la caracterización social y personal del individuo, de todo elemento y contenido que dé sentido a su existencia individual y también colectiva. Se elimina «el problema de los orígenes, de la tradición, de los vínculos comunitarios de los que venimos» (Barcellona, 1992: 18). El único elemento directivo del destino de los seres humanos es del mercado. Así la estructura interrelacional de la subjetividad moderna es subvertida y negada en la masificación de la lógica cuantitativa de la esfera económica y en la indeterminación del individualismo de masas ⁴. Llegamos así al cumplimiento del nihilismo, de la vocación nihilista (del «ser y la nada») del sujeto postmoderno: la ausencia de voz personal y colectiva, que no conocen otros criterios de expresión que el de la tercera persona y el del imaginario colectivo de los medios de comunicación de masas (Barcellona, 1996a: 40).

Además de las aporías de esta paradójica construcción del individualismo moderno, que podríamos designar como «deformidades genéticas», estos autores ofrecen otros argumentos explicativos de la perversión del individualismo contemporáneo, que tienen que ver ahora con lo que consideraremos como «deformaciones históricas». Entre ellas, de forma convergente, y de manera sinóptica, tendríamos:

1. La crisis de gobernalidad y la crisis de representación. La crisis de gobernalidad viene marcada por la hipercomplejidad social, que ha llevado a un aumento excesivo de las reivindicaciones sociales, creando una consecuente incapacidad del sistema político-estatal para responder de forma eficaz y satisfactoria a tales demandas. La crisis de representación es la otra cara del mismo fenómeno, aunque su especificidad tiene que ver con la relación entre los partidos y la sociedad en su conjunto. Se manifiesta de diversas formas: las diferencias cualitativas entre las distintas opciones políticas presentes han sido reducidas hasta casi la irrelevancia; fenómenos de agregaciones (coaliciones) de bloques políticos de forma transitorias, determinadas por objetivos particulares, específicos e interesados o en función puramente negativa de contestación o impugnación de alguna decisión o medida gubernamental; la pérdida de los tradicionales vínculos entre representante y representado; fenómenos de corrupción y degeneración del poder político. Todos estos factores han generado un sentimiento de apatía, hastío y dejadez hacia los mecanismos representativos/participativos y, como consecuencia, el abandono progresivo por parte de la ciudadanía

⁴ Aunque, como advierte Barcellona, el individualismo de masa, que conduce aparentemente a la negación de la forma de la subjetividad moderna es una consecuencia del desarrollo de principios organizadores implicados en la concepción originaria del individualismo posesivo de la moderna ideología burguesa (1994: 135).

de las responsabilidades públicas. Ese déficit de adhesión por parte de los ciudadanos está produciendo una continua erosión y «desertización» del terreno público.

2. La hipertrofia de la ciudadanía y la decadencia de la subjetividad. Por una parte tenemos que la extensión de los derechos sociales ha contribuido al ensanchamiento de la ciudadanía, abriendo nuevos horizontes al desarrollo de la subjetividad. Pero, por otra parte, los derechos sociales y las instituciones estatales a que dieron lugar fueron partes integrantes de un desarrollo social que aumentó el peso burocrático de la vigilancia controladora sobre los individuos. «Los sometió más que nunca a las rutinas de la producción y del consumo; creó un espacio urbano desintegrador y atomizante, destructor de la solidaridad de las redes sociales de interconocimiento y de ayuda mutua; promovió una cultura mediática y una industria de los tiempos libres que transformó el ocio en un goce programado, pasivo y heterónimo, muy semejante al trabajo. En fin, un modelo de desarrollo que transformó la subjetividad en un proceso de individualización y numeración burocráticas y subordinó el mundo de la vida –*Lebenswelt*– a las exigencias de una razón tecnológica que convirtió el sujeto en objeto de sí mismo» (Santos, 1998a: 298-9).

3. La crisis de los Estados nacionales. La llamada «segunda revolución industrial» ha provocado la crisis del régimen fordista y de las instituciones sociales y políticas en que él se tradujo. Ésta se basó, en primera línea, en una doble crisis de la naturaleza económico-política: en la crisis de rentabilidad del capital frente a la relación productividad-salarios y la relación salarios directos-salarios indirectos, y en la crisis de regulación nacional –producidas por la internacionalización de los mercados y la transnacionalización de la producción–. Como esta relación de regulación y administración de los mercados estaba centrada en el Estado nacional, su crisis fue también la crisis de éste (Santos: 1998a: 302). Pero no sólo esto, sino que esto también ha desembocado en la despolitización y la naturalización de los imperativos económicos en una nueva lógica, ahora transnacional, del consumismo (Barcellona, 1992: 23-24 y Santos, 1998a: 306).

4. La mutación de la lucha de clases y la desaparición del proletariado como sujeto de transformación y liberación. Los grandes logros y conquistas de significativos derechos sociales por obra del movimiento sindical (designadas en general como fordismo, compromiso histórico, Estado-Providencia, socialdemocracia) han generado, indiscutiblemente, una mejoría en el nivel de vida de la clase trabajadora. Pero, como contrapartida, dichas conquistas han conducido a la cooptación y a la desradicalización del movimiento sindical y, por ende, de la capacidad emancipatoria del proletariado (Santos, 1998a: 408). Por otro lado, hay una diversificación y extensión de los conflictos que se alejan del tradicional conflicto entre capital y trabajo (como, por ejemplo, los movimientos y reivindicaciones llamadas postmaterialistas: la ecología, lo antinuclear, el pacifismo, el feminismo y el antirracismo, etc.). Esta pérdida del carácter central del conflicto entre capital y trabajo parece

destinada, nos dice Barcellona, a remitirnos a una conflictividad puntual y episódica, fuerte e impetuosa pero al mismo tiempo incapaz de unificar el movimiento social según el objetivo de una reforma del sistema» (1992: 133). En síntesis, el debilitamiento y la inoperancia del movimiento obrero como agente unificador de los trabajadores y como motor de luchas de liberación y transformación de la sociedad capitalista, hace que los trabajadores ya no conformen una clase sino, simplemente, formen parte de la «masa amorfa», amarrada a la obsesión de las rutinas de la producción y consumo ⁵.

5. La redefinición neoliberal del Estado social y la derrota de la izquierda. La gran ofensiva neoliberal que ha caracterizado las nuevas fases de reestructuración capitalista ha redimensionado fuertemente los «valores» y presupuestos del Estado social y neutralizado potentemente la validez política del propio conflicto redistributivo, que era la razón de ser del Estado social. Por otro lado, la izquierda, privada de casi todos sus referentes teórico-políticos (por la bancarrota del socialismo real), termina por asumir pasivamente los resultados de esta contradicción y se oculta bajo la praxis de adaptación a las pretensiones y reivindicaciones de sectores más hábiles y astutos del mundo liberal. Desde este punto de vista, se puede decir que la izquierda ha perdido el anhelo con el programa de autoemancipación, ha perdido el contacto con el problema de la socialización, dando vida a una formación burocrática (heterónoma) de la vida social no distinta de la lógica del capitalismo post-concurrencial (Barcellona, 1994: 188-259).

6. La crisis de la generalidad y abstracción de la ley. En los últimos albores del siglo XX, asistimos a un proceso de continua juridización de todos los ámbitos de la vida, hasta el más íntimo y recóndito detalle. Estamos rodeados de reglas como nunca. Precisamente por eso la norma pierde sus caracteres abstracto y general de regla del juego y se convierte en norma-decisión, mandato concreto ⁶. Esta metamorfosis de la

⁵ Santos considera que las organizaciones políticas del proletariado no son víctimas de este proceso, sino, uno de sus principales artífices. Por lo cual, según ese autor, no es sorprendente entonces, que sus energías hayan sido desviadas hacia la gestión celosa del capitalismo, por más transformado que éste haya salido de esa gestión (1988: 303). Barcellona también afirma que: «El operario de la sociedad tecnológica moderna no se percibe como víctima de la explotación, ni tampoco parece dispuesto a aceptar vínculos de solidaridad de clase que han permitido la intervención distributiva del Estado social (...). El ansia de cantidades, de objetos consumibles, ha tomado el lugar de la antigua estructura antagonista del conflicto obrero. El contenido miserable de las relaciones es el reflejo de su forma miserable: la lucha por el consumo no deja huellas durables; no permite identificaciones permanentes (...). El retorno de las grandes fiestas populares, un inmenso carnaval de Venecia, es el símbolo de esta condición humana que encuentra ahora solamente en el juego de la "máscara" el código simbólico para expresar la propia creatividad reprimida o al menos canalizada a formas de una rutina lúdica y tranquilizante» (1994: 152-153).

⁶ En este contexto, escribe Barcellona, la legislación parece siempre más inadecuada, fracturada, parcializada, sectorial, incompleta e ineficaz, caracterizada por una separación entre la afirmación de principios y la operatividad de la medida adoptada. La excesiva penetración de los intereses sociales corporativizados ha terminado por determinar una especie de parálisis, a causa de prohibiciones cruzadas que los varios grupos se oponen. «La legislación se ha vuelto siempre más expresiva de compromisos medio-

ley implica también una transferencia de los problemas políticos y éticos (no resolubles en el terreno político-legislativo) al ámbito más conveniente y controlable de la jurisdicción. Así el conflicto político se convierte en conflicto individual y puede ser resuelto sobre la base de una regla y un procedimiento (Barcellona, 1996a: 72-77). En suma, se trata de la transformación de los problemas éticos y políticos en problemas jurídicos, resolubles en la individualización judicial (Santos, 1998a: 422).

7. La pérdida del sentido de deber y un desmesurado sentido de los derechos. El individuo moderno se cree con un derecho exclusivo a gobernar su vida y defender a ultranza un vago instinto de lucha por su bienestar (anclado ahora en placeres fútiles e inmediatos del consumismo). El único deber y responsabilidad que tiene es para consigo mismo. Los deberes para con el otro se banalizan y se trivializan en función de los intereses, beneficios y placeres propios que puedan reportar. Este énfasis en el yo muestra a «un individuo que se autocontempla y se gratifica, que encuentra placer en sí; un individuo narciso, un “yo libidinal y amorfo”, dedicado al placer y a la autogratificación» (Barcellona, 1996a: 128). Los deberes, la solidaridad y la responsabilidad quedan postergadas ante las constantes reiteraciones de derechos que cada cual siente poseer. El narcisismo y hedonismo conducen a una ética de los derechos autorreferida e intrascendente: «En el caótico bullir de la vida, todos los participantes, los individuos particulares, adquieren autonomía salvaje, igualdad de derechos para todos-contra todos» (Barcellona, 1996a: 30).

Este es, en líneas generales, el diagnóstico de las principales «patologías» de la modernidad. Las cuales, por una vía u otra, concurren o supusieron una versión truncada, desfigurada y perversa de la individualidad moderna, especialmente reflejada en la articulación entre subjetividad y ciudadanía. Tal cuadro clínico revela un sujeto físicamente débil y psíquicamente perturbado, que encuentra evasión «en la droga, la gratuidad del acto destructivo y vandálico, la violencia en los estadios o, más en general, la deflagración de la relación interpersonal en una miríada de sensaciones huidizas» (Barcellona, 1996a: 247). Pues bien, ¿será que estas deformidades genéticas y deformaciones históricas, inevitablemente, condenan al individuo postmoderno a sucumbir (como si se tratase de un enfermo en estado terminal) o, como mínimo, a ser encerrado de por vida en el manicomio del individualismo masifi-

res, de breve duración y aún, más a menudo, privada de verdaderos contenidos normativos. Se habla de “ley-manifiesto”, ley-bandera, leyes destinadas más a reclamar la atención sobre la existencia de problemas fuertemente advertidos por la opinión pública que a formular y adoptar soluciones eficaces» (1994: 206). También para Santos: «La regulación jurídica de la vida social se alimenta de sí misma (una regulación que siempre da origen a otra) al mismo tiempo que el ciudadano, oprimido por un conocimiento jurídico especializado y hermético y por la sobrejuridificación de su vida, es llevado a prescindir de su buen sentido o sentido común con el cual la burguesía en el siglo XVIII demostró a la aristocracia que también sabía pensar» (1998a: 105-6).

cado de consumo? Tal como ya manifestamos la respuesta de nuestros autores es un rotundo NO. Para seguir con la metáfora ⁷, éstos creen, que con algunas intervenciones quirúrgicas (las cuales supondrían algunas amputaciones y prótesis) conjuntamente con la correcta administración de algunas medicinas y medidas terapéuticas (incluyendo el psicoanálisis) se podría curar los males y debilidades del individuo postmoderno. Se trata de conseguir algo así como, lo que los psicoanalistas llaman, «cataclismo de la persona», y con él, abrirse el camino a un itinerario distinto: el de la emancipación (Barcellona, 1996a: 147).

Sin más divagaciones metafóricas, veamos cuáles serían los puntos nodales que estos autores creen que deben ser remodelados o reinventados para solventar todas estas deficiencias y crisis antes apuntadas. Se trata, como veremos más adelante, de un proyecto ambicioso que intenta «inventar» una salida a un futuro, un futuro que, en estos momentos, está atrapado por un presente conformista y sin ganas ni voluntad de luchar por alternativas ⁸. De ahí, la necesidad de una «catarsis» (en el sentido gramsciano) del presente, a partir del cual sea posible «reinventar el futuro, abrir un nuevo horizonte de posibilidades cartografiado por alternativas radicales» (Santos, 1998b: 423), en fin, simplemente, pensar e inventar un «mundo mejor» (Barcellona, 1996a: 147).

Imbuidos por este desafío, Santos y Barcellona proponen la hercúlea tarea de abrir nuevos horizontes de sentidos capaces de crear nuevas posibilidades y expectativas de una vida futura mejor. El primero y más grande de los desafíos con que se van a encontrar nuestros autores es el de intentar encontrar un punto de equilibrio y conciliación entre el yo y el otro, entre subjetividad y ciudadanía, entre individualidad y comunidad. Estas parejas, casi siempre reñidas históricamente, han formado y conformado lógicas político-ideológicas antitéticas y excluyentes. Nos estamos refiriendo a la constante pugna entre la primacía del individuo sobre la comunidad o de la comunidad sobre el individuo, presentes especialmente en las dos grandes opciones política de nuestro siglo: el

⁷ Dígase de paso que el recurso a esta metáfora tuvo una inspiración directa en Santos que, con la ingeniosidad que le caracteriza, formula la redacción que sigue: «El siglo XX quedará en la historia (o en las historias), como un siglo infeliz. Alimentado y preparado por el padre y la madre, el andrógino siglo XIX, para ser un siglo prodigio, se reveló como un joven frágil, afiebrado y dado a los azares. A los catorce años sufrió una enfermedad grave que, tal como la tuberculosis y la sífilis de entonces, se demoró en curarse y le dejó secuelas para siempre. A tal punto que a los treinta y nueve años tuvo una fortísima recaída que lo privó de gozar la pujanza propia de la edad mediana. A pesar de que, seis años después, fue dado como clínicamente curado, desde entonces ha tenido una salud precaria y muchos temen una tercera recaída, ciertamente mortal. Tal historia clínica nos convenció –a nosotros cuya inocencia está garantizada por el hecho de que no escogimos nacer en este siglo– que, en vez de un siglo prodigio nos tocó un siglo idiota, dependiente de los padres, incapaz de montar casa propia y de tener una vida autónoma» (Santos, 1998a: 85).

⁸ Esta postura es definida por Santos como «futuricida»: «asumir la muerte del futuro para finalmente celebrar el presente, como sucede en cierto postmodernismo, o incluso para celebrar el pasado, como sucede con el pensamiento reaccionario». Lo cierto es, añade este autor, que el «vacío del futuro no puede ser llenado ni por el pasado ni por el presente. El vacío del futuro es tan sólo un futuro vacío» (1998a: 423).

liberalismo y el socialismo. De ahí que este intento de conciliación presente una simetría antagónica con gran parte de los esquematismos político-filosóficos de estos dos proyectos o concepciones de la sociedad. Creo que no nos equivocamos al afirmar que las propuestas de estos autores, aunque se formulen como una posibilidad de alternativa al capitalismo, no poseen el sello o referencia matricial del marxismo ⁹. Si es correcto lo que nuestra intuición vislumbra, se podría entonces pensar que lo que proponen es un modelo alternativo de sociedad, que se aparta, aunque no se dé ninguna ruptura radical, tanto del modelo capitalista como del socialista ¹⁰. De ahí la inspiración, paródica al mismo tiempo que también metafórica, del título del epígrafe que sigue.

⁹ Tal vez las siguientes citas puedan servir de fundamento a lo dicho. Así, Santos, afirmará que: «Nuestras sociedades de fines de siglo reclaman una hermenéutica de sospecha del tipo de la que Marx emprendió; igualmente reclaman una profunda revisión del marxismo tal como lo conocemos. La solidez del marxismo reside esencialmente en que necesitamos esta hermenéutica de sospecha para decidir sobre qué partes del marxismo deben desvanecerse en el aire. Emplearla contra el marxismo, con el objeto de agudizar, no de obnubilar, la voluntad de utopía es, hoy en día, tal vez la mejor manera de honrar la brillante tradición que él implantó. Sobre todo hoy cuando, como decía Walter Bejamin, la crisis, la verdadera crisis, es que todo continúe como está» (Santos 1998a: 49). Más adelante el autor también afirmará que: «la idea del socialismo fue liberada de la caricatura del “socialismo real” y quedó de esta manera, disponible para volver a ser lo que siempre fue: la utopía de una sociedad más justa y de una vida mejor. (...) Designar como socialismo el conjunto de prácticas emancipadoras, no tiene otra legitimidad sino la que viene de la historia, una historia de claro-oscuro que, por no tener otra, no debemos rechazar, bajo la pena de quedarnos suspendidos sobre un montón inmenso de basura histórica con la ilusión de no ser nosotros mismos la parte vacía de clepsidra donde se recogió esa basura. Porque la transformación emancipadora no tiene teología ni garantía, el socialismo no es, en principio, ni más ni menos probable que cualquier otro futuro» (Santos, 1998a: 339-340). A su vez, Barcellona, dirá que: «Para recuperar la experiencia de la subjetividad, hace falta por tanto una crítica radical de la modernidad, una crítica del rostro, digamos, dominante, posesivo del proyecto jurídico moderno. Esta crítica radical me imposibilita una respuesta dentro del marxismo, porque el marxismo es el otro rostro del individualismo propietario, del individualismo posesivo: el Estado propietario» (1996a: 151).

¹⁰ Repárese en las siguientes reflexiones de Santos y Barcellona: «La teoría crítica postmoderna es afirmativa en la medida en que la búsqueda incesante de alternativas se da por vía del reciclaje de las realidades. Prefiere correr el riesgo de ser absorbida y neutralizada a dejar de buscar fragmentos de genuinidad y de oportunidad en los inmensos depósitos de manipulación y de dominación que la modernidad fue acumulando»; o aún: «Frente a los fracasos de la teoría crítica moderna, que está, además, por detrás de algunas de las formas de falsa emancipación, la tarea de la teoría crítica postmoderna consiste en apuntar de nuevo hacia los caminos de la síntesis, tomando como método, por un lado, la citación de todo lo que existió de positivo en la experiencia histórica de nuestra contemporaneidad, por más negativa que ocasionalmente haya sido y por otro lado, la disponibilidad para identificar lo que de nuevo caracteriza el tiempo presente y hace de él verdaderamente nuestro tiempo» (Santos: 1998a: 124 y 330). «No obstante las derrotas del proyecto de gobierno democrático, permanece todavía radicado en nuestro “ser social” y espera que nosotros le reasumamos y lo hagamos valer como la gran alternativa descartada de la historia de este siglo. Esto presupone que el tema de la “justicia”, como paradigma colectivo de valores y formas de vida y como contenido del autogobierno y de la autoeducación, sea nuevamente puesto en escena y que la idea de “una comunidad mejor” se ponga en tensión con y dentro de las formas de democracia liberal, ya que sólo a través de esa tensión puede ser creado un nuevo “nomos”, una nueva decisión colectiva sobre “aquello que es participable y aquello que es indivisible” (Barcellona, 1994: 269).

B) A LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO EDÉN: LA CONCILIACIÓN ENTRE EL YO Y EL OTRO

Creo que ya dejamos entrever que las premisas para la construcción de una nueva identidad o subjetividad del individuo humano tienen como imperativo fundamental encontrar un adecuado equilibrio entre individualidad y colectividad. En otras palabras, se propone como reto el de reconfigurar y combinar el *iter* de autonomía individual con el de la reciprocidad solidaria entre los individuos. Esta nueva configuración permite proyectar al individuo en su dimensión social, posibilitando una redefinición del sentido y espacio del bien común, al tiempo que está abierta a la intersubjetividad de la formación del individuo libre y autónomo. Se trata, como propone Barcellona, de un nuevo modelo de sociedad, construido como un espacio de reciprocidad no impuesto ni ordenado por normas, sino «como elección libre basada en la conciencia de que sólo en la reciprocidad de las relaciones no dinerarias se produce el verdadero reconocimiento de la diferencia y de la particularidad». En fin, tal planteamiento lleva implícita la idea de la creación de un nuevo vínculo social, una «comunidad de diferentes, tierra de nadie, sin apropiaciones, sin reglas, sin límites» (Barcellona: 1992: 115-119).

Esta idea de comunidad, de una vía de integración que devuelva al individuo su dimensión societaria, ha de pasar por una comprensión solidaria de las relaciones sociales que permita superar el autointerés. Esta solidaridad, entendida como fortalecimiento de los vínculos societarios en el contexto de una comunidad pluralista, evoca una insoslayable exigencia de transitar del espacio del yo al del otro, del tiempo del derecho al de las responsabilidades y del compromiso. Este pensamiento del otro, de la diferencia, exige, según nuestros autores, la toma de conciencia de la alteridad y autovaloración de la propia existencia que se desarrolla en sociedad, pero desde la individualidad. Las razones de la individualidad son las exigencias de la diferencia, esto es, de las razones por las que alguien es lo que es, se distingue y se afirma frente a los demás (Santos, 1998a: 338-341, y Barcellona, 1992: 115-119).

El marco teórico en el que se realiza la integración de la relación entre el yo y el otro, entre lo común que nos une y la diferencia que nos separa, exige volver al paradigma del individuo social que pone la libertad del otro como condición de la propia. Pero este paradigma resulta enriquecido hoy por el paradigma del reconocimiento de la diferencia, de una dialéctica que no puede ser ya conciliadora porque individualidad y alteridad estructuran el campo de la experiencia determinando al mismo tiempo distancia e integración. Como sugiere Barcellona, «quizá por este camino pueda buscarse una vía de cooperación que se base en una plena aceptación de uno mismo; un “egoísmo maduro” que adquiera conciencia de la necesidad del otro en su irreductibilidad personal y lo “sienta” como límite, y como confirmación al mismo tiempo, de la individualidad propia y de la existencia propia» (1992: 100-1).

La democracia, uno de los grandes paradigmas socio-políticos de la modernidad, es el espacio idóneo para la construcción de un compromi-

so entre individuo y sociedad. Pero asumirla como paradigma fundador de un nuevo «nomos» colectivo supone rescatar cuanto de noble hay en la tradición moderna de la democracia liberal, como también desechar aquello que ya no sirve. Bajo este prisma, la renovación del espacio de la democracia tiene, pues, como objetivo ampliar y profundizar radicalmente el campo político en todos los espacios estructurales de la interacción social. La nueva teoría de la democracia, según Santos, deberá proceder a la repolitización global de la práctica social y el campo político inmenso que de ahí resulta permitirá descubrir formas nuevas de opresión y de dominación, al mismo tiempo que creará nuevas oportunidades para el ejercicio de nuevas formas de democracia y de ciudadanía (1998a: 332).

En estas condiciones, una de las tareas centrales de la nueva teoría democrática consiste en una profunda y radical transformación del propio espacio político-liberal de la ciudadanía. Esto presupone y exige la imaginación social de nuevos ejercicios de democracia y de nuevos criterios democráticos para evaluar las diferentes formas de participación política ¹¹. Las transformaciones se prolongan al concepto de ciudadanía, donde se conjugan la eliminación de los mecanismos de exclusión con la ampliación de las combinaciones de formas individuales y colectivas de ciudadanía, que van más allá del principio de la reciprocidad y simetría entre derechos y deberes (Santos, 1998a: 338-339). En estas condiciones, dirá Santos, «la nueva ciudadanía se constituye tanto en una obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, como en la obligación política horizontal entre los ciudadanos. Con esto, se valora el principio de la comunidad y con él la idea de la igualdad sin identidad, la idea de autonomía y la idea de solidaridad» (1998a: 340).

De entre las múltiples perspectivas que este nuevo concepto de ciudadanía debe adoptar, una invoca una entidad integrativa entre ciudadanía nacional y ciudadanía cosmopolita. Esta integración pasa, primeramente, por la supresión de la diferencia entre derecho de los hombres y derechos del ciudadano, que es la responsable de la falsa universalidad del primero ¹² así como de su ineficacia práctica, dado el carácter predominantemente excluyente del segundo (que es lo que de hecho determina los derechos que tiene su hombre-ciudadano, además de limitarlos

¹¹ La política, dice Barcellona, «es la forma reflexiva del proceso de socialización; coincide, por esto, con el proyecto de darse las propias leyes, de tener en manos el propio destino y de construir los individuos sociales como “sujetos reflexivos y autónomos”. La política como autoinstitución de la sociedad y de los individuos sociales es por esto inherente a la pasión por la “participación”, por la democracia y el autogobierno, por el recíproco reconocimiento de los sujetos en su diferencia y pluralidad irreducible. (...) La pasión por la política es la pasión por la participación al proceso educativo social. (...) La puesta en juego de la política se torna así la reflexión sobre la socialización y la participación en la socialización. Esto hace que la pasión por la política no pueda ser otra cosa que la pasión democrática, porque debe excluir por principio que haya un señor, un patrón de significados sociales, y debe asumir la praxis colectiva como única fuente de significados sociales, de aquello que es socialmente significativo, de aquello que constituye el horizonte de sentido y que distingue lo lícito de lo ilícito» (1994: 254 y 256).

¹² Los derechos humanos son falsamente universales porque, según Santos, en su concepción convencional, ocultan las desigualdades del sistema mundial, los estándares dobles y la pertenencia cultural diferencial (1998b: 214).

exclusivamente a éstos). Así que corresponde a una política cosmopolita transformar esa falsa universalidad en una nueva universalidad del cosmopolitismo. En este contexto, según Santos, «La tarea principal de la política emancipatoria de nuestro tiempo, en este terreno, consiste en lograr que la conceptualización y la práctica de los derechos humanos pasen de ser un localismo globalizado a un proyecto cosmopolita» (1998a: 355). Las condiciones para tal transformación pasan por la creación «de una nueva identidad cosmopolita dentro de un diálogo transcultural» (Santos, 1998b: 364) o de «la multirracialidad como puesta de manifiesto de una nueva universalidad» (Barcellona, 1992: 85).

Lo característico de esta concepción es que viene a reivindicar un nuevo multiculturalismo o, lo que es lo mismo, una sociedad multicultural. El perfil general de esta nueva sociedad apunta a la construcción de una comunidad diferenciada de iguales. De forma más concisa, se trata de articular y compatibilizar una sociedad basada en la igualdad y en la diferencia de los grupos e individuos que la componen: el derecho a ser iguales cuando la diferencia hace inferior y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza y pone en peligro la identidad (Santos, 1998a: 365). Esta tensión dialéctica aspira a «devolver un “sentido” de la vida (la decisión de “sentido”) a cada individuo, con su diversidad, sus exigencias, sus gustos, sus características naturales, sus sentimientos y sensibilidades»; a «encontrar nuevas vías para la concordia entre los hombres de todas las tribus» (Barcellona, 1992: 137).

Esta renovación del campo común (comunitario) empalma con la necesidad de una nueva teoría de la subjetividad, dado que, conforme ya expusimos, la comunidad, la rehabilitación del espacio público y de los valores colectivos es imprescindible para la realización de la autonomía humana, para que ésta adquiera su plenitud de significado. Se trata de una reconceptualización fuerte de la autonomía del individuo, de sus particularidades y diferencias, pero interconectada con las razones de la comunidad, con el carácter esencialmente social del proceso de formación de la individualidad (Barcellona, 1992: 127-137 y 1994: 263-269). En suma, como propone Santos, rehabilitar la subjetividad como fuerza movilizadora de los sentimientos y pasiones comunes (1998a: 436).

Por último, la teoría de la democracia como participación en la elaboración de metas sociales compartidas, también exige restituir la articulación entre política y derecho y la tensión entre derecho y justicia (como medida concreta de la reciprocidad y de la solidaridad). Sólo la democratización de las «esferas particulares» en la cual están encerrados los especialistas puede reabrir la cuestión de la legitimación del derecho y de la política más allá de los confines del formalismo y del legalismo abstracto. A tal fin, resulta necesario proceder a una crítica de la concreta forma jurídica y política moderna, captando su estructura íntimamente contradictoria, su carga represiva, posesiva, y también su dimensión liberadora, emancipadora ¹³. Aquí también cabría, según Santos, proceder a una acla-

¹³ Según Santos: «La nueva arquitectura de los derechos debe ir a las raíces de la modernidad, no con el fin de recapitular por encima de las raíces, pues esto ya es bien

ración de la relación entre el derecho y la democracia, y en ella la discusión sobre la pluralidad jurídica puede ser muy iluminadora ¹⁴. «Al hacerlo, alargará el campo y radicalizará el proceso de democratización» (1998b: 34). En este sentido, la democracia es el espacio ideal de elaboración cultural, dentro del cual, el derecho y la política pueden (re)adquirir sentido, espesor y radicación (Barcellona, 1992: 100 y 1994: 52).

Pero para que este nuevo horizonte de sentido pueda florecer es imprescindible desbloquear la dimensión lúdica de la voluntad individual y colectiva, tan falta de fuerzas motivadoras y de voluntad creativa. De nada valdrá, dice Santos, «inventar alternativas de realización personal y colectiva, si ellas no son apropiables por aquellos a quienes están destinadas» (1998a: 437). Aquí radica el sentido novedoso y original de las propuestas de estos dos autores. Proponen como reto el de despertar esa capacidad de proyectar, de imaginar e inventar un nuevo horizonte de posibilidades para un futuro mejor. Pasado, presente y futuro se mezclan en este proceso cartografiado por la imaginación creadora de alternativas radicales. Se trata, en fin, de un proyecto que no se constituye en un proyecto pero en el que se puede producir el proyecto (Barcellona, 1992: 119), ni siquiera tiene teleología ni garantía (Santos, 1998a: 340). Es una propuesta abierta, en constante devenir, que no ofrece ninguna garantía ni certeza, sino, simplemente, que se constituye en un atajo a una carretera alternativa, que, si todos deciden recorrer, puede conducir a un lugar común: el proyecto de otro modo de convivir.

conocido, sino para indagar debajo de las raíces, voltear las raíces, por decirlo de alguna manera, y plantar allí un campo de construcción. Este plan de indagación y construcción es una genealogía, en cuanto busca el relato escondido de los orígenes, tanto de las inclusiones como de las exclusiones, de los ancestros legítimos como de los bastardos; también es una geología, porque está interesada en las capas de sedimentación, los vacíos y las fallas (que causan terremotos sociales y personales); es, finalmente, una arqueología, en cuanto se interesa por conocer lo que alguna vez fue legítimo, propio y justo, y luego fue descartado como anacrónico, suprimido como desviado o escondido como vergonzoso» (1998b: 232).

¹⁴ El tema del pluralismo siempre ha sido central en las investigaciones de este sociólogo portugués. Sin embargo, éste hace notar que: «En lo que se refiere al debate sobre el “pluralismo jurídico”, hay un falso debate o por lo menos uno mal formulado. Para empezar, el nombre de “pluralismo jurídico” tiene una connotación definitivamente normativa, por cuanto cualquier cosa que sea llamada con ese nombre debe ser buena porque es pluralista o, en cualquier caso, mejor que lo que sea opuesto como no pluralista. Esta connotación puede ser una fuente de error y, por tanto, debe ser evitada. En mi opinión, no hay nada inherentemente bueno, progresista o emancipatorio acerca del «pluralismo jurídico». De hecho, hay ejemplos de pluralismo jurídico que son bastante reaccionarios. Por esta razón, prefiero hablar de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, en lugar de pluralismo jurídico, cuando quiero referirme al tema que ha sido asociado tradicionalmente con esta última expresión. (...) No existe una razón intrínseca por la que el derecho estatal sea menos despótico o menos democrático que el derecho no estatal. Existen, por supuesto, muchos ordenamientos jurídicos no estatales que son más despóticos que el ordenamiento jurídico estatal del país en el que operan (por ejemplo, el derecho de la mafia). Creo que en los Estados centrales, en especial en los que tienen un Estado de bienestar fuerte, el ordenamiento jurídico estatal quizás es menos despótico que muchos ordenamientos jurídicos no estatales que existen en esas sociedades» (1998b: 24 y 35).

Se trata, como literalmente reivindica Santos, de una propuesta anclada en la utopía¹⁵, pero una utopía que se basa en una arqueología del presente, por lo que no es propiamente una utopía sino una «heterotopía». «En vez de la invención de un lugar totalmente otro, propongo una deslocalización radical dentro de un mismo lugar, el nuestro. Una deslocalización de la ortotopía hacia la heterotopía, del centro hacia el margen. El objetivo de este desplazamiento es hacer posible una visión telescópica del centro y, al mismo tiempo, una visión microscópica de lo que él excluye para poder ser centro. Se trata también de vivir la frontera de la sociabilidad como forma de sociabilidad» (1998a: 426). Se trata, en síntesis, de teorizar y «desteorizar» la realidad de este final de siglo, «para poder después hacer utopía con el objetivo de contribuir a la creación de un nuevo sentido común que nos permita transformar el orden o desorden existente que Fourier significativamente designaba como “orden subversivo”» (1998a: 454-455). Barcellona también, intenta subvertir el presente, pero alejándose del sentido pragmático unívoco que suele suponer la utopía de una comunidad perfecta. Ninguna comunidad, dice él, es la mejor por naturaleza, pero no podemos parar de pensar la comunidad mejor, sin renunciar a la responsabilidad de nuestro proceso de socialización (1994: 269).

Así podríamos decir que, tanto el proyecto de Santos como el de Barcellona, evocan una utopía imperfecta: un proyecto de una sociedad mejor, pero indeterminada, inacabada y sin fin. Una nueva sociedad que se construye construyendo: «*caminante no hay camino / Se hace camino al andar*».

BIBLIOGRAFÍA

- BARCELLONA, Pietro (1992): *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de Héctor Claudio SILVEIRA GORSKI, José Antonio ESTÉVEZ ARAÚJO y Juan Ramón CAPELLA, Editorial Trota, Madrid.
- (1994): *Dallo Stato social al stato immaginario. Critica della «razione funzionalista»*, Bollati Boringhieri Editore, Torino, 1994.

¹⁵ La utopía, escribe éste, «es la explotación de nuevas posibilidades y voluntades humanas, por el camino de la oposición de la imaginación a la necesidad de lo que existe, sólo porque existe, en nombre de algo radicalmente mejor, que la humanidad tiene el derecho de desear y por lo que vale la pena luchar. La utopía es así, doblemente relativa. Por un lado, es una llamada de atención sobre lo que no existe como (contra) parte integrante, pero silenciada, de lo que existe. Pertenece a la época por el modo como se aparta de ella. Por otro lado, la utopía es siempre desigualmente utópica, en la medida en que la imaginación de lo nuevo está compuesta, en parte, por nuevas combinaciones y nuevas escalas de lo que existe. Una comprensión profunda de la realidad es así esencial para el ejercicio de la utopía, condición para que la radicalidad de la imaginación no choque con su realismo. En la frontera entre dentro y fuera, la utopía está tan poseída por el Zeitgeist como la Weltschmerz» (1998a: 424).

- (1996a): *El individualismo propietario*, presentación de Mariano MARESCA, trad. de Jesús Ernesto GARCÍA RODRÍGUEZ, Editorial Trotta, Madrid.
 - (1996b): *Diritto privato e società moderna*, en colaboración con Carmelita CAMARDI, Jovene Editore, Napoli.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1991): *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales), Bogotá.
- (1998a): *De la Mano de Alicia. Lo Social y lo Político en la postmodernidad*, trad. de Consuelo BERNAL y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, Siglo del Hombre Editores-Facultad de Derecho Universidad de los Andes-Ediciones Uniandes, Bogotá.
 - (1998b): *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de César RODRÍGUEZ, ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales), Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Colombia, Bogotá.

II

DEBATES

A propósito del libro de Carlos Lema Añón,
Reproducción, Poder y Derecho.
*Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas
de reproducción asistida*

Por ASCENSIÓN CAMBRÓN
Universidad de A Coruña

El presente trabajo de Carlos Lema Añón se ocupa de los conocimientos y de las técnicas disponibles en la actualidad en materia de reproducción humana artificial, de los problemas sociales que la aplicación de dichas técnicas provoca y del reto que esa actuación científico-médica traslada al derecho, obligado a disciplinar las intervenciones médicas sobre el cuerpo humano. El contenido del libro constituye un ejemplo de rigor analítico acompañado de profunda carga crítica ante las tres dimensiones que presenta el tema de la reproducción asistida: el alcance social de las transformaciones a que ha dado lugar la escisión técnica entre sexualidad y reproducción, la actuación de los distintos poderes técnicos, profesionales e ideológicos al hilo de las aplicaciones que hacen posible las técnicas de reproducción extracorpórea y el específico tratamiento jurídico que ha recibido esta nueva área de intervención.

A fin de dar una idea cabal del contenido de esta investigación en lo que sigue expondré los principales aspectos que en el libro se abordan.

En el capítulo I, con el título *Administración de los cuerpos y nuevas tecnologías reproductivas*, C. Lema realiza una evaluación de la novedad que contienen las nuevas tecnologías, insertando sus efectos en las modernas manifestaciones sociales de la ciencia, relacionándolas con el conjunto de cuestiones suscitadas por la «administración de los cuerpos» en el marco de las prestaciones sanitarias. Este planteamiento le

permite contemplar los aspectos simbólicos, jurídicos y políticos a que han dado lugar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En el capítulo II, con el título *Las técnicas de reproducción asistida*, el autor realiza un análisis exhaustivo de las distintas técnicas de reproducción humana: la aparición histórica, la descripción y caracterización de cada una de ellas y los posibles desarrollos en relación a los fines que han perseguido y que persiguen las investigaciones biomédicas para el futuro inmediato. Aquí, además, se realiza una primera aproximación a algunos de los problemas de naturaleza diversa que estos medios de reproducción humana han suscitado en la sociedad, fundamentalmente en tanto que el esfuerzo realizado para superar esos iniciales problemas ha influido en el desarrollo posterior de las investigaciones y de esas prácticas.

En el capítulo III, «*Reproducción asistida y Derecho: nuevos interrogantes*», se examinan de forma general las relaciones entre la reproducción asistida y el derecho: los problemas que se habían planteado inicialmente, los que todavía restan por resolver y, de manera especial, el papel que desempeña el derecho en la disciplina y normalización de estas prácticas. A pesar de que la regulación se llevó a cabo en España muy tempranamente y de que existía un amplio consenso en cuanto a la necesidad de una normativa, el autor no adopta esa postura *a priori*, sino que, al contrario, en este capítulo aborda la cuestión separadamente planteándose incluso la justificación de la intervención jurídica. De esta forma el capítulo se puede dividir en dos partes: una primera relativa a las cuestiones preliminares o anteriores a la regulación jurídica y la otra, segunda, centrada en los problemas que se plantean al intentar regular esta materia. En la primera parte se analiza, en primer lugar, la cuestión de la *licitud* de las técnicas; a continuación considera la necesidad o no de una regulación jurídica al respecto de ellas, decantándose el autor por esa alternativa «disciplinaria» por considerarla más conveniente que el vacío legal, no obstante el autor precisa que esa iniciativa legislativa tiene también «límites». Por último, incluye una sistematización y evaluación de los diferentes modelos de regulación jurídica existentes en el derecho comparado.

En la segunda parte del capítulo, el autor entra a tratar directamente los concretos problemas jurídicos que suscitan estas prácticas, exponiendo las soluciones posibles y disipando algunos prejuicios que dificultan su tratamiento jurídico, a fin de facilitar su tratamiento teórico. Este planteamiento le permite centrar los problemas principales: todo lo relativo al acceso a las técnicas y a un hipotético *derecho a la reproducción*, así como sus límites; lo referido a la *filiación* de los infantes nacidos mediante esas técnicas y el problema del *status del embrión humano* y las medidas para la protección del mismo. Junto a estos grandes problemas se analiza, también todo lo relativo a la regulación de las donaciones de gametos y embriones, de la maternidad subrogada, de la fecundación *post mortem* y del régimen de control de los centros en los que se aplican estas técnicas reproductivas, así como de las responsabilidades civiles y penales.

Los tres capítulos últimos (IV, V y VI) constituyen la parte central del contenido del libro, que está centrada en el análisis de «los discursos normativos sobre la reproducción asistida»; después de haber precisado en qué consisten las nuevas tecnologías reproductivas, los problemas jurídicos que suscitan y el derecho vigente al respecto, en esta última parte se desenvuelve la principal argumentación. Constituye una reflexión iusfilosófica crítica que enlaza los dos niveles en los que se ha movido hasta el presente el debate sobre las tecnologías reproductivas, todo lo relativo a su *control* y acerca de las *normas jurídicas y no jurídicas que deben regularlas*. Los dos niveles –que se entretajan a lo largo de estos tres capítulos– son, por un lado, el relativo a lo que el autor denomina *discurso normativo* (en el sentido de que éste intenta apuntalar determinados contenidos normativos y axiológicos tradicionales que, en la realidad y con frecuencia, son metanormativos) y por otro, el relativo a la discusión sobre el conjunto de problemas que se han planteado anteriormente en el capítulo tercero y que ahora se retoman. Con esta perspectiva, el autor, va realizando un análisis crítico del primer nivel, dando cuenta, a la vez, de los problemas suscitados. Pero ambos son resueltos –cuando es posible– en otro nivel que pretende ser más esclarecedor: en contraste con los hechos empíricamente observables en el capítulo cuarto; en el quinto, va descubriendo tanto las aproximaciones incompletas realizadas por autores diversos respecto a las técnicas de reproducción extracorpórea, como también las nuevas relaciones complejas generadas entre los problemas sociales, éticos y jurídicos; en el capítulo sexto y último del libro, el autor pretende desvelar los límites conceptuales que subyacen en los fundamentos atribuidos a la intervención jurídica; esta pretensión obliga al autor a traer a primer plano el problema de los valores, o lo que podríamos llamar «la cuestión axiológica y el derecho positivo».

El contenido del capítulo IV, *El discurso médico y el problema de la esterilidad*, trata de explicitar el significado de la «esterilidad» desde la consideración científico-médica. Al respecto sostiene Carlos Lema que la forma discursiva, empleada por la corporación científica, constituye un verdadero discurso normativo, en la medida que ese discurso científico no sólo describe y define qué es la esterilidad, sino que a la vez también promueve determinadas reglas para el acceso a las técnicas reproductivas; el discurso médico es sintetizado por el autor a partir de tres enunciados principales: *a)* «existe un creciente porcentaje de parejas con problemas de esterilidad que demandan solución a la medicina»; *b)* la respuesta médica más adecuada es «la aplicación de las técnicas de reproducción asistida»; y *c)* la aplicación de estas técnicas «abren, incidentalmente, perspectivas de interés para la investigación» biomédica.

El discurso médico no se limita a lo anterior, sino que paralelamente promueve la *licitud* social de estos recursos técnicos (la esterilidad como justificación), a la vez que sitúa la «esterilidad» en un horizonte axiológico (la esterilidad como límite para la aplicación de las técnicas reproductivas) e impone el control técnico de dichas prácticas. Carlos Lema cuestiona este discurso a partir de la definición del con-

cepto mismo de «esterilidad» y la legitimidad del colectivo científico-médico para disciplinar prácticas sociales; en esa perspectiva el autor cuestiona, también, que las tecnologías reproductivas constituyan la estrategia más fecunda y recomendable socialmente para combatir y corregir la esterilidad.

En el capítulo V, acerca de «*El iusnaturalismo, la bioética católica y el embrión humano*», somete a examen otro de los discursos normativos omnipresente en este ámbito teórico. El autor evalúa este enfoque tal como se enfrenta a los problemas relativos a la disciplina de la reproducción asistida en general y de la protección del embrión humano en particular; señalando, por un lado, las limitaciones doctrinales intrínsecas de esta corriente de pensamiento para disciplinar estas prácticas y, por otro, señalando la contradicción en que incurre cuando pretende imponer determinados valores como «necesarios» y sobre los cuales no existe consenso en la sociedad; y esto lo hace apelando a valores tradicionales, comúnmente aceptados, pero que, o bien son demasiados abstractos para justificar ese salto, o bien son tendencialmente disolventes de las premisas en que se asienta el discurso iusnaturalista mismo. Finalmente, examina el problema relativo a la protección del embrión humano.

En el último capítulo, «*El discurso iuspositivo y el derecho a la reproducción*», C. Lema realiza una evaluación de la estrategia jurídico-normativa fundamentada en presupuestos no iusnaturalistas y que, a pesar de ello, busca encontrar soluciones axiológicas incontrovertibles, apoyándose generalmente en el derecho positivo. En esta línea y, a pesar de los esfuerzos interpretativos y compositivos, los intentos de mediar entre valores y derechos abstractos –en el mejor de los casos a partir de la Constitución– y la necesidad material y doctrinal de dar una respuesta detallada a los problemas suscitados que se salda, frecuentemente, con un resultado manifiestamente insatisfactorio. En la práctica jurídica, lo único que es posible hacer a partir de los valores constitucionales es realizar una acotación de determinadas opciones, sin llegar a agotarse en una sola, ni a determinarlas con detalle suficiente; esto ocurre máxime cuando se presentan casos que no han sido previstos en el momento constituyente y que, a veces, conducen a cuestionar determinadas premisas del orden jurídico vigente. Cuando se pretende ir más allá de estos límites, se recurre entonces a introducir, inadvertidamente, valores políticos y morales pero que, introducidos de este modo, se sustraen a la discusión abierta de los mismos. Frente a cualquier predicamento de regulación «automática» de estas materias, el autor, se sitúa de nuevo ante la inevitable *dimensión axiológica* que afecta también al planteamiento iuspositivista. En este análisis se distinguen y examinan separadamente las propuestas basadas en los «derechos» de las no basadas en ellos, lo que le permite al autor, en primer lugar, analizar las propuestas y fundamentaciones realizadas desde un supuesto *derecho a la reproducción*, respecto a las cuales, concluye C. Lema, «que sus premisas carecen de la necesaria consistencia para hacerlas aceptables», sin discusión democrática. En esta línea afirma la paradoja a que se enfrenta el derecho en la medida que se muestra incapaz de

regular una realidad que lo modifica: señalando la pretensión de «controlar jurídicamente un deseo que aparece como intangible e ilimitado pero que actúa como pantalla para la inviolabilidad de fuerzas sociales que sí son capaces de moldearlo».

El autor aboga, finalmente, por una recolocación de todas estas cuestiones en una perspectiva que permita la evaluación jurídica, pero también la política y la moral positiva, a fin de redimensionar los distintos saberes implicados de manera que las consideraciones técnicas (médicas, jurídicas, etc.) no oculten ante esta materia las opciones axiológicas que aparecen realmente en la sociedad; todo ello hará posible materialmente la discusión y la institucionalización democrática de las reglas que se adopten para el caso.

El libro se cierra con un *Apéndice* en el que el autor analiza la legislación española en materias relativas a la reproducción humana artificial; evalúa su incidencia, aborda los problemas interpretativos y cuestiona algunas de las opciones materiales adoptadas y todo ello teniendo en cuenta las aportaciones de la literatura jurídica existente al respecto. El autor intenta en este caso evaluar los antecedentes legislativos (particularmente el informe de la Comisión Especial del Congreso), integrar el análisis de toda la regulación (no sólo la Ley 35/1988, sino también la 42/1988 y el Código Penal), incorporar el desarrollo reglamentario e integrar la doctrina del Tribunal Constitucional existente hasta el momento de la publicación.

Respecto a las anteriores normas manifiesta lo siguiente: a) *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*. Esta es la ley más importante en esta materia, razón por la cual le dedica mayor atención; analizando su contenido y tardío desarrollo reglamentario, con la perspectiva de una década de vigencia de la ley; afirma el autor que además de las insuficiencias y de algunas opciones materiales cuestionables, el principal problema de esta ley ha sido «su falta de efectividad»; b) *Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de las células, tejidos y órganos* y la Sentencia 212/1996 del Tribunal Constitucional. Aquí la evaluación de esta ley se realiza al hilo de la citada STC, que aprecia la constitucionalidad de la ley (salvo dos incisos que no cambian la esencia de su contenido), aportando algunos elementos para la interpretación de esta ley, así como también de la Ley 35/1988; c) *Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal*. En este sentido, el autor analiza aquí los nuevos delitos incluidos en el Código Penal, algunos de los cuales figuraban ya como infracciones administrativas en la Ley 35/1988.

Este trabajo en su conjunto pretende constituir una exposición y una reflexión sobre las prácticas de reproducción humana médicamente asistidas y el contexto social en el que se realizan y se centra, sobre todo, en los distintos mecanismos mediante los cuales dichas prácticas han sido reguladas, con especial atención a las formas jurídicas de regulación. Más allá de la importancia teórica de los problemas que envuelven la aplicación de las técnicas, el autor, subraya la importancia social de las mismas. Las nuevas tecnologías reproductivas constituyen un ámbito de

importancia cuantitativa creciente, pero ante todo sintetizan de manera ejemplar las relaciones cambiantes entre la ciencia, la tecnología y la sociedad. Tanto es así que la realidad de esas relaciones han servido de marco para el enfoque de la investigación que tuviese, al mismo tiempo, el problema del derecho en un primer plano, a pesar de las múltiples dificultades que esta aspiración implicaba

Este planteamiento inicial conlleva importantes dificultades metodológicas, no obstante las abundantes publicaciones que sobre esta materia han aparecido durante los últimos años. En los tratamientos de este tema, abordados desde el derecho positivo, excepcionalmente se ha pasado del nivel exegético, incurriendo en exposiciones escasamente argumentadas; entre las pocas excepciones, aunque notables, no se disponía de una reflexión global acerca del papel del derecho en la disciplina de las nuevas tecnologías reproductivas; a esto se añadía la necesidad de integrar el problema en la perspectiva de la evaluación de la ciencia desde un punto de vista externo, con los problemas que este proceder genera.

El nuevo enfoque y desarrollo realizado por Carlos Lema enriquece el panorama de la cultura iusfilosófica en nuestra tradición aunque, obviamente, por el alcance del mismo representa sólo un punto de partida en la medida que algunos aspectos han sido poco desarrollados y otros no quedan definitivamente cerrados. Como muestra de las cuestiones «pendientes», cabe aquí trasladar al autor algunos interrogantes de naturaleza y alcance diferentes, a fin de dejar estos problemas, claro está, sin resolver aunque claramente planteados. Sirvan las siguientes preguntas dirigidas al autor del libro a modo de ejemplo. ¿La esterilidad es una patología? De la respuesta que se obtenga se podrá determinar no sólo el universo de los/las aspirantes a su *acceso*, también la respuesta de si este servicio sanitario ha de ser sufragado por la sanidad pública. La segunda pregunta puede hacerse desde la consideración de la necesidad de tomarse *los derechos en serio*, ¿qué derechos pueden argüirse para limitar el acceso a estas técnicas a los matrimonios y parejas de hecho? Y por último, en la medida que la publicación del libro ha sido anterior al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, respecto a recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción humana asistida, ¿qué novedades presenta dicha Sentencia del Tribunal Constitucional respecto a los aspectos cuestionados por el autor, por ejemplo el asunto de la «falta de efectividad» de la citada ley?

Respuesta de Carlos Lema Añón

Universidade da Coruña

Dar una respuesta a la profesora Ascensión Cambrón con relación a sus observaciones sobre el libro *Reproducción, Poder y Derecho*, me resulta hasta cierto punto extraño. La razón es el hecho de que el libro sobre el que estamos hablando tenga como origen una tesis doctoral de la que ella fue directora. La orientación hacia ese objeto de investigación vino determinada y, sobre todo, se benefició de una línea de trabajo y de investigación que ella ya venía desarrollando, centrada en la reflexión iusfilosófica sobre las implicaciones sociales y jurídicas relacionadas con los avances de las ciencias de la vida. En definitiva, una línea que se puede situar en lo que se ha venido llamando *bioética* y que con más propiedad –por lo menos en esta perspectiva de abordaje– habría de denominarse *bionomía*, o *bionomía jurídica*.

Hecha esta aclaración, se puede comprender que sus observaciones sobre este trabajo difícilmente podían haber ido encaminadas a una impugnación global de su enfoque, o de sus principales conclusiones. El enfoque global no es ajeno a su intervención, a partir de las orientaciones, primero, y de los debates y sugerencias una vez que el trabajo iba avanzando. Por motivos similares, tampoco era lógico que las grandes líneas conclusivas del trabajo fuesen cuestionadas en su reflexión, aunque esto no significase una suscripción total de las mismas sin mayor crítica. De los debates que mantuvimos –antes y después de la finalización del libro– se hacían evidentes discrepancias en determinados aspectos, o incluso que ciertas partes del libro le sugiriesen soluciones diferentes a las mías propias. No obstante, llevar por aquí el debate hubiera significado seguramente introducirse en aspectos demasiado puntuales. La réplica que tengo que dar no es a un planteamiento de ninguno de los dos tipos anteriores. A pesar de ello, me obliga a dar

razón de algunas cuestiones especialmente complejas y debatidas, así como –en alguna medida– del planteamiento del trabajo.

Esencialmente, son tres las cuestiones que se plantean, todas ellas bajo la genérica observación de que existen cuestiones «pendientes» y «aspectos que han sido poco desarrollados»: *a)* ¿Qué debemos entender por esterilidad? y ¿qué implicaciones tiene la respuesta para determinar los criterios de acceso a las técnicas de reproducción asistida y la eventual inclusión de las mismas entre las prestaciones de los servicios públicos de sanidad? *b)* ¿Cuáles son los límites a ese acceso que se pueden establecer desde el respeto por los derechos fundamentales? *c)* ¿Qué consecuencias ha tenido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley 35/1988 de técnicas de reproducción asistida?, y, en la medida en que estamos debatiendo el contenido de un libro anterior a este pronunciamientos, ¿en qué afecta a los planteamientos ahí mantenidos?

En lo que sigue, intentaré dar cuenta de estas cuestiones en la medida en que han quedado plasmadas en el libro, pero también intentar aclarar lo que ahí se mantiene, por si pudiera no haber quedado explicado de manera adecuada. Sin embargo, antes haré unas observaciones globales sobre el planteamiento del libro, de cara a precisar sus presupuestos y sus objetivos.

1. Si existen «cuestiones pendientes» y aspectos «poco desarrollados», creo que en buena parte se puede atribuir a dos razones. La primera es que el objeto que se ha tratado es lo suficientemente amplio, como para que el tratamiento pormenorizado de todas las cuestiones superase en mucho lo abarcable en un libro. Pero ello ha sido una opción que desde luego ha supuesto determinadas ventajas, pues con ello se ha podido afrontar un examen global de la cuestión: la posible pérdida de exhaustividad se ha tratado de compensar enfatizando determinadas cuestiones que se juzgaban de esencial importancia, y realizando determinados enfoques y reflexiones que considero en alguna medida novedosos. La segunda razón es que las cuestiones que las técnicas y las prácticas de reproducción asistida plantean, especialmente en el plano jurídico, distan de estar agotadas.

La perspectiva acogida, sobre todo para caracterizar en aquellos aspectos que en alguna medida se han apartado algo de los caminos ya muy transitados, se podría caracterizar por tres criterios. En primer lugar se intenta considerar el contexto social en el que se realizan las prácticas de reproducción asistida, aunque sin desconocer su caracterización como novedad técnico-científica: es decir, se consideran sus repercusiones sociales y culturales, en especial las formas institucionales en las que se insertan las prácticas. La aspiración es no reducir la perspectiva, ni a un punto de vista exclusivamente culturalista ni a un punto de vista exclusivamente científicista: se reconoce a la técnica misma también como expresión de la producción social de nuevos significados, así como la necesidad de que la contextualización política no sea una reducción a la política. Correlativamente, se intenta evitar una reducción de estos problemas a la cuestión del «progreso tecnocientífi-

co» autonomizado de los procesos histórico-sociales y no susceptible de control social que no sea reductible a la propia lógica de la técnica. En definitiva, reconociendo el papel social de la técnica, se pretende distinguir entre su significado y su producto, y no renunciar a la intervención crítica.

En segundo lugar, se intenta considerar la existencia de otros medios de regulación de esas prácticas, además del derecho. Particularmente los mecanismos informales de regulación que operan previamente a cualquier tentativa consciente de regulación jurídica. Al tiempo, se considera que –haya regulación jurídica o no– coexisten determinados saberes sobre estas prácticas (y no sólo el saber técnico) que tienden a su disciplina, así como diferentes mecanismos sociales que tienen un papel análogo. Todo esto es considerado en la medida en que es capaz de determinar el sentido de las prácticas de reproducción asistida o de su regulación jurídica.

Finalmente, en lo que se refiere al examen de la regulación jurídica, el objetivo es realizar una reflexión crítica sobre ella, poniendo de manifiesto que una buena parte de las cuestiones que se le plantean a la regulación de esta realidad constituyen opciones político-sociales o axiológicas, y no meramente cuestiones técnico-jurídicas (aunque también exista esta dimensión). Se busca asumir este carácter y explicitar las posibles elecciones, como condición para favorecer un debate informado y democrático sobre las importantes cuestiones colectivas que implican. En el examen de las cuestiones jurídicas se pretende, en buena medida, adoptar un punto de vista y una reflexión global sobre las demandas que se le presentan al derecho y sobre el carácter de la respuesta que puede ofrecer.

2. Entrando en la primera cuestión planteada, efectivamente la «esterilidad» se ha ido configurando como un elemento clave en la discusión del problema del *acceso* a las técnicas de reproducción asistida. Cuando hablamos del *acceso* a estas técnicas, en realidad estamos refiriéndonos a varios problemas diferentes, aunque relacionados. En primer lugar, al problema de la licitud o de la admisibilidad de todas o algunas de las técnicas, para determinar si se permite recurrir a ellas, o existe alguna razón para limitarlo o prohibirlo (las razones que se han esgrimido en casos concretos van desde considerarlas contrarias a la dignidad humana, hasta considerarlas lesivas de determinados derechos). La segunda cuestión, es la relativa a los sujetos que podrán beneficiarse de estas técnicas: por ejemplo, si lo podrán hacer sólo los matrimonios, o también las parejas no casadas, o las parejas homosexuales (en principio femeninas), o las mujeres sin pareja (las consecuencias en cuanto a la filiación en estos casos sería una cuestión de importancia a resolver); o si se establecerá (como algunas veces se ha planteado) algún tipo de limitación en función de la aptitud de los posibles padres para criar y educar adecuadamente a sus hijos; o si se establecerán limitaciones a determinadas edades. Una tercera cuestión, tiene que ver con los criterios para solucionar los casos –que son reales– de una excesiva demanda que colapse la capacidad para atender a todas las solici-

tudes; en definitiva, lo que se denomina las «listas de espera». Finalmente, existe el problema de la distribución de los recursos sanitarios públicos: en un marco de recursos limitados, se plantea el problema de decidir cuáles son las áreas prioritarias a las que dedicar recursos escasos: se plantea incluso el problema de si considerar los servicios de reproducción asistida lo suficientemente importantes como para ser sufragados por la sanidad pública. De la respuesta –implícita o explícita– que se dé en un determinado contexto social a cada una de estas cuestiones y opciones, quedará configurado un sistema de *acceso* que será más o menos restrictivo o permisivo y que optará por la vía de la provisión pública o privada de estos tratamientos.

Cabe aquí mencionar un hecho que es de particular importancia: la introducción de las prácticas de reproducción asistida ha tenido lugar paulatinamente –en ritmos que lógicamente tienen como precondition los descubrimientos y desarrollos técnicos–, pero en general previamente a la regulación jurídica de los diferentes supuestos. Sin embargo, esto no quiere decir que se deje de dar respuesta implícita y extrajurídica a las cuatro cuestiones que configuran el sistema de *acceso*. Ello se hace según se van desarrollando las *prácticas* en las que se enmarcan estas técnicas, en la mayor parte de los casos según los dos mecanismos básicos que las han venido rigiendo en ausencia de regulación jurídica: las reglas técnicas del colectivo que tiene los conocimientos para aplicar estos avances (reglas que no se han limitado ni se limitan a ser «técnicas», ni siquiera organizativas, sino que se extienden a otros aspectos) y las reglas del mercado (de un nuevo «mercado de la reproducción» que se ha ido creando). Se puede constatar empíricamente que los sistemas así configurados han influido poderosamente en la regulación jurídica (un ejemplo más o menos inocuo es la afirmación de la regla del «anonimato del donante») y que incluso la regulación jurídica –cuando ha sido el caso– se ha visto en dificultades o incluso imposibilitada para modificar determinados aspectos de estas formas «espontáneas» de organización. Esto se pone de manifiesto, paradigmáticamente, en el análisis del «discurso médico sobre la esterilidad», que es el gran relato legitimador de las nuevas tecnologías reproductivas. Se trata de un discurso que pretende ser continuación e incluso parte del saber científico-técnico de las nuevas tecnologías reproductivas, para así proyectarse sobre el ámbito normativo y no renunciar a fundamentar los imperativos que determinen las actitudes sociales e individuales con respecto a aquéllas. Se pretende, en definitiva, legitimado para disciplinar las prácticas de reproducción asistida y autofundar su legitimidad política en la propia eficacia técnica. (Dicho sea de paso, esto constituye una razón a favor de la necesidad de ofrecer una regulación jurídica específica, que cuanto menos tutele los derechos fundamentales, aun en el caso de que el propio derecho se vea moldeado por esas formas disciplinarias).

Si reparamos en las cuatro dimensiones del problema del *acceso*, el «discurso de la esterilidad» ha venido ofreciendo un parámetro para darles una respuesta con visos de coherencia y razonabilidad. La cues-

ción de la licitud de las técnicas de reproducción asistida se contestaría con que su finalidad –y su legitimidad– está en ser el remedio a la esterilidad humana. A la cuestión de los sujetos a los que se les permitiría el acceso, se respondería que sólo a aquellos que han devenido estériles, es decir, a modo de «remedio» o «terapia», lo que ofrecería una razón suficiente para excluir determinados casos controvertidos sin que con ello se cometiese una discriminación injustificada. Con respecto a la cuestión de las prioridades, de las «listas de espera», no se ha utilizado demasiado el criterio de la esterilidad, pero podría servir para favorecer casos de esterilidad frente a otros que no lo son, o para favorecer los que no tienen posible remedio por otra vía). Finalmente, con respecto a la provisión pública, el hecho de que se estuviese tratando una patología, ofrecería argumentos para defender su financiación por parte del sistema público de salud.

Esta construcción sólida en apariencia goza de un amplio predicamento, pues la esterilidad se convierte tanto en legitimación como en límite. Existen diferentes versiones del uso del argumento. En su uso más fuerte, se llega a sostener que en la medida en que las técnicas de reproducción asistida han sido creadas *para* remediar la esterilidad, esa es su única justificación (lo que excluiría prácticamente cualquier utilización que no sea por un *matrimonio estéril*). Esta formulación resulta insostenible, pues sus premisas fallan incluso desde un punto de vista empírico (esto es, histórico) como explicación del origen y desarrollo de estas técnicas (el acceso a los embriones jugó un papel más destacado de lo que se reconoce habitualmente); y aun si fuese así, no demostraría nada. Otras formulaciones más matizadas podrían ser acogidas en parte, aunque admitiéndolas como un simple *argumento*. Es decir, que ni con toda la crítica a que someteré el discurso de la esterilidad quiero decir que sea irrelevante en todo caso.

Los tres términos del discurso de la esterilidad que distingo, ya han sido mencionados en la intervención de la profesora Cambrón: *a*) existe un número creciente de personas con problemas de esterilidad que demandan respuesta a la medicina; *b*) la respuesta médica más adecuada es la reproducción asistida; *c*) incidentalmente su aplicación abre perspectivas de interés para la investigación. Se puede prescindir del tercer término para lo que aquí estamos discutiendo, a pesar de que es de una importancia considerable (ya hemos sugerido que las perspectivas de investigación y utilización de embriones no han sido tan incidentales como ese enunciado da a entender). Con respecto a los dos primeros términos, hay un hecho que se ha venido produciendo desde los primeros momentos en que se extendieron estas técnicas (incluso antes de la aparición de la fecundación *in vitro*, con la inseminación artificial) que ha hecho sospechar de la construcción basada en la esterilidad (en los puntos *a* y *b*). Es el hecho de que determinadas personas (o parejas, si se quiere) reputadas estériles y sometidas a estos tratamientos, los han abandonado sin obtener resultados; no obstante, después y de forma «natural», han tenidos hijos. No es que haya sucedido así en la mayoría de los casos, pero se trata de algo lo suficientemente

llamativo como para infundir sospechas, porque nos obliga a cuestionarnos qué es realmente la esterilidad, y hasta qué punto se puede decir que las técnicas de reproducción asistida sean la respuesta más adecuada. Con respecto a lo primero, podemos adelantar que el concepto médico de esterilidad es impreciso y arbitrario. Con respecto a lo segundo, si bien son innegables los éxitos de la reproducción asistida y sus resultados satisfactorios para muchas personas, también hay que tener en cuenta algo que no siempre aparece claro, como es su limitada tasa de éxitos (más bien ocultada, y sobre la que no abundan los datos fiables y contrastables, comparativamente con el volumen de intervenciones que se producen).

El discurso de la esterilidad se alimenta de una continua tradición simbólica de negativización de la misma: primero como una sanción asociada a la desviación y al pecado, después como un estigma social o individual y últimamente no tanto como eso, sino como una carencia, como un obstáculo para la proyección individual y conyugal. El propio secreto con respecto al origen de los hijos sobre el que se basa la organización de estas prácticas señala la persistencia de la estigmatización. La influencia entre la negativización tradicional de la esterilidad y el discurso a que nos referimos es mutua, pues aquélla entra a formar parte de las prácticas médicas en cuanto éstas dicen asumirlo (para legitimarse) por la vía de la demanda de tratamiento y la práctica y el discurso médico fomenta nuevas formas de estigmatización. Sin embargo, el discurso de la esterilidad es el prevalente, e incluso lógicamente previo a la demanda, pues es éste el que articula la demanda y el que la crea a partir de sí, partiendo de una pulsión preexistente pero desarticulada: es el que realiza las promesas, marca las prioridades y las formas de tratamiento.

En realidad, que la esterilidad sea o no una enfermedad y que se pueda hablar de intervención terapéutica o no, de satisfacción de necesidades o de satisfacción de deseos, no me parece que sea decisivo para discutir las políticas y los derechos con respecto a las técnicas de reproducción asistida. Que sea o no una enfermedad es imposible de determinar atendiendo simplemente a su naturaleza: para determinarlo es precisa una valoración, que dependerá de las circunstancias históricas, sociales, culturales y personales. Además, este tipo de valoración presupone un juicio sobre lo que se debe o no se debe tratar, lo que convierte al argumento en circular. Y aunque se pudiese afirmar su naturaleza patológica, la medicina también actúa ante situaciones no patológicas: desde la medicina preventiva a la «cirugía satisfactiva» (en expresión, por cierto, del Tribunal Supremo español).

La definición de la esterilidad generalmente aceptada indica que una pareja debe ser considerada estéril después de mantener regularmente relaciones sexuales durante dos años si involuntariamente continúa sin tener hijos. No obstante, en la práctica clínica se reduce este período a un año o incluso menos. La definición es, como se ve, convencional y estadística. Pero además, la propia elección de la pareja como sujeto, aunque sea razonable en muchos casos, no es una opción

puramente científica o médica, sino otra convención. Se habla de un período de tiempo (por una consideración estadística), pero sin tener en cuenta otras variables fundamentales (por ejemplo, la frecuencia de las relaciones sexuales), ni factores de tipo económico, social, moral, higiénico, médico, etc., que en la práctica son determinantes. Pero aún es más significativo que lo fundamental de esta definición está en la voluntad o no de tener hijos. De forma agregada, eso significa que una persona o una pareja que no quieran tener hijos sumarán en las estadísticas; pero además, a nivel individual o clínico, una persona o una pareja sólo serán estériles si tienen voluntad de tener hijos, pues si no la tienen no se exteriorizará el deseo de tenerlos o la frustración de no poder tenerlos (aunque padeciesen graves disfunciones físicas en este sentido). Lo único que reduce la «esterilidad» a la unidad es el hecho de no tener hijos en un período de tiempo determinado cuando se desea tenerlos. Pero de esta forma, más que una patología, la esterilidad, en realidad, debía considerarse como un «síntoma», pues lo que impide tener hijos será una malformación, una disfunción o incluso causas psicológicas o causas desconocidas (que suman una importante cifra). Además, la capacidad reproductiva no es cuestión de todo o nada, sino que muy frecuentemente, lo que hay son hipofertilidades.

Desde el momento en que en la propia definición de esterilidad es básica la voluntad o el deseo de procrear, nos encontramos con la paradoja de que en realidad la «patología» sólo se manifiesta, o sólo es contemplada como tal, por quien tiene ese deseo y esa voluntad. En este sentido, la distinción entre curación de una enfermedad y satisfacción de una necesidad se desvanece, ya no es tan nítida como parecía. Y si en lugar de enfocar la cuestión en la «patología», la enfocamos en la «terapia», vemos cómo en realidad no se está curando. Pero en este sentido, es más significativo y esclarecedor observar la paradoja que se produce cuando el tratamiento no se realiza en el individuo que sufre la disfunción, sino en su pareja (ya menos de la mitad de las fecundaciones *in vitro*, y con tendencia a disminuir, se realizan ante esterilidad femenina).

En definitiva, la esterilidad no puede ser vista como un dato de hecho frente al que hay que actuar en cada paciente, o como una enfermedad que tratar sin más cuestión (por medio de la fecundación artificial). En realidad, los argumentos sobre los que se articula el discurso sobre la esterilidad (los puntos *a* y *b*), sólo se verifican en una perspectiva puramente individual, de relación médico-paciente en un caso ya muy determinado, pero no sirven para referirse a la organización actual de la sanidad y de la investigación. A este nivel, la oferta del tratamiento de la esterilidad no se ha producido simplemente a partir de la demanda de los pacientes, y ni siquiera las decisiones de política sanitaria se han podido tomar para organizar racionalmente las respuestas al problema de la esterilidad. Efectivamente, la prevención de la esterilidad y de sus causas (enfermedades infecciosas de transmisión sexual, atención deficiente al embarazo y al parto, etc.), y la toma en consideración de factores extramédicos son estrategias menos espectaculares

pero más efectivas a nivel global (la importancia de la prevención se destaca en un documento de estudio de la OMS de 1992 sobre reproducción asistida). El poder reducir por esta vía el recurso a las tecnologías de reproducción asistida sería una finalidad deseable: beneficiaría a un mayor número de personas (incluyendo a muchas que por motivos económicos, de organización sanitaria, o médico-técnicos no se podrían beneficiar de las nuevas tecnologías reproductivas); evitaría recurrir en determinados casos a estas técnicas, que –no hay que olvidarlo– son caras e invasivas (con lo que tienen un mayor impacto sobre la integridad y el cuerpo de las personas, particularmente de las mujeres, aunque en este sentido, hay que matizar que esto es aplicable a la fecundación *in vitro*, pero prácticamente no a la inseminación artificial). Esto no significa que haya que rechazar las técnicas de reproducción asistida: éstas, a nivel individual y de determinados casos concretos, son sin duda una solución adecuada y probablemente la única. Pero ello no es sin más extrapolable.

Todo ello hace mantener muchas dudas –como habíamos adelantado– sobre el hecho de que el esquema de la esterilidad pueda servir como un parámetro coherente y completo para la definición de un sistema de *acceso* a la reproducción asistida. El discurso de la esterilidad como discurso normativo de legitimación-limitación con respecto al acceso es altamente cuestionable y, por otra parte, aun en el caso de que pudiésemos determinar que estamos ante una «patología», la delimitación con respecto a la satisfacción del deseo se hace difícil, por lo que no parece que la vía consistente en caracterizarla o no como una «patología» solucione demasiados problemas o nos dispense de ulterior argumentación. Por otra parte, el «discurso de la esterilidad», si a algo es aplicable es a la relación individual médico-paciente, pero no es extrapolable fuera de ese marco. Es decir, tenemos pendiente la cuestión de si asumir la reproducción asistida en el sistema público de salud o no, sin que parezca que el esquema de la esterilidad pueda servirnos de gran ayuda.

El esquema de la esterilidad, aplicado a esta cuestión, parece sugerir lo siguiente: la esterilidad es una patología que además provoca importantes sufrimientos a los que la padecen, por lo que la fecundación asistida (como medio de remediarla) debe ser asumida por la sanidad pública; pero sólo en estos casos, pues cuando el recurso a la fecundación asistida sea por pura conveniencia, serán los sujetos que quieran recurrir a ella –dentro de los supuestos permitidos por la ley– los que se la deberán sufragar. Ésta era en cierto modo (aunque de forma incompleta) la línea que seguía el Informe de la Comisión especial del Congreso de los Diputados sobre reproducción asistida (aprobado en 1986), línea que pasó a la proposición de ley: los fondos públicos afrontarían los gastos en caso de esterilidad, pero no en otros supuestos (particularmente se refería al caso de la mujer sin pareja, distinguiendo si era o no estéril, lo que por otra parte hubiera resultado bastante complejo de determinar). Finalmente, el texto definitivamente aprobado no incluyó ninguna observación al respecto. No obstante, el esquema

que se sigue es de este tipo, pues la financiación de estos tratamientos con cargo a la Seguridad Social viene determinada por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, dentro de la atención especializada e incluido en el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad [anexo I, punto 3, 5.º b)].

Este modelo sería incontestable si lo fuese el discurso de la esterilidad y si de éste se pudiesen derivar prescripciones con respecto a los problemas que hemos llamado de acceso. Creo que, por lo que he expuesto hasta aquí, es posible dudar que ahí esté la respuesta. La esterilidad sólo de forma convencional se puede denominar «patología», por lo que la apelación de una presunta actuación terapéutica frente a la actuación satisfactiva o de conveniencia pierde fuerza. Por otra parte, se hace preciso cuestionar el vínculo unívoco que se ha establecido entre solución al problema de la esterilidad y las nuevas tecnologías reproductivas, sobre todo a nivel no estrictamente individual. Pero sería falaz si de esto quisiese derivar la conclusión de que esta clase de solución (la solución que de hecho se ha adoptado en España) es errada o irrazonable. Probablemente no lo sea y por el contrario sea incluso defendible como una solución intermedia o de compromiso, pero no desde luego ineluctablemente.

Porque no está claro que ésa haya de ser la solución y no otras consistentes en no sufragar este tipo de intervenciones, o de sufragarlas incluso en casos en los que no exista esterilidad. Para defender esto último se puede decir que –además de que en este caso la diferencia entre terapia y deseo no es nítida– hay tratamientos que no son terapéuticos y que se realizan con cargo a la Seguridad Social; y que para algunos tratamientos que claramente no lo son –como los de cirugía transexual– últimamente se está imponiendo la idea de que habrían de ser sufragados por la Seguridad Social. Pero para defender lo primero, los argumentos pueden ser también de peso: *a)* no está claro que pueda considerarse una terapia; *b)* es un tratamiento caro y no prioritario; *c)* no es la mejor estrategia a promover frente a la esterilidad; *d)* no representa una curación del mal; *e)* existen otras posibilidades para las personas sin descendencia, y *f)* pretender que la descendencia que se quiere ha de tener los propios genes frente a los de otros (por ejemplo, recurriendo a la adopción) es sólo un prejuicio.

En cualquier caso, la dificultad de establecer criterios generales para determinar las prioridades es patente, pues cuanto más amplios se pretendan más difícil será no caer en soluciones insatisfactorias en la consideración de la amplia variedad de tratamientos y actuaciones médicas existentes. Las tentativas de establecer prioridades, tropiezan con dificultades una vez que obligan a la confrontación de bienes difícilmente conmensurables. Pero no es menos cierto que, situados en un contexto en el que se hace preciso distribuir bienes escasos, se está constantemente tomando decisiones de este tipo a distintos niveles (desde el Estado hasta los hospitales, o aun los diferentes servicios). Y la elección se realiza no siempre desde la explicitación de criterios de

justicia, sino frecuentemente a ritmos determinados por fuerzas que tienen la capacidad de influir (directa o indirectamente) en las decisiones, como es el caso de las grandes corporaciones farmacéuticas.

Con carácter general –sin limitarnos estrictamente al caso español–, examinando el desarrollo y la extensión de las nuevas tecnologías reproductivas y de su regulación jurídica, parece que siempre han estado lejos de verse realmente obstaculizados con carácter general, a pesar de las polémicas y de ciertas restricciones existentes. De un lado, es evidente, han colmado las legítimas aspiraciones de descendencia de algunas personas (así se han justificado), pero no es menos cierto que han «creado» su propia demanda. A pesar de obstáculos puntuales, el considerable volumen de negocio que al poco tiempo fueron generando estas prácticas no corrió peligro en este sentido: no sólo de forma privada, sino incluso forzando a muchos sistemas públicos de salud a financiar este tipo de tratamientos, incluso en momentos en que la tendencia iba hacia el recorte de estos sistemas. En buena medida, a través de esta vía se podía remercantilizar una forma de intervención estatal para beneficio de una actividad naciente que no sólo proporcionaba la tecnología o los fármacos precisos, sino que podía lograr fondos públicos destinados a la investigación y, en otra medida, posibilitaba la apertura de nuevos mercados y nuevos tráfico vinculados con el cuerpo y la vida. Pero el mercado –que arrastró a los sistemas públicos de salud en esta vía– es incapaz de atender a otros deseos que no se puedan expresar en él. En particular, es incapaz de asignar bienes con objetivos que no sean puramente individuales, incluso con independencia de cuáles sean las prioridades sociales y científico-sanitarias. Es importante tener en cuenta que aun cuando la extensión de las prestaciones sanitarias aparece como positivo en principio, ello no basta si no se hace un esfuerzo por definir y promover esas prioridades y no simplemente dejar que el sistema público sanitario se vea arrastrado por las tendencias del mercado (en general hacia aquellas soluciones más caras y tecnologizadas). Aumentar el número de beneficiarios de determinados tratamientos es positivo, pero no lo es tanto si se aumentan sólo en el sentido que marquen aquellos colectivos que están en condiciones de transformar sus demandas en objetivos científicos y sanitarios, o que tienen capacidad para apropiarse de sus resultados, porque ello puede ir en detrimento de otras prioridades que, sin embargo, tengan menor capacidad para manifestarse o imponerse.

3. De lo dicho hasta aquí, se puede ver que la segunda de las cuestiones planteada (los límites que se pueden establecer con respecto a la fecundación asistida desde el respeto por los derechos fundamentales) sigue girando en torno al problema del acceso. Sin embargo, incluye una perspectiva que hasta ahora no se ha considerado aquí en detalle, como es la de los derechos individuales. Los derechos a los que se suele acudir para solventar la controversia sobre el acceso –frecuentemente como contrapuestos– son el «derecho a la reproducción» y los «derechos de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida». Con respecto al primero, se discute si el presunto derecho a

la reproducción estaría basado en el derecho a la protección de la salud o en los derechos de la personalidad. En otras palabras, si las nuevas tecnologías reproductivas son admisibles como un remedio a la esterilidad-enfermedad (en la línea de lo que se ha visto en el punto anterior) o si son un «medio alternativo de reproducción» al que las personas pueden acudir en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad. Por lo que respecta a los «derechos de los nacidos» mediante estas técnicas, hay una coincidencia casi unánime en reconocerlos como los derechos que han de primar sobre todos los demás, por cuanto sus titulares están en una situación de mayor desprotección. Sin embargo, el alcance que tenga esta declaración dista de ser siempre el mismo, sobre todo porque los derechos que se les reconocen, su amplitud e incluso su finalidad no son siempre los mismos. En esta categoría entran desde un derecho a la vida (o un «derecho a nacer»), el derecho «al nacimiento dentro de una familia biparental», o el derecho «a conocer el propio origen genético». Alcanzar una solución aceptable por todos los puntos de vista a partir simplemente de la enunciación y ponderación abstracta de estos derechos parece difícil; existen, por otra parte, varias opciones compatibles con la protección de estos derechos.

Por un lado es claro que existen una serie de derechos (de distinto alcance) recogidos en la Constitución (o en otros instrumentos jurídicos, por ejemplo, declaraciones y pactos internacionales) cuyo respecto y protección es requisito ineludible de cualquier solución jurídica: a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), a la igualdad (14), a la vida y a la integridad física y moral (15), a la libertad (17), a la intimidad personal y familiar (18), a la producción científica (art. 20.1.b), entre otros. Lo que ocurre es que no resulta posible derivar desde éstos u otros derechos un régimen *completo* de regulación en esta materia –como a veces parece creerse–, entre otras razones porque existen varios regímenes y opciones plenamente compatibles con su respeto y protección. Naturalmente hay otro camino, como es el de la progresiva afirmación de otros derechos de aplicación más o menos específica o limitada a esta materia. Sin embargo, estos derechos (algunos de los cuales ya hemos mencionado) han de ser fundamentados en la medida en que establecen deberes y cargas a otros sujetos, pueden limitar o afectar a otros derechos o intereses legítimos y delimitan la acción permitida al legislador.

En particular, el «derecho a la reproducción» representa el tópico desde el que –afirmándolo o negándolo– se ha pretendido resolver las cuestiones relativas al acceso a las nuevas tecnologías reproductivas, a la posibilidad de restringirlas en alguna medida o –en otro caso– de favorecer su extensión. No obstante, se ha caído frecuentemente en la petición de principios consistente en argumentar la existencia, alcance y fundamentación de este derecho –que no se encuentra directamente recogido en la Constitución– conforme a la solución material que se quiera alcanzar. En cierta medida, los intentos de fundamentación de la regulación sobre la reproducción asistida basada en derechos individuales de este tipo acaban por encontrarse frente a situaciones para-

dójicas. Bien sea por no conseguir referirse a valores donde encontrar su fundamento, o bien porque los valores constitucionales –en particular los que sustentan los derechos sociales– no aportan una solución incontrovertible, el hecho es que el discurso de afirmación de estos derechos difícilmente encuentra soluciones que permitan pasar por encima del conflicto de valores subyacente. Del mismo modo, las dos principales fundamentaciones del derecho a la reproducción (derecho a la reproducción como derecho a la protección de la salud –relacionado con la esterilidad– y derecho a la reproducción basado en el deseo, en las necesidades humanas –y en alguna medida en la libertad genérica o el libre desarrollo de la personalidad–) se ven modulados en última instancia por los dos grandes mecanismos no jurídicos (y con una cierta carencia de legitimación democrática) de organización de las nuevas tecnologías reproductivas: respectivamente el discurso técnico y el mercado.

Con respecto a la fundamentación del derecho a la reproducción como un derecho a la protección de la salud, en el punto anterior ya se han destacado elementos que podrían servir para cuestionar esta tentativa. Particularmente, la difícil caracterización de la esterilidad como una «enfermedad» y el hecho de que en este campo no exista una diferencia nítida entre terapia y deseo. Precisamente en esto último –en el deseo– se apoya la otra fundamentación del derecho a la reproducción (apelando además al libre desarrollo de la personalidad, o a la libertad abstracta). En este caso habría aún que determinar el alcance que se le concedería a este derecho: si se trata de un mero derecho de libertad o se trata de un derecho que otorgue una expectativa de que se garantizará el acceso a lo que se desea (por ejemplo incluyendo estas prestaciones en la cobertura de la Seguridad Social). Una objeción a este argumento (o de su aplicación en este caso) ya vendría dada por el cuestionamiento que hemos hecho del vínculo unilateral entre el deseo de tener hijos y las nuevas tecnologías reproductivas en el momento en que existen dificultades para cumplir este deseo. Pero no es menos cierto que esta lógica unilateral de vínculo entre medios y fines (no susceptible de crítica externa) se impone precisamente por su correspondencia con las prácticas reales. De no ser por ello, no resistiría las objeciones que se le pueden hacer, particularmente las que se desprenden del análisis de este deseo, es decir, de qué desea este deseo, lo que desvelaría que la tecnología y la jerga genética resumen y actualizan los mitos de la sangre y del heredero como proyección en la descendencia (ahora proyección de los propios «genes egoístas») y ahora aderezado con el dominio de la voluntad creadora.

La existencia social de este deseo –que además es naturalizado– confiere un importante argumento a favor de las nuevas tecnologías reproductivas y es el trasfondo implícito de la argumentación de este derecho. Esto es así porque el deseo es difícilmente criticable, pues el derecho sólo se puede reconocerlo y ordenarlo a través de reglas que permitan su persecución. El deseo presupone la necesidad, pero también impide la medida de ésta, por cuanto se erige en su expresión. El

deseo se puede examinar analíticamente, se puede cuestionar su naturalización; se puede cuestionar el deseo alienado por el sexismo o por la producción masificada de necesidades, y se puede señalar su desmesura. Pero su misma existencia le da valor ante el derecho mismo, en cuanto que ubicado en la esfera propia del sujeto de derecho, se sitúa en una esfera intangible de intimidad. Esta intangibilidad es fundamental, está en la base del derecho mismo, y representa, también, la garantía formal del pluralismo de los fines y de la libertad de actuar. Pero la construcción del orden partiendo de este individuo al que se le presuponen deseos y libertades tendencialmente ilimitadas parte también de la abstracción del origen de los deseos. Las formas en que el deseo puede ser inculcado, creado o manipulado, se convierten en tan irrelevantes como impronunciables (¿o acaso no estamos rozando el abismo?).

Por el contrario, el sistema económico (que no el jurídico-político), sí que puede operar con el deseo. En este caso, el deseo de descendencia es incorporado a la esfera económica, en la que se acaba transformando y unificando en forma de mercancía. Si el deseo no se podía juzgar ni entrar a considerar en el ámbito jurídico, en el ámbito económico al que es indefectiblemente arrojado, se puede modificar, unificar e intercambiar. No cabe crítica externa ni modulación del deseo, pero sin embargo es reconducido y reducido a su satisfacción mercantilizada y a la unificación en una respuesta estandarizada y masificada producida por la industria de la reproducción. Ésta incide con enorme potencia en el imaginario y en los propios deseos de los individuos —lo que por otra parte se suprime en una consideración individualista— e induce en ellos el deseo en la forma mercantilizada, homologada y masificada de consumo.

Por estas razones, el deseo se convierte en el presupuesto metanormativo de las aproximaciones basadas en el derecho a la reproducción, aunque no necesariamente reivindiquen expresamente el argumento. Pero es metanormativo porque está vedada su consideración en el ámbito del derecho. Así, en el caso de las tecnologías reproductivas, el derecho a la reproducción es una forma de mediación entre deseo y forma mercantil, un instrumento que facilita la conversión ordenada de las pasiones en su forma normalizada y adaptada a la oferta y a las promesas de la técnica. Así, permite el acceso al mercado, el acceso ordenado y —eventualmente— la satisfacción del deseo, pero también muestra dificultades para marcar los límites. Ello exigiría una capacidad de consideración colectiva del deseo, una capacidad de crítica del deseo en la propia esfera jurídica, lo que está vedado. Al no existir límites intrínsecos, el derecho es incapaz de instituirlos sin ser arbitrario, sin actuar por exceso y sin manifestar su impotencia ante la extensión de una forma mercantil que tan pronto alcanza al cuerpo como a la organización de la reproducción.

No se trata de que los límites no puedan situarse dogmáticamente. El problema es que los instrumentos jurídicos se encuentran en dificultades para garantizar el control de este campo, la modulación de sus

lógicas autónomas: los límites tienden a ser excesivos en algunos casos (juridificación de los aspectos más íntimos) e inútiles algunos otros (incapacidad de controlar la aplicación de las técnicas, incluso en sus manifestaciones más preocupantes). La garantía de los derechos puede efectivamente afrontar casos extremos, pero son más capaces de garantizar el acceso a las nuevas técnicas que de dar una respuesta global y aceptable para todos. Se cumple así una importante labor, pero queda un déficit, por lo menos con respecto a las expectativas despertadas y las cargas que se dirigen al derecho: acoger la respuesta de una sociedad atomizada que le exige al tiempo respuesta global (vínculo) y cauce para las múltiples tendencias y fuerzas que coexisten en su seno.

La naturalización de los deseos es un instrumento de expropiación del poder social de autodeterminación, la forma en que se sanciona la heteronomía de la sociedad y la sustancial dependencia de política y derecho del sistema de mercado. Ante esto es preciso realizar un esfuerzo democratizador en la vía de definir sistemas de significados y valores, de una autoeducación colectiva en la definición de objetivos, de la configuración de una imagen del mundo y de reapropiación de un principio regulativo y un principio de medida.

4. Hasta ahora la cuestión principal de la que he tratado ha sido el «acceso» a las prácticas de reproducción asistida, desde la perspectiva del «derecho a la reproducción», aunque asumiendo toda una constelación de cuestiones conexas: la licitud –y por tanto la posibilidad– de recurrir a determinadas prácticas (piénsese también en la maternidad subrogada, la fecundación *post mortem*, en un futuro la clonación reproductiva, etc.). No sería excesivo reconducir a tres grandes temas las cuestiones que los juristas han venido discutiendo con respecto a la reproducción asistida y a los cuales se espera que una determinada legislación dé respuesta. El primero es el del acceso y el derecho a la reproducción (tal como se ha venido tratando); los otros dos se refieren a la filiación y a la protección de los embriones humanos.

La cuestión de la filiación se refiere a la adaptación de las reglas de determinación de la filiación jurídica a las nuevas situaciones y a las nuevas prácticas relacionadas con las tecnologías reproductivas. Todo este bloque de problemas fue el primero en ser percibido y en general el primero en ser regulado (no así en el caso español, que se hizo todo a un tiempo). Si bien en un principio se percibió como un problema de singular complejidad, quizás al fin y al cabo no ha planteado tantas dificultades como se había anticipado. Desde luego, el proceso de adaptación de la legislación a las nuevas realidades no se realizó sin que se hubiesen de producir cambios en algunos de los principios y certezas que articulaban el precedente derecho de filiaciones. Y no es menos cierto que siguen existiendo casos en los que se pueden producir disfuncionalidades e incoherencias, así como temas controvertidos o soluciones discutibles (es el caso de la protección del anonimato de los donantes de gametos o embriones). Además, si concedemos atención no simplemente a la adecuación y coherencia interna de las normas de filiación, sino a su substrato y a la novedad técnica que representan las

tecnologías reproductivas, se pueden percibir en su complejidad los interrogantes que ante ellas afronta el derecho y la propia sociedad en su conjunto. Las nuevas tecnologías reproductivas y las prácticas en las que se manifiestan significan tanto la posibilidad de situar la reproducción biológica humana fuera de la relación sexual (coital y heterosexual), como –en otro plano–, fuera de la esfera estrictamente *privada*. La regulación jurídica debe afrontar en este sentido una recomposición tanto del significado de las relaciones de filiación como de los límites entre lo público y lo privado y de las formas de poder que traspasan estas dos esferas. En esta recomposición, el derecho llega a actuar a veces por defecto en cuanto incapaz de limitar (incluso para proteger los derechos de las personas) determinados poderes privados actuantes; y por exceso en cuanto en ocasiones acaba controlando aspectos de la reproducción que antes quedaban a la plena voluntad de los particulares. En ocasiones, a través de esta actuación se acaba incluso introduciendo y reforzando valores y opciones desproporcionadamente, en la medida en que no guardan relación con la especificidad de la cuestión a regular. Todo ello constituye un elemento clave para analizar las dificultades que encuentra la regulación jurídica.

La cuestión de la protección de los embriones se hace especialmente polémica y compleja en la medida en que hay diferentes entendimientos sobre el grado de protección que el derecho ha de dispensar a los embriones humanos en el marco de las nuevas tecnologías reproductivas. Éstas permiten –y exigen– la creación y el mantenimiento de embriones *in vitro*, fuera del seno materno, con la posibilidad de transferirlos posteriormente para ser gestados, conservarlos congelados, o destinarlos a otros usos (entre ellos la investigación científica). Aquí se plantea el problema de regular las condiciones de almacenamiento, manipulación y utilización de los embriones, para lo que existen diferentes criterios en cuanto al grado de protección que merecen. Pero sobre todo se ha venido planteando la cuestión del destino de los miles de embriones congelados que están almacenados en estos momentos, sin que aparezca una solución clara y satisfactoria sobre su destino.

La regulación española ha ofrecido soluciones a todas estas cuestiones de forma más o menos sistemática. En cuanto al acceso, el régimen que ha configurado resulta hasta cierto punto inconsistente, al adoptar sólo parcialmente el esquema basado en el tópico de la «esterilidad». Si la adopción total de este esquema resulta problemática (según se puede desprender de la argumentación anterior), la solución adoptada acaba por no resolver casi nada. Esta ambigüedad –calculada, en la compartible observación de algunos analistas– no ha provocado mayores problemas seguramente porque los posibles conflictos no han trascendido y por la aplicación de criterios *ad hoc* propios por parte de los servicios hospitalarios. En cuanto a la cuestión de la protección de los embriones, a pesar de que –como veremos– la normativa ha superado el test de constitucionalidad, no deja de presentar soluciones muy discutibles en algunos casos, y en otros, verdaderos problemas prácticos que sin duda representan uno de los principales problemas pendientes en España en

esta materia. El primer informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida Humana (publicado a principios de 1999) ha tratado ampliamente esta cuestión recomendando incluso algunas modificaciones en la legislación; pero es previsible que la cuestión continúe abierta, pues –por ejemplo– quedan pendientes aspectos relativos a la investigación utilizando embriones.

No obstante, cualquier otra reflexión sobre el contenido concreto de la legislación española aprobada en 1988 tendría que ir precedida por la consideración de su limitada efectividad. Su aplicación en los tribunales ha sido prácticamente nula (y no por ausencia de conflictos), pero lo que es peor, no ha sido efectiva a la hora de regular y disciplinar las prácticas concretas realmente existentes. En este sentido, ha sido una norma muy tratada y debatida entre la doctrina jurídica, pero sin apenas relevancia práctica. Parece que la voluntad política no ha ido mucho más allá que la aprobación de las leyes (sin que a esto haya precedido un debate público significativo, por otra parte). Pero alguna de las causas de la poca efectividad es posible que haya de ser buscada en la tardanza de su desarrollo reglamentario, que sólo comenzó en 1996 y que no ha culminado. Hasta ese momento buena parte de las disposiciones de la ley eran inútiles y su cumplimiento real era difícil de evaluar. Incluso, el contenido de algunas de las normas de desarrollo es altamente criticable de cara a solventar los problemas pendientes, y en ciertos casos llega a ser contradictorio con la propia ley. Parece más una adaptación a las prácticas existentes en la realidad que una tentativa de regularlas.

Contra las Leyes 35/1988, de técnicas de reproducción asistida y 42/1988, de donación y utilización de embriones, se interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por un conjunto de diputados del Grupo Popular del Congreso, ambos contra la totalidad de los textos y subsidiariamente contra algunos artículos. Ambos recursos fueron presentados y admitidos a trámite en los primeros meses de 1989. Sin embargo, ambas sentencias tardaron mucho tiempo en dictarse: la referida al recurso contra la Ley 42/1988 se dictó en diciembre de 1996 (Sentencia 212/1996) y la referida al recurso contra la Ley 35/1988 se dictó en junio de 1999 (Sentencia 116/1999), en una auténtica plusmarca de retraso. Tanto en uno como en otro caso, las sentencias dejaban las cosas prácticamente como estaban, convalidando la constitucionalidad salvo en aspectos menores que por otra parte no modificaban el sentido de las leyes.

La sentencia sobre la Ley de técnicas de reproducción asistida es ligeramente posterior a la publicación del libro. Sin embargo, no aporta en realidad novedades notables. De hecho, sus razonamientos y su pronunciamiento son totalmente análogos a los ya empleados en la resolución de la Sentencia 116/1996, que se ha empleado en el libro no sólo para la interpretación de la Ley 42/1988 a la que se refería, sino también para la interpretación de la Ley 35/1988. Cabe destacar, que la argumentación principal de ambas sentencias entronca con la Sentencia 53/1985 (recaída sobre el recurso previo de inconstitucional-

lidad sobre el proyecto de ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, referido al aborto). Resumiendo mucho sus principales líneas argumentativas, la nueva sentencia rechaza casi en su totalidad las alegaciones del recurso. En él se sostenía la inconstitucionalidad de la ley desde el punto de vista formal (por considerar que debería haberse tramitado por medio de ley orgánica al afectar a derechos fundamentales) y desde el punto de vista material (esencialmente por quebrar la protección constitucionalmente exigible de la vida humana). El tribunal se basa en la tesis de que en el caso de la vida del *nasciturus* no se está ante el derecho fundamental a la vida (es decir, no le corresponde la titularidad de ese derecho) sino ante un *bien jurídico constitucionalmente protegido* que forma parte del contenido normativo del artículo 15 de la Constitución, pero no de su contenido esencial. La cuestión es determinar el grado de protección que cabe otorgarle en función de este artículo, para establecer si fue respetado en la ley, pero del examen de los artículos impugnados no se desprende a juicio del tribunal que exista vulneración de las obligaciones de protección que el Estado debe asumir frente a los *nascituri*. En cuanto a la cuestión de la inconstitucionalidad formal, el razonamiento es análogo: en la medida en que no está en cuestión la protección del derecho fundamental, no habría sido exigible la tramitación mediante ley orgánica, teniendo además el cuenta el carácter excepcional de este procedimiento.

Las únicas novedades con respecto a la Sentencia 212/1996 se refieren a dos aspectos no relacionados con la protección de los embriones. Por un lado se rechazan las alegaciones de que la ley desnaturalizase el concepto constitucional de familia (que según el Tribunal Constitucional «posee perfiles notoriamente más amplios que los considerados como tales por los recurrentes»). Por otro, el Tribunal Constitucional no ve problema en la protección del anonimato del donante recogida en la Ley 35/1988, a pesar de que el artículo 39.2 de la Constitución establece que «la ley posibilitará la investigación de paternidad». Aun contando con esta referencia constitucional explícita, el Tribunal la salva considerando que no se está estableciendo en ella un «derecho incondicionado» por lo que la investigación podría ser limitada si hay razones suficientes que lo justifiquen. Considero que ésta es una interpretación algo forzada del precepto constitucional y que existen fórmulas que permitirían salvar la investigación de la paternidad de forma más adecuada al contenido constitucional, tal y como expongo en las páginas 120 ss. del libro.

En definitiva, con una demora considerable, la sentencia del Tribunal Constitucional no ha venido a significar ningún cambio en la orientación de la regulación, por más que ha despejado las dudas sobre su constitucionalidad. Esto no significa que sea la única regulación que cabe en la Constitución: la ley tiene aspectos que sin duda deben ser modificados.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

APARISI MIRALLES, Ángela, *El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1998).

La Filosofía del Derecho constituye una respuesta filosófica a problemas jurídicos, lo que exige que no pierda nunca de vista la realidad social del momento en que se construye. En esa línea, la profesora Aparisi analiza desde el punto de vista filosófico-jurídico el Proyecto Genoma Humano, uno de los avances científicos más espectaculares de los últimos tiempos. A pesar de su denominación no constituye propiamente un proyecto, esto es, un futurible; de ser así, el Derecho no podría intervenir en él puesto que entendido como ordenación de realidades sociales, lo jurídico ha de seguir siempre a la vida; no puede regular lo que todavía no ha sucedido. Sólo podría prohibir posibilidades no deseadas.

Quizá la cuestión central, no por conocida y estudiada menos importante, sea la paradoja de que los avances científicos no necesariamente suponen un avance humano ni pueden considerarse, en consecuencia, como auténtico progreso. En terminología de derechos fundamentales, la libertad de investigación se ha de entender como un derecho limitado, en este caso no sólo por exigencias individuales (experimentación en individuos humanos, tráfico de órganos...), sino por auténticas exigencias sociales. La razón técnica tiene unos límites externos a ella misma; no respetarlos supondría dejar primar los intereses dominantes en una nueva forma de imperio de los fuertes sobre los débiles. No se trata de mirar a la ciencia como objeto de sospecha, ni de aislarla; por el contrario, los científicos han de asumir su responsabilidad social. En el momento actual es preciso felicitarse, puesto que son ellos mismos (como Aparisi pone de manifiesto) los que son conscientes de la necesidad de una autolimitación, lo que es importante en un campo en el que el Derecho necesariamente ha de ser lento en reaccionar. En cualquier caso, tanto desde el punto de vista de los límites externos que se puedan trazar, como desde el de la autolimitación científica, hay una frontera objetiva, que no ha de ser traspasada y que es la dignidad humana, la cual, señala la autora, no implica sólo el correcto tratamiento del ser humano sino también el del resto de la naturaleza.

El Proyecto Genoma Humano se inició a mediados de los años ochenta y está prevista su finalización para el año 2005. Persigue, como es sabido, describir genéticamente al individuo humano. A pesar de su éxito, muchos critican que se invierta en una investigación científica que, si bien explica el origen de algunas enfermedades no garantiza su curación, un dinero que debería ser dedicado al tratamiento directo de esas enfermedades. Puede argumentarse a su favor que posiblemente en un futuro ese conocimiento haga posible también

la curación. En realidad, las consecuencias previsibles guardan relación, en primer lugar, con el ámbito del estudio y del conocimiento de la genética en general y de la del individuo particular, pero también con la aplicación práctica de ese conocimiento en las distintas formas de ingeniería genética.

En lo que al primer punto se refiere, aunque aparentemente neutro, no cabe duda de que entraña algún peligro por su capacidad de contribuir a la creación de una posible mentalidad eugenésica a través de la división de los individuos en más o menos perfectos o incluso «defectuosos». Por lo que hace a la ingeniería genética, este aspecto es con mucho lo más importante del proyecto y, en realidad, lo que le da sentido, aunque su uso lleve consigo también un riesgo importante. Por ingeniería genética entendemos la técnica que hace posible intervenir en los genes de un ser vivo o modificar los caracteres naturales del patrimonio genético. Indudablemente, abre unas posibilidades ingentes al mundo de la medicina y de la salud. Sin embargo, una experimentación científica indiscriminada supone riesgos que no podemos calcular. Para algunos, si la naturaleza constituye una forma de orden, la introducción en él de un factor de desequilibrio puede llevar consigo alteraciones imprevisibles. De un modo más cierto, parece posible la modificación de la globalidad del patrimonio genético de un individuo humano con fines diferentes de los médicos. Piénsese en técnicas como la clonación, la utilización de individuos para experimentación o para extracción de órganos...

La mentalidad eugenésica de la que hablábamos supone un peligro latente, tanto desde el punto de vista de la posibilidad de eliminar individuos, cuanto desde la de discriminarlos. Máxime teniendo en cuenta que la mayor parte de la información que por esta vía se puede obtener no implica realidades actualizadas sino tendencias o probabilidades. La posible incidencia en el ámbito individual de este tipo de pruebas operaría entre otras por la vía de un determinismo genético en lo que a conductas antisociales se refiere, de lo cual hay antecedentes en el derecho penal del siglo pasado que no nos gustaría hacer revivir. En este punto se plantean dos cuestiones. Una, científica, que es la de la existencia o no de un nexo real de causalidad entre herencia genética y comportamientos antisociales. Pero otra es la de cuál debe ser el comportamiento del Derecho, en el supuesto de que ese nexo pudiera demostrarse. No se puede castigar a quien no ha realizado una acción antisocial; no se puede tener a individuos bajo sospecha, por ser contrario a todos los principios jurídicos que rigen nuestro sistema. Pero también podría verse el asunto desde el punto de vista opuesto, esto es, desde la posibilidad de mitigar la responsabilidad de un delincuente atendiendo a su herencia genética. Ahora bien, en cualquier caso ese componente genético sólo será tenido en cuenta una vez cometido el delito. La única diferencia estará en que los tradicionales atenuantes y eximentes operarán o habrán de ser demostrados, esta vez de modo genético. El problema será de orden pericial; esto, es preciso establecer cuáles serán los cauces técnicos para que puedan ser aportadas pruebas.

Siguiendo en relación con la vida humana y la integridad física, no debe perderse de vista su posible vulneración a través de algunas de las técnicas que los avances genéticos llevan consigo. Una de las que más dudas plantea es la posibilidad de predeterminar las características del nuevo ser, esto es, la de elegir un hombre a la carta. Atención aparte merece la cuestión de la vulneración del derecho de individualidad genética a través de procedimientos como el de clonación. Ciertamente, la naturaleza ofrece ejemplos de fenómenos en los que se observan anomalías o alteraciones, así como duplicidades en el caso de los gemelos. Pero hay una diferencia sustancial entre resultados naturales e ingerencia externa de una voluntad humana en el proceso de creación de nuevas vidas. En este asunto están en juego intereses individuales, pero no solamente,

sino también los intereses de las futuras generaciones y de modo más amplio aún, el interés del conjunto de la sociedad.

Entre los valores fundamentales afectados por el Proyecto Genoma Humano la autora señala específicamente la libertad, dentro de la cual es posible distinguir dos esferas complementarias entendidas como ámbitos en conflicto: la libertad de investigación y la libertad de los individuos frente a la realización de pruebas de carácter genético. Por lo que a la libertad de investigación respecta, es claro que se trata de una cuestión de límites. Nadie la niega pero es evidente que deja de tener sentido la investigación científica si no está al servicio del hombre. Desde el punto de vista objetivo de la información que se puede extraer del mapa genético, así como de la utilización de esa información, la problemática se plantea fundamentalmente en torno a la discriminación que como consecuencia de esa información se pueda producir, así como en torno a la posibilidad de controlar su obtención y utilización. Los derechos en conflicto serían libertad, igualdad e intimidad por una parte y libertad de información y de empresa por otra. Ahora bien, el problema de esta última forma de libertad se plantea, no sólo en la vía normativa, sino en la de hecho, en el sentido de que, desde el momento en que se haya generalizado el sometimiento a ese tipo de pruebas, quien se niegue a hacerlo se encontrará necesariamente bajo sospecha.

Ciertamente, el principio que impera en este ámbito es de la voluntariedad individual, tanto a nivel legal (entre nosotros LO 5/1992, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal), como en el declarativo (Recomendación 934 sobre Ingeniería genética aprobada en 1982 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa o la Resolución 327/88 del Parlamento Europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética...). La cuestión sería si hay alguna excepción a ese principio general, esto es, si por algún motivo alguien pudiera ser obligado, bien a someterse a estudios genéticos o bien, a dar a conocer esa información. Es difícil imaginar una situación de grave peligro público que pudiera obligar a adoptar ese tipo de medidas. En cambio, puede pensarse en una situación de interés del propio individuo, por ejemplo, en el caso de trabajos de especial peligrosidad, en los que pudiera obligarse a los aspirantes a ser sometidos a pruebas genéticas. Más difícil se presenta el caso de que la libertad individual entre en conflicto con la salud en el ámbito familiar. Este punto excede al ámbito de lo jurídico y operará también por vía de hecho.

La información genética afecta a la empresa contratante de un individuo con salud precaria o a compañías de seguros, por lo que es preciso determinar si esa información se encuentra contenida en el derecho a la libertad de empresa. Ciertamente, el empresario asume un riesgo importante en la contratación de un trabajador puesto que, en caso de baja por enfermedad, él carga con buena parte del subsidio; algo similar sucede en el caso de los seguros. Ahora bien, los perjuicios que de un control exhaustivo de los individuos se derivaran serían necesariamente mayores que los presuntos beneficios.

En la actualidad, este tipo de situaciones (sometimiento obligado a pruebas genéticas y despido o no contratación consiguiente) se están produciendo en países como Dinamarca o Alemania o USA. Está claro que el único modo de salir al paso es que se respete el derecho a no saber. Para evitar la posible discriminación laboral que estudios de este tipo puedan producir, la autora se muestra partidaria de que no sólo no sean obligatorios sino que tampoco puedan entenderse como un valor positivo en la contratación de un trabajador. Sólo podría admitirse de modo excepcional en empleos que exijan determinadas aptitudes actuales. Únicamente para caracteres actuales y en lo que tenga algún interés en relación con el trabajo de que se trate, lo cual posiblemente

resulte utópico porque dejaría en manos del técnico del laboratorio la determinación de cuáles sean los datos importantes y la misión de ocultar otros. El campo más conflictivo es el de los seguros, ya que cabría que se hiciera un uso fraudulento por parte del contratante de su conocimiento de su propio mapa genético. Posiblemente este tema merezca estudio más detenido.

Un problema específico de extraordinaria importancia es el de que las presentes investigaciones permiten la elaboración de medicamentos a partir de genes humanos. El interés de los laboratorios farmacéuticos en patentar este tipo de productos con vistas a su comercialización plantea la cuestión de si los genes humanos pueden ser en sí mismos objeto de comercio. Por otra parte, y de modo más general, el problema debería abordarse desde el punto de vista de una regulación universal de los medicamentos, cuya posibilidad de uso no debería quedar a merced de la conveniencia de las casas farmacéuticas.

Por último, se plantea la cuestión de los efectos que todos estos experimentos puedan suponer en el medio ambiente y en seres vivos distintos del humano. El punto de partida adoptado en el libro es que no debe entenderse la naturaleza en un sentido puramente instrumental; esto es, su valor no depende exclusivamente del valor que tiene para el hombre. De este modo, aunque justifica la posibilidad de intervenir genéticamente en animales siempre y cuando suponga una utilidad para el ser humano que no se pueda obtener por otro medio, además, se exige que se produzca el menor daño posible al animal. Tiene que haber una proporcionalidad entre ambos aspectos, o lo que es lo mismo, no cualquier incremento de bienestar en el hombre justifica un dolor o un perjuicio en el animal.

La necesidad de regular todas estas cuestiones es evidente. Como dijimos al inicio, lejos de ser futuribles son todas ellas realidades aun cuando no hayan desarrollado todavía todas sus posibilidades. Por otra parte, y teniendo en cuenta las dimensiones del fenómeno, no basta, aunque sea imprescindible, una regulación interna sino que se hace preciso un control universal.

Ahora bien, una de las peculiaridades de las pautas jurídicas a las que estamos haciendo referencia es que se encuentran dispersas en diferentes sectores de los ordenamientos: el capítulo dedicado a los derechos fundamentales en las Constituciones, derecho de patentes, leyes de sanidad, derecho de familia...; lo que no hace más que poner de manifiesto que los problemas que se plantean son de órdenes muy diferentes. Ésta quizá sea una de las causas de que el tratamiento de los problemas sea poco sistemático y obedezca a principios dispares. Como consecuencia, problemas diferentes pero con factores comunes reciben, en ocasiones, tratamientos que resultan contradictorios. Y ello por no hablar de las lagunas existentes en las normas que regulan estas cuestiones.

Como decíamos, la normativa no puede ser sólo interna sino que ha de darse también en el nivel internacional. En el ámbito europeo comunitario se han dictado directivas que han empezado a entrar en vigor a partir de 1991. Podría decirse que en estas directivas se abordan cuestiones de derecho medioambiental de carácter administrativo (así, por ejemplo, existe una Directiva comunitaria acerca de la modificación genética de elementos del medio ambiente). No se entra, en cambio, en los derechos fundamentales en conflicto, cuestión de la que se ha ocupado el Parlamento europeo, quien ha abordado cuestiones como el estatuto jurídico del embrión humano. A pesar de su carácter no vinculante, su línea de respeto a la individualidad humana ha sido seguida por las regulaciones internas de algunos Estados como Alemania. No se puede decir lo mismo de Estados Unidos, en donde en los últimos años se ha producido un cambio de perspectiva que no supone una auténtica prohibición de conductas posiblemente dañinas para el sujeto.

Más a fondo ha tratado el tema la Asamblea General del Consejo de Europa que, en seis recomendaciones, ha aludido a la utilización de embriones y fetos humanos en experimentación, así como a los problemas que plantea la ingeniería genética. También el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha aprobado hasta cinco disposiciones sobre estos problemas. En Norteamérica, el debate se ha producido en el ámbito de la investigación pero no en el de la regulación jurídica. Aunque España no participa en el proyecto, ha tenido una respuesta legislativa a estas cuestiones: hay una ley de reproducción asistida, y otra de utilización de embriones y fetos humanos. En el nuevo Código Penal, asimismo, se regula la manipulación genética de células germinales humanas.

Las conclusiones de este libro podrían resumirse del siguiente modo: es imprescindible una regulación interna e internacional de los problemas enunciados; regulación que debe desarrollarse a partir de principios uniformes, de modo que los resultados que alcance en los distintos aspectos afectados sean coherentes entre sí.

Caridad VELARDE
Universidad de Navarra

BODIN, Jean, *Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas* (trad. Primitivo Mariño, Introducción de Jaime de Salas). Clásicos Políticos, CEPC, Madrid, 1998.

El mero hecho de que en 1593 se escribiese, o incluso que alguien imaginara, el dialogo entre siete personas de diferentes creencias que discutían, y solo discutían, de religión sin llegar necesariamente a matarse por ello, ya tiene suficiente importancia histórica, con independencia de qué es lo que dijese, cuál fuese la posición de cada uno de ellos, o los argumentos que diesen para fundamentarla. Aquí ésta es la verdadera trascendencia del *Colloquium Heptaplomeres* de Jean Bodin.

No podía ser más que en la Serenísima (solo el nombre es todo un símbolo para la época) República de Venecia¹ donde Bodino, en una Europa asolada por las guerras de religión, situase a siete sabios, cada uno con sus propia y diferente fe religiosa. Viven juntos en un ambiente erudito, científico y piadoso, en casa de Coromeo, el católico, que es quien, además, dirige los debates, establece las conclusiones a las que llegan, e incluso nombra a los «ponentes» de cada cuestión. Probablemente, con ello, con el lugar que ocupa Coromeo, nos querría presentar Bodino un catolicismo hegemónico pero que debía encargarse de dirigir, precisamente por su posición dominante, un posible proceso de normalización, de pacificación religiosa.

El problema religioso se afronta desde su misma raíz; en ningún caso Bodino, a través de sus personajes, pretende quedarse en el planteamiento de las cuestiones más o menos polémicas del momento o de los asuntos que separaban a cada una de las religiones y sectas, sino, que, como digo, discute sobre la misma esencia del fenómeno religioso, y busca una base sólida desde la que empezar a discutir y sobre la que edificar una mínima estructura común: ésta será la necesidad de la religión y la posibilidad de discutir sobre religión.

En el libro I, a propósito de la inmortalidad de las almas, Toralba, a quien tradicionalmente se le califica como «el naturalista» (en cuanto a religión, pues filosóficamente, más bien sería «el racionalista»²), plantea la necesidad de justificar racionalmente, «llegar hasta el fondo de la manera más aguda en la demostración de todas las cosas», y añadirá, «sobre todo de aquellas que atañen a la piedad, para no vernos atacados de improviso...». Y las cosas que atañen a la piedad son, como dice el título del libro, «asuntos arcanos», escondidos, secretos, difíciles de asir..., espirituales. La misma elección del término nos revela ya la gran evolución del pensamiento de Bodino: «rerum sublimium arcanis», los arcanos de las cosas sublimes, de las cosas últimas, como traduce Primitivo Mariño. Frente a estos arcanos nos encontramos los *arcana imperii*, las cuestiones del poder. Debido a la importancia que este término cobra en aquel momento histórico, la era, por excelencia, de «la razón de Estado», el más profundo, el último de los arcanos del Poder, sin duda, Bodino podría haber utilizado otro término, pero habiendo elegido esta fórmula no podemos evitar establecer cierto paralelismo con aquella otra, sugiriéndonos así, la existencia de un medio diferente, que no tiene nada

¹ Recordemos las palabras de Albertoni: «(En el siglo XVI) Tras la estabilización de su dominio en tierra firme Venecia constituye un modelo de sensatez política... Se ve así a la Serenísima República con una gran admiración y también con envidia y codicia...». ALBERTONI, A., *Histoire des doctrines politiques en Italie*, PUF, París, 1981. (La traducción es mía). Hay edición castellana.

² Pues, por ejemplo, rechaza los argumentos de autoridad en el debate (pp. 342 y 343)

que ver con la razón y la acción política. Aparte de esta interpretación en torno a la terminología latina de Bodino, lo importante de esta cuestión es la sugerencia de la necesidad de justificar racionalmente el fenómeno religioso, necesidad en la que coinciden el resto de interlocutores.

La necesidad de explicar racionalmente el sentimiento religioso se debe a la necesidad de la religión misma, otra de las afirmaciones comunes a los siete sabios. Desde el inicio de la obra, se explica la necesidad de la religión en términos que ponen en relación absolutamente directa el orden social con la práctica de la religión. Ésta es garantía de la paz social porque conlleva la mayor de las amenazas posibles: el castigo eterno, la condenación. «No hay superstición por grande que sea que no pueda mantener a los malvados en su deber y defender en cierto sentido la ley de la naturaleza, pues están seguros de que por juicio divino se otorgan premios a los buenos y se castiga el pecado» (p. 136), dirá Coromeo, «pues –añadirá más adelante– es lógico que el ateo que nada teme sino al testigo o al juez se precipite en todo delito» (p. 196).

Sin embargo, si lo que queremos es encontrar la justificación de la religión, no nos vale cualquiera, aunque todas tengan el rasgo positivo apuntado; los siete sabios discutirán cuál es la religión verdadera. Creyendo, en un primer momento que ésta sería la más antigua, después de las discusiones teológicas e históricas de los interlocutores, finalmente Toralba, evidencia que... la religión mejor y más antigua de todas fue la inserta por el Dios eterno en el alma humana con la recta razón...», de tal manera que la religión verdadera será aquella que más se aproxime a la ley natural.

Sin duda que un buen medio para encontrar tanto la justificación racional de la religión como la verdadera fe es el dialogo, la discusión. Como dijimos más arriba, gran parte de la importancia de esta obra reside en el mero hecho de aceptar la discusión, el dialogo como medio para la convivencia. En realidad, el objeto del debate que propone Bodino no es llegar acuerdos, sino, en muchos casos, más bien poner de manifiesto las múltiples coincidencias que hay entre las distintas creencias religiosas, e incluso entre sus costumbres y formas de culto³. Pero, y sirva como prueba de la innovación histórica de esta propuesta, los siete sabios previamente tienen que establecer si cabe el dialogo en asuntos de fe, y si acaso puede tener efectos beneficiosos.

En este sentido, sorprende la opinión mayoritaria de los representantes de las distintas confesiones religiosas, allí reunidas, en contra del dialogo y la disputa en materia de religión. Sin embargo, son los representantes de las «fes» cristianas, Coromeo, Federico el luterano y Curcio el calvinista, quienes admiten la posibilidad y la bondad del debate, quizás fruto de la tradición escolástica y de la controversia que, desde el siglo XII, había sido el instrumento intelectual de la Cristiandad. Incluso, más allá, Coromeo concede «el goce de plena libertad al disertar sobre religión» en su casa (p. 138). No obstante, esta posibilidad se reduce a la controversia entre religiones distintas, pues en el seno de una Iglesia ninguno de ellos admite la posibilidad de discutir sobre los dogmas y creencias propios; sin embargo, y aunque la fe hebrea no permita ni la disputa ni la discusión en materia de religión, ni tan siquiera privadamente, (pp. 137 y 140), Salomón el judío admite «... que cada uno es libre de seguir los sentimientos que le plugieren» (p. 111).

³ Así ocurre, por ejemplo, en cuanto a la indignidad del hombre y la necesidad de la salvación por la voluntad divina entre judíos y protestantes (p. 350), la existencia del infierno, en el que creen todos menos Toralba y Salomón, el judío; la cuestión del celibato (p. 353), o la de los santos, en la que coinciden ambas sectas protestantes con los judíos y los musulmanes (p. 355).

En el *Heptaplomeres* se practica la tolerancia entre los siete sabios, pero, en este libro, Bodino no realiza una proposición conceptual de la tolerancia, sino que llega a ella, podríamos decir, como presupuesto necesario para la convivencia. Y es que todavía nos encontramos en el largo proceso de formulación de la tolerancia como virtud pública, y del derecho de libertad religiosa en el que culminará.

Lo más parecido que podemos encontrar al intento de elaboración de una «teoría de la tolerancia» se encuentra en los libros IV y V. Por medio de una bonita y larga metáfora a propósito de la armonía musical, con evidentes resonancias platónicas, se establece un debate acerca de la necesidad y compatibilidad de los contrarios a través del término «concordia», que defiende ante todo Curcio, y que se entiende como una especie de amistad o respeto cívico por, en este caso, la religión de los demás. Aceptar esto, como pone de manifiesto Senamo, el pagano, supone, además del respeto por todas *rei sacrae*, aceptar la profesión de otras religiones, de las que se piensa que no son las verdaderas. Este modelo se da en el Imperio turco, lo que, al garantizar la paz, y frente a las luchas internas de la Cristiandad, ha provocado su auge (p. 129).

En este sentido, Octavio, cristiano convertido al Islam, apunta que lo que hace grato a los hombres ante Dios «es la veneración con mente pura, aunque ignoren absolutamente qué tipo de Dios conviene tener». Así, se introduce en la disputa un concepto tomista muy importante: la conciencia errónea. Según Santo Tomás, forzar el dictamen de la razón es despreciar los mandatos divinos, por lo tanto es necesario respetar la razón aun cuando este equivocada. Lo que permite llegar a la conclusión de que no cabe forzar la conciencia en cuestiones de religión. No obstante, aquí Bodino utiliza sólo parcialmente la teoría tomista, pues Santo Tomás cree que la conciencia errónea excusa sólo cuando la ignorancia es precedente, no voluntaria y no negligente (*vid. Suma Teológica*, II, 1.^a, c. VI, a. VIII; II, 1.^a, c. XIX, a. VI y II, 2.^a, c. LXXVI, a. III, entre otras), condiciones que sólo se dan en los infieles, y nunca en los herejes y apóstatas, cuya única salvación se encontraría en el arrepentimiento y la penitencia de la muerte terrena (*vid. Suma Teológica*, II, 2.^a c. XI, a. III; II, 2.^a, c. XI, a. IV, entre otras, y *Suma contra Gentiles*, I, III, caps. 140 y 146). No sólo es una utilización parcial, sino que incluso supera sus conclusiones, pues el planteamiento general de los siete sabios coincide en que excusa también la obediencia al Príncipe. Algo que no aceptaría Santo Tomás, que preconizaba la desobediencia en caso de excomunión del Príncipe por herejía o apostasía (*Suma Teológica*, II, 2.^a, c. XII, a. I). Estamos aquí ante una justificación del principio *cuius regio, eius religio* de Augsburgo, y la ratificación de la clara apuesta de Bodino por la monarquía absoluta que ya había hecho en *Los Seis Libros de la República*.

Sin embargo, aquí encontramos el origen y la clave de la cuestión, y Curcio, aunque quizás el propio Bodino no fuera consciente de ello, lo detecta: «Siempre me ha parecido muy difícil defender con autoridad pública religiones discrepantes entre sí en una misma ciudad». Las soluciones que se proponen parten, en todos los casos, de la necesidad de la religión en la vida pública como medio de ordenación social, y como es difícil defender distintas religiones públicamente en una misma ciudad, sólo será pública una, a la cual deberán adherirse todos los ciudadanos. Por el contrario, precisamente detrás de esta frase de Curcio, se adivina otra posibilidad, la que será la respuesta histórica final al problema: la ausencia de opinión y posición religiosa de la autoridad pública. No obstante, como digo, ésa será la solución histórica al problema de la intolerancia religiosa.

Mientras tanto, como para los protagonistas del *Coloquio*, como reconoce Coromeo, el debate no ha servido para alterar la opinión que tenía cada uno de que su propia religión es la verdadera. Lo único que se puede hacer es pedir a

Dios por los demás, para que les lleve a la verdad, y practicar cada uno una vida de piedad y estudio en convivencia pacífica.

Como podemos ver, aun a través de tan sucinta visión de tan extenso y denso, en ocasiones, dialogo, se trata de un libro, en apariencia, poco provocativo en cuanto a las cuestiones que plantea, incluso del que sale fortalecida la fe cristiana en general, y la católica en particular. Pues bien, Bodino escribió el *Colloquium Heptaplomeres* en 1593. Según Ludovico Noack, editor de la edición latina, no fue posible hacer público este libro, «por el peligro que parecía entrañar para el ejercicio recto de la religión», hasta 1857, con el antecedente de una edición de Policarpio Leyser, quien, en 1841 no pudo acabarlo por interdicto judicial. Se publicaría en francés un siglo más tarde (1984) y en inglés en 1975. Es la primera edición que se realiza en España de esta obra.

Se trata de una creación de madurez de una figura histórica que vivió en el centro de su tiempo, y cuya experiencia vital se refleja en cada palabra de cada parlamento de este libro. La destrucción de Francia en las guerras de religión que la asolaron desde 1547, ocupó toda la vida adulta de Bodino; en su vejez no podía más que intentar buscar una solución a tan prolongado desastre. La única que pudo concebir fue la convivencia pacífica aceptando la diferencia del otro. Como desde el inicio he señalado, la importancia del *Colloquium Heptaplomeres*, se debe tanto a una cuestión procedimental, el uso de la discusión, como material, pues la discusión, como mínimo, conlleva la aceptación de los interlocutores como iguales, además del rechazo implícito de la violencia, que en todo caso se explicita en algunos momentos del *Coloquio*. Pero, es que, esta importancia queda subrayada porque tan sólo cinco años después, en 1598, Enrique IV lograría la paz religiosa en Francia a través, además de su renuncia a la fe reformada de los hugonotes, del Edicto de Nantes, que de manera reglamentista contemplaba la tolerancia, y la coexistencia de las creencias católica y reformada.

Finalmente, es de justicia agradecer al desaparecido Primitivo Mariño el esfuerzo de haber traducido al castellano esta obra. Igualmente es de agradecer su publicación por el Centro de Estudios Constitucionales dentro de la prestigiosa colección *Clásicos Políticos*. El papel que realiza dicha Colección pública en nuestra área lingüística, es absolutamente insustituible, por muchas razones.

En primer lugar, la obligación constitucional de los poderes públicos de promover la cultura, y el acceso a ella se cumple, también, con la lenta, callada y minuciosa labor de formación de un tejido cultural e intelectual denso en la base, lo cual sólo se puede hacer a través de un editorial pública que, desde, sobre todo, el rigor, publique las obras más representativas de la historia de las ideas, y que nos han llevado a ser lo que somos.

Pero es que, por otro lado, la existencia de una potente, prestigiosa, importante e independiente editorial pública de ciencias sociales es garantía, no sólo de la promoción de la cultura y el desarrollo científico, sino también de la libertad de expresión, puesto que la ausencia de un ente público de difusión y edición abandonaría, la cultura, no sólo al mercado, sino también a las presiones y censuras políticas e intelectuales de los grupos de presión que tuviesen más presencia o influencia en el mundo editorial privado.

El *Colloquium Heptaplomeres* es un buen ejemplo de esto, pues, después de haber sido imposible su publicación durante cuatro siglos por cuestiones políticas, de no publicarse en la actualidad por razones económicas estaríamos ante la prolongación de la injusta persecución que ha impedido la libre publicación de este texto, clave para entender las preocupaciones de las gentes más sensibles en lo peor de las guerras de religión del siglo XVI.

Diego BLÁZQUEZ MARTÍN
Universidad Carlos III de Madrid

DE LORA DELTORO, P., *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 343 pp.

Hace algunos años, F. Rubio Llorente indicaba en relación con la jurisdicción constitucional que era «más viva que nunca la discusión sobre cuáles deban ser los límites de este poder *antimayoritario* en relación con los otros poderes *políticos* del Estado»¹. Creo que la obra de P. de Lora efectúa una excelente contribución al problema. En trescientas páginas el lector podrá encontrar una aproximación desde la Filosofía del Derecho a la teoría de la interpretación constitucional originalista. El objetivo ha sido, pues, verificar si la institución que dispone de la máxima potestad para controlar la constitucionalidad de la ley puede compensar su carencia de legitimidad democrática guardando *fidelidad a la intención original del constituyente*.

Las transformaciones político-jurídicas vinculadas al constitucionalismo han convertido a la hermenéutica constitucional en un capítulo relevante para la dogmática constitucionalista², y seguramente también para la teoría del Derecho. Relevante y sumamente polémico, entre otras cosas, porque cuando la interpretación tiene por objeto, nada menos, que fiscalizar la validez de las leyes pueden aparecer distorsionados principios básicos del ordenamiento, como la división de poderes y el principio democrático. Estos principios se alterarían, no ya por el hecho de que la anulación de leyes equivalga a una suerte de legislación *negativa*, sino porque el juicio de constitucionalidad resulta o se fundamenta en una interpretación de las *elásticas* disposiciones constitucionales que podrá eventualmente ser alternativa (y en cualquier caso prevalente) a la del Parlamento. Esto ya lo advirtió Kelsen, al observar que el equilibrio entre la justicia constitucional y la democracia parlamentaria dependería del tipo de Constitución, pues en el caso de que ésta no fuese la categoría lógico-fundamental del ordenamiento y, por el contrario, reuniese principios sustantivos y vagos –justamente lo que hoy sucede– se estaría otorgando a la institución un poder que «habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento»³.

La legitimidad del control de constitucionalidad ha tratado, no obstante, de fundamentarse en la propia jerarquía del sistema de fuentes⁴: fue seguramente la supremacía normativa de la Constitución lo que hizo intuir a Hamilton o a Marshall que los jueces, en su tarea de aplicación del Derecho, venían obligados a enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, sin considerar la extralimitación del poder judicial en perjuicio del legislador que ello implicaba. En todo

¹ RUBIO LLORENTE, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho» *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril 1988, p. 12.

² A juicio de F. Rubio Llorente la doctrina constitucional representa «el núcleo mismo de la teoría de la Constitución y del Derecho constitucional» (RUBIO LLORENTE, F., «Problemas de la interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 3-4, 1988, p. 40).

³ *Vid.* KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», trad. de J. RUIZ MANERO, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 143.

⁴ *Vid.* DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, pp. 95 ss.

caso, el principal error de concebir el escrutinio judicial de las leyes como una exigencia lógica radica, a juicio de Nino⁵, en haber confundido una necesidad lógica con la exigencia de asegurar la *efectiva* supremacía constitucional, pues, como señala De Lora, «es lógicamente concebible la existencia de una Constitución que limita al Parlamento impidiéndole dictar ciertas normas, aunque no exista otro órgano que tenga la competencia para derogar o anular aquellas que vulneren esa prohibición»⁶. En otros términos, la instauración de un control de constitucionalidad tal vez pueda plantearse como una exigencia *práctica*, pero desde luego no como una necesidad *lógica*.

De hecho, la excusa más frecuente en apoyo del control de constitucionalidad ha sido que su déficit democrático resulta admisible o aceptable si a cambio se obtiene el efectivo respeto de la Constitución. La reflexión descansa en una cierta idea de Constitución como precompromiso o pacto concluido entre individuos libres e iguales en el establecimiento de la sociedad política. Tal precompromiso no sólo versa sobre la organización estatal, sino también sobre el orden de valores intangibles, cualesquiera que sean las circunstancias que rodeen la adopción de los futuros acuerdos políticos. Así pues, en una organización política democrática, donde las decisiones se adoptan por mayoría, el pacto constitucional sería una medida de *precaución*; una cláusula protectora de los intereses de todos frente a los particulares de quienes en un momento posterior representen la orientación mayoritaria. La Constitución operaría, en definitiva, como *plus* normativo que refuerza la estabilidad y que clausura la organización política fundada, evitando soluciones abusivas, *injustas*, a la luz del orden de valores consagrado.

Precisamente el temor a que la política ordinaria rebase el límite constitucional aconseja, en primer lugar, institucionalizar el precompromiso haciéndolo constar por escrito, y, en segundo lugar, crear un órgano que vele por su cumplimiento al margen del Parlamento. Ambas decisiones serían requisitos de la operatividad del modelo constitucional, y obedecerían a la comprensión de una radical diferencia de naturaleza entre el momento constituyente y el momento legislativo: la consagración constitucional de los derechos y libertades básicas es el instante de la cordura y del consenso; la legislación, por el contrario, es el tiempo de la discordia y del arreglo de intereses. La contraposición revelaría una visión bastante realista de los órganos de representación política, que está presente ya en Locke y en Hamilton, pero también en autores como Rawls, Habermas, Dworkin o Ackermann. Su visto bueno a la *judicial review* se vincularía, en suma, a una concepción que ensalza la Constitución al tiempo que se muestra cautelosa ante la ley, potencialmente perjudicial para las libertades individuales y los principios de justicia.

A este respecto, Dworkin no duda en afirmar que la sociedad de Estados Unidos es «más justa de lo que habría sido si los derechos constitucionales se hubieran dejado a la conciencia de las instituciones mayoritarias»⁷. La judicatura poseería más que cualquier otra institución la actitud imparcial y la cuali-

⁵ Vid. NINO, C. S., «Los fundamentos del control judicial de de constitucionalidad», en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 97-137.

⁶ DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 101. Vid. NINO, C. S., *op. cit.*, pp. 106-107.

⁷ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, p. 356. Hay trad. cast. de C. FERRARI, *El imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 252.

ficación técnica necesarias para velar por la igual consideración y el respeto de todos los individuos. Por lo demás, una visión de la democracia más compleja, a la que Dworkin denomina *constitucional* para diferenciarla de la visión *estadística*, permitiría eliminar cualquier sombra de duda sobre la posición que ocupa la jurisdicción constitucional y su compatibilidad con el sistema democrático. De hecho, la decisión de la Corte constitucional no lesionaría de forma significativa el derecho que los ciudadanos tienen a participar en la política, entre otras razones, porque la importancia del derecho de participación debe medirse en función de la capacidad de influencia política efectiva que otorga al ciudadano, y en democracias populosas es mínima ⁸.

Ahora bien, justificar la labor del juez constitucional enfatizando las notas que parecen presidir el razonamiento judicial frente a la presunta demagogia reinante en la arena política resulta objetable. En palabras de P. de Lora, «el diagnóstico sobre la *pobreza deliberativa* de las legislaturas... no conduce necesariamente a procurar la sustracción al legislador o al pueblo de las cuestiones constitucionales fundamentales y su residencia en un órgano no representativo» ⁹. De un lado, porque la regla de las mayorías, tan criticada en sede legislativa, opera también en este ámbito ¹⁰: en el fallo del tribunal constitucional no cuenta el peso del mejor argumento, sino el del mayor número de votos. De otro, porque la justificación tendría un cariz *elitista* ¹¹: es cierto que la Corte o Tribunal, debido a su naturaleza judicial, está obligada a fundamentar sus decisiones ¹², pero por muy escrupulosamente que efectúe esta tarea no parece que exista ningún criterio infalible que acredite finalmente la mayor corrección de su decisión frente a la del Parlamento, máxime, como subraya Waldron ¹³, «si la coyuntura es la del desacuerdo y el cambio social» ¹⁴. Por lo demás, podría añadirse que enfatizar o insistir en las aptitudes de la judicatura para tutelar a los ciudadanos podría generar una visión errónea de su tarea, como si ésta consistiese no ya en custodiar la norma jurídica suprema, sino en garantizar la justicia misma; esto es, como si la Constitución engendrara la última palabra sobre la moral, olvidando que aquélla no es fruto de ningún momento místico que alumbre una moralidad objetiva e indiscutible, sino de un consenso, espejo de las convicciones políticas o morales mayoritarias y, por tanto, tan susceptible de crítica como los preceptos que la desarrollan ¹⁵.

⁸ Vid. DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996, pp. 19-20. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., pp. 83-84.

⁹ *La interpretación originalista...*, cit., p. 87.

¹⁰ *Ibid.*, p. 91.

¹¹ *Ibid.*, p. 89.

¹² Sobre la naturaleza de la justicia constitucional a medio camino entre la función legislativa y judicial, vid. GASCÓN ABELLÁN, M., «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 63-87. A su juicio, el tribunal constitucional «ejerce un poder en cierto modo exorbitante, porque, a diferencia del juez ordinario, no sólo puede enjuiciar leyes, sino que el fundamento jurídico de sus sentencias representa una forma de legislación; pero, al mismo tiempo, a diferencia del legislador, que tan sólo dicta enunciados normativos, el Tribunal se comporta como un verdadero juez, esto es, interpreta y argumenta. Si puede decirse así, la justicia constitucional dicta sentencias con la fuerza de leyes y leyes con la fuerza y el alcance interpretativo de las sentencias» (*ibid.*, pp. 75-76).

¹³ Vid. WALDRON, J., «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, pp. 18-51.

¹⁴ DE LORA, P., *La interpretación originalista*, cit., p. 57.

¹⁵ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 86.

Todas estas razones han llevado a sugerir la posibilidad de señalar los límites de la actuación de la justicia constitucional, a fin de evitar que resulte comprometida la libertad política del legislador. En particular, Ely ha indicado la necesidad de circunscribir la función de aquella institución a depurar los canales de la participación política¹⁶. Y seguramente sea acertado circunscribir o constreñir la función del Tribunal, pero acaso no de ese modo, dado que las reglas que informan el procedimiento democrático –las únicas que supuestamente habría de controlar– poseen el mismo rango que el resto de los derechos y principios de justicia constitucionales¹⁷.

En suma, la justicia constitucional sería explicable por una cuestión de conveniencia o de necesidad práctica del constitucionalismo, pero difícilmente acomodable en el sistema democrático o, mejor dicho, sólo compatible con una muy particular concepción de la democracia que convierte en su depositario principal a una élite judicial. Si la Constitución justamente por ser «la manifestación más alta del Derecho positivo»¹⁸, reúne normas sustantivas y tendencialmente contradictorias (principios) que, en consecuencia, precisan del intérprete «una toma de posición conforme con su *ethos*»¹⁹, resulta manifiesto que en la evaluación de la constitucionalidad de la ley *el Tribunal se convierte en una especie de legislador* al margen del proceso democrático. De modo que si los jueces constitucionales resultan ser órganos *políticos* carentes de legitimidad electiva o de origen, parece que ésta tendrá que derivarse de su *modus operandi*²⁰, pues, «así como al legislador se le exige principalmente autoridad, el juez debe responder ante todo del modo en que ejerce su actividad»²¹.

Ahora bien, tal vez si el juez constitucional dispusiera de una pauta precisa para la interpretación no habría siquiera razón para rendirse a la evidencia de que la doctrina del Constitucional *crea* Derecho. Me parece que éste sería uno de los designios del originalismo. Esta corriente, particularmente desarrollada en los Estados Unidos, cuna de la democracia constitucional, revitaliza un viejo argumento: la deferencia a las intenciones del constituyente. La *interpretación originalista de la Constitución* aportaría al juez constitucional la guía de actuación que le reporta legitimidad. Su hipótesis podría enunciarse así: la justicia constitucional en el Estado democrático puede gozar del aval de un método interpretativo basado en la fidelidad a la intención original del constituyente. En el supuesto de que el referido criterio hermenéutico fuese viable para conocer el verdadero significado de la Constitución, la *judicial review* quedaría exenta, libre, de toda sospecha de intromisión política, pues su labor sería, por así decir, neutral, al no añadir nada a la voluntad del constituyente.

Pero –repárese–, desde esta perspectiva la interpretación originalista de la Constitución aparece entonces como la única alternativa para definir la posición de la justicia constitucional. Y el corolario parece claro: si determinar aquello

¹⁶ ELY, J. H., *Democracy and Distrust. A Theorie of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), pp. 102-103. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 93.

¹⁷ En otros términos, «una vez que concluimos que la participación exige algo más que el derecho al sufragio, hemos abierto la puerta para que los jueces resuelvan sobre un buen número de derechos fundamentales asociables a aquél como condición de posibilidad de su ejercicio» (DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 94)

¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 1992, trad. de M. GASCÓN, Trotta, Madrid, 1995, p. 116.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 118.

²⁰ Sobre la caracterización de los tribunales como *órganos de producción jurídica*, vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 108 ss.

²¹ PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre la interpretación constitucional», cit., p. 186.

que *quiso decir* el constituyente cuenta con dificultades insuperables y, por consiguiente, no hay manera alguna de tener certeza absoluta sobre el verdadero significado de los flexibles preceptos constitucionales, habría que concluir que en la práctica el escrutinio de las leyes no procura interpretar; no procura determinar el significado de la Constitución, sino discutir si las leyes se ajustan a ciertas convicciones morales. Semejante conclusión agravaría la dificultad de auspicar órganos no elegidos por el pueblo para desempeñar una función así. Pues, ¿cómo justificar que la lectura del documento constitucional efectuada por el restringido grupo de magistrados prevalezca sobre la del Parlamento si tal lectura no tiene por objeto interpretar sino resolver problemas políticos? Dicho de otro modo, dado que el valor del precompromiso constitucional no reside en su especial relevancia moral, sino en un potencial integrador de opciones políticas de muy distinto signo, la diferencia entre el momento constituyente y el momento legislativo se diluye. La Constitución puede desempeñar su papel pacificador debido al carácter más básico de las cuestiones que contempla, pero, precisamente por ello, cuando en el discurso legislativo se hayan retomado cuestiones básicas sobre las que, además, exista radical desacuerdo, el juicio de constitucionalidad podría equiparse del todo a una toma de postura política y el Tribunal Constitucional actuaría como un mediador privilegiado en el debate, por mucho que se trate de un órgano con alta preparación técnica. El objeto del debate sería semejante al del momento legislativo –y no cualitativamente distinto al del momento constituyente–, tanto si se desarrolla en la asamblea de representantes, como en la Corte Constitucional, y no parece que el principio democrático autorice a esta última a *legislar* en ningún caso. En otros términos, si se frustrase la posibilidad de *interpretar* la Constitución, de *conocer su significado*, entonces las dudas y cuestiones interpretativas equivaldrían en realidad a problemas políticos y morales. Precisamente en aras de evitar la referida conclusión, la interpretación originalista se mostraría como único expediente capaz de definir o legitimar la posición del Tribunal Constitucional.

A grandes rasgos, el término *originalismo*, y otros análogos como *intencionalismo* o *interpretativismo*, aluden a la teoría de la interpretación según la cual la determinación del significado correcto o verdadero de las expresiones lingüísticas –entre ellas las normativas– se vincula a la intención de su autor. En palabras de Fish, uno de los autores que sostiene el originalismo con mayor rotundidad, «cualquiera que es un intérprete está en el negocio de la intención»²². Lo cierto es, sin embargo, que el originalismo puede dar cabida a un abanico de tesis comprendidas entre dos polos opuestos: el *intencionalismo más radical*, que reduce la interpretación de los enunciados normativos al conocimiento de la intención o propósitos últimos de su autor, y el *realismo semántico*, que prescinde casi completamente del elemento intencional en beneficio de la *verdadera naturaleza de lo referido* en las disposiciones jurídicas²³. Si esta última puede calificarse de «originalista» es sólo porque admite el origen intencional o deliberado de los actos normativos²⁴.

²² FISH, F., «Play of Surfaces: Theory and the Law», en *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Gregory Leyh (ed.), University of California Presse, Berkeley, 1992, p. 301. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 52.

²³ De Lora ilustra las referidas tesis con un ejemplo: en el primer caso la proposición o enunciado interpretativo «el significado de “castigos crueles e inusuales es \emptyset ” es verdadera si con la emisión de tal conjunto de signos (“castigos crueles e inusuales”) *el hablante o el constituyente quiso decir \emptyset* . En función del segundo modelo, la proposición «el significado de “castigos crueles e inusuales” es \emptyset » es verdad si «castigos crueles e inusuales» significa \emptyset *de acuerdo con la mejor teoría disponible sobre la naturaleza de «castigo cruel e inusual»* (*La interpretación originalista...*, cit., p. 28).

²⁴ *Ibid.*, p. 147.

El *realismo semántico* ha sido particularmente desarrollado por Kripke y Putnam en relación con la interpretación de enunciados sobre fenómenos empíricos. La operatividad del realismo semántico en el ámbito de la interpretación jurídica se vincula a la idea de que las proposiciones normativas pueden conocerse de modo semejante a las que versan sobre hechos físicos o naturales o, lo que es lo mismo, a la *continuidad* del conocimiento²⁵. De ahí que, mientras siga habiendo aspectos que muestran la distancia entre los saberes empíricos y el resto de disciplinas, el realismo semántico resulta difícilmente sostenible en la interpretación del Derecho²⁶.

Por lo que se refiere al *intencionalismo más radical* tampoco es, según De Lora, un método indicado para la interpretación jurídica, pues pierde de vista que el Derecho es un tipo de comunicación, y, como la experiencia muestra, la comunicación no se produce tratando descubrir las intenciones últimas de los interlocutores, sino, muy al contrario, confiando en que las intenciones se manifiestan a través de un lenguaje convencional²⁷. De manera que cuando se habla de la interpretación originalista de la Constitución se está haciendo referencia a una tesis o punto intermedio entre los dos referidos extremos: aun cuando haya de tomarse en consideración el propósito o intención del constituyente, el significado convencional o literal de las disposiciones jurídicas resulta prioritario. Interpretar la Constitución requeriría, en suma, un *intencionalismo moderado* o matizado por la *autonomía semántica* de los textos jurídicos; es decir, que advierta, primero, el importante papel que las intenciones desempeñan en el Derecho y, segundo, una cierta independencia entre las disposiciones jurídicas y los fines o propósitos de quienes las dictaron²⁸.

En efecto, la intención o propósito del autor del Derecho puede considerarse un rasgo fundamental del fenómeno jurídico, y no sólo por el hecho de que las normas jurídicas sean el producto de actos deliberados o voluntarios, tal y como señala Raz en su tesis de la *intención autoritativa*²⁹, sino, sobre todo, como destaca P. de Lora, porque la intención sería un elemento indispensable para identificar el Derecho y en particular la Constitución³⁰. Ésta, a diferencia del resto de las normas jurídicas, se funda en un acto de habla no reglado, por lo que para reconocer su carácter *jurídico* no serviría de nada atender a los criterios competenciales y procedimentales vigentes en el sistema, sino que parece preciso advertir una de las *intenciones* de quien, además, se presenta como su *legítimo* autor (el constituyente), a saber, la intención de su voluntad se obedezca con independencia del juicio que pueda merecer su contenido³¹.

²⁵ *Ibíd.*, p. 148.

²⁶ *Ibíd.*, p. 184.

²⁷ *Ibíd.*, p. 120.

²⁸ *Ibíd.*, pp. 128 y 230.

²⁹ Vid. RAZ, J., «Intention in Interpretation», en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, R. P. GEORGE (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 249-286. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, pp. 138 ss.

³⁰ En consecuencia, «si bien el originalismo estricto es una tesis inaceptable en el nivel semántico, no lo parece tanto si la contemplamos como una propuesta conceptual sobre la identificación de la Constitución que, siguiendo el camino trazado por MacCormick y Bankowski, aparecería frente a la legislación subsiguiente que a partir de ella se genera, como un acto de habla informal (que resulta exitoso, por todo ello, si se da el tipo de reconocimiento mutuo de pretensiones que Grice desarrolló en su análisis de los casos de “querer decir”» (*La interpretación originalista, cit.*, p. 106).

³¹ Afirma P. de Lora que «la referencia a la intención autoritativa será especialmente procedente en el caso de la Constitución como forma de reconocer en ella su naturaleza prescriptiva» (*La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 145).

Precisamente por ello, el intencionalismo terminaría concediendo prioridad a la interpretación textual o literal: si cuando se habla de intención relevante para *conocer* el Derecho no se está haciendo alusión a los concretos fines u objetivos políticos, sociales, etc., que persigue la autoridad, sino a la *pretensión de legitimidad* de ésta; es decir, a su propósito de que los destinatarios reconozcan la existencia de un mandato justificado, pero no por el contenido que posea, sino por la legitimidad de quien lo dicta, entonces el constituyente debió querer que los aplicadores del Derecho atendieran exclusivamente al significado literal o convencional de los enunciados jurídicos, sin debatir sobre las intenciones. En palabras de Raz, «lo que el legislador dijo es lo que sus palabras significan, dadas las circunstancias de la promulgación y la legislación, y las convenciones de interpretación prevalentes en ese momento. Pero decir que la legislación tiene ese significado es imponer una restricción severa en ella. No cualquier interpretación concebible cumpliría esta condición. Muchas teorías hermenéuticas son inconsistentes con esa guía interpretativa»³². En consecuencia, del intencionalismo deriva el criterio que habría de presidir la interpretación constitucional, y que consistiría en presumir la validez de las leyes literalmente interpretadas. La actuación del Tribunal Constitucional estará justificada, pues, siempre que realice un esfuerzo de *autocontención* o *autorrestricción*, no entrando a valorar la constitucionalidad de la ley a menos que su texto resulte manifiestamente incompatible con la Constitución.

La obligación de *self-restraint* o autoconstricción exigible a la justicia constitucional se ha defendido, como pone de manifiesto P. de Lora³³, desde perspectivas distintas a la teoría de la interpretación originalista. Se argumenta que el deber de presumir la legitimidad de la ley se basa en la supuesta *mayor pericia del legislador* para deliberar sobre cuestiones políticas. El «teorema de Condorcet» trató de mostrar mediante un razonamiento matemático que, bajo ciertas condiciones, es en el procedimiento legislativo donde surge la mayor probabilidad de *acertar* a dar con la solución *verdadera*, dado el mayor número de participantes en la decisión³⁴. Asimismo, Nino ha sostenido, en su tesis del «constructivismo epistemológico»³⁵, que la democracia es el *sucedáneo* del discurso moral³⁶, el procedimiento que «*tiende* a producir de manera más confiable decisiones moralmente correctas»³⁷. Sin embargo, las críticas que, a juicio de P. de Lora, podrían formularse a ambas posiciones revelarían que la autorrestricción exigible a la jurisdicción constitucional se fundamenta mejor desde la teoría de la interpretación originalista.

³² «Al mismo tiempo –prosigue Raz– es verdad que la tesis de la intención autoritativa no es en sí misma un método interpretativo. Más bien indica a los tribunales que acudan a las convenciones de interpretación prevalentes en el momento de la legislación» (RAZ, J., «Intention in Interpretation», *op. cit.*, p. 271). Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 215.

³³ *La interpretación originalista...*, *cit.*, pp. 257 ss.

³⁴ Vid. CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 257, nota 33.

³⁵ NINO, C. S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 91 ss.

³⁶ En palabras de Nino: «Mientras el discurso moral es un procedimiento de justicia procesal pura perfecta... la democracia es un procedimiento de justicia procesal pura pero imperfecta, porque sus reglas implican algún apartamiento del procedimiento ideal» (*ibíd.*, p. 127).

³⁷ DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, *cit.*, p. 261. Cf. NINO, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. SABA, Gedisa, Barcelona, 1997, 303 pp.

De Lora no ha dejado de señalar, no obstante, que entre el deber que el intérprete o juez constitucional tiene de autorrestricción y su obligación de guardar fidelidad a la intención del constituyente, esto es, entre la conclusión y la premisa básica del originalismo, existiría un contradicción³⁸, salvo que el intérprete considerase que «nada hay más allá del texto, y que éste recoge la intención del edictor»³⁹. En suma, la pauta de la interpretación constitucional podría resumirse en el brocardo *in claris no fit interpretatio*. La interpretación de la Constitución sería, como sostiene Marmor, «excepcional», pues «uno no interpreta aquello que viene *determinado* por reglas o convenciones»⁴⁰. El Tribunal Constitucional sólo intervendría ante casos difíciles o controvertidos, supuestos para los que contaría con algunas alternativas: acaso el Tribunal habría de efectuar, como sugeriría Dworkin, una interpretación *constructiva* de la práctica social en que consiste el Derecho a fin de mostrarla en su conjunto en su mejor aspecto⁴¹, y hallar de este modo la solución que el orden jurídico dispone. O, si por el contrario se considera que esto último no es siempre posible, tal vez tenga sentido proponer que el juez resuelva la duda interpretativa sobre la base de razones intersubjetivamente aceptables, actuando *como si* pudiera alcanzarse una solución correcta⁴².

Ahora bien, en un caso difícil, el intérprete no sólo se enfrentaría al problema de discernir si éstos u otros métodos serían adecuados para la interpretación del lenguaje normativo, sino, sobre todo, a una dificultad insuperable, a saber, determinar con certeza cuándo se está ante un caso de indeterminación semántica y, en consecuencia, ante una de las excepciones que autorizan al juez constitucional a intervenir. Si no existe un criterio que indique cuándo un enunciado es claro y cuándo, por el contrario, vago e impreciso, entonces las disputas sobre la constitucionalidad de las leyes no deberían plantearse como discusiones sobre los modos de interpretar el lenguaje, sino como controversias políticas o morales. Desde esta perspectiva, la prevalencia de la solución del Tribunal Constitucional sólo se justifica desde un elitismo que desvirtúa el sentido del derecho a la participación política.

En suma, cualquier método de interpretación constitucional se enfrentaría en último término al escollo de que, aun cuando la calificación de *fácil* o *difícil*

³⁸ P. de Lora denomina a este problema *dilema del originalismo*. A su juicio «los propios intencionalistas han de admitir para que su propuesta no sea una trivial tautología... la posible divergencia entre el *querer decir* del emisor y el significado de la formulación que emite, y el potencial recurso que constituye la primera fuente para discernir lo segundo» (*La interpretación originalista...*, cit., pp. 230-231). La autorrestricción, en cambio, aboca a una aplicación estricta del Derecho que tiene muy poco de originalista «y que revela al originalismo como un recurso autofrustrante» (*ibíd.*, p. 250).

³⁹ Es decir, si fundiera el método intencionalista con el textualismo (*ibíd.*, p. 275).

⁴⁰ MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 22. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 283.

⁴¹ *Law's Empire*, cit., p. 90 (*El imperio de la justicia*, cit., p. 72).

⁴² Esto es, siguiendo, por ejemplo, una argumentación jurídica racional como la propuesta por R. Alexy (ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. Las teorías del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 346 pp.). El autor sostiene la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general: «resulta racional la introducción de formas y reglas especiales de la argumentación jurídica... De esta forma, dentro del área de incerteza dejado por las normas jurídicas puede limitarse aún más el área de lo discursivamente posible. Con ello, la argumentación práctica general no es expulsada de la argumentación jurídica. La incerteza debida a la naturaleza discrecional del discurso práctico general no puede por ello nunca ser eliminada por completo» (*ibíd.*, p. 274).

dependa en buena medida del lenguaje jurídico, lo decisivo sería el acuerdo o el desacuerdo moral⁴³. La Constitución es un texto de carácter *principialista*, agravándose, por tanto, las dificultades para hallar criterios infalibles para delimitar, en terminología de Hart, la *zona de certeza* y la de *penumbra* de sus enunciados. Si la indeterminación semántica no es parcial sino *radical* o, lo que es lo mismo, «si adolecemos de incertidumbre sobre la propia incertidumbre»⁴⁴, no parece existir pauta que evite una suerte de legislación paralela por el Tribunal Constitucional cuando interpreta.

En definitiva, la teoría originalista de la interpretación constitucional no parece que permita clausurar el debate sobre la tensión entre el juicio de constitucionalidad y el respeto a la libertad política del legislador. El máximo intérprete de la Constitución gozaría de un mayor o menor margen de libertad política irreconciliable con la seguramente más extendida concepción de la democracia. Con todo, precisar la función o los límites de la esta institución sí parece que la haría más aceptable, aunque no la justificase por completo desde la concepción mayoritaria que venimos comentando. La autoconstricción, que supone ampliar la presunción de constitucionalidad de las leyes, podría ser vista como una buena recomendación al Tribunal para que, consciente de su responsabilidad, adopte una «actitud ética de humildad»⁴⁵. O, mejor dicho, como un deber jurídico mínimo a fin de evitar que el Tribunal realice «un juicio de optimización que implicaría decidir cuál es la *mejor* interpretación del texto constitucional y, consiguientemente, asfixiar el margen de apreciación del Parlamento»⁴⁶. Por lo demás, acaso el fallo del Tribunal, limitado a la «sostenibilidad de la legislación»⁴⁷, resulte tanto menos conflictivo con la potestad legislativa cuanto mayor sea la calidad de los argumentos que esgrima en apoyo de la decisión⁴⁸.

Gema MARCILLA CÓRDOBA
Universidad de Castilla-La Mancha

⁴³ DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 294.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 288.

⁴⁵ Vid. LESSIG, L., «Fidelity in Translation», *Texas Law Review*, vol. 71, mayo, pp. 1192-1193. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 244.

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre la interpretación constitucional», cit., p. 178.

⁴⁷ THAYER, J. B., «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. VII, núm. 3, octubre 1893, p. 144. Citado por DE LORA, P., *La interpretación originalista...*, cit., p. 248.

⁴⁸ Como ha señalado L. Prieto, «en el Estado constitucional el centro de gravedad del Derecho se desplaza de las disposiciones normativas a la interpretación, de la autoridad del legislador a las exigencias de justificación racional del juez. La justificación racional representa una condición de validez, pero, sobre todo, de legitimidad de las decisiones» (PRIETO SANCHÍS, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», *Jueces para la Democracia*, núm. 26, julio de 1996, p. 47).

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Ya lo adelanta Ezquiaga: «El objeto de este trabajo es intentar aclarar algunos debatidos problemas relacionados con la producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional, a partir de la distinción *entre fuente del Derecho, disposición normativa y norma jurídica*». Y con ello comenzamos...

El punto de arranque es el concepto de fuente del Derecho. Tras diferenciarlo del concepto de disposición normativa y de norma jurídica, tras interrelacionar ambos, y tras establecer una tipología de las diversas normas sobre la producción jurídica, distingue las normas que regulan la producción de las fuentes del Derecho, de aquellas otras que regulan la producción de normas, y la producción de disposiciones normativas. A continuación, pasa a examinar de qué modo puede provocarse la vulneración de cada una de ellas, así como –finalmente– qué papel desempeña la Corte constitucional en relación a las vulneraciones anteriormente mencionadas.

Tomamos como inicio la producción de los materiales normativos: es éste un proceso complejo, con al menos cuatro elementos identificados: la *autoridad normativa* (sujeto al que el sistema jurídico le otorga poder para crear Derecho); el *procedimiento normativo* (actos que realiza la autoridad normativa de cara a producir Derecho); el *documento normativo* (el texto aprobado por la autoridad normativa tras el procedimiento seguido, y cuyos enunciados suelen ser *denominados disposiciones normativas*); y el *contenido del documento normativo* (significado otorgado a las disposiciones del documento, tras haber sido éstas interpretadas: a esto lo denominamos *norma jurídica*, y será expresada mediante un enunciado interpretativo).

Pero... ¿qué son las fuentes del Derecho? El autor pretende mostrar la utilidad de una noción formal de fuente del Derecho, para explicar qué hacen los juristas en general, y cómo se lleva a cabo la producción de los materiales jurídico-normativos y el control de ese proceso por parte del Tribunal Constitucional. Con ello, nos brinda la siguiente definición: la expresión «fuente del Derecho» indica las diversas formas o categorías que las autoridades normativas deben utilizar para incorporar al sistema jurídico los materiales (documentos normativos y disposiciones) a partir de los cuales el resto de los operadores jurídicos (y de las mismas autoridades normativas) deben extraer las normas.

Teniendo presente la misma, es preciso establecer algunas apreciaciones inevitables en la regulación –iusprivatista– de las fuentes del Derecho en el Código Civil. Primeramente, porque el propio concepto de Derecho del artículo 1 del Código Civil no se adecúa al diseño constitucional. Segundo: no se tienen en cuenta las diferentes fuentes del Derecho de rango legal que la Constitución crea, ni tampoco la pluralidad de fuentes de rango infralegal que también se establecen en ella. Se obvia el restringido papel que adquiere la costumbre en su condición de fuente idónea para producir Derecho; se omite el que los principios del Derecho sean verdaderas normas jurídicas; y se recorta el papel de elemento informador del ordenamiento únicamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin tener en cuenta la debida extensión al Tribunal Constitucional, y probablemente también, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con todo ello, el concepto de fuente de Derecho que propone es eminentemente formal, puesto que depende de las normas sobre la producción jurídica,

y se encuentra en estrecha cercanía respecto del propuesto por la teoría escéptica. Así, «si se acepta que el Derecho es un conjunto de normas, entonces los actos normativos no producen normas, sino documentos normativos (pertenecientes a un tipo concreto de fuente del Derecho); las normas jurídicas surgen precisamente de la interpretación de esos documentos normativos».

Y esta dependencia de las normas acerca de la producción jurídica se manifiesta en un triple sentido: las normas sobre la producción jurídica crean categorías normativas, esto es, tipos diversos de fuentes del Derecho; para cada una de ellas se establecen una serie de requisitos materiales y formales; y por último, las normas sobre la producción jurídica establecen el régimen del que gozarán las normas que han sido expresadas por las disposiciones que componen el documento normativo de una cierta categoría, una vez que ya ha sido elaborado.

Ha quedado claro el concepto de fuente de Derecho que se va a manejar. Vemos a continuación las conjugaciones del mismo según se relacione con la disposición normativa o con la norma. Dado que lo relevante, a efectos de distinguir una disposición de cualquier otro enunciado, es justamente su incorporación en un documento normativo, dicha disposición ha de estar contenida en el documento (normativo) perteneciente a una de las categorías de fuente del Derecho y, al mismo tiempo, el tipo de fuente de que se trate determina el régimen jurídico de las normas que de la interpretación de sus disposiciones se obtengan. Segundo, el resultado de la producción legislativa no es un conjunto de normas. La norma tan sólo llega una vez superado un previo proceso de interpretación de la disposición. Por tanto, el resultado de la actividad legislativa son disposiciones, y no normas.

Considerando que las normas sobre la producción jurídica establecen los requisitos que cada documento perteneciente a una determinada categoría de fuente del Derecho ha de cumplir, puede concluirse que dichas fuentes son meras «categorías» normativas útiles para configurar el régimen jurídico propio de cada una de las normas que se obtengan por interpretación de las disposiciones que formen parte de los instrumentos normativos pertenecientes a cada una de esas categorías. Por otro lado, la distinción trazada entre fuente del Derecho y norma desempeñaría otra importante misión de cara a diferenciar la función propia de las autoridades normativas respecto de la judicial. La fuente del Derecho guardaría relación con la competencia para producir disposiciones agrupadas en documentos normativos pertenecientes a una determinada categoría de fuente del Derecho. Por el contrario, lo característico de la función judicial sería producir –mediante la interpretación de las disposiciones– normas jurídicas.

Finalmente, entraría en escena el juego de la disposición y la norma. El carácter dinámico de la actividad interpretativa puede provocar una modificación del significado de una misma disposición. Por otra parte, siempre que se modifique una disposición, se modificará la norma o normas resultantes. Una disposición puede expresar más de una norma simultáneamente (tal es el caso de las disposiciones que poseen un enunciado complejo). Por otro lado, una disposición puede expresar distintas normas, que incluso pueden ser contrapuestas. Por tanto, cualquier discrepancia sobre el significado de una disposición implica un desacuerdo sobre la norma que la disposición expresa. Varias disposiciones pueden ser consideradas expresión de normas idénticas, esto es, que se trate de disposiciones totalmente sinónimas ¹. Pero, en último término,

¹ Uno de los rasgos que se atribuyen a la figura del legislador racional es el de su no redundancia, presunción por la que se entiende que cada disposición es expresión de una norma distinta a las expresadas por todas las demás disposiciones del sistema.

es sobre el intérprete –y no sobre el legislador– sobre quien recae la responsabilidad de producir normas no redundantes. Puede también suceder –y será lo más frecuente– que las disposiciones sean polisémicas, por lo que sólo algunos de sus significados sean idénticos.

El juego sigue con otra combinación: esta vez varias disposiciones son consideradas, conjuntamente, expresión de una norma. Pese a reconocer la polémica en torno al tema, Ezquiaga apuesta por la posibilidad de que existan disposiciones sin norma, esto es, aquella situación en que una disposición no expresa el contenido de una norma entera, sino tan sólo un fragmento de la misma, de modo que hay que proceder conectando dos o más disposiciones, interpretarlas conjuntamente, para así obtener una norma. Por otra parte, también podemos estar ante combinaciones de normas, las cuales dan lugar, a su vez, a nuevas normas.

Esto, sin embargo, deja abierto el interrogante de cuál es el *status* jurídico de estas normas que surgen de la interpretación de dos disposiciones; cuestión importante de cara a ver qué relación posee esa norma respecto de otras normas del sistema. Así, surgen cuatro supuestos posibles: 1. Que las dos disposiciones combinadas formen parte de un mismo documento normativo: no plantea especiales problemas, puesto que la norma se comportará conforme a ese régimen jurídico. 2. Que las dos disposiciones combinadas formen parte de dos documentos normativos distintos, pero ambos pertenecientes a un mismo tipo de fuente del Derecho: tampoco plantea problemas especiales, puesto que la norma surgida de la interpretación conjunta de dos disposiciones incorporará un régimen jurídico idéntico al de todas las normas que formen parte de documentos normativos pertenecientes al tipo de fuente del Derecho de que se trate. 3. Que las dos disposiciones combinadas formen parte de documentos pertenecientes a dos tipos de fuentes del Derecho diversas, relacionadas por el criterio de jerarquía: «parece –dice el autor– que la norma incorporará el rango jerárquico que tenga atribuido la fuente del Derecho inferior». Y la razón es que el criterio de jerarquía impone que las disposiciones inferiores sean interpretadas conforme con las superiores, y no al contrario (si bien, en ocasiones, puede darse el fenómeno contrario); y 3. Por último, que las disposiciones combinadas formen parte de documentos normativos pertenecientes a dos tipos de fuente del Derecho distintos, relacionados por el criterio de la competencia: aceptada la posibilidad de que se operen estos cruces entre disposiciones pertenecientes a diferentes ámbitos competenciales, produciendo, a partir de ellos, nuevas normas, pasa el autor a preguntarse cuál será el régimen jurídico de la nueva norma. En este terreno, el juego del principio de supletoriedad se hará presente, y quedará patente fundamentalmente por el hecho de que ninguna disposición perteneciente a una fuente estatal o autonómica será considerara expresión de una norma que regule completamente el supuesto de hecho de que se trate.

Aborda el autor la cuestión de las normas sin disposición. La norma jurídica es el resultado de la interpretación de una disposición de un documento normativo. Parece, pues, que sin disposición no hay posibilidad de norma. Sin embargo, esto no es así, y la razón hemos de encontrarla en la existencia de normas implícitas o inexpresas, que carecen de una o varias disposiciones que las expresen o formulen.

La posibilidad de hablar de este tipo de normas, desvinculadas absolutamente de alguna disposición, sería equivalente a hablar de la posibilidad de normas no producidas por ninguna fuente del Derecho. Por ello, la práctica jurisprudencial tiende a mostrar la imagen de un sistema pleno, de modo que se extienda el ámbito de aplicación de una disposición hasta incluir el supuesto no expresamente regulado. Con ello, se consigue reforzar la imagen de un

legislador racional (en cuanto que previsor); y por otra parte, afianzar la figura de un juez neutral, mero aplicador de aquellas soluciones ya previstas por el legislador.

Cuando se declara la existencia de una laguna, surge a continuación el problema de cómo solucionarla, esto es, decidir cuál será el instrumento utilizado para producir una norma implícita que contemple el supuesto no regulado. Y, como resulta claro, la elección de uno u otro medio no viene determinada por las normas sobre la producción jurídica. Sin embargo, la norma producida, con independencia de cuál haya sido el procedimiento por el que la misma haya surgido, estará siempre referida a una disposición. Pero, a pesar de ello, Ezquiaga nos ha adentrado en el interesante e inquietante terreno de la creación jurídica.

A continuación se exponen cuatro métodos mediante los cuales pueden producirse normas destinadas a otorgar una consecuencia jurídica a supuestos que no la tienen prevista explícitamente por las normas expresadas por las disposiciones del sistema. El recurso a la analogía bien puede considerarse como un instrumento de integración del derecho, puesto que soluciona una laguna, y por otra parte, produce una norma nueva. Ahora bien, la analogía puede ser considerada como un instrumento de interpretación de una disposición, de modo que la nueva norma por ella creada no puede ser definida como una norma sin disposición (o, lo que es lo mismo, una sola es la disposición de dos normas. Y lo mismo cabría de decir del argumento *a fortiori*). La misma situación se opera cuando el intérprete acude al argumento a contrario. Ahora bien, en este caso, se ha interpretado una única disposición, resultando de ella dos normas, la segunda de las cuales será también una norma referida a dicha disposición. Por último, los principios jurídicos. Aquí hemos de diferenciar, no obstante, aquellos principios con disposición [«se trata de normas (principios) con disposición»], los «principios implícitos de Derecho» (equivalentes a las «normas implícitas», pudiendo estar referidos a una disposición o a varias, a todas las que componen una determinada institución jurídica, a un sector del Derecho, o incluso al sistema jurídico en su conjunto), y por último, los «principios extrasistemáticos de Derecho», pudiendo ser algunos de ellos principios normativos, pero no jurídicos, por cuanto que no surgen de ninguna fuente del Derecho (en definitiva, no son normas jurídicas).

Ante todo ello, concluye el autor lo siguiente: no parece que pueda afirmarse en el ordenamiento la existencia de normas implícitas, esto es, normas que sean obtenidas del ordenamiento por medio de los instrumentos para solucionar lagunas, puesto que todas estas normas están conectadas con disposiciones.

Puesto que las normas sólo pueden ser incorporadas al sistema jurídico mediante disposiciones que formen parte de documentos normativos pertenecientes a un tipo de fuente del Derecho, las normas sobre la producción jurídica regulan no sólo la producción de otras normas, sino también la de las fuentes del Derecho y la de las disposiciones. Por otra parte, estas normas son, a su vez, susceptibles de interpretación, por lo que parece necesaria una nueva distinción entre fuentes del Derecho sobre la producción jurídica, disposiciones sobre la producción jurídica, y normas sobre la producción jurídica. Y, en definitiva, las relaciones que cabe establecer entre las disposiciones sobre la producción jurídica y las normas sobre la producción jurídica son exactamente iguales a las del resto de las disposiciones con el resto de las normas, con la única diferencia de que, en el supuesto de disposiciones sobre la producción jurídica, de los diversos significados que se les atribuya puede incluso depender el propio reconocimiento de éstas como una fuente del sistema jurídico. Y, de conformidad con el hilo conductor del trabajo, cabe hablar de diversos tipos de normas. Así, normas sobre la producción de fuentes del Derecho, normas sobre

la producción de disposiciones, y normas sobre la producción de normas. Vamos a detenernos en las normas sobre la producción de normas. Generalmente no se incluye este tipo en el conjunto «normas sobre la producción jurídica», puesto que se parte de la base de diferenciar entre creación y aplicación del Derecho. Sin embargo, parece apropiado incluir esta categoría en el conjunto mencionado, máxime si se acepta la distinción entre fuente del Derecho, disposición y norma. Por otra parte, es constante el intento, por parte de las autoridades normativas, de regular la actividad interpretativa de los órganos judiciales. Así, mediante normas que regulan indirectamente la producción de normas (puesto que imponen al juez pautas de comportamiento en relación a la actividad interpretativa: entre ellas, por ejemplo, la obligación de motivar las decisiones), y aquellas normas que inciden sobre la actividad interpretativa de modo directo (lo cual se lleva a cabo mediante dos tipos de normas: las normas *de* interpretación, y las normas *sobre* la interpretación). El primer tipo es producto de la voluntad, por parte de la autoridad normativa, de establecer qué significado ha de poseer la disposición por ella establecida. Ello se consigue, fundamentalmente, mediante las leyes interpretativas y las definiciones lexicales. Sin embargo, siempre quedará un posible resquicio por el que el margen interpretativo del juez estará presente en la tarea hermenéutica. Por su parte, las normas *sobre* la interpretación serían la segunda vía utilizada: se trata de disposiciones que expresan normas sobre cómo ha de realizarse la tarea de atribuir significado a otras disposiciones, marcando las pautas por donde ha de transcurrir la tarea hermenéutica.

De todo ello se desprende que las consecuencias de vulnerar los diferentes tipos de normas sobre la producción jurídica no son idénticos. Por ello, propone el autor diversos tipos de vulneraciones, así como las dificultades que cada una de ellas presenta al órgano de control de la validez, a la hora de ver si se han producido o no: 1. Aunque con matizaciones, la vulneración de las normas que otorgan competencias normativas en sentido estricto provoca el siguiente efecto: ningún operador jurídico reconocerá a dichos textos la más mínima validez jurídica, nadie va a reconocerles «existencia jurídica». 2. Ante la vulneración de normas que establezcan el procedimiento de elaboración de cada fuente, se exige comparar el procedimiento seguido –para el caso de las leyes– con el procedimiento prescrito por las normas obtenidas tras la interpretación de las disposiciones constitucionales y reglamentarias que regulan el procedimiento legislativo, y en caso de no haber correspondencia, habrá de decidirse si el vicio detectado vulnera alguna norma deducida de las disposiciones constitucionales que expresan principios estructurales del sistema democrático. En caso de que exista una vulneración directa o indirecta de normas constitucionales, se declarará la inconstitucionalidad del documento cuestionado, afectando la invalidez al documento en su conjunto; y 3. Para el caso de que se produzca una vulneración de las normas sobre la producción de fuentes del Derecho relativas a la materia objeto de regulación, pueden suceder las siguientes situaciones: *a)* que se vulneren los límites materiales de la fuente del Derecho; *b)* que se vulneren los límites relativos al contenido normativo; *c)* vulneración de los límites territoriales, personales y temporales.

Acto seguido, y retomando aquella distinción que se establecía en torno a las normas *de* interpretación y normas *sobre* la interpretación, tanto sectoriales como generales, pasa a examinar Ezquiaga las vulneraciones de los artículos 120.3 de la Constitución (como ejemplo de norma que regula indirectamente la producción de normas), 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (como ejemplo de norma de interpretación), 10.2 de la Constitución (como ejemplo de norma sobre la interpretación sectorial) y 3.1 del Código Civil (como ejemplo de norma sobre la interpretación general), análisis éste que, adobado por nume-

rosos ejemplos jurisprudenciales, así como apoyado por opiniones doctrinales, sin duda constituye un interesante colofón para la explicación que se pretende.

Finalmente, arribamos en el último capítulo. Si los vicios de validez eran susceptibles de afectar a los documentos normativos, disposiciones y normas, tres serán, igualmente, las sentencias de control de la Corte: 1. Sentencias que tienen como objeto documentos normativos: es infrecuente la impugnación ante el Tribunal Constitucional un documento normativo en su conjunto. 2. Sentencias que tienen como objeto disposiciones (aquí introduce Ezquiaga la matización siguiente: en el recurso de inconstitucionalidad se enjuicia la adecuación a la Constitución de normas en abstracto, esto es, los posibles significados atribuibles a una disposición, mientras que en la cuestión de inconstitucionalidad se enjuician normas en concreto, es decir, significados ya atribuidos por un juez a una disposición legal, de los que depende el fallo. Pero, en cualquier caso, el punto de partida lo constituye el significado concreto otorgado por los recurrentes a una determinada disposición legal); y 3. Sentencias que tienen como objeto normas. Y en coherencia con la concepción de la norma como significado de una disposición, todas las sentencias que tengan dicho objeto serán sentencias interpretativas, de modo que, en todos los casos –con alguna salvedad– la disposición no resultará alterada. Las posibles variantes son: *a*) sentencias que (aparentemente) estiman el recurso, declarando *una* norma inconstitucional, o declarando *la* norma constitucional; y *b*) sentencias que desestiman el recurso, declarando *una* norma inconstitucional, o declarando *la* norma constitucional. Por otro lado, requiere una especial atención –y Ezquiaga se la dedica– el campo de las sentencias manipulativas (sustitutivas y aditivas), donde, si para el caso de las sentencias interpretativas el objeto de las mismas eran las normas, para el supuesto de las sentencias manipulativas su grado de creatividad será aún mayor, puesto que las normas que, a partir de ellas, se obtienen, lo son al margen de la disposición, aunque luego a ésta se atribuyan. Con ello, nuevamente nos ha adentrado el autor en el terreno de la creación jurídica.

Queralt TEJADA GORRÁIZ
Universidad de León

LOSANO, Mario, *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves*, Edizioni Unicopli, Milano, 1998.

Coincidiendo con el veinticinco aniversario de la revista *Sociologia del diritto*, Mario G. Losano nos ofrece una valoración de la obra del maestro Renato Treves, así como un instrumental bibliográfico y epistolar hasta ahora desconocido.

En la primera parte del libro, Mario G. Losano destaca dos episodios en la evolución que llevó a Renato Treves desde la filosofía del derecho a la sociología del derecho; en primer lugar, un paso que, como muestra el subtítulo del libro, se produjo en el tránsito del viejo al nuevo mundo, en la experiencia del exilio vivido especialmente en Argentina, en la Universidad de Tucumán, donde tuvo que marchar en 1938 como consecuencia de la aplicación de las leyes raciales en Italia, que como judío le impedían cualquier actividad dentro y fuera de la Universidad. Un segundo espacio-momento que refleja especialmente bien el transcurso del pensamiento y la obra de Renato Treves son sus relaciones con la Editora Einaudi. Como escribe Losano en la presentación, «a la sua immagine si lega dunque per me, in queste pagine, un duplice ricordo di tempi andati».

En la segunda parte del volumen se describe el archivo de correspondencia que se encontraba en el *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* de Milán y que contiene las cartas de Renato Treves durante su presidencia del Comité de Investigación de Sociología del Derecho creado dentro de la Asociación Internacional de Sociología de 1962 a 1974. Estos documentos permiten conocer y comprender el transcurso y la afirmación de la sociología del derecho en Italia, así como los primeros pasos de la revista *Sociologia del diritto*.

Finalmente, el libro contiene una bibliografía de los trabajos de Renato Treves contenidos en su propia biblioteca particular que, su viuda Fiamma Treves, ha puesto a disposición de Mario Losano. La bien conocida minuciosidad con la que trabaja el profesor Losano era ya garantía del carácter exhaustivo y cuidado de la bibliografía que se recoge en las páginas de este volumen.

El libro está recorrido, en mi opinión, por varias ideas guía. Me parece evidente que el primer objetivo que lo guía es tratar de transmitir a partes iguales el afecto personal y el reconocimiento intelectual de Mario Losano por Renato Treves, al mismo tiempo que una certera aproximación a la vida de los libros de Treves, al proceso de elaboración de su obra, que es inseparable de su propia vida, su talante, sus afectos. Y consigue transmitir todo esto, a través de un trabajo en el que llaman la atención la precisión y el rigor de la edición que ha realizado M. Losano, su claridad explicativa, su manera de presentar a los autores, de hacerlos transparentes sin que pierdan un ápice de complejidad; lo que se combina en este volumen con el sentimiento de afecto y la admiración con el que es tratado Treves, y especialmente algunos momentos centrales de su vida. Del cuidado en la elaboración de este volumen son una buena muestra, por ejemplo, las notas 46 y 47, donde Losano hace constar una reseña inédita que Bobbio hizo en 1987 de la edición de ese mismo año del libro *Sociologia del diritto* y la respuesta de Renato Treves, también inédita, y que se conservan en el archivo privado de Norberto Bobbio (pp. 20-22). Otro ejemplo es el detalle que caracterizan la descripción y organización de los documentos y otros materiales encontrados en el archivo de Treves (p. 86), que han sido catalogados por Letizia Paratore en su tesis de licenciatura titulada *Renato Treves e l'organizzazione internazionale della sociologia del diritto*, defendida en junio de 1997 y que ha contribuido también en este volumen con el capítulo cuarto.

La segunda vertiente en torno a la cual gira el libro es la idea de que la sociología del derecho en Italia está unida indisolublemente a la pasión y la energía que Renato Treves puso en ella y en que fuera conocida y estudiada. Esto se aprecia no sólo en el momento en que el libro aborda el nacimiento de la revista *Sociologia del diritto*, o los proyectos de Treves como fundador del *Comitato di Ricerca*, en el capítulo cuarto, sino que se percibe a lo largo de todas las páginas. Como ya he señalado, la primera parte de este volumen recorre las diversas fases de la vida intelectual y personal de Renato Treves. Desde el principio mostró a Solari, profesor suyo y de Bobbio, su interés por los temas relacionados con «el positivismo, la sociología y el socialismo»¹. Sin embargo, el consejo de Solari, de un lado, sobre la exigencia de estudiar la filosofía alemana, si se quiere trabajar en filosofía del derecho y, de otro, el ambiente de afirmación de la dictadura fascista, no eran propicios, como escribe Losano, para trabajar en aquellos temas. También recuerda M. Losano de pasada que las directivas de Gioele Solari eran perentorias. Así fue como Treves llegó al neokantismo de la Escuela de Malburgo y de ahí a Hans Kelsen. En 1932 viajó a Alemania, conoció a Kelsen y más tarde fue el primer traductor italiano de la *Teoría pura del derecho* en 1933, y por lo tanto la edición italiana es anterior a la alemana de 1934, lo que Treves explica a Losano en una interesante carta que se recoge en el texto (p. 58). A partir de aquí «la historia intelectual de Renato Treves enlaza con la historia de la fortuna de Kelsen en Italia» (p. 8). En el capítulo segundo, concretamente en las páginas 58 a 65, M. Losano presta especial atención a la correspondencia entre Treves y Kelsen, y a su vez entre Treves y la editorial Einaudi a propósito de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* que se editó en italiano en 1966, y de la posibilidad de editar un volumen más reducido para los estudiantes, tal como sugirió Bobbio. Esta última publicación contenía un prólogo de Treves y, a propuesta de él mismo a Kelsen, se acordó modificar el título para que no se confundieran las ediciones, de ahí que esta nueva edición resumida en italiano se titulara *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (Einaudi, Torino, 1967, traducción de R. TREVES, 227 pp.).

Así pues, el interés intelectual de Treves por el pensamiento positivista, que se había puesto de relieve con anterioridad en una Tesina sobre Saint-Simon, su formación en filosofía del derecho, y sus trabajos sobre la obra de Kelsen, constituyen las raíces de un pensamiento que se encuentra con la sociología en el exilio argentino y es, a su vuelta a Italia en 1959, cuando dedica su esfuerzo e interés en la afirmación definitiva de la sociología del derecho tanto en la cultura italiana cuanto en las instituciones universitarias. Su primer trabajo explícitamente dedicado a la sociología del derecho es de 1960 y en 1969 la *Università degli Studi di Milano* instituyó la primera cátedra de sociología del derecho que ocupó Treves. Las páginas dedicadas a la propia concepción de Treves sobre el contenido de la sociología del derecho y a sus principales aportaciones en el primer capítulo se complementan con el examen de la correspondencia entre Renato Treves y la editorial Einaudi en el período de publicación de sus obras sobre sociología del derecho.

Tal como advierte Mario Losano, la correspondencia de Treves con la editorial Einaudi abarca un escaso número de cartas entre los años 1952 y 1953 que no son objeto de examen en este libro, un número mayor de cartas que ver-

¹ En el libro *Sociología del derecho y socialismo liberal* describe Treves sus años de formación y las condiciones de todo tipo que impuso el fascismo a quienes como él compartían la doble característica de ser judío y socialista. *Sociología del derecho y socialismo liberal*, traducción de Luis C. APARICIO y Rafael DE ASÍS ROIG, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

san, como ya he señalado, sobre la reimpresión de la traducción de Kelsen de la *Teoría pura del derecho*, y un tercer grupo, sobre el que reflexiona Losano, que corresponde al período entre 1970 y 1989 sobre la sociología del derecho (p. 57). Precisamente, el espíritu autocrítico tan característico de Treves queda especialmente patente entre todas sus obras en aquellas dedicadas a la sociología del derecho. M. Losano describe minuciosamente la trayectoria de la publicación de estas obras, cuyo primer peldaño fue *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche*². La primera edición en Einaudi de la *Introduzione alla sociologia del diritto* se publicó en 1977; Losano considera estos años como sus propias vivencias, puesto que era ya profesor en la Universidad de Milán y también trabajaba en la mencionada editorial (p. 17) y, en ese contexto, describe la actitud tan característica de Treves con sus trabajos en el sentido de no considerar ninguna conclusión como definitiva, no considerar los textos nunca como suficientemente maduros, «tanto que, tras siete años de afectuosa insistencia, tuve –escribe Losano– casi que llevar en mano el texto mecanografiado a la imprenta» (p. 18). En la primera obra mencionada Treves reflexiona sobre la sociología del derecho como disciplina recién estrenada en términos de conocimiento que desarrolla investigaciones empíricas para fines de carácter práctico en el ámbito de la producción y la aplicación del derecho³. En la *Introduzione a la sociologia del diritto*⁴, sin embargo, subraya la idea de que la sociología del derecho tiene por objeto el conocimiento de las relaciones entre derecho y sociedad y que comprende dos grandes vertientes, una teórica y una empírica. Ello no obstante, el libro experimentó transformaciones, porque alguna propuesta sobre la estructura del mismo que se contiene en la correspondencia de aquellos años más tarde no quedó plasmada en el texto. Finalmente, publicó en la misma editorial *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, en 1987⁵. El sentido básico de esta obra es la consideración de la sociología como conocimiento que desarrolla dos tipos de investigaciones diferentes aunque complementarias, de un lado la determinación del derecho libre o derecho en acción, que se produce fuera de los procesos formales de creación

² Renato TREVES (ed.): *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche*, Comunità, Milano, 1966, ampliado y traducido en *Norms and Action. National Reports on Sociology of Law*, editado junto con Jan F. GLASTRA VAN LOON, The Hage, 1968.

³ A partir de 1961, Renato Treves dirigió en el *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* una amplia investigación empírica sobre «la Administración de justicia y la sociedad italiana en transformación», que dio origen a la publicación de *Giustizia e giudizi nella società italiana. Problemi e ricerche di sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1972. R. TREVES, *El juez y la sociedad. Una investigación sociológica sobre la administración de justicia en Italia*, Presentación de Elías DÍAZ, traducción de Francisco J. LAPORTA y Ángel ZARAGOZA, revisada y anotada por Luis MOSQUERA, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1974.

⁴ La traducción castellana se publicó en 1978. R. TREVES, *Introduzione a la sociologia del Derecho*, Taurus, Madrid, Introducción y traducción de Manuel ATIENZA. Como relata Losano, el 29 de junio de 1977, Treves envió a la editorial Einaudi una copia de la carta que había remitido a Elías Díaz, «el amigo y colega de Madrid que había difundido sus ideas en España», con las indicaciones precisas para la traducción española (p. 73). Más tarde se publicó en Italia una segunda edición revisada y ampliada, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, 1989.

⁵ M. Losano escribe: «Un vez más, Elías Díaz confió inmediatamente la traducción a un grupo de profesores jóvenes de entre sus discípulos, y con gran alegría de Treves, el año siguiente el libro era publicado en Barcelona». Renato TREVES, *La Sociologia del diritto. Orígenes, investigaciones, problemas*, Nota preliminar de Manuel ATIENZA; traducción de Manuel ATIENZA, Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ y María José AÑÓN, Ariel, Barcelona, 1980.

jurídica y de otro la atención a las funciones del derecho en la sociedad. Mario Losano expone de un modo muy interesante la discusión intelectual entre Bobbio y Treves contenida en la recensión inédita de Bobbio a esta obra de Treves, a la que antes he hecho referencia, y que pone de relieve la talla y el talante de los dos grandes intelectuales.

El debate acerca de este nuevo enfoque del libro a propósito de la distinción y relación entre funciones y fines del derecho, sigue hoy en el centro de la discusión; las dudas que genera en Bobbio y la perplejidad que pone de relieve cuando, en el capítulo relativo a los fines del derecho, Treves considera que el fin del derecho, el objetivo ideal del mismo, sería el de «contribuir a la fundación de una sociedad orientada hacia la justicia» y que para alcanzar este fin el sociólogo del derecho está llamado a adoptar ciertas elecciones. «La mía —escribe Treves— es sustancialmente aquella orientada hacia un socialismo no necesariamente marxista y fundamentalmente liberal» (parágrafo 57 de la edición italiana). Reaparecen aquí en el sentido más claro las cuestiones relativas a los valores en el conocimiento social y a la posición del sociólogo como problema abierto.

La tercera idea guía me parece que puede expresarse como la experiencia del exilio, común a otros escritores e intelectuales de todos los órdenes del pensamiento, pero que concretamente M. Losano reflexiona y transmite a partir de una correspondencia inédita encontrada en Montevideo y perteneciente a algunos juristas italianos que vivieron esa misma experiencia. Las preciosas páginas escritas y reunidas bajo el título «Postscriptum rioplatense. Eduardo J. Couture e l'emigrazione intellettuale italiana a Montevideo», nos ayudan a comprender la fractura que marcó la existencia de tantos intelectuales y las formas en que se puede reconstruir una vida afectada por ese cambio. Mario Losano nos va presentando a un hombre de carácter firme y positivo en las decisiones existenciales más importantes y repleto de dudas y incertidumbres en las cuestiones más cotidianas o del trabajo diario. A su juicio, esta dualidad queda patente en la forma en que Treves hablaba o escribía en su correspondencia sobre las leyes raciales, pues si bien lo hacía con indignación política vehemente, describía los efectos de aquellas leyes sobre su propia vida como algo leve y llevadero.

Estas dos vertientes del carácter y la actitud vital de Renato Treves son reiteradamente señaladas por M. Losano. Un pensamiento, claramente contrario a cualquier forma de dogmatismo, su relativismo no escéptico en el marco de la defensa de unos pocos valores nítidos. Julián Sauquillo escribe en este sentido: «Apóstata razonable de cualquier ortodoxia docente, Treves ha alentado las experiencias investigadoras de sociología del derecho pioneras en Italia. Para Treves, el *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*, fundado en Milán en 1947, era todo un ideario aplicado al trabajo en equipo pluridisciplinar, donde fijaba esfuerzos y esperanzas. Un trabajo dilatado y constante, aglutinador del enfoque económico, jurídico, médico, sociológico y criminológico le valieron felices resultados»⁶. Treves fue fiel siempre a la idea de mantener un espíritu crítico que permeó su vida intelectual, científica y política. M. Losano se hace eco, en este sentido, de un texto de Treves del año 1954 titulado *Spirito critico e spirito dogmatico*, en el que escribe: «entendemos aquí por espíritu crítico, aquel espíritu que induce al hombre de ciencia y de cultura a rechazar, en todo momento, toda verdad dogmáticamente impuesta, toda afirmación arbitraria, toda conclusión precipitada, y que lo conduce, por otro lado, a no consi-

⁶ Julián SAUQUILLO, «Recuerdo de Renato Treves (1907-1992): líneas fundamentales de su pensamiento jurídico y político», en *Sistema*, núm. 112, 1993, p. 118.

derar nunca como definitivos e irrefutables los resultados de las propias investigaciones, permaneciendo siempre dispuesto a acoger toda crítica y toda teoría distinta de la propia, cuando esté sólidamente fundada y rigurosamente demostrada» (p. 26). El relativismo crítico de Treves, como apunta Losano, «no es paralizante, no es escepticismo, ni nihilismo, ni agnosticismo, ni apatía» (p. 40). La ciencia de Treves —como escribe Vincenzo Ferrari— era «esquiva al clamor, era el fruto de una actividad continua, de una ansiosa curiosidad que le llevaba a buscar siempre nuevas soluciones, a no darse nunca por satisfecho con resultados contingentes»⁷. Creo que puede decirse que para Losano, Treves constituye un modelo de intelectual comprometido, lo que comporta también ciertas consecuencias, como son las relaciones no siempre fáciles entre ciencia e ideología en sus obras, nunca resueltas enteramente, y ciertamente su opción por el relativismo y el perspectivismo son una invitación a la polémica (37)⁸. Sin embargo, este relativismo, su idea de la tolerancia aprendida de Solari o Mondolfo y su compromiso político e intelectual le llevaron siempre a la defensa de valores y personas. A propósito de la actitud que adoptó Renato Treves en el congreso de Gardone frente a Legaz y Lacambra, Mario Losano escribe: «El estudioso y el político eran indivisibles, en Renato Treves, tanto en la acción cotidiana como en los libros. La memorable reprensión en el congreso de Gardone no fue sólo la protesta del filósofo militante que exigía una coherencia entre el pensamiento y la acción de un intelectual de distinta escuela; fue también la defensa de la libertad de perseguir valores considerados justos contra los adversarios políticos que pretendían hacerlos callar: como había hecho el fascismo con él treinta años antes» (p. 41)

De otro lado, sus dudas y sus incertidumbres se ponen de relieve a lo largo de su correspondencia especialmente aquella en la que Renato Treves se refiere a sus propias obras y concretamente a sus libros. La correspondencia, así como la bibliografía que se recoge en las páginas 147 a 194, muestran algo que sabemos quienes conocimos a Treves, que fue hasta el final un trabajador incansable no sólo materialmente sino también en el sentido de revisar constantemente sus escritos. El pensamiento y la acción de Treves están presididas, insiste Losano, por «principios que me inducen a no atribuir a las soluciones alcanzadas ningún valor definitivo» (*Introduzione alla sociologia del diritto*, p. XII). Desearía destacar en particular el capítulo que Mario Losano dedica a las relaciones de Renato Treves con la editorial Einaudi y concretamente con Giulio Einaudi (*Renato Treves e la casa editrice Einaudi: ricordi d'un piccolo mondo ormai antico*), donde nos narra la vida de los libros de Treves en su sentido más vital y cercano al autor. Es un capítulo precioso donde Mario Losano cuenta sus primeros encuentros con Treves y con Bobbio, siendo él estudiante y ambos profesores, y «las intensas relaciones de trabajo, de amistad y de afecto filial que, desde entonces, me ligaron a él» (p. 53). Las primeras relaciones entre Treves y Losano están articuladas en torno al interés común por la obra de Kelsen y a partir de 1969 cuando Mario Losano obtuvo su primera beca de

⁷ Vincenzo FERRARI, «Renato Treves: un innovador entre normas», *Revista Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, traducción de Andrea GREPPI, pp. 27-28.

⁸ Éste es, sin duda, uno de los puntos gordianos de toda la obra de Treves sobre el que llama la atención Bobbio en la recensión inédita que recoge Mario Losano, y sobre el que han incidido otros autores, entre ellos Manuel Atienza en la nota preliminar a la traducción española de *Sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, op. cit., p. 13. Asimismo, Vincenzo Ferrari, en el capítulo titulado «Funciones e ideales» de su libro *Funciones del Derecho*, Debate, Madrid, 1989, traducción de Javier DE LUCAS y María José AÑÓN.

investigación en el extranjero como becario del Instituto que dirigía Treves. Su correspondencia permite comprender con cuanta amistad –escribe Losano– seguía y estaba atento a los jóvenes estudiantes.

Si Mario Losano nos va aproximando a Treves a partir de su trayectoria intelectual, sus concepciones sobre la sociología jurídica, sus tomas de posición claras, pasando por la correspondencia a propósito de su trabajo intelectual, tenía que hacernos ver también su dimensión como miembro de la Asociación de Sociología y como Presidente del Comité de Investigación; lo que supuso su papel y su contribución no sólo para la sociología del derecho en Italia sino en todos los países vinculados a dicha asociación. Este examen lo hace a partir de la correspondencia y la documentación encontrada en el archivo de Treves; en el capítulo 5 del libro encontramos una relación de estas cartas, clasificadas por profesores e instituciones, lo que ofrece suficientes evidencias para conocer las relaciones académicas e intelectuales de Treves en el período de 1962 a 1974, en el que fue presidente. La correspondencia tiene una relevancia especial para comprender la génesis de la revista *Sociologia del diritto*, pues las cartas documentan muy bien un segmento en la historia de las ciencias sociales en Italia y permite concluir lo indisoluble del impulso de Treves a la revista y a la sociología del derecho como materia.

El libro que ha escrito Mario Losano nos dice mucho de la personalidad de Treves, de su calidad humana, de la memoria que tienen quienes más estrechamente le conocieron, pero también de quien fue sobre todo amigo. De la importancia de la amistad personal para Treves pueden referirse dos episodios que relata Mario Losano en el libro. Antes de llegar a Argentina, Treves pasó algunos meses en Montevideo, concretamente de octubre de 1938 a febrero de 1939, aunque lo que se sabe de ese período es extremadamente vago. Este breve tiempo fue suficiente, sin embargo, para que en una recensión a un libro de Couture en 1939, se pueda leer que «Treves permaneció unos meses en Uruguay, conquistando la simpatía y la estima de cuantos lo habían conocido» (p. 48). Y esto en unas condiciones personales que a otro lo habrían llevado al pesimismo o a la derrota vital. Una segunda referencia que pone de relieve que lo que caracterizó sus relaciones con otros colegas fue su actitud de trabajo y acompañamiento. El propio Treves, en una carta fechada el 29 de noviembre y dirigida a Adam Podgórecki, escribía refiriéndose a sus primeros pasos en el Comité de Investigación: «Querido Adam (Podgórecki), recuerdo, como tú, cuando nos encontramos en el ahora lejano 1962 y que, junto con Evan, fundamos *nuestro* Comité de Investigación. Recuerdo los encuentros de Saint-Vicent, Varsovia y Varese, durante los cuales trabajamos juntos en una armonía mutua y perfecta: sobre estas bases hemos tenido éxito en organizar el comité más importante y activo de la Asociación Internacional de Sociología».

Del mismo modo, la recepción del pensamiento de Treves en España, auspiciada por Elías Díaz, fue y es a su vez una recepción de él mismo. Como sabemos, cualquier referencia de Treves o de Mario Losano⁹ a Elías Díaz está cargada de reconocimiento y amistad (p. 73). En el Prefacio a la traducción española de la *Introducción a la Sociología del Derecho*, Treves se refiere a Elías Díaz en los siguientes términos: «Es significativo el hecho de que esta traducción, así como otras traducciones españolas de mis trabajos, haya sido realizada por la iniciativa y el interés de Elías Díaz, un catedrático de filosofía del derecho de la nueva España que, en el período de la dictadura franquista, en

⁹ Al respecto y entre otros trabajos puede verse la recensión que publicó Mario G. Losano sobre el libro de Elías DÍAZ, *Los viejos maestros*, con el título «Elías Díaz, i vecchi maestri e la nuova Spagna» en *Sociologia del diritto*, núm. 3, 1995, pp. 197-206.

su país, defendió los valores de la libertad y de la democracia, y que, oponiéndose a las concepciones metafísicas del iusnaturalismo entonces dominante, afirmó la exigencia de orientar nuestros estudios hacia las nuevas corrientes del pensamiento europeo, que encontraban su expresión en el análisis del lenguaje jurídico y en las investigaciones sociológicas del derecho» (p. 7). Asimismo, en la presentación a la edición española de *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones y problemas*, Renato Treves, tras agradecer a Manuel Atienza su traducción y estudio preliminar de las ediciones de sus dos libros sobre sociología, escribe: «Vaya mi agradecimiento también a mis amigos Elías Díaz y Albert Calsamiglia por su interés en esta traducción. Hago votos para que nuestro trabajo pueda servir para difundir el interés en los estudios y las investigaciones de sociología del derecho en España, país al que me siento muy ligado intelectual y sentimentalmente».

Renato Treves simboliza, para muchos de nosotros, el vínculo entre trabajo intelectual y académico y actitud vital. Con palabras de Elías Díaz, «la filosofía de raíz iluminista y la sociología crítica de Renato Treves, así como su más propia y personal actitud intelectual construida desde el punto de encuentro de la tolerancia y el compromiso, no fue, ni pretendió ser nunca (...) algo neutro, de una indiferencia e indiferente "neutralidad". La realidad y la historia tampoco lo son: intereses, valores, apropiaciones, desigualdades, ideas, libertades están siempre allí en tensión y conflicto. El rigor intelectual y científico, imprescindibles, operan siempre en ese marco, para comprenderlo y para además, hacer algo con él»¹⁰. Desde la modestia que caracterizó a Treves, creo que sintonizaría bien con estas palabras de Albert Camus: «Mi papel, lo reconozco, no es el de transformar al mundo ni al hombre: no tengo suficientes virtudes ni luces para eso. Pero quizá lo es el de servir, desde mi puesto, a algunos valores sin los que no vale la pena vivir en el mundo, incluso transformado»¹¹.

María José AÑÓN
Universidad de Valencia

¹⁰ Elías DÍAZ, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, 115. También en *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo*, p. 73.

¹¹ Albert CAMUS, *Actualidades I*, Obras Completas, volumen Ensayos, Aguilar, Madrid. Prólogo y traducción de Julio LAGO ALONSO, p. 357.

MENGER, A., *El Derecho Civil y los pobres*. Versión española realizada por Adolfo Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 1998.

Probablemente *Las astucias de la razón* determinen que en el cénit de la globalización mercantilista y capitalista, de la apología del «pensamiento único» o mejor, del «pensamiento cero», coincidan entre otros el 150 aniversario del Manifiesto Comunista, el cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el centenario de la obra de A. Menger, *El Derecho Civil y los Pobres (o las clases populares, desposeídas o expropiadas –besitzlosen Kolksklassen–)*, traducida por Adolfo Posada oportunamente reeditada y acompañada de un excelente Estudio preliminar del profesor Monereo Pérez sobre el *reformismo social y socialismo jurídico*. Dado que esta edición no incluye el no menos enjundioso Estudio Preliminar de Posada titulado *El Derecho y la cuestión social* en la edición original de Victoriano Suárez de 1898, aprovecho esta oportunidad para hacer un breve comentario de las dos ediciones de una obra fundamental para comprender diacrónica y sincrónicamente una concepción alternativa y crítica del Derecho que es imprescindible para comprender la realidad actual.

En efecto, la concepción de Menger se inscribe (no entro en el debate, perfectamente expuesto por el profesor Monereo si corresponde a Menger o a Lasalle el mérito de ser el fundador del socialismo jurídico) en la línea del pensamiento jurídico crítico que siguiendo la estela de Ihering, Lasalle y Marx afirmará el conflictualismo y la *lucha por el Derecho*, sienta las bases antiformalistas frente al *cielo de los* conceptos jurídicos y postula una Ciencia del Derecho comprometida con los valores (universales) de los pobres frente a los intereses egoístas de los ricos y una concepción del Derecho desde la experiencia jurídica que postula la inescindible unión entre la teoría y la praxis. Precisamente en este punto y lejos de incidir en ningún tipo de gremialismo cabría completar el documentado estudio del profesor Monereo que acentúa como es obvio los problemas referentes al Derecho del Trabajo, recordando la aportación de la filosofía del Derecho en España al pensamiento crítico con numerosos y valiosos estudios publicados en los ACFS y en el AFD, en la RFDUC, en SISTEMA y en DOXA, entre otras, y con excelentes monografías cuya cita sería una larga *historia interminable* que por su notoriedad me permito omitir sobre los problemas metodológicos y conceptuales de la enseñanza del Derecho, y la formación de los juristas, sobre la situación, perspectivas y problemas de la Filosofía y de la teoría del Derecho, el estudio de la Sociología del Derecho, del krausismo y de las raíces del socialismo jurídico español, del pensamiento jurídico marxista y, más recientemente, de las teorías críticas del Derecho. Todas ellas desde presupuestos distintos, coinciden en la necesidad de superar el formalismo y la escisión entre la teoría y la praxis que se concreta en la crítica de los presupuestos ideológicos, políticos y económicos que definen la dogmática tradicional y reproducen la *lucha por el Derecho*. No tengo más que recordar y subrayar, en línea con las ponencias de las recientes Jornadas de la SEFJS celebradas la pasada primavera en Valencia, alguna de ellas específicamente relacionada con estas dos áreas de conocimiento; la necesidad de un estudio interdisciplinar del Derecho centrípeto y centrífugo, sin el cual es imposible explicar y, sobre todo, justificar, ese complejo y entramado instrumento de orden, de control social y de distribución de bienes con pretensiones de justicia que es el Derecho. Debo felicitar al profesor Monereo por su detalladísima (más que) *aproximación al socialismo jurídico en España* que muestra la exis-

tencia de un pensamiento jurídico crítico que partiendo de bases inequívocamente socialistas, humanistas y krausistas, postuló la reorganización de la sociedad por una intervención enérgica y sistemática del Estado y desmiente el desinterés del socialismo por el Derecho y la inexistencia de un pensamiento jurídico de inspiración socialista en España. Este amplio movimiento orientado a la acción política y social a partir de Fernando Giner de los Ríos, procuró la construcción de un Derecho basado en la integración de los conflictos sociales y en la realización de los considerados principios de justicia social; comprometido con su tiempo histórico (1998, p. 101). Especialmente significativas, aparte de la mención de organismos como el Instituto de Reformas Sociales y de autores como Giner, G. de Azcárate, Posada, Besteiro y/o Costa, entre otros muchos, son las referencias a algunos autores de inspiración krausista injustamente olvidados, que bajo la estela de Giner de los Ríos publicaron en la sección *Cuestiones Jurídicas*, durante los dos efímeros años en que se publicó *La Nueva Era*, como Oyuelos, Ingenieros, Morató o Verdes Montenegro, que postulaban un socialismo de Estado, aunque a veces sólo se llegara (lo cual no es poco) al intervencionismo y a la socialización del Derecho. No puedo entrar en el debate que sugiere y plantea el profesor Monereo sobre si estas propuestas paradójicamente fueron funcionales para la conservación del orden establecido, pero, en todo caso, creo que la posición de Menger para quien el Derecho impulsa pero, por sí sólo, a diferencia de lo que pensaba Kant, no produce el cambio social ni la revolución, asume con Ihering y Marx la necesidad del conflicto y anticipa el funcionalismo no funcionalista donde el Derecho se ocuparía de la estructura del conflicto y *trataría*, no siempre con pretensión de resolución, el conflicto social, supone un decisivo avance para impulsar la reforma de un Derecho civil formalmente igual y realmente desigualitario alzado sobre el egoísmo y puesto al servicio exclusivo de los ricos y poderosos, que representaba el paradigma del Derecho privado y contenía la constitución material de su tiempo en torno a los dogmas de la autonomía contractual y de la libertad contractual, la propiedad y la herencia, en pro de un Derecho público construido desde el principio de la cooperación y la defensa de los valores, principios e intereses (no egoístas y por consiguiente generalizables) de los más débiles. En sus respectivos estudios, Monereo y Posada coinciden, entre otros, en señalar un doble punto de partida:

a) De un lado el socialismo democrático, ético y humanista de Proudhon y L. Blanc, y en España de Jaime Vera y Fernando de los Ríos, que como se recordará escribió entre otros el sentido humanista del socialismo, y afirmó que para liberar al hombre había que someter, esclavizar a la economía, cuyo cincuentenario se cumplió, como oportunamente se recordó el pasado 11 de mayo, que se plasma en la convicción manifestada en el estudio preliminar de Posada a la edición de 1898, que la *cuestión social es una cuestión moral que afecta al dolor social, al dolor de los pobres, de los desvalidos, de todos los que no cuentan con el mínimo de lo indispensable para vivir vida de hombres*. Especialmente significativas son las críticas que señala Posada respecto al reduccionismo que supone en *el ilustre Ihering* y en Menger la identificación del Derecho con el interés jurídicamente protegido, puesto que fácilmente se puede confundir con el egoísmo de aquellos que tiene intereses protegidos, y favorece el espíritu de dominación de aquellos que más intereses (protegibles y protegidos) tienen, que no son precisamente los pobres, de modo que –concluye Posada–, el desposeído, el pobre, como no representa un interés poderoso, una potencia viva que en la tradición haya consagrado un egoísmo, se hallará siempre en la *lucha por el derecho* en condiciones desfavorables, porque le falta el *poder* que el *interés jurídicamente protegido* supone (Posada, 1898, pp. 14 ss.). Sin embargo, para Posada, reactualizando la perenne advertencia de Paulo de que *no todo lo lícito es honesto*, y anticipan-

do, con no menos clarividencia, algunos postulados actuales sobre la conexión necesaria y contingente, que no confusión, entre el Derecho y la moral, no es exclusivamente ni sólo el interés del pobre, sino «el interés ético, la atracción del bien, la obligación moral base en definitiva de toda relación jurídica, el que debe orientar la lucha por el Derecho, que debe dispensar una protección desigual a todos los sujetos al margen de su potencialidad social. El Derecho no es sólo lucha, ni se reduce a la coacción, sino que también es cooperación movida por resortes psicológicos de afecto y simpatía éticos que con inequívocos acentos krausistas conlleva asumir la función regeneracionista y educativa del Derecho que supone una relación entre quien contempla una necesidad no satisfecha y se siente con *capacidad* (medios, poder) para satisfacerla, y quien sufre por la necesidad pendiente, entraña una fuerza de cohesión, de inclinación *ética y benéfica* que no se traduce indispensablemente en un poder material al servicio del necesitado, sino más bien en un elemento atractivo, que obra sobre la conciencia del que ha de poner de su parte cuanto pueda para la necesidad quede satisfecha y el necesitado con lo que le hace falta» (Posada, 1898, p. 49). De ahí la diferencia que subraya Posada entre los tipos a que alude Menger: el modelo del «diligente padre de familia», es decir, el tipo jurídico ideal del hombre que no tiene más noción del Derecho que la que puede resultar: por un lado, de sus pretensiones jurídicamente protegidas, según los términos de Ihering, y de otro, de las redes, no muy tupidas del Código Penal. Este hombre es el que obra, digámoslo así, *jurídicamente*, por los estímulos que Ihering llamaba de la *remuneración y de la coacción*, como el usurero que presta al 50 por 100 aprovechándose de la penuria o de las locuras del desgraciado que cae en sus garras; el empresario que obliga a trabajar doce horas diarias a sus obreros si la ley no lo prohíbe; el burgués que no se cuida del miserable que a su puerta gime de hambre...; la madre que por dormir tranquila entrega a su hijo a las manos mercenarias de una nodriza, etc., todos esos pueden ser quizá *diligentes padres de familia* en el sentido corriente y positivo de la frase (Posada, 1898, p. 55). Por el contrario, el hombre de bien obra no sólo por el estímulo de la remuneración y aun por la coacción sino también por los dos estímulos que el insigne Ihering consideraba indispensables para llenar las amplias lagunas del egoísmo, a saber: por los estímulos del *deber y del amor* que bajo diferentes tipos sienten un raro respeto hacia los derechos ajenos, hasta el punto que para Posada, «la cuestión social, que en definitiva implica el problema de la disminución del dolor en los que sufren, de la elevación moral de todos, con la difusión universal del *mínimum* de medios económicos, políticos, educativos, hasta el punto de que ningún ser humano deje de gozar de las condiciones capitales de la personalidad; la cuestión social digo, se irá resolviendo a medida que el tipo del hombre honrado se haga carne, o bien penetre como ideal realizable en la conciencia de las clases que pueden y de las que pueden menos. Lo esencial es convertir el derecho, desde el punto de vista de su cumplimiento, en deber, despertando cada día más la conciencia ética en todos, especialmente en las clases dominantes o que poseen medios superiores económicos, intelectuales o de habilidad, porque es preciso ir convenciéndose de que únicamente ampliando el círculo de las obligaciones, en la medida en que cada cual sea capaz de sentirlas y pueda cumplirlas, y despertando en el espíritu individual y social ideas de sacrificio, de amor de bondad, de tolerancia por la sugestión reflexiva de los buenos instintos, según la originalísima idea de Guyau, se conseguirá lo que de un modo harto imperfecto apenas si se consigue con los medios violentos de la imposición y del dominio. Por eso, la acción que más legítimas esperanzas puede despertar de una modificación, sin duda lenta, del actual estado de las relaciones sociales, muy especialmente de las relaciones que implican un interés económico, es la que se dirige a formar el hombre interior, es decir, la conciencia oral de las personas. Y he ahí por donde la cuestión social tiene un aspecto pedagó-

gico, porque obra de la educación, en un sentido amplísimo, es, sin duda, la de formar el carácter ético de los hombres, de suerte que se conduzcan en la vida, según la ley del deber y por los estímulos del amor» (Posada 1898, pp. 57 y 59). Lo expuesto en modo alguno soslaya la necesidad (y quizá, las limitaciones) del Derecho, sino que acentúa la urgencia de una reforma legislativa orientada en una doble dirección, de modo que lleve a sus preceptos formales la defensa de los intereses, por sí mismos indefensos, de los pobres, y, además, introduzca en ellas el espíritu ético que sustituya el criterio, aún reinante en tantas relaciones de dominación y de exigencias, por el más humanitario de la necesidad de prestar ayuda y tutela colectivas a cuantos por cualquier medio las requieran (Posada, 1898, pp. 62 y 63).

b) De otro, la denuncia de la presunta neutralidad de la Ciencia del Derecho y la crítica del formalismo jurídico que cuestiona, como señala Monereo, las bases constitutivas del proyecto del Código Civil, un sistema codicístico que trata de formalizar y perpetuar un orden de vida unificante en la sociedad capitalista: un código de la naturaleza sancionado por la razón, un orden jurídico que instauraba una constitución de las relaciones sociales globalmente desfavorable para las clases populares desposeídas y para la cuestión obrera, cuyos signos externos, a juicio de Monereo, eran, con un significativo paralelismo con la situación actual, los siguientes: el pauperismo, la pobreza, la existencia de un proletariado industrial que reflejaba la fractura existente entre la imagen jurídico política de un ordenamiento jurídico basado en los derechos y libertades formales del ciudadano, y el *orden jurídico* regulado jurídicamente a través del principio del individualismo propietario y la libertad de contratación. Las consecuencias –concluye Monereo– quizás no fueron previstas, pero hay que decir que el fenómeno de la pobreza y de la desigualdad extrema guardaba una perfecta coherencia político-jurídica con el principio liberal de separación entre lo «político» y la sociedad (Monereo, 1998, pp. 27 y 28). Recuerdo la demoledora crítica de Ernst Bloch, cuando señala que «el derecho al placer de Epicuro necesitaba manos callosas que le procuraran los alimentos, y por esta razón, el placer sereno y aristocrático estaba muy interesado en dejar a los esclavos fuera del contrato. También este Derecho natural de la imperturbabilidad vale sólo para libres e iguales, y en último término, por eso, en la práctica sólo para un grupo selecto de sabios. Los otros pueden tener su látigo o sus leyes: para ellos no hay *physis* alguna que se alce con generalidad substantiva contra la injusticia». De ahí la denuncia de la propiedad y de sus muchas consecuencias, como, por citar algunos ejemplos gráficos, en el derecho de familia, la prohibición de investigar la paternidad, la lactancia «mercenaria» practicada por las madres aristócratas o burguesas, la equiparación de los hijos ilegítimos o la dignificación de la mujer deshonrada y pobre.

Coinciden Posada y Monereo en observar que la crítica de Menger a la Ciencia jurídica formalista y al paradigma iusprivatista que sacraliza lo real como lo (único e inamovible) racional, produce un deslizamiento hacia la Política del Derecho que se traduce en propuestas de transformación y de cambio social a través, entre otros, del Derecho entendido no como un elemento autónomo e independiente de la sociedad sino, en línea con las teorías críticas, como un elemento que puede contribuir (y quizá impulsar) al cambio social mediante la mejora de la legislación, la administración y la jurisprudencia. Cuando en 1847 el fiscal prusiano Von Kirchmann publicó su Opúsculo sobre la carencia de valor de la Jurisprudencia como Ciencia, no sólo atacó los aspectos formales que impiden el conocimiento científico del Derecho, sino que denunció la inutilidad y la incapacidad de la Dogmática concebida como una disciplina formal y autónoma para responder a una praxis jurídica y dar cuenta de los problemas que planteaba la realidad social de su tiempo, y dio lugar a

las críticas del (segundo) Ihering que con Von Gierke, Menger y Fuchs, introdujeron en los Códigos liberales nuevas instituciones que limitaban la autonomía del sujeto, como la responsabilidad por riesgo, la doctrina sobre el abuso de derecho, o la interposición de límites al derecho de propiedad. La dogmática jurídica, con el importante concurso de la sociología jurídica, no cumple sólo y exclusivamente funciones cognoscitivas y descriptivas, sino funciones prescriptivas y políticas, pues suministra criterios para el conocimiento la interpretación y la aplicación del Derecho vigente, suministra criterios para el cambio y reconstruye un sistema conceptual que permite cumplir las funciones anteriores, e intuye frente a la concepción tradicional del jurista legalista-conservador, el modelo alternativo de un jurista innovador y legalista-innovador y de una ciencia que, institucionalmente, puede ser, vinculada/libre, socialmente conservadora/innovadora y culturalmente formalista/realista.

Conviene recordar que para Menger el Código Civil representa el Código burgués pensado y construido para servir y formalizar el orden socio-económico (la formación social específica del capitalismo liberal) que se correspondía con los intereses de la burguesía como clase dominante. En efecto, para nuestro autor los modernos sistemas de Derecho privado resultan ser la obra no ya de toda una nación sino de las clases privilegiadas. De acuerdo con los postulados ilustrados, defiende la época de las luces, que culminó con las tres grandes codificaciones de la época moderna: el Código prusiano, el Código Civil francés y el austríaco, donde nunca la humanidad se sintió más libre del peso de las tradiciones, y nunca las clases altas y sus directores intelectuales se mostraron tan favorables a las clases populares (y cuyos autores se dejaron influir por aquel espíritu magnánimo de humanidad que desprecia el delirio del momento y compilaron por tal modo ciertas obras legislativas, las cuales (especialmente el Código Civil prusiano y el austríaco), se anticiparon no poco al desenvolvimiento social de las naciones respectivas. Tal es la función del legislador... (Menger, 1998, pp. 127 y 128), «distingue entre lo que es una compilación que se caracteriza por ser una recopilación de leyes dispersas, oscuras y contradictorias y la legislación que si bien de una parte atendiendo a su tarea conservadora debe observar los movimientos de las condiciones jurídicas existentes, al contemplar cualquier máxima o institución jurídica importante, examinará si aquella o ésta corresponden todavía a las condiciones de potencialidad de la vida social... En breves términos: la mirada del verdadero legislador no se vuelve hacia el pasado, sino que debe contemplar siempre el porvenir» (Menger, 1998, pp. 131 y 132).

Critica duramente el conservadurismo de la Escuela histórica y la sacralización del pasado que legitima el látigo de hoy con el látigo de ayer, y pretende mantener como los representantes de la ciencia del Derecho civil ciertas condiciones de Derecho que no tienen razón de ser: entretenidos en el estudio de épocas y de condiciones remotas, partidarios de las escuelas tradicionales del Derecho, «con una tenacidad que recuerda la de las más estrechas ortodoxias, no se dieron cuenta de todos aquellos repetidos cambios que a principios de nuestro siglo se verificaron tanto en Alemania como en otros países: la agravación continua del antagonismo entre ricos y pobres, la reorganización de las clases no pudientes, que llegaron a formar un verdadero poder histórico universal. Sólo de este modo se puede explicar cómo los diferentes hombres encargados de la elaboración de un Código Civil alemán, han producido un Proyecto que, comparado con el Código prusiano y el austríaco, representa un verdadero retroceso, aun cuando estos últimos estaban destinados a una población, cuyos padres y abuelos, habían sido, en gran parte, siervos de la gleba» (Menger, 1998, p. 130).

El Código sustenta una concepción formal del Derecho que amparándose en la ficción de la igualdad formal, pues ni ésta se daba en realidad, ya que el pretendido *homo juridicus* destinatario de las normas no es un sujeto universal

sino que se reduce al varón propietario y burgués que sacraliza la exclusión de aquellos que no son sujetos de derechos y fija una reglas de juego en torno a la propiedad, los contratos y la herencia, en la que sólo algunos pueden participar. En realidad, no debe sorprender, como señala Menger, que «dada la grandiosa agitación intelectual que produjo la publicación del proyecto de un Código Civil alemán, todos los centros de vida que tiene algún valor en la sociedad actual no tardaron mucho tiempo en exponer y sostener sus puntos de vista, como los juristas y todas las clases y profesiones la alta y baja nobleza, la industria y el comercio y las corporaciones religiosas, mediante la publicación de estudios en sus periódicos o en publicaciones independientes. Todos, salvo los pobres, y eso que al grupo popular a quien afecta, comprende al menos cuatro quintas partes de la nación entera: tal punto de vista es el que interesa a las clases pobres» (Menger, 1998, pp. 117 ss.).

Asumiendo el influjo de Lasalle, Marx y Engels, y lamentado, a la vez que la crítica del socialismo alemán se dirija casi exclusivamente al aspecto económico de nuestra condición, sin parar en mientes que la cuestión social es, en realidad y sobre todo, un problema de la ciencia del Estado y del Derecho, perteneciendo yo a esa pequeña minoría de juristas alemanes que sostienen en el campo del Derecho los intereses del proletariado, «he estimado como un deber tomar parte en esta importante cuestión nacional (de) la defensa de los desheredados» (Menger, 1998, p. 118).

En esta línea, Menger postula la necesidad de un jurista que, a diferencia de los que viven en plena ocupación jurídica sin darse cuenta del movimiento social, sea crítico y comprometido, porque quizá a diferencia de Marx (o cuando menos de algunas lecturas de su pensamiento) piensa que el Derecho puede y, lo que es más importante, *debe* ser un elemento que contribuya a la emancipación y liberación del proletariado que defiende valores y no intereses o cuando menos el interés egoísta que define el patrimonio exclusivo de los ricos. Dicho de otro modo, el conflicto no cumple, sólo y exclusivamente una función negativa sino que promueve el cambio social y jurídico. Menger denuncia el jurista al uso que tiene la superstición de las leyes y de los Códigos sin pararse a considerar si ese Derecho tiene algún aspecto benéfico, humanitario, esencialísimo, por exigencias, no del estímulo de la caridad libre, caprichosa y arbitraria, sino del Derecho mismo (Posada, 1898, p. 11), y se sitúa en el punto de vista de los *pobres* al criticar el monumento legal, monumento que, por otra parte, condensa muy bien la suma de las aspiraciones jurídicas actuales de las clases ricas aristocráticas, de la burguesía y de la burocracia y el *máximum* de las concesiones del Derecho civil clásico y sistemático, ante las transformaciones democráticas de las clases industriales y de los servidores manuales. «Interpretando el Profesor de Viena –prosigue Posada–, el espíritu que se advierte en las disposiciones formuladas, como expresión literal de reglas que se estiman justas, descubre las hondas huellas del criterio egoísta del poderoso, que concibiendo el derecho como la condición formal para el pacífico ejercicio del poder y dueño además de la fuerza material –ejército, policía–, convierte la protección jurídica en protección predominante de sus intereses a cargo del Estado. El llamado Derecho privado resulta del comentario del profesor Menger, cual si fuera hábil red de precauciones para mantener incólume una tradición de poder y de dominio: el poder y el dominio de los ricos. A partir de premisas que son otras tantas precauciones, que se dicen jurídicas, como la de que la ignorancia no excusa el cumplimiento del derecho, la contraria a la investigación de la paternidad, la que sirve de base a la protección del poseedor, etc., se desenvuelve en una serie de reglas que condicionan el interés económico, con preferencia a los intereses universales de los derechos fundamentales comunes a todos los hombres: la vida, la salud, el honor de la mujer, la fuerza para el trabajo, etc.» (Posada, 1898, pp. 22 y 23).

Aún hoy, están lamentablemente vigentes (baste pensar en la situación jurídica de los mal llamados y estigmatizados inmigrantes «ilegales», y de los [no] sujetos vulnerables) no pocos elementos que afectan a la situación de las clases pobres para defender sus derechos en juicio: «la extraordinaria diferencia según la cual los que tienen y los que no tienen, *pueden perseguir sus derecho*, ha sido hasta ahora, olvidada por los jurisconsultos. El motivo de todo esto consiste, sin duda, en que, a causa de su educación y de sus intereses, los jurisconsultos de todos los países, se sienten inclinados a considerarse exclusivamente como servidores y representantes de las clases pudientes. ¡Cuán grande y llena de gloria es la intervención que los médicos y los economistas han tenido para remover la miseria humana! En cambio, entre los juristas teóricos, apenas podrán designarse algunos nombres que hayan alcanzado una significación idéntica. La mayor parte de ellos siguen a los ricos y a los poderosos, y sostienen los intereses efectivos de los que tienen y de los dominadores con el mismo celo que defienden sus tontas pretensiones. El antagonismo social, que cada vez divide y separa más a los ciudadanos de los Estados civilizados en dos campos, que se contemplan con creciente hostilidad, débese en gran parte a la indicada parcialidad de los juristas» (Menger, 1998, p. 135).

Con clarividencia atisba algunos elementos que aún en el constitucionalismo garantista actual no están plenamente consolidados, como la tutela judicial efectiva y la asistencia letrada gratuita para lo que prevé la reforma de las leyes procesales y la creación de un Cuerpo de Abogados de los pobres pagados por el Estado que no deberían asumir la defensa de otros pleitos o causas que fueran los de los pobres (Menger, 1998, p. 152) y critica los efectos perversos de la ignorancia de las leyes y de la analogía en cuanto su aplicación cierra y conserva y perpetúa un sistema construido en perjuicio de los pobres e impide que los jueces adopten criterios de oportunidad social, pues «naturalmente, el Derecho civil, que ha sido formado durante siglos únicamente por las clases ricas, atiende sólo a los intereses de éstas» (Menger, 1998, p. 142). Menger rechaza la concepción formal neutral y autónoma del juez presuntamente apolítico e irresponsable que niega su discrecionalidad y actúa como *la boca muda que pronuncia las palabras de la ley*, y postula la concepción alternativa de un juez comprometido como los juristas con los intereses de las clases populares, como condición de su imparcialidad, en lo que constituye un anticipo de las teorías críticas desde el marxismo al Critical legal Studies, que superan la igualdad formal y comprometen a los poderes públicos en la consecución de la igualdad real y efectiva. De ahí la enérgica denuncia que formula en el capítulo XI de la pasividad del juez en el procedimiento civil que consagra la indiferencia de la diferencia, en perjuicio de los pobres, y en lo que hoy conocemos como el derecho (fundamental) a la tutela judicial efectiva, donde a su juicio, «la nueva legislación procesal ha seguido sin reservas el camino opuesto al de la legislación económica y social de estos últimos tiempos. Un siglo hace, se creía que dejando en libertad las fuerzas económicas, se obtendría una producción mayor en cantidad de los diferentes objetos y en su virtud se alcanzaría el bienestar económico de todos (doctrina de Manchester). Tratando a todos los ciudadanos de un modo perfectamente igual, sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta lo infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles tomasen una parte escasísima en ese aumento de producción. A consecuencia de esto surgió la legislación social, que se endereza a proteger los intereses de los débiles contra los fuertes, y a asegurar a aquellos cuando menos, una parte mínima de los bienes necesarios para vivir. Hoy se sabe que no existe una desigualdad mayor que aquella que consiste en tratar a los desiguales de un modo igual» (Menger, 1998, pp. 146 y 147). De ahí que postule el derecho a la asistencia letrada gratuita y

rechace la pasividad que ni es neutral ni desde luego, imparcial: «ante todo –recuerda– se debería obligar al juez a instruir gratuitamente a todo ciudadano, especialmente al pobre, acerca del Derecho vigente, ya que no a auxiliarle de otro modo en la defensa de sus derechos privados. Con este proceder sólo, se evitaría, hasta cierto punto, la inferioridad jurídica que tan gravemente pesa sobre las clases pobres, en lo relativo a sus derechos. Así como el Estado exige de los pobres y de las clases ignorantes que reconozcan plenamente el laberinto de la legislación, es justo que el Estado les procure y ofrezca de modo adecuado la facilidad necesaria para alcanzar tal conocimiento, cosa que no le sería al juez difícil en cuanto se suprimiese la aplicación del Derecho por analogía. En segundo lugar, cuando el demandante hubiera producido su demanda y el demandado le hubiere contestado, el Juez debería proceder en el litigio de oficio. Una vez concedido al rico el derecho de hacerse representar por abogado, el Juez debería procurar establecer un equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre» (Menger, 1998, p. 151).

Estamos en el núcleo de la *cuestión social* perfectamente definida por Monereo como una aporía fundamental, en la cual una sociedad experimenta el enigma de su cohesión y trata de conjurar el riesgo de su fractura, que se podría caracterizar por la inquietud para garantizar la cohesión de una sociedad, de ahí su diacronía, y la emergencia de la «nueva cuestión social», que replantea el vínculo de ciudadanía, y por consiguiente la legitimidad social y la exclusión y explica su continuidad (Monereo, 1998, p. 26). Como brillantemente expone Monereo, concluyendo su excelente estudio preliminar, si la vieja cuestión social se planteó respecto a las consecuencias de los procesos de liberación económica y jurídica e institucional nacida de la *gran transformación* que afectó a la vida económica y a la consideración del trabajo como una mercancía ficticia, la «nueva» (situaciones de nueva pobreza y exclusión, diversidad de las situaciones sociales e individualización de lo social; surgimiento de un nuevo proceso de estratificación social denominado «infraclase» o «subclase»; el nuevo concepto de trabajo y trabajador, es decir, la crisis de subordinación que ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo asalariado y las nuevas formas intermedias de trabajar) deriva de procesos estructurales relacionados con la desindustrialización, y la crisis del trabajo para abarcar también los cambios culturales y las orientaciones de política del Derecho: renacimiento de los valores del individualismo posesivo e insolidario y el descompromiso de los poderes públicos. La nueva cuestión social –concluye– va a exigir seguramente una reformulación (un enriquecimiento) de la noción de ciudadanía social como pertenencia social reconocida en el marco de la comunidad política: una nueva ciudadanía social y, consiguientemente, de los derechos económico, sociales y culturales de los trabajadores profesionales y atendiendo a la especificidad de su particular posición jurídica-contractual, donde es inexcusable tener presente, desde mi punto de vista, la figura de los inmigrantes mal llamados ilegales, de los *sans papiers* que representan, sin duda, uno de los paradigmas de la exclusión social (Monereo, 1998, pp. 111 y 112).

Estamos en una situación parecida a la que se encontró W. N. Hohfeld cuando se planteó la necesidad de formular los conceptos jurídicos fundamentales. El cambio constitucional, la transformación de una jurisdicción concentrada a un modelo de jurisdicción difusa, con la creación de los Tribunales Superiores de Justicia en las respectivas Comunidades autónomas; *el desbordamiento de las fuentes del Derecho*; la recepción del Derecho comunitario; la globalización –esta sí, por lo que parece, en el caso Pinochet– positiva de los derechos humanos; la revitalización del derecho histórico y foral; la aparición de los derechos autonómicos; la recuperación del valor creador de la jurisprudencia acentuada por el activismo judicial, y la actividad del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia «obliga» (art. 5.1 LOPJ), y el pluralismo jurídico con el reto de la intercul-

turalidad, son, entre otros muchos, unos factores que sin duda merman una cierta seguridad certeza y previsibilidad en la aplicación del Derecho y confirman la necesidad de reconstruir una teoría comprensiva y unitaria, que no homogénea, ni de los *conceptos jurídicos fundamentales*, que, si se quiere superar el modelo formalista dogmático y acrítico, debe realizar propuestas que sean socialmente útiles y en esa medida implicar a la Ciencia en cuanto técnica que debe responder con prontitud a los cambios sociales y jurídicos y debe asumir una inequívoca dimensión prescriptiva, que la aproxima a la Política jurídica, que no tratan de destruir, sino de reformar, el Derecho privado, sin negar sus dimensiones individuales y sociales (Monereo, 1998, p. 18), comprometiéndola como sucedió con la Ilustración en la reforma de la legislación, lo que permitiría conjugar este estudio con la teoría y la técnica legislativas.

Esta tarea afecta a no pocas cuestiones ya señaladas por Menger, como el replanteamiento de conceptos aparente neutros y técnicos, como «sujetos», «capacidad», «competencia», «derecho», «deber» «sanción», que si de suyo implican la exclusión pueden transformarse en un factor de integración y de reconocimiento y respeto a la diferencia, o de conceptos como «discrecionalidad», «motivación» «abuso de derecho» y/o «desviación de poder», que subrayan la necesidad de acentuar el control del poder propio del estado de Derecho y constitucional. La recuperación del carácter positivo, democrático, social general y solidario del deber jurídico y su inserción en la teoría constitucional, con especial atención al consenso como al disenso, en cuanto a la fundamentación de la obediencia/desobediencia al derecho, la consideración del derecho subjetivo como el núcleo de la constitución del sujeto de derechos, y la garantía del régimen liberal y su necesaria conjugación con los derechos fundamentales, que implica sustraerlo del paradigma reduccionista, excluyente y elitista propio del liberalismo conservador y extenderlo a los intereses difusos; el estudio de la sanción desde sus elementos positivos y premiales, etc., que suponen el tránsito de la estructura a la función y muestra la función promocional, etc.; todo ello para adecuar de un modo coherente el paradigma jurídico a las exigencias constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, lo que, además, desmiente la presunta neutralidad de la teoría del Derecho, que en mi opinión sólo puede realizarse «de» y «desde» la Constitución, lo que exigirá en ocasiones el ejercicio de la crítica desde la lealtad constitucional. Otros conceptos que se deberían revisar, son los de «buena fe», «diligencia debida y/o de un buen padre de familia», «orden público», «moral», «buenas costumbres», «comerciante honrado», etc., que conforman los supuestos sobre los que se construye la teoría del Derecho.

La re(lectura) de Menger contribuye a la formación de un jurista reflexivo, crítico y comprometido capaz de abrir su mente más allá de la estricta normatividad hacia los valores e intereses subyacentes en el Derecho. Tachar la Filosofía del Derecho de poco práctica, inútil o alejada de los intereses de los estudiantes a punto de acabar su formación universitaria, supone confundir lo práctico y su noble tradición que parte de la praxis y remite a la *Vernunft*, a la razón vital y práctica con la *Verstand*, o razón instrumental, calculante y pragmática que desprecia, como advirtió Kant, la filosofía. El carácter práctico, inherente a la experiencia jurídica, facilita su comprensión a los estudiantes que conocen el estudio formal del Derecho pero carecen de la dimensión totalizadora, mediadora, plural, realista utópica y crítica de la Filosofía del Derecho, *no ensimismada ni exenta*, que al final de la licenciatura, con el carácter centrífugo, complementario, que no contrario, al centrípeto de la Teoría del Derecho, recuerde, explique y justifique las razones últimas, morales y políticas del Derecho.

Ernesto J. VIDAL GIL
(Universitat de València)

NUSSBAUM, Martha. C., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, Paidós, Barcelona, 1999.

Con el título *Los límites del patriotismo*, Paidós nos ofrece la traducción al castellano, realizada por Carme Castells, del libro *For Love of Country*, publicado en 1996 por Beacon Press. El compilador de esta obra, Joshua Cohen, editor de la *Boston Review*, tiene el acierto de reunir, en torno al ensayo de Martha Nussbaum, «Patriotismo y cosmopolitismo», a algunos de los más importantes pensadores del momento, que, desde sus peculiares perspectivas críticas, son capaces de ofrecer un buen panorama del debate actual sobre los temas aludidos en el subtítulo del libro: *identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*.

El ensayo de Martha Nussbaum se publicó por primera vez en la *Boston Review* de octubre/noviembre de 1994 y había surgido como comentario a la ponencia de Amy Gutmann, «Multiculturalism and Democratic Education», presentada en una conferencia sobre «Equality and Its Critics», celebrada en la Universidad de Brown en marzo del mismo año. El trabajo de Nussbaum venía seguido de 29 réplicas o respuestas, de las que en el libro sólo se conservan 11, con algunos cambios y ampliaciones, y a las que se han añadido cinco más, haciendo un total de 16 aportaciones. En todos los casos, las reflexiones son breves, fácilmente inteligibles y bien argumentadas, por lo que pueden resultar muy sugerentes, tanto para especialistas en los temas tratados como para el común de los lectores. Sin duda, late a lo largo del libro un tono polémico que, tal como afirma en el prefacio Joshua Cohen, se ajusta perfectamente al origen del libro, concebido como un fórum abierto, y que muestra la vitalidad de la discusión pública y del debate filosófico en los Estados Unidos. Ambos tipos de discurso se articulan al pensar sobre el cosmopolitismo como teoría moral y como convicción personal, y al plantear numerosas cuestiones que van desde los más urgentes problemas políticos hasta las más profundas obligaciones humanas.

En el ensayo que sirve de apoyo para este contraste de opiniones, Martha Nussbaum realiza una vigorosa defensa del cosmopolitismo, al que presenta como la única perspectiva que invita a considerar nuestros propios estilos de vida desde el punto de vista de la justicia y del bien, y que implica reconocer la humanidad allá donde se encuentre y conceder a sus ingredientes fundamentales –la razón y la capacidad moral– nuestra mayor lealtad y respeto. Las reflexiones en defensa de la perspectiva cosmopolita, si bien en algunos momentos alcanzan una gran brillantez y resultan convincentes y hasta conmovedoras, en otros momentos, por el contrario, parecen más débiles y un tanto ajenas, como subraya Hilary Putnam, a otras de sus magníficas obras sobre la vida moral. La autora de *Love's Knowledge, The Fragility of Goodness*, y del libro que más popular la hizo entre nosotros *Poetic Justice*, no parece estar a la misma altura en este ensayo, cuyos argumentos quedan a veces en evidencia ante algunas de las réplicas más inteligentes de sus críticos. También resulta fácil coincidir con Putnam cuando se interroga sobre la posibilidad de que el texto de Nussbaum refleje, ante todo, una reacción un tanto excesiva a las tesis de Rorty.

En efecto, parece que una de las claves de lectura del ensayo «Patriotismo y cosmopolitismo» se encuentra en su rechazo de las posiciones simbolizadas por Richard Rorty y Sheldon Hackney. Según afirma la autora, Rorty insta a los estadounidenses, y especialmente a los de izquierdas, a no desdeñar el valor del patriotismo y a conceder una importancia capital a «la emoción del orgullo nacional» y al «sentimiento de identidad nacional compartida». Desde el punto de vista de Nussbaum, lo más reprochable de esta postura es que la política basada en el patriotismo y la identidad nacional se presente como la única alternativa posible a «la política de la diferencia», es decir, a una política sustentada en

las divisiones internas entre los diversos subgrupos étnicos, raciales o religiosos, y, por consiguiente, que ni siquiera se plantee la viabilidad de una preocupación política sustentada en unos fundamentos de carácter más internacional. Todo ello responde, a su juicio, al llamamiento efectuado por Sheldon Hackney en favor de «un diálogo nacional» para discutir la identidad estadounidense; una identidad que es entendida, en términos nacionalistas, con absoluta indiferencia hacia lo que todos los seres humanos compartimos como seres racionales y mutuamente dependientes, es decir, un proyecto identitario ajeno a los valores universales y sustantivos de la justicia y el derecho. Según Nussbaum, este proyecto es tan fallido que llega a reproducir los males que combate, de tal forma que el nacionalismo y el particularismo etnocéntrico, que aparecían como términos opuestos, acaban por identificarse, ya que el apoyar los sentimientos nacionalistas lleva a subvertir, incluso, los valores que mantienen unida a una nación.

La novela de Rabindranath Tagore, *The Home and the World*, expresa con toda su fuerza narrativa las dimensiones de esta tensión entre patriotismo y cosmopolitismo. Como es habitual en sus escritos, Nussbaum alimenta sus reflexiones con los ejemplos de la literatura, que, a su juicio, no siempre exaltan los valores patrióticos, sino que, en múltiples ocasiones, nos muestran un mundo de seres humanos más allá del estrecho mundo que conocemos, y, así, gracias a que estos extraños pueden poblar nuestras mentes y nuestros corazones, somos capaces de representarnos el amor a la humanidad. Según Nussbaum, a un cosmopolita le resulta más difícil la tarea de excitar la imaginación que a quien cuenta con el colorido, la intensidad y la pasión del orgullo patriótico, pero una mayor dificultad no significa, como algunos de sus críticos piensan, que la vida del cosmopolita tenga que ser necesariamente aburrida, monótona ni carente de amor.

El testimonio de los estoicos ilustra la gran riqueza del cosmopolitismo. La imagen del «ciudadano del mundo», del *kosmou polites*, evoca la adhesión a las obligaciones que nacen de la comunidad de deliberación y aspiraciones humanas, es decir, de una comunidad que «es verdaderamente grande y verdaderamente común, en la que no miramos esta esquina ni aquella, sino que medimos las fronteras de nuestra nación por el sol» (Séneca). Siguiendo las palabras de Plutarco, por lo que se refiere a los valores morales más básicos, como la justicia, «debemos considerar a todos los seres humanos como nuestros conciudadanos y convecinos».

Aprender a pensar en estas coordenadas de universalidad es, según Nussbaum, el reto más urgente de nuestro tiempo, y en esta decisiva tarea el principal referente no puede dejar de ser el «reino de los fines» de Kant, que, junto a la idea de Rawls de que «toda persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia», son los hilos conductores de su propuesta. La ausencia de un Estado mundial, que es una de las principales objeciones de sus adversarios, no impide buscar fórmulas para poner en práctica el ideal cosmopolita, que deberá operar en todos los terrenos de la vida personal y social. El ensayo de Nussbaum, y especialmente su réplica final, resultan muy persuasivos a la hora de convencer sobre la necesidad de reconocer la humanidad y responder a su llamada allí donde se produzca, independientemente de cualquier circunstancia de tipo particular. Así, considerar a las personas como moralmente iguales supone tratar la nacionalidad, la etnia, la clase, la raza y el género como «moralmente irrelevantes». La educación debe cumplir un papel insustituible en esta tarea, pues puede contribuir decisivamente al cultivo de las facultades de objetividad e imaginación, que nos permiten reconocer la humanidad en el desconocido y en el otro.

La preocupación central de Martha Nussbaum se sitúa en este terreno educativo. Sus reflexiones se dirigen, ante todo, a tratar de demostrar que la ciudadanía mundial, más que la democrática o nacional, debe ser el núcleo de la

educación cívica. En primer lugar, porque la educación cosmopolita nos enseña más acerca de nosotros mismos, en la medida en que nos contemplamos con la mirada del otro y podemos ser conscientes de lo que es esencial a la condición humana y de lo que compartimos profundamente. La segunda razón es que cada vez, de forma más clara, avanzamos resolviendo problemas que requieren la cooperación internacional, es decir, que hacen indispensable una planificación, un conocimiento y un diálogo de tipo global. De ahí una tercera y decisiva razón: que sólo así podemos reconocer obligaciones morales con el resto del mundo, y que este reconocimiento tendrá consecuencias económicas y políticas de largo alcance, pues implica tomar decisiones pensando con más seriedad en el derecho de otros seres humanos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad.

La principal objeción que plantea el proyecto de Nussbaum es su insistencia en presentar la educación cosmopolita, es decir, un modelo educativo basado en la ciudadanía mundial, como el único modelo válido de educación cívica, y, por tanto, como alternativa a cualquier otro tipo de proyecto educativo que exalte los valores de la ciudadanía democrática o nacional. Richard Falk manifiesta su inquietud por este implícito apoyo a una visión polarizada, «o esto, o lo otro», de la tensión entre la conciencia nacional y la cosmopolita. También Michael Walzer insiste en la importancia de superar falsas disyuntivas y en situar la discusión en otros términos, pues, a su juicio, tan inmoral será la conducta guiada por un particularismo que excluye otras lealtades más amplias, como la orientada por un cosmopolitismo que invalida otras lealtades más estrechas.

Gran parte de las réplicas a la propuesta de Nussbaum recogidas en el libro subrayan esta necesidad de plantear la relación patriotismo-cosmopolitismo en términos menos antagónicos, tratando de llegar a una formulación de ambos que permita observarlos como fenómenos o puntos de vista complementarios. Para ello, es imprescindible atender a una importante distinción que Nussbaum no contempla y sobre la que nos advierte Amy Gutmann: la que hay entre considerar que las fronteras nacionales «son moralmente relevantes» y reconocerlas como «políticamente relevantes». El rechazo de la consideración de las fronteras como moralmente relevantes no es un monopolio de la educación cosmopolita; también la educación democrática puede coincidir en este rechazo y, en general, toda apelación a la conciencia nacional que no se presente como lealtad exclusiva y excluyente.

En esta línea, R. Barber se refiere a dos problemas que plantea el ensayo de Nussbaum, o, al menos, una de las posibles interpretaciones a que da pie: el primero, porque no presta suficiente atención a la posibilidad de incorporar los sentimientos patrióticos en un marco constitucional definido, precisamente, por los «valores sustantivos de la justicia y el derecho» que ella reclama; y el segundo, porque no pondera en su justa medida la endeblez del cosmopolitismo y el crucial papel humanizador desempeñado por la política de la identidad en un mundo desarraigado, hecho de contratos y mercado. Sobre el primer problema volveremos más adelante, y respecto al segundo parece claro que si Nussbaum es capaz de diagnosticar las patologías del patriotismo, debería realizar también un análisis crítico de las patologías del cosmopolitismo. De nuevo Falk resulta contundente en sus objeciones, cuando afirma que los elementos estoico-kantianos de una orientación cosmopolita dan por supuesto un contexto ético de premisas globalistas que, cada vez, resulta más difícil reconciliar con la realidad del globalismo contemporáneo. Para que el cosmopolitismo resulte creíble debe combinarse con una crítica al globalismo éticamente deficiente encarnado por el pensamiento neoliberal, que minimiza los mejores objetivos de concebir el mundo como un todo. Por otra parte, Michael W. McConnell alerta de los riesgos de un cosmopolitismo abstracto, que pueda

aportar escepticismo y cinismo a las lealtades actualmente existentes, pero sea incapaz de originar una comunidad alternativa. En este sentido, Gertrude Himmelfarb teme que el cosmopolitismo resulte injustificadamente optimista y llega a reducirlo a una pura ilusión que, como todas las ilusiones, aunque se presente con una aureola de bondad y altruismo, puede resultar peligrosa.

El peligro, a juicio de Judith Butler, se encuentra en la propia noción de universalidad, cuyo sentido demuestra ser culturalmente variable y, por consiguiente, difícilmente encajable en su presunto *status* transcultural. Con la mirada puesta en las contribuciones de Étienne Balibar y de Homi Bhabha, Butler se refiere a la exigencia de articular la universalidad a través de un difícil proceso de «traducción», que será, tal como ya anticipara Walter Benjamin, el único movimiento apto para abordar el problema de la exclusión en la política cultural. Así, el universal aparece como aquello que todavía ha de lograrse y que nunca se podrá lograr de forma total y definitiva.

Como sostiene Putnam, el riesgo de algunos de los filósofos cosmopolitas tan admirados por Nussbaum reside en confundir las dos ideas, sustancialmente diferentes, de la ética universal (principios universales de justicia) y la de un estilo de vida universal. La Ilustración nos ha legado la valiosa idea de que las creencias morales heredadas pueden ser criticadas, pero sin estilos de vida heredados la razón crítica no puede ejercer su función de conservación, reinterpretación o, incluso, eliminación de las diversas tradiciones. Y concluye: no tenemos que elegir entre el patriotismo y la razón universal, pues la inteligencia crítica y la lealtad a lo mejor de nuestras tradiciones, incluyendo nuestras tradiciones nacionales y étnicas, son interdependientes.

La idea de interdependencia o de complementariedad entre patriotismo y cosmopolitismo, como ya hemos señalado, es asumida por la mayor parte de los críticos a las tesis de Nussbaum, de tal modo que la propia autora en la réplica final, después de reiterar su defensa del ideal de ciudadanía mundial, llega a apostar por una especie de patriotismo cosmopolita, definido por una concepción concéntrica de la identidad. De hecho, en el ensayo que centra el debate del libro, Martha Nussbaum ya había aludido a la convicción de los estoicos de que para ser ciudadano del mundo no se debe renunciar a las identificaciones locales y que debemos pensar en nosotros mismos no como seres carentes de filiaciones locales, sino como seres rodeados por una serie de círculos concéntricos. Se trata, desde luego, de conferir una atención y un respeto especial al círculo que define nuestra humanidad.

Planteado el tema en estos términos, que como hemos visto no es el planteamiento que se deduce necesariamente de otras partes del ensayo, las posturas se aproximan en la búsqueda de lo que K. A. Appiah caracteriza como cosmopolitismo arraigado, y que para él debe ser ante todo un cosmopolitismo liberal, que podría formularse del siguiente modo: valoramos las diversas formas humanas de vida social y cultural, no queremos que nadie se convierta en parte de una cultura global homogénea, y sabemos que ello significa que también existirán diferencias locales en el ámbito moral. En la medida en que estas diferencias cumplan determinadas constricciones éticas generales –concretamente, en la medida en que las instituciones políticas respeten los derechos humanos básicos– los cosmopolitas nos alegraremos de su existencia. Debemos defender las diversas comunidades como círculos entre muchos círculos que son más estrechos que el horizonte humano, que son unas esferas que nos incumben moralmente.

La misma imagen de los círculos concéntricos es utilizada en el libro por Michel Walzer y Sissela Bok. El primero subraya que el recurso a esta imagen en el trabajo de Nussbaum resulta más útil que su idea de la ciudadanía mundial. Mis lealtades –afirma Walzer–, al igual que mis relaciones, empiezan en el centro; por tanto, es preciso describir las mediaciones a través de las cuales se

alcanzan los círculos externos. Cuando se dice que «deberíamos considerar a todos los seres humanos como si fueran nuestros vecinos y conciudadanos», en frase de Plutarco tan querida por Nussbaum, se está partiendo de la necesidad de comprender qué significa tener vecinos y conciudadanos; si no entendemos esto estamos moralmente perdidos. Por su parte, S. Bok señala que, desde cualquier perspectiva que adoptemos, la imagen de los círculos concéntricos expresa nuestra ambivalencia ante las contradicciones que nos plantean cuando se apela a aquello que nos incumbe y al sentido de nuestra responsabilidad. Si por un lado, puede afirmarse con Sidgwick, que el principio fundamental de la ética es «que el mayor bien ajeno es preferible al menor bien propio», también cabe acoger la llamada «perspectiva del sentido común», según la cual nuestras obligaciones de ayudar a los demás difieren en función del tipo de relaciones que mantengamos con ellos. Bok concluye considerando que ambas perspectivas, la universalista y la restringida, tienen que ver con la supervivencia y la seguridad de la humanidad, y que no es posible descartar ninguna de ellas por ser moralmente irrelevante. En definitiva, afirma Bok, si no se aprende a apreciar la singularidad de las culturas, empezando por la propia, puede ser prácticamente imposible honrar la singularidad y la humanidad compartida que tan centrales son para el ideal cosmopolita.

La noción de «democracia cosmopolita», según la acertada formulación de David Held, puede ser una vía de salida para una posible reconciliación del patriotismo y del cosmopolitismo. Richard Falk apunta esta posibilidad como intento de reorientar el debate hacia un compromiso común capaz de remodelar las condiciones del «Estado humano», la «región humana» y, en función del éxito de las fuerzas sociales transnacionales, «un globalismo decente e incluyente». En este intento, como Elaine Scarry destaca certeramente, resultan valiosos todos y cada uno de los medios que ayuden a reconocer, compartir y paliar los sufrimientos del otro; desde la literatura imaginativa y las acciones individuales, hasta las normas constitucionales y las Conferencias internacionales. Scarry insiste especialmente en el papel de las Constituciones para respetar y defender los valores cosmopolitas, pues, a su juicio, la obra lograda mediante una estructura legal no está al alcance de una estructura sentimental. Y Martha Nussbaum que, como hemos visto, en su ensayo no había reparado en la importancia de un marco constitucional que integre los valores de la justicia que ella reclama, en su réplica final coincide explícitamente con Scarry en que la imaginación precisa leyes, fundamentalmente constitucionales, que, en la medida de lo posible, institucionalicen el igual valor de las personas. E, incluso, añade, de forma elocuente, que debemos cultivar la ciudadanía mundial, en nuestros corazones y en nuestras mentes, tanto como en nuestros Códigos legales.

Por consiguiente, llegamos a un punto en que podemos concluir, con Amartya Sen, que la inclusión de todas las personas en el ámbito de la incumbencia ética –que es el aspecto principal del alegato en favor de la ciudadanía mundial– no requiere ningún tipo de militancia en contra de valorar los elementos de la propia tradición. Desde esta interpretación, la crítica de Martha Nussbaum se dirige sólo a determinadas manifestaciones de patriotismo y abre el paso a esa modalidad de patriotismo cosmopolita o cosmopolitismo arraigado en que muchos autores del libro se reconocen; sin duda, una modalidad de relaciones entre patriotismo y cosmopolitismo, que, más allá de un cosmopolitismo abstracto y desarraigado, resulta plenamente acorde con la reivindicación del papel enriquecedor de las tradiciones y la cultura en el resto de su obra literaria y filosófica.

Emilia BEA PÉREZ
Universitat de València

**PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Saggi di informatica giuridica*.
Presentazione di Vittorio Frosini. Traduzione di Rosa Giovanna
Barresi. Dott. A. Giuffré editore. Milano, 1998.**

La presente traducción al italiano de los *Ensayos de informática jurídica* del profesor Pérez Luño, cuya primera edición vio la luz en México, en el ya lejano año (desde el punto de vista informático) de 1996, es pues, una versión mejorada y actualizada de ésta. Se ha eliminado el prólogo de la edición mexicana, siendo sustituido por uno específico, más acorde, con la mentalidad jurídica italiana; pues, no en vano, como nos recuerda en su presentación Vittorio Frosini, el profesor Pérez Luño es (concédaseme la licencia coloquial) *un bolonio* y eso en España significa que estamos en presencia de la élite del profesorado hispano. Pero el catedrático de la Universidad de *La Sapienza* de Roma llega aún más lejos, y al glosar su figura en la mencionada presentación, le define como una de las más importantes personalidades intelectuales europeas, y este hecho se manifiesta en sus obras, tanto por sus investigaciones sobre la filosofía del derecho italiana, en el campo de los derechos humanos, en el del pensamiento clásico español, así como en los temas relacionados con la informática jurídica y el derecho de la informática o derecho informático.

Se ha enriquecido la edición italiana incorporando un nuevo capítulo titulado *Internet y el derecho* en el que se analiza en profundidad la nueva frontera que para la comunicación y la información representa el fenómeno *Internet*, los problemas y los riesgos jurídicos que la generalización de su uso comporta en la sociedad de la información, los sistemas de seguridad en el uso de la red, las filosofías o quizás habría que decir *seudo filosofías del ciberespacio* propugnadoras de una libertad anárquica que trata de hacer realidad (realidad virtual) el sueño rousseauiano del estado de naturaleza, donde la bondad natural del hombre *anonymus* se manifiesta en todo su esplendor lejos del corsé contaminador de las normas del Estado de derecho. Se analizan las primeras respuestas jurídicas del derecho comparado centrándose, fundamentalmente en las iniciativas de la Unión Europea y, por último, se ponen las bases, con una metodología rigurosa, de lo que el mismo profesor Pérez Luño rotula como *una ética del ciberespacio*. La necesidad de la misma es hija de las transformaciones que la nueva sociedad de la información genera. Al tiempo hay que advertir, parafraseando al profesor Manuel Medina Gómez, que, a veces, el exceso de información puede llegar a ser peor que el tener poca. Así, en este contexto de las consecuencias de las innovaciones tecnológicas, considero que las dos posiciones más importantes son las siguientes: la de los profetas y la de los escépticos. Se anuncian transformaciones más o menos trascendentales en el ámbito de las telecomunicaciones, en la *mass-media*, en las ciudades, e incluso en la propia vivienda. Y en lo que al ámbito de la sociedad y de la economía se refiere, también se habla de la economía digital, de que tienen que transformarse el consumo, los mercados, el comercio, las empresas, el trabajo (se habla del famoso teletrabajo), los sindicatos, la política, el sistema policial, el Gobierno, el Estado, la Administración, los Gobiernos locales, el sistema democrático, el sistema jurídico, las leyes, las normas, el derecho, etc.

En el ámbito de lo que podríamos llamar más bien social y cultural, se habla de unas consecuencias importantes en la sociedad en general, así como en la familia, en la vida privada, en las relaciones personales, en la vida cotidiana, en el entretenimiento, en los ritos sociales, en el ocio, etc. Y, por descontado, en el

ámbito de la enseñanza, de la Universidad, de la educación en general, de valores como el de la religión, el arte, el periodismo, la propiedad intelectual, la literatura, los mismos conceptos de espacio y tiempo, etc., incluso también para la medicina y la salud. Y esta lista podría hacerse mucho más larga.

En una posición algo distinta, y podríamos decir que contraria a ésta, están los escépticos, y algunos de ellos tan radicales como el responsable de toda la División de Comunicaciones de EDS, que es una de las mayores empresas privadas de telecomunicaciones, que dice: El que diga que sabe adónde vamos en esto de las autopistas de la información está fanfarroneando. Yo creo que los que son escépticos acerca de las previsiones que se pueden hacer de esas consecuencias se basan en algo que es claro, y es en la imprevisibilidad. En opinión de Lynn White (y creo que también está en lo cierto) es muy imprevisible saber hacia dónde pueden dirigirse las consecuencias de estas innovaciones tecnológicas. Viene a decir que el análisis de sistema debe convertirse en análisis cultural. Para ello pueden ser útiles los historiadores. Intentamos analizar culturalmente las innovaciones tecnológicas si realmente queremos prever u orientarnos sobre las posibles consecuencias. ¿Dónde radica la imprevisión? En la complejidad y en la interdependencia de todo lo que supone una innovación.

En este ámbito de la necesidad de manejar esa complejidad y esa interdependencia para poder orientar la intervención es donde el profesor Pérez Luño hace su aportación, más bien de tipo filosófico, porque creo que la tarea de la filosofía es proveer o proponer un aparato conceptual y un marco teórico global capaz de manejar esa complejidad. En general, proporcionar modelos de interpretación, de evaluación y de intervención en todo lo relativo a las innovaciones tecnológicas.

La bibliografía se ha aumentado ligeramente, sobre todo por la incorporación del citado capítulo, y el resto de los mismos simplemente se han actualizado en algunos de sus datos, manteniéndose en todo lo demás igual a la versión castellana. En ésta, como en aquella, se traza un lúcido panorama sobre los problemas básicos de la Informática jurídica, mediante la elaboración de un mapa conceptual orientador de las categorías y ámbitos o sectores de estudio surgidos de la intersección entre la Informática y el Derecho. Es notable la solvencia conceptual con la que se construyen las nuevas categorías del Derecho informático, empezando por la de libertad informática y la célebre *Habeas data*, pasando por el delito informático y las nuevas formas de criminalidad propiamente informáticas, así como las ya conocidas, que simplemente hacen uso de estos nuevos instrumentos, para ultimar con los contratos informáticos y los problemas de la protección del derecho de autor. Con gran rigor metódico y claridad expositiva se describen los tres sectores que conforman el núcleo disciplinar y la estructura temática de la Informática jurídica, a saber: la *Informática jurídica documental*, que tiene en las bases o bancos de datos jurídicos su principal exponente al poner al servicio del operador jurídico, sea éste juez, abogado o funcionario, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de una forma cómoda y rápida. La *ofimática o informática jurídica de gestión*, que de una manera eficaz organiza el despacho del profesional de la abogacía, la oficina judicial o el departamento administrativo. Y por último, la *Informática jurídica decisional*, la de mayor futuro, y al mismo tiempo, de más difícil desarrollo y adaptación. Se hace un detallado estudio de la Inteligencia Artificial, de los Sistemas Expertos y de sus aplicaciones en el mundo del derecho a través de los sistemas expertos jurídicos. Hoy día, es ya algo común en nuestra sociedad que el *Programa Padre* de la Agencia Tributaria nos haga la declaración de la renta a una buena parte de los españoles.

En cuanto a la traducción al italiano, hay que decir en honor de la investigadora del Instituto de teoría de la interpretación y de la informática jurídica de la Universidad *La Sapienza* de Roma, la doctora Rosa Giovanna Barresi, que ha sido especialmente fiel al original, por lo que a su contenido se refiere, habiendo sido capaz de trasladar a la lengua de Dante la misma claridad y rigor de la versión española.

Rafael GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE
Universidad de Sevilla

SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998 (135 pp.).

Esta obra de Manuel Segura Ortega culmina el estudio que ha llevado a cabo en los últimos años sobre el tema de la racionalidad jurídica, englobando y ampliando conclusiones a las que había llegado en anteriores trabajos.

Los objetivos que se propone el profesor Segura con esta obra se podrían resumir en los siguientes: determinar cuál es la forma a través de la cual opera la razón en el Derecho, cuáles son los elementos irracionales que se pueden encontrar en el mismo y, por último, si se puede hablar de una «razón jurídica». Aunque pueda sonar redundante, lo que se pretende con esta obra sería «someter a la razón» diversas cuestiones que actualmente se toman como evidentes sobre el protagonismo de la razón en el Derecho.

El libro se estructura en tres apartados; tras la introducción nos habla en el primero de ellos de los distintos tipos de racionalidad, en un intento de circunscribir el objeto que luego va a aplicar al mundo jurídico; por tanto, este primer apartado sería instrumental con respecto a los otros dos, que se refieren, respectivamente a los dos grandes bloques temáticos en los que está dividida la obra: la racionalidad del Derecho y la racionalidad de la decisión jurídica.

El porqué de la estructuración de la obra en estos dos grandes apartados, la racionalidad del Derecho y la racionalidad de la decisión jurídica, lo explica el autor en el hecho de que se puede distinguir un tipo de racionalidad distinta en cada uno de estos dos momentos del Derecho. Se suma a la distinción de Bobbio entre razón fuerte, que es la que descubre el Derecho, y razón débil que sería aquella que partiendo de las reglas elaboradas por la razón fuerte las aplica al caso concreto, y que corresponderían, respectivamente, a cada uno de los momentos antes determinados. La relación que se establece entre ambos tipos de razón sería de tipo jerárquico: la razón fuerte se situaría en un plano superior a la débil. «Partiendo de esta distinción se tratará de esclarecer cuáles son las relaciones e implicaciones que se producen entre ambos tipos de razón»¹.

El autor comienza con una aproximación al término racionalidad y a su contrario: la irracionalidad. En este sentido, el profesor Segura Ortega quiere partir de una actitud inicial de rechazo a los prejuicios que normalmente se tienen en relación con estos dos conceptos: adhesión a la racionalidad y rechazo a la irracionalidad, aunque es consciente de lo difícil que será adoptar tal actitud. El autor deja claro que ambos conceptos adolecen de una auténtica imprecisión. En cuanto al término racionalidad, esta ambigüedad o imprecisión se debe al hecho de que no se ha tenido en cuenta que no cabe concebir la racionalidad sin el objeto al cual se aplica, el cual condicionará, a su vez, el tipo de razonamiento. Si hablamos de racionalidad jurídica, por tanto, habrá que tener en cuenta el Derecho, que es el objeto del que se predica la racionalidad. En cuanto a este tipo de racionalidad, constata el autor que en numerosas ocasiones se utiliza con un ánimo exclusivamente justificatorio; se apela a la racionalidad buscando la garantía de la corrección o verdad de los resultados a los que se llega en el mundo jurídico. Con respecto al irracionalismo jurídico, a pesar de su notable ambigüedad, constituye una tendencia minoritaria, lo cual permite un conocimiento más profundo del mismo que del racionalismo; cabe distinguir dos tipos de irracionalismo: el metodológico y el ontológico. El autor advierte de lo erróneo, al menos en ciertos casos, de la habitual identificación entre el irracionalismo y el pensamiento antiliberal y antidemocrático, lo cual

¹ Página 14.

ha conducido a una «sacralización de la razón y, sin duda, también ha propiciado un excesivo optimismo respecto de las posibilidades de la misma»².

El profesor Segura Ortega nos habla de la razón como la «facultad que posee exclusivamente el hombre y que le permite captar y comprender el entorno que le rodea»³, constatando la existencia de tres significados básicos del racionalismo: psicológico, epistemológico y metafísico, significados éstos que, sin embargo, no dicen qué es ni en qué consiste la racionalidad. Segura sitúa la causa de esta indeterminación en el hecho de que la racionalidad se invoca en muchas ocasiones con un sentido emotivo o ideológico. Se apela a la razón, por tanto, como a un argumento de autoridad, que obliga al oyente a asumir nuestras posiciones. Concluye el autor con la imposibilidad de separar ideología y racionalidad.

Otra distinción que Segura hace suya es la que formuló Max Weber entre *Zweckrationalität* (racionalidad con arreglo a fines) y *Wertrationalität* (racionalidad con arreglo a valores) o, lo que es lo mismo, entre racionalidad formal y racionalidad material. La diferencia fundamental entre ambas se centra en el «motivo del obrar». Mientras la racionalidad con arreglo a fines determina los medios que hemos de utilizar para la consecución de un determinado fin, en la racionalidad con arreglo a valores la actuación se determina por la creencia en un cierto valor, sin tener para nada en cuenta las consecuencias que se derivarán del seguimiento de tal creencia. No obstante, la distinción entre ambos tipos de racionalidad es meramente ideal; en la práctica no cabe una separación tajante entre ellas, puesto que poner los medios adecuados para conseguir un fin presupone una opción valorativa del porqué se ha de seguir dicho fin. La diferencia más importante que los distingue, siempre en un plano abstracto, sería que mientras la racionalidad con arreglo a valores no admite un cumplimiento parcial (el valor se cumple o no y, por tanto, la conducta es o no es racional), la racionalidad con arreglo a fines admite dicha gradación (por lo que la conducta puede ser más o menos racional).

¿Cuándo podemos decir que un determinado discurso es racional? El autor condiciona dicha racionalidad al cumplimiento de cuatro condiciones: intersubjetividad; método; posibilidad de obtener resultados más o menos predecibles; y existencia de reglas, criterios o pautas para controlar dicha racionalidad. De nuevo se trata de circunstancias ideales. En la práctica, será imposible la consecución de las cuatro condiciones en su totalidad, y ello por la necesidad de adaptación del discurso a las circunstancias del caso concreto. Por ello no es posible la racionalidad total y absoluta, sino una racionalidad mayor o menor en función de la realidad. Ello conduce inexorablemente al relativismo, «pues los resultados obtenidos se presentan siempre como revisables en el sentido de que no hay “verdades” incontrovertibles»⁴. Resalta el autor que en este relativismo coinciden la mayoría de las corrientes jurídicas, éticas y políticas actuales.

Por lo tanto, la única racionalidad que puede predicarse del mundo jurídico es la racionalidad práctica, que en cierta medida puede ser más insegura pero, en todo caso, sigue siendo racionalidad. El autor defiende la confianza en este tipo de racionalidad, cuyo fortalecimiento podrá librar a los juristas del complejo de inferioridad que padecen por no poder asumir los postulados de la razón deductiva axiomática.

Ya hemos dicho que no cabe definir la racionalidad sin especificar el objeto al cual se va a aplicar. Segura parte del modelo de Derecho que surge en los

² Página 12.

³ Página 15.

⁴ Página 23.

inicios del siglo XIX y que sirve de pauta a las codificaciones. Será precisamente la Codificación la que sirva de comunicación entre el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII y el positivismo que se consolida en el siglo XIX. Es en este concreto momento histórico cuando se confía plenamente en las posibilidades de aplicación de la razón al mundo jurídico. La racionalidad del Derecho puede entenderse en dos sentidos: la racionalidad del legislador y la racionalidad del producto de la actividad legislativa, de la ley. En los dos sentidos la racionalidad de la que se habla es una ficción, y ello por varias razones (constante evolución de la sociedad, cuyos cambios no pueden ser acompañados por un cambio inmediato de la legislación; leyes que no sólo no cumplen con el fin que se han propuesto, sino que incluso pueden llegar a producir un efecto contrario...); la racionalidad del legislador se ha llegado a entender como un criterio de justificación del contenido de las normas jurídicas. La concepción que provenía de la época de la Codificación, que suponía sacralizar la ley como producto de un legislador racional se ha superado totalmente y ello debido a la presencia de elementos distorsionadores que se percibían en la práctica: los defectos de racionalidad del legislador se centran en la falta de coherencia y de plenitud del ordenamiento jurídico. La conclusión que se deriva de la consciencia en el déficit de racionalidad del legislador y del producto de su actividad desencadena el aumento de poder del aplicador del Derecho, del juez. No cabe, por tanto, entender al legislador como «un sujeto dotado de razón y desprovisto de afectos y pasiones»⁵.

Con todo, y a pesar de que no se pueda hablar de una racionalidad absoluta en el Derecho, Segura suscribe la tesis de que sí cabe observar en el mismo una progresiva racionalización. Este dato se constata por la presencia en los Derechos modernos de las siguientes notas: humanización; eliminación de la arbitrariedad; igualdad ante la ley; seguridad; garantías para la defensa de los derechos; sistematización de las disposiciones jurídicas y, por último, una mayor previsibilidad de las decisiones jurídicas. No podemos, no obstante, caer en el equívoco de pensar que nos encontramos ante un proceso inacabado, esto es, que la racionalización absoluta tan sólo precisa tiempo para su consecución definitiva. Segura nos disuade de caer en este error: «... aunque la racionalización absoluta sea inalcanzable puede observarse una clarísima tendencia en esta dirección»⁶.

Pasamos ya al segundo de los grandes temas en que el profesor Segura Ortega ha dividido su trabajo: la racionalidad de la decisión jurídica. En primer lugar, quiere el autor dejar claro que, a pesar de que no quepa hablar de una racionalidad absoluta en el mundo jurídico ello no supone plegarse a una completa irracionalidad. Todos los ordenamientos jurídicos suponen una combinación de ambas facetas: el que predomine una u otra determina la calificación concreta de un concreto ordenamiento jurídico. El estudio que ahora se realiza se centra en las distintas operaciones que se llevan a cabo en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, vislumbrando dónde cabe hablar de racionalidad o de irracionalidad.

De un examen de la práctica judicial cabe destacar que la decisión no es, como aparenta, el resultado de una operación lógica y que se da una distancia nada desdeñable entre la norma y la sentencia. A pesar de que el juez se encuentra sometido a las normas que rigen su actividad, debe incorporar elementos que no se deducen de la norma; por ello se habla de la creación judicial del Derecho. Ello conlleva un aumento del poder del juez. Del deseo de con-

⁵ Página 65.

⁶ Página 58.

trolar de alguna manera la actividad del juez, surgen las teorías de la argumentación jurídica, que han prestado atención a la justificación, control y racionalidad de la decisión. Hay teorías que se fundamentan en el concepto de lo razonable (de Recaséns o Perelman), teorías sustantivas que para Segura se quedan en un alto grado de indeterminación, puesto que no dicen cuándo una decisión es razonable. La tesis defendida en este aspecto por el autor es que no hay una base racional para justificar un punto de vista interpretativo, por tanto, que no cabe hablar de una única respuesta correcta. La justificación debe remitirse a un aspecto meramente formal, y a este aspecto hacen referencia las doctrinas que entienden que la argumentación jurídica es una teoría procedimental (al estilo de Alexy). No obstante, tampoco estas últimas teorías ofrecen una solución al problema de la racionalidad de la decisión jurídica.

Segura resalta que el control que se puede ejercer sobre el proceso de justificación sólo puede darse desde un punto de vista formal, y el respeto formal a la ley no es garantía de racionalidad. La actuación judicial está teñida de factores emotivos e ideológicos (sobre todo provenientes de la propia personalidad del juez), que impiden hablar de una racionalidad absoluta de la misma. Por otro lado, ya no se admite la imagen del juez instalado en su burbuja de cristal, alejado de la realidad que le circunda. Las valoraciones, aspiraciones y expectativas del grupo social destinatario de la decisión, condicionan también ésta. De todo ello se extrae la consecuencia de que la actuación judicial no responde al sistema diseñado por el ordenamiento jurídico. En este sentido se plantea una disyuntiva: o bien los jueces actúan incorrectamente, o bien el sistema pretende obligar a los jueces a hacer algo que es imposible. Segura acoge la segunda de estas posibilidades. Con lo cual una nueva ficción aparece en el mundo del Derecho: los jueces, a pesar de lo que el sistema jurídico establece, crean Derecho, y ello sin fundamento democrático alguno. Concluye el profesor Segura afirmando que «si el diseño realizado por el legislador no se ajusta a la realidad parece oportuno introducir cambios que articulen la distribución de competencias de manera diferente (...) los cambios que se han producido en relación con las funciones de los jueces deben tener un reflejo normativo pues, en caso contrario, el mantenimiento de esta contradicción sólo puede provocar tensiones»⁷.

Por último, nos resta enjuiciar la obra. En primer lugar, se hace necesario destacar que la obra se caracteriza por su «claridad», su «coherencia» y por su «plenitud»: el autor pretende, y lo consigue, la cercanía, la comunicación. Desde un punto de vista más sustantivo, reconociendo que puede sonar paradójico, la obra llega a un grado muy elevado de racionalidad. Y ello si identificamos este término con la objetividad, con el análisis detenido, con la ausencia de prejuicios en todas las cuestiones que se tratan. La visión que nos ofrece el autor es la visión en la que seguramente coincidan tanto el legislador, el aplicador, el estudioso del Derecho... esto es, la de todos los que se enfrenten al mundo del Derecho tal y como en realidad es. Con todo, pocos son los que se atreven a denunciarlo a viva voz. Y muchos menos los que plantean, y así lo proponen, la necesidad de reformar el sistema, una vez que se ha comprobado que no responde a la realidad. Segura rechaza las ficciones que empañan la visión de la auténtica realidad del Derecho.

No obstante, y a pesar de la valoración altamente positiva que nos merece la obra, consideramos oportuno señalar algunos interrogantes que nos han surgido al hilo de su lectura. Estas dudas se nos plantean sobre todo en relación con el proceso de interpretación y aplicación del Derecho y con el papel que

⁷ Página 115.

cumple la racionalidad en este «momento» del Derecho, es decir, con el segundo bloque temático de la obra, que es, por otra parte, el que suscita nuestro máximo interés. En mi opinión, hablando en términos generales, sin referirme, por tanto a la obra recensionada en particular, muchas de las teorías que se han ocupado del tema de la racionalidad en el Derecho y que han perseguido como objetivo fundamental denunciar el uso de la racionalidad lógico-deductiva en el mismo (teorías irracionistas, teorías de la argumentación jurídica –sustantivas o procedimentales–...) han caído en ocasiones en una confusión de planos: del ser y del deber ser en el Derecho. La construcción de la dogmática jurídica del siglo XIX, de la Codificación, el intento de convertir al juez en la boca que pronuncia las palabras de la ley, en la conocida expresión de Montesquieu y aplicar la lógica deductiva al mundo del Derecho, toda esta construcción digo, se situaba, desde nuestro punto de vista, en el plano del Deber ser. El ordenamiento jurídico establecía la prohibición de que el juez crease Derecho, imponiéndole una actividad meramente cognoscitiva, de construcción de un silogismo jurídico. A este esquema respondía el sistema de Separación de Poderes: al legislativo corresponde la creación y al juzgador la aplicación del Derecho. La aplicación del Derecho al caso particular se basaba en una mera operación silogística. A este esquema respondía el «deber ser» del siglo XIX; pero no sólo eso, hay que decir que a este esquema responde también el «deber ser» actual. Es algo indudable que el sistema de separación de poderes sigue plenamente vigente en el plano del deber ser. El juez continúa obligado al «deber» de aplicar el Derecho vigente realizando una operación lógico-deductiva. Y a ello se debe que formalmente las sentencias sigan siendo expresión de una operación de ese tipo.

Cuestión aparte es que, partiendo de un análisis de la praxis judicial, tal como ésta «es», se llegue a la conclusión de que este «deber ser» no se cumple. A esta conclusión llegaron las corrientes de finales del siglo XIX y principios del XX, a través, precisamente, de ese examen de la realidad, del «ser»; «... la decisión no es el resultado de una operación lógica –nos dice Segura– sino que representa la conjunción de una multiplicidad de factores... Esta constatación se realiza a través de un examen directo de la praxis jurídica que es el procedimiento adecuado para saber cómo actúan y cómo se comportan *realmente* los jueces»⁸. Ésta es una conclusión empírica. Hemos de decir también que en muchos casos se denunciaba esta situación sin fundamentarla suficientemente. La fundamentación vendría dada por la apelación a estudios sociológicos e incluso psicológicos que demostrasen la influencia en la tarea decisora de factores extrajurídicos, como son la personalidad del juez, su educación, su ideología, el entorno social, las expectativas de los receptores de la decisión, etc. Precisamente la concurrencia de estos factores se tomó, y se toma en muchos casos, como una verdad incontrovertible, como un dato evidente, lo cual constituye uno de esos prejuicios de los que huye nuestro autor.

A partir de la constatación de esta realidad, cabría plantearse dos alternativas: o el esquema del «deber ser» actual es de posible realización en la práctica y los jueces están actuando como «no deben», a pesar de poder hacerlo, o dicho esquema es de imposible realización. Segura plantea esta disyuntiva en

⁸ Página 76. A la especificación del «ser» del Derecho se refiere el profesor Segura en numerosas ocasiones. Así cuando dice: «Lo que verdaderamente interesa es el estudio de los motivos *reales* (la cursiva es mía) que condicionan el sentido y contenido de las decisiones jurídicas...» (p. 78 *in fine*), o «... el principio de separación de poderes ha entrado en quiebra desde hace algún tiempo porque los jueces no tienen, en realidad, un papel tan pasivo como se suponía [...] la posición del juez, *de facto*, se ha modificado sustancialmente» (p. 81).

los siguientes términos: «... o bien los jueces desempeñan su función incorrectamente puesto que se atribuyen prerrogativas no reconocidas por el sistema, o bien las previsiones del ordenamiento jurídico no responden a la realidad, es decir, se trata de una construcción ficticia que exige a los jueces el cumplimiento de una misión imposible»⁹. Segura se inclina por la última alternativa. Pero lo que quiero destacar es que estas dos afirmaciones se sitúan en el plano del «ser», no en el del «deber ser». Por otro lado, en mi opinión, son afirmaciones que no se contradicen: es cierto tanto que los jueces desempeñan su función incorrectamente (al menos, en ciertos casos), como que las previsiones del ordenamiento jurídico no responden a la realidad.

Si pasamos a este último plano, el del «deber ser», de nuevo se plantean dos posibilidades: la primera sería la de pensar que el sistema creado por la dogmática del siglo XIX, basado en la aplicación de la lógica deductiva al mundo del Derecho sin ningún poder creador para el aplicador es «bueno», «adecuado», «conveniente», etc., y seguir fomentando su consecución; la segunda sería valorarlo negativamente y propugnar su abandono, su modificación. Si seguimos este segundo camino, debemos proponer un nuevo sistema, un nuevo «deber ser».

Lo que no cabe es la confusión de planos. El argumento de que, dado que la realidad es de una determinada forma «es bueno» que así sea y el ordenamiento jurídico («deber ser») debe adecuarse a esa realidad («ser»), es un argumento falaz. Cuestión distinta es que se defienda (como así se hizo por muchas de las teorías que denunciaron el empleo de la lógica deductiva en la interpretación y aplicación del Derecho), que el poder creador del juez, la adaptación que realiza de la norma a las expectativas sociales, la incidencia de otros factores como el de su personalidad, etc., responden a un esquema que «debe ser», que es valorado positivamente y que, por ello, se intente entronar. Esto es, que se quiera instaurar este esquema como el nuevo «deber ser». Y ello con la consiguiente necesidad de modificar el sistema de Separación de Poderes. En esta confusión parece incurrir el profesor Segura Ortega cuando dice que «... tal reconocimiento debería implicar la necesidad de modificar el sistema. Si el diseño realizado por el legislador no se ajusta a la realidad parece oportuno introducir cambios que articulen la distribución de competencias de manera diferente»¹⁰.

El profesor Segura no desvela si realmente considera positivo que el juez disponga de esa facultad creadora y que este poder sea reconocido por el sistema jurídico. Su posición es en este sentido, en cierto sentido, ambigua. Plantea la necesidad de modificar el sistema como una conclusión inevitable, dada la realidad de las cosas. Pero me atrevería a decir que, efectivamente, Segura valoraría positivamente la instauración de ese nuevo sistema, de ese nuevo «deber ser».

El autor teme que el lector se quede algo descorazonado por la falta de una solución definitiva del problema de la racionalidad de la decisión jurídica. A ello habría que contestar que con esta obra el lector (al menos el que ahora les habla) se queda convencido de que dicha respuesta definitiva si es que no existe, al menos es extremadamente difícil de hallar.

He dicho que, en nuestra opinión, el autor ha seguido un camino «racional» en la confección de esta obra. Con toda probabilidad él nos respondería que como toda obra humana, la suya adolece de ciertos elementos irracionales. Creo que estos elementos, si existen, son difícilmente perceptibles. Dicha «creencia» no constituye un «*a priori*», sino que se deriva de la «experiencia» de haber leído la obra.

Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BONETE

⁹ Página 107.

¹⁰ Páginas 114-115.

ZOLO, D., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci ed., Roma, 1998.

Una de las reflexiones recurrentes en la historia de la filosofía, especialmente de la filosofía jurídica y política ha girado en torno a la posibilidad de construir un orden mundial o cosmopolita, esto es, un marco conceptual donde los hombres compartieran un mismo espacio, unas mismas instituciones políticas, unos mismos derechos y un mismo ámbito de relaciones económicas. Una y otra vez filósofos y pensadores a través del tiempo, bien impelidos por los acontecimientos históricos, bien llevados por la mera reflexión especulativa, han roto la barrera de la polis, del feudo medieval o del Estado nación como único escenario donde plantear los clásicos problemas de la filosofía político-jurídica.

La posibilidad de concebir el mundo como una entidad sometida a unas mismas reglas o pautas interpretativas resulta inherente, por otra parte, a cualquier pensamiento con pretensiones de totalidad, a cualquier deseo de explicar, por ejemplo, la estructura del Derecho en cualquier contexto o en cualquier tiempo. Someter las propias teorías a lo que podríamos denominar la prueba de su mundialización parece una exigencia de coherencia si, como decía antes, se pretende afirmar la validez de las mismas por encima de condicionamientos espacio-temporales.

En este sentido, el libro de Danilo Zolo, *I signori della pace*, constituye *prima facie* la expresión de un conjunto de circunstancias que son el fundamento del creciente interés en nuestros días por la reflexión filosófico-jurídica de trasfondo cosmopolita. De un lado, la concurrencia de teorías con pretensiones de dar una explicación y solución global a los grandes problemas de la humanidad y de otro lado una serie de factores como la aparición de una opinión pública mundial o la internacionalización de los mercados de capitales... que con independencia de esas pretensiones intelectuales obligan a cualquier pensador a replantear sus teorías en el ámbito de una sociedad globalizada y a confrontarse con una realidad difícil de ignorar y de valorar.

Consciente de ello, D. Zolo recoge en este su último libro algunos de los artículos que, sobre lo que él mismo denomina «globalismo jurídico», ha venido publicando en revistas especializadas a lo largo de 1998. A ellos añade un capítulo final y unas conclusiones hasta el momento inéditas. Concretamente el profesor italiano aborda en las páginas de su obra, y desde una posición claramente crítica, las tesis iusirenistas de H. Kelsen, J. Habermas y N. Bobbio, trazando entre ellas lazos de unión que permiten, *mutatis mutandi*, encuadrar a los tres pensadores contemporáneos en una misma teoría del Derecho y de la política institucional. Las teorías de Kelsen, Habermas y Bobbio referentes al orden internacional encontrarían su origen en la obra de Kant, *La paz perpetua*, y sobre ella construirían una ideología de la pacificación que se extiende con fuerza y, según Zolo, con carácter vencedor en nuestros días, tanto en el ámbito anglosajón (recuérdese a Falk y a Held y sus teorías sobre un constitucionalismo global, o al mismísimo Rawls y su propuesta de *ius gentium*), como en el ámbito de la cultura continental. Una premisa filosófica uniría en su diversidad a todos los iusirenistas del siglo XX, la idea kantiana de la unidad moral del género humano como presupuesto de cualquier propuesta de construcción de un Derecho cosmopolita. A partir de dicha premisa kantiana las propuestas de los filósofos y pensadores contemporáneos se multiplican siempre girando en torno a la necesidad de la reforma y creación de instituciones mundiales que hagan efectivo el respeto a los derechos humanos.

Pero, como apuntaba, el planteamiento del sociólogo italiano es profundamente crítico con ese florecimiento actual de doctrinas de corte cosmopolita.

Zolo desconfía del éxito de dichas teorías que, en su opinión, esconden una defensa de posiciones claramente eurocentristas y un proyecto de unificación del mundo frente a lo que él considera la más deseable revaloración de las identidades étnico-nacionales. Basta señalar que la insistencia actual en la construcción de una jurisdicción penal mundial se presenta a los ojos de Zolo como la perpetuación del modelo de la Santa Alianza, «que confía el destino del mundo a algunos señores de la paz sentados en el vértice de la jerarquía mundial del poder y de la riqueza»¹.

En este sentido, D. Zolo se muestra extraordinariamente agudo en la exposición y sobre todo en la identificación de los flancos débiles de las tesis del globalismo jurídico en algunas de sus más conocidas versiones. Expone, en primer lugar, las posiciones kelsenianas basándose fundamentalmente en las obras *El problema de la soberanía* y *La paz a través del Derecho*². Al respecto el sociólogo italiano reitera el gran peso de la filosofía kantiana en la obra del jurista vienés, manifiesto, por ejemplo, en el uso de la llamada *domestic analogy*, que lleva a Kelsen, como antes había conducido a Kant, a considerar la paz como el fin último de la historia humana o lo que es lo mismo a concebir la historia de la humanidad como un proceso hacia la construcción de una sociedad jurídica. Kelsen cree que las relaciones internacionales se pueden pacificar a través del Derecho y con ello muestra una de las vertientes más radical de su teoría, aquella en que la exaltación de la racionalidad jurídica le lleva a los terrenos de la utopía y de la subversión. Para Kelsen, por ejemplo y como es sabido, la idea de soberanía constituye una gran lacra para progreso jurídico. En tanto que en directa contradicción con el Derecho internacional la soberanía de los Estados debe ser radicalmente erradicada.

De modo que, en el ámbito internacional, Kelsen tiene claro su objetivo teórico: la disolución de la política en el Derecho y el encauzamiento de la violencia entre los Estados. Su meta no es otra que la construcción de la *civitas maxima*, el deseable momento en el que el Derecho se convierta en organización de la humanidad, un único ordenamiento jurídico para un único Estado mundial. El primer paso en el camino hacia ese ideal de pacificación no es otro que la creación de un tribunal de justicia internacional que llevaría a considerar la guerra como una sanción penal impuesta por la violación del Derecho internacional. Tal camino hacia la paz posee, sin embargo, un presupuesto que inevitablemente tiene carácter moral o al menos constituye una opción ideológica. Lo que el propio Kelsen denomina una idea ética suprema: esa concepción del hombre y de la humanidad condensada en la, ya citada, afirmación de la unidad moral del género humano.

Así, Zolo puede presentar a Kelsen como un iuspositivista atrapado en sus propias contradicciones condensadas sobre todo en ese último fundamento extra-normativo del orden internacional. Una teoría del Derecho, considera el pensador italiano, debería mantenerse pura respecto de planteamientos morales y en cambio hacerse impura, es decir, dejarse permear por la pluralidad política de la realidad. En palabras del estudioso italiano, «una sistemática contaminación teórica entre Derecho y poder y entre poder y violencia»³. Según Zolo, por otra parte, cuando el jurista austríaco considera la guerra como una

¹ ZOLO, D., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 1998, p.15.

² Tomando como punto de referencia estas dos obras del Kelsen, D. Zolo nos da cuenta del giro teórico que en relación al Derecho internacional se constata en la obra del pensador alemán a partir de segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*.

³ ZOLO, D., *op. cit.*, p. 138.

sanción penal, (condición necesaria para concebir el orden normativo internacional como jurídico), se aleja de esa inspiración liberal y democrática que parece impregnar su obra. La guerra en sí misma considerada constituye una sanción que viola el principio del carácter personal de la responsabilidad penal. Ciertamente la injusticia intrínseca de la guerra en cuanto sanción difusa es una objeción de la que el propio Kelsen es consciente y por ello intenta en gran parte neutralizarla haciendo hincapié en la necesidad de aprobar normas que establezcan la responsabilidad individual. Piensa Kelsen en aquellos que como miembros de un gobierno o agentes del Estado hayan recurrido a la guerra en violación del Derecho internacional, esto es, del principio del *iustum bellum*, y defiende, así, que tras las contiendas militares no sólo los ciudadanos/gobernantes de los países vencidos sino también los de los países vencedores puedan ser sometidos a juicio.

Tras los pasos de Kelsen y sobre los presupuestos filosóficos de Kant, N. Bobbio incide en la teoría de la guerra justa, entendida no como «guerra santa» sino como uso legítimo de la fuerza, y en torno a tal idea considera posible la salida del estado de anarquía en que se encuentra la sociedad internacional. La meta no es otra que la construcción de una democracia mundial capaz de proteger los derechos humanos más allá de los confines de los Estados concretos, es decir, en contra de la pretensión de esos mismos Estados de soberanía absoluta. Para Bobbio, como para Kant, la democracia tiene fuerza expansiva. Paz y democracia, por otra parte, se implican mutuamente y así mientras el despotismo puede ser considerado la continuación de la guerra en el interior del Estado, la democracia internacional puede ser entendida como el modo de expansión y de reforzamiento de la paz más allá de los confines de los concretos Estados. Su propuesta, pues, muy próxima al pensamiento kelseniano, tiene también un implícito presupuesto moral en la consideración de hombre como un ser moral, un objetivo ideal cual es la Democracia y la pacificación internacional y un camino para alcanzar su objetivo, camino que hace hincapié en el desarrollo y democratización de las Naciones Unidas.

Para Zolo, sin embargo, es discutible el uso que hace Bobbio de la *domestic analogy*. En el caso dudoso de que existiese una verdadera sociedad internacional, difícilmente se podría considerar análoga a la *civil society* que ha dado soporte al proceso de formación del Estado moderno europeo. Claramente crítico con la situación actual de las Naciones Unidas, y menos optimista sobre el futuro de la misma, Zolo desconfía de los poderes centralizados y no encuentra beneficio alguno en la existencia, por ejemplo, de una única jurisdicción para la violación de las normas del Derecho internacional.

Pero es con los escritos de J. Habermas cuando se alcanza un máximo de contenido ideal en las propuestas de organización internacional. La expresión de la unidad del género humano (presupuesto kantiano adoptado por Kelsen y cómo no por Bobbio) se transforma en la defensa del carácter universal de los derechos humanos y por tanto, también, en la necesidad de conceder subjetividad jurídica, en el ámbito internacional, a los individuos antes que a los Estados.

J. Habermas defiende como un objetivo deseable un democracia mundial, que aquí no es tanto el resultado de la pacificación de las relaciones entre esos *leviatanes* que son los Estados cuanto el resultado inevitable de llevar hasta sus últimas consecuencias la idea de Estado de Derecho. El pensador alemán traza así un camino para alcanzar dicha meta. Sobre los cimientos de las Naciones Unidas imagina un parlamento mundial, un tribunal internacional y por tanto, también, de nuevo, una drástica reducción de las soberanías de los Estados.

La propuesta de un Parlamento mundial como corolario necesario de una sociedad internacional regida por las reglas de la democracia es algo que ya causó en su día perplejidad al propio Kelsen. Como pone de manifiesto D.

Zolo, para Kelsen un «parlamento mundial en el que estén representadas todas las Naciones Unidas de acuerdo con su fuerza numérica conjunta sería un cuerpo legislativo en el que la India y China tendrían aproximadamente tres veces más diputados que los Estados Unidos de América y Gran Bretaña juntos...»⁴. Sin embargo, la advertencia de Kelsen no parece ir dirigida a señalar la imposibilidad teórica de un Parlamento tal como a resaltar su gran dificultad práctica, en cuanto que supone una alteración de la hegemonía del poder internacional actual. Por otra parte, la elección democrática de los miembros del Parlamento debería hacer irrelevante su nacionalidad de la misma manera en que resulta irrelevante dentro de los Estados federales el origen de los representantes políticos. La objeción kelseniana en el sentido en que la interpreta Zolo no parece que se pueda reducir al orden internacional sino que en todo caso se debería afirmar contra el propio principio de mayorías o contra uno de los aspectos fundamentales de la democracia.

Las tesis de Kelsen, Bobbio y Habermas constituyen, sin duda, un excelente ejemplo de ese globalismo jurídico que es hoy una teoría extendida, pero también ampliamente criticada, en el panorama de la filosofía jurídica y política actual. En la excelente exposición que D. Zolo hace de las mismas se ponen de manifiesto sus nexos comunes, esa misma matriz ética y ese idéntico ideal de comunidad internacional. Y es así, tomadas como una única teoría que Zolo les dirige, en la parte final de su libro, un conjunto unitario de críticas y les opone un visión, pretendidamente alternativa, que el mismo denomina «realista». Zolo comienza por el principio poniendo en cuestión el presupuesto moral y filosófico de toda teoría iusirenista: la cualidad moral del hombre y la unidad moral del género humano. Ambas ideas, en tanto que de corte iusnaturalista, constituyen para el estudioso italiano un vestigio de viejas filosofías. De alguna manera son tesis que resultan anacrónicas en la medida en que recuperan opciones éticas que la historia, según el pensador italiano, parecía haber superado. D. Zolo afirma, así, que una teoría moderna del Derecho internacional «debería renunciar a cualquier prerrogativa de objetividad cognitiva y de universalidad deontológica de los propios enunciados y no intentar fundamentar la validez del Derecho internacional en una “verdad” presupuesta y menos aun en una ética universal»⁵. Una teoría jurídica de este tipo debería limitarse «a proponer determinados instrumentos normativos como funcionales respecto a determinados fines, considerados en hipótesis como dignos de ser perseguidos»⁶. Desde luego, Zolo guarda silencio sobre en base a qué deben determinarse, en su opinión, esos fines dignos de ser perseguidos, si bien, eso sí, descarta como presupuesto teórico esa unidad moral del género humano que es también, por otra parte, el fundamento del carácter universal de los derechos humanos. Sorprendentemente, tanto Kelsen como Bobbio o Habermas no hacen más que proponer instrumentos normativos para alcanzar un fin que consideran digno de ser perseguido: la paz o la democracia internacional a partir de un presupuesto, evidentemente ético, que les ayuda a discernir entre los fines legítimos y los ilegítimos.

Puesto en duda el presupuesto ético de los planteamientos del globalismo jurídico, el pensador italiano puede cuestionar también el objetivo ideal y desde luego el camino hacia el mismo que avanza a través de la reformulación y reforma de las instituciones internacionales. ¿Qué fundamento podría tener,

⁴ KELSEN, H., *La paz por medio del Derecho*, trad. cast. L. ECHÁVARRI, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 37.

⁵ ZOLO, D., *op. cit.*, 135.

⁶ *Ibidem*.

por ejemplo, si se niega la unidad del género humano, una legislación mundial? Frente a un dudosamente legítimo Derecho cosmopolita, Zolo alude a la teoría de los regímenes jurídicos. En ausencia de unas fuentes normativas centralizadas, importantes cuestiones (la pesca oceánica, el comercio internacional, el sistema de cambio, la investigación espacial...) son reguladas unitariamente por la mayor parte de los actores internacionales. La constatación de este hecho demuestra para el pensador italiano la futilidad de unas instituciones legislativas cosmopolitas de carácter centralizado. Su propuesta, entonces, no es otra que la de un mínimo Derecho supranacional que dejara prácticamente intactas las soberanías de los Estados actuales. El Derecho internacional debería dirigirse hacia la constitución de una sociedad jurídica entre sujetos colectivos que opere siguiendo una lógica de subsidiariedad normativa respecto a las competencias de los ordenamientos estatales.

Ciertamente, la praxis internacional con un alto grado de descentralización y cierta espontaneidad ha sido históricamente capaz de regular materias como las ejemplificadas por Zolo. Sin embargo, las propuestas de Kelsen o de Habermas sobre instituciones de carácter cosmopolita no parecen movidas por la preocupación de regular cuestiones como el desarrollo de la investigación espacial o la tan problemática cuestión de la pesca oceánica... En los textos de Kelsen, de Bobbio o de Habermas, late el problema del uso arbitrario de la fuerza que atraviesa la historia de la humanidad, y frente al cual, en nombre del realismo, se ha generado un cierto fatalismo o actitud resignada. Zolo habla de un Derecho supranacional mínimo y subsidiario y creo que esto no se encontraría en contradicción con la propuesta de globalismo jurídico. Sólo que, a diferencia del pensador italiano, para Habermas, por ejemplo, ese Derecho mínimo y subsidiario estaría constituido por los derechos humanos. Un mínimo que ciertamente resulta un máximo cuando se confronta con la realidad y que no por ello deja de ser un fin legítimamente perseguible.

En definitiva, Zolo acusa a los defensores del globalismo jurídico de querer justificar ciertas políticas actuales y dar legitimación a instituciones internacionales ya existentes o en vías de consolidación (Tribunal Penal Internacional). La caída del muro de Berlín y el imperialismo americano sin alternativa sería el trasfondo de esas teorías aparentemente neutras. Una interpretación de este tipo, de también larga tradición entre juristas y politólogos, no da cuenta, sin embargo y por ejemplo, de la resistencia del gobierno norteamericano al Tribunal Penal Internacional. Si se trata de justificar lo real, las tesis de Zolo parecen superiores a las del globalismo jurídico. ¿Qué mayor justificación del *status quo* que la defensa de una mínima limitación de las soberanías nacionales, la negación de subjetividad jurídica a los individuos en el ámbito supranacional, el rechazo de un Tribunal mundial para las violaciones de las normas de Derecho internacional o la negación del carácter universal de los derechos humanos?

Cristina GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

LACASTA-ZABALZA, José Ignacio, *España uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y su conciencia nacional e intelectual*, Pamiela, Pamplona, 1998, 365 págs.

Si Max Aub estaba en lo cierto y «lo que importa de las cosas no son las cosas en sí, sino el porqué se hacen», habrá que preguntarse ¿por qué se escribe *España uniforme*? Tal vez porque resultara necesario que desde una relación moral con la política se hiciese frente al olvido. Al olvido de la política, o lo que es igual, «de la historia del poder y su espíritu». Quizá lo más correcto sería invertir la cuestión: cómo no hacerlo si la política de hoy es fruto de la de ayer y semilla de la de mañana. No reflexionar sobre la España uniforme hubiese significado preterir lo que en realidad perdura.

España uniforme viene del desvelo por la fundamentación del sistema jurídico español y por la nula legitimidad de quienes reprochan al pluralismo su existencia. Así, la cadena de validez normativa no sería un exquisito más trasnochado artificio teórico sino que continuaría siendo una lúcida y válida disquisición sobre el origen del derecho y el estado.

España se hace uniforme porque sin lo mejor de la tradición y la cultura republicana ha concedido un nacionalismo que parece haber reducido la lucha por el derecho a una breve fase histórica. A lo que parece, la superación definitiva de tal fase contradice y niega la posibilidad y autenticidad de cualquier pretensión discordante con lo igualador e igualado. Desde esa atalaya, quienes dicen atisbar otra cosa no verían sino la imagen de su deseo.

Parece que, en la uniformizada sociedad y con Ihering en el pensamiento, el autor echa en falta una suerte de «egoísmo maduro» que colme de significado la lucha por los derechos de los otros como deber de la comunidad. Auténtico indicio y criterio de *self-respect* para los ciudadanos, diría Resta.

La apuesta, encendida apuesta sobre todo en la Introducción, por la razón jurídica, para la que no existe alternativa, justifica que tampoco falte (ni sobre) una ilustrada visita a las dependencias y conductos menos frecuentados del edificio estatal. Suba o baje el diapason, el rechazo de la ambivalente idea de la violencia, entendida a un tiempo como enfermedad y como cura permanece como único fondo y fundamentación del Estado de Derecho. Donde la paz sólo lo es si viene por medio del Derecho. De otra forma, transgredido a sí mismo pierde su particularidad y esencia.

La trabada estructura del libro casa bien con la compleja urdimbre social donde lo que puede ser casi iguala en importancia a lo que resulta ser. El autor, acaso por ello, no ningunea a político o escritor que en libro o prensa se haya pronunciado y con ello contribuido a la conformación del pluralismo político de este país, ahora enteco por desmemoriado. Menos bien casa el lenguaje del libro con la actual y poderosa tendencia al eufemismo como impulso homologador. Rica en referencias jurídicas y filosófico-políticas la obra corrobora la buena salud de correosas corrientes doctrinales que, ancladas a mediados de siglo han pervivido y perfilado un patriotismo español que más que descuidar desdeña lo plurinacional. No sólo las normas cimentan la sociedad. La unidad de ésta, sin fisuras por definición, se construye a base de enaltecer a algunos de sus pensadores (Ortega y Gasset valdría) aun al precio de proscribir el pensamiento de algunos de los otros, los de Pi y Margall servirían como ejemplo. La crítica del autor se centra en la amnesia cultural, nada inocente, que tan pobre crea a un nacionalismo español en el que sólo une lo anti. Ser un buen español es ser un buen anti-separatista, y aun antinacionalista (catalán, gallego, vasco o cualquier otro lugar con ínfulas de diferencia).

Grande para lo pequeño y pequeño para lo grande no es un acertijo, es un Estado, dice Ferrajoli. Tal vez por ello, seguir aferrándose de manera monocorde a determinadas formas de estado, como si el difuminado de la soberanía fuese algo local y accidental, significaría convertir en un fin definitivo e incuestionable lo que debería considerarse un medio vivo de organización social. Los valores, que en el libro se descubren sin dificultad señalan que sólo en una visión estéril el mundo es como nos lo dan y ya. Pero no, y no sólo en el presente trepidante, el mundo es (y sigo con Aub) «como lo hacemos, o nos obligan a hacerlo, o lo dejamos hacer». El respeto a las minorías o la protección del menos fuerte, otros valores del profesor Lacasta, justificarían la defensa (tirando a asimétrica) de las políticas lingüísticas catalana y vasca.

Para el autor de *España uniforme* el estado no puede ser una reliquia objeto de culto sino de reflexión. En la suya se deslinda sin estigma el nacionalismo cultural del político como requisito previo al rigor del debate: ¿qué España? Para José Ignacio Lacasta las razones históricas son las razones de peso que aconsejan la asimetría federal como mejor forma, fórmula para este estado. Para ello es imprescindible abandonar la España de las creencias y entrar en la de las razones. Sin embargo, y a pesar del tiempo transcurrido desde Spinoza, todavía siguen siendo válidas sus palabras: «nos hallamos muy lejos de eso, de que todos puedan siempre y fácilmente dejarse guiar tan sólo por la razón.» La fe, y no la razón, continúa siendo «el supremo sostén del estado».

M^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS

IV

NOTICIAS

Reseña sobre el Primer Congreso Internacional «Derecho y Sociedad» (Bilbao, 5-6 de febrero de 1999)

Por MARÍA JOSÉ BERNUZ BENÉITEZ
Universidad de Zaragoza

Durante los días 5 y 6 de febrero se celebró en el Museo Guggenheim de Bilbao el Primer Congreso Internacional «Derecho y Sociedad», organizado por la Asociación de Análisis sobre Derecho y Sociedad. Asociación de muy reciente creación que pretende instaurar un foro de debate entre juristas y profesionales para el desarrollo de la Sociología Jurídica como instrumento de comprensión y análisis de la realidad; que al tiempo favorezca e impulse un concepto activo del derecho. Igualmente colaboraron en su promoción el Consejo General del Notariado, la Editorial Aranzadi, el Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, el Instituto Intemacional de Sociología Jurídica de Oñati y la Universidad de Zaragoza.

El Congreso se organizó en cuatro bloques temáticos distribuidos en dos jamadas de trabajo. Tras la apertura de las Jornadas por Manuel Calvo García, Presidente de la Asociación durante 1998, Juana Balmaseda, del Colegio de Abogados de Bizkaia; Manuela Carmena, Vocal del CGPJ; Pierre Guibentif, Director del IISJ, y Abel Muniategi, Vicenconsejero de Justicia del Gobierno Vasco, se dio paso al primer panel que se desarrolló en tomo a la cuestión, *¿Qué proceso civil, para qué sociedad?*, en el cual Manuela Carmena y Fernando Escribano plantearon en una dinámica de debate y contradebate algunos puntos controvertidos sobre Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

La tarde se distribuyó en dos tramos. En el primero de ellos se desarrolló el segundo panel sobre *Justicias informales: mediación, negociación*. En un primer momento los ponentes: Daniel Bustello, Javier Iglesias, Josep Jover y Emilia Fernández, moderados por Consol Martí, centraron los procesos alternativos a la justicia tradicional en el entorno mercantil y familiar; refrescando el debate con experiencias profe-

sionales que indican los aspectos positivos y los límites de estas justicias «alternativas». El interés social y académico que despierta este tema vino abalado por la abundancia de comunicaciones que encajaron en este bloque. Algunas de ellas, que pudieron ser manifestadas oralmente, avanzaron la línea por la que se mueven las investigaciones sociojurídicas y expusieron algunas experiencias concretas en la puesta en marcha de los procesos informales de resolución de conflictos.

La pretensión de la Asociación de crear foros de debate sobre temas de interés común se evidenció al final de la jornada en que se invitó a los participantes a dirigirse hacia la sede del Colegio de Abogados de Bizkaia. Donde se presentaron y crearon seis grupos de trabajo propuestos previamente por los propios participantes con la aspiración de reunirse con carácter anual o bianual y discutir los temas de interés, o plantear el estado de las investigaciones en curso. Los grupos que surgieron fueron: 1. Análisis y evaluación en materia de drogas. 2. Pragmática, comunicación y derecho. 3. La Reforma de la Administración de Justicia. 4. La mediación y la negociación en España: presente y futuro. 5. Grupo de análisis sobre la actividad policial para el progreso social. 6. Políticas sociales y derechos humanos.

La segunda jornada de trabajo se inició tras la celebración de la Asamblea de la Asociación DyS, que, entre otros puntos, eligió presidenta para el año presente a Consol Martí. A continuación, el tercer panel sobre *La cultura jurídica del ciudadano*, moderado por Juan José García de la Cruz, cedió la palabra en primer lugar a los comunicantes, que abordaron diversos aspectos del acceso de los ciudadanos al derecho o de los propios mecanismos de aproximación del derecho a la sociedad. Seguidos por las ponencias de Pompea Casanovas y Fernando Lambea, que confirmaron las transformaciones en las relaciones entre el derecho y la sociedad y en la propia concepción «popular» de lo jurídico. Así como el siempre alentador discurso de José Juan Toharia, que, afirmando lo anterior, anima a los sociólogos del derecho en la puesta en marcha de investigaciones que establezcan puentes entre las relaciones sociales y las manifestaciones jurídicas.

La tarde se destinó a acoger el cuarto panel sobre *Políticas sociales ante la crisis del Estado de Bienestar*, que disfrutó de la entusiasta moderación de Elías Díaz. Las ponencias, hilvanadas por una más general sobre políticas sociales de María José Añón, se centraron en tres aspectos de las mismas: Seguridad Social, por Eduardo Bandrés; Sanidad, Ana María Guillén; y Educación, Leonardo Sánchez. A continuación, los comunicantes expusieron algunos puntos de sus investigaciones sobre ciudad, actividad policial, ingresos mínimos y pobreza, o políticas educativas.

El éxito, cifrado en el número de participantes y las valiosas contribuciones de los mismos en este Primer Congreso de la Asociación DyS, hace presagiar un interés creciente por la Sociología del Derecho que disimula un progresivo convencimiento sobre las relaciones entre el derecho y la sociedad como factor de desarrollo y de cambio. Además, la diversidad de procedencia de los participantes, juristas y profesionales fundamentalmente, adivina el ideal de conectar las razones sociales y las consecuencias jurídicas o viceversa.

Noticia de las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Valencia, 15 y 16 de abril de 1999)

Con una notable asistencia que superó las doscientas personas, durante los días 15 y 16 de abril de 1999 se celebraron las jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, organizadas, en esta ocasión, por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universitat de València, a través de una Comisión dirigida por el profesor Javier de Lucas. El lugar de celebración fue la Sala de la Muralla del Colegio Mayor Rector Peset, que antiguamente fue Palacio de Martínez de Vallejo, situado en el centro histórico de Valencia. Hay que destacar que estas Jornadas se llevaron a cabo con el patrocinio de distintas entidades: la *Fundación Cinc Segles*, de la Universitat de València; el Decanato de la Facultad de Derecho; la Conselleria de Presidencia de la Generalitat de Valencia, y la Conselleria de Educación de la Generalitat de Valencia

Los temas de las ponencias versaron sobre *El patriotismo y la ciudadanía en la era de las identidades posnacionales*, con una ponencia presentada por el Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, Dr. J. Ignacio Lacasta, con el título: «Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español»; el profesor Dr. Modesto Saavedra, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, presentó la ponencia «Igualdad moral y diferencias jurídicas». Sobre el tema *Democracia, Derecho y Orden Internacional*, el profesor Dr. J. R. Páramo, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, presentó la ponencia «Democracia, preferencias y negociación». Y por último, sobre el tema *El vínculo social, hoy: trabajo y derecho al trabajo*, el Dr. J. Antonio García Amado, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, presentó la ponencia «El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social».

En los distintos apartados de las Jornadas se presentaron comunicaciones relacionadas con las ponencias, que propiciaron el debate y la discusión. Previamente, las ponencias y comunicaciones presentadas se habían publicado y difundido en los *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (http://www.uv.es/~afd/CEFD/Index_CEFD.html) de forma que con anterioridad a la celebración de las Jornadas se pudieran consultar para su mejor discusión. Como en anteriores ocasiones, está previsto publicar las ponencias y comunicaciones en un volumen editado por el Servicio de Publicaciones de la Universitat de València.

Además de las actividades académicas se realizaron diversas visitas a la ciudad: en concreto se pudo asistir a una sesión del milenario Tribunal de las Aguas, en la puerta gótica de la Catedral, una visita guiada a la Lonja y una recepción en el Ayuntamiento de la ciudad.

Las Jornadas finalizaron con la Asamblea General de la Sociedad, en la que, entre otros asuntos, mediante elección, se renovó la Junta Directiva, con la siguiente composición:

Presidente: Benito de Castro Cid, Catedrático de Filosofía del Derecho. UNED.

Secretario: Francisco Javier Ansuátegui Roig, Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.

Tesorera: María Eugenia Gayo Santa Cecilia, Profesora Titular de Filosofía del Derecho. UNED.

Vocales:

Carlos Alarcón Cabrera, Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Universidad de Huelva).

María José Añón Roig, Profesora Titular de Filosofía del Derecho (Universitat de València).

Manuel Calvo García, Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Universidad de Zaragoza) y Vocal encargado de las relaciones internacionales.

Juan Antonio García Amado, Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de León) y Vocal encargado de la coordinación informativa.

Marina Gascón Abellán, Catedrática de Filosofía del Derecho (Universidad de Castilla-La Mancha-Albacete)

Francesca Puigpelat Martí, Catedrática de Filosofía del Derecho (Universidad Autónoma de Barcelona) y Vicepresidenta.

Crónica del XIX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social

Por CARLOS ALARCÓN CABRERA

Entre el 25 y el 30 de junio de 1999 se celebró en la Universidad de Pace en Nueva York el XIX Congreso Mundial de Filosofía jurídica y social, organizado por la Sociedad Internacional de Filosofía jurídica y social (IVR), a la que pertenece la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política (SEFJP).

Las sesiones y ponentes fueron los siguientes:

1) Descubrimiento científico y avances tecnológicos: impacto ético, jurídico y social. Ponentes: Michael McDonald (USA), Giovanni Sartor (Italia) y Ulfrid Neumann (Alemania).

2) Derechos humanos y derechos de grupos culturales. Ponentes: Tom Campbell (Australia), Virginia Held (USA) y Rainer Bauböck (Austria).

3) La estructura de los sistemas jurídicos. Ponentes: Cristina Redondo (Argentina), Gabor Halmai (Hungría) y Rolando Tamayo (México).

4) Derechos de las minorías. Ponentes: Shadrack Gutto (Sudáfrica), Martín Farrell (Argentina), Gertrude Ezorsky (USA) y Rebecca Tsosie (USA).

5) La revolución de las comunicaciones y la ética informática. Ponentes: Deborah Johnson (USA) y Giusella Finchiaro (Italia).

6) Pragmatismo, realismo y jurisprudencia. Ponentes: Enrico Pattaro (Italia), Paolo Comanducci (Italia), Jes Bjarup (Suecia) y Robert Moffat (USA).

7) Concepciones del derecho. Ponentes: Panu Minkkineu (Finlandia), Un Jong Pak (Corea del Sur) y Werner Krawietz (Alemania).

8) Los derechos de la mujer. Ponentes: James Sterba (USA) y Anindita Balslev (Dinamarca).

9) Inteligencia artificial, lógica y derecho. Ponentes: Arend Soeteman (Holanda) y Hajime Yoshino (Japón).

10) La ética de los negocios. Ponentes: Richard de George (USA), Patricia Werhane (USA) y David Wood (Australia).

11) Constituciones y Sistemas democráticos. Ponentes: Michel Troper (Francia), Tatsuo Inoue (Japón), Ricardo Guibourg (Argentina) y Neil Walker (Reino Unido).

12) Razonamiento jurídico, normas jurídicas y normas morales. Ponentes: Joseph Raz (Reino Unido), Jeremy Waldron (USA) y Patricia Smith (USA).

13) Derecho y medio ambiente. Ponentes: François Ost (Bélgica) y Nicholas Robinson (USA).

14) Nacionalismo y Organizaciones regionales. Ponentes: Neil MacCormick (Reino Unido), Jan Broekman (Bélgica) y Omar Dahbour (USA).

15) Ciencia médica, ingeniería biomédica y ética. Ponentes: John Callahan (USA), Viljalmur Arnason (Islandia) y Deryck Beyleveld (Reino Unido).

16) Derecho consuetudinario y derecho religioso. Ponentes: Martin Golding (USA), Carla Faralli/Alessandra Facchi (Italia), Diana Meyers (USA), Ali Mazrui (USA).

17) Conceptos jurídicos fundamentales para una sociedad global. Ponentes: Yael Tamir (Israel), Charles Sampford (Australia), Sofia Popescu (Rumania) y John Humbach (USA).

Las comunicaciones presentadas por profesores españoles fueron: A Implicit Law and Theory of Legal Sources (Josep Aguiló Regla), A Kelsen against normative syllogisms@ (Carlos Alarcón Cabrera), A Illicits and Principles@ (Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero), A Advances in Medical Sciences: changing ethical perspectives A Legal Justification for Civil Disobedience@ (María José Falcón Tella), A The overcome of the weaknesses of the Theory of Law in relation with the regulation of Internet by the use of the communicative concept of Law@ (Fernando Galindo), A Some Remarks on Intention and Legal Interpretation@ (Isabel Lifante Vidal), A Law in Unger's Social Theory@ (Juan Antonio Pérez Lledó) y A Judicial Reasoning and Rules@ (Ángeles Ródenas Calatayud).

El día 28 se reunió el Comité Ejecutivo de la IVR, presidido por el profesor Enrico Pattaro, que a propuesta del profesor Manuel Atienza analizó la posibilidad de que la sección española organizara el Congreso Mundial de 2003 a 2005. El día 29 se reunieron los presidentes de las secciones nacionales, quienes informaron individualmente sobre los acontecimientos más relevantes relacionados con la filosofía jurídica, social y política acaecidos en los dos últimos años en cada uno de los países. Ante la imposibilidad de asistencia del profesor Benito de Castro Cid, presidente de la sección española, ésta estuvo representada por el profesor Carlos Alarcón Cabrera, quien materializó el encargo explícito de expresar el doble apoyo de la SEFJP al compromiso de organizar un próximo Congreso Mundial y a la candidatura del profesor Eugenio Bulygin para la presidencia de la IVR.

El 30 de junio se celebró la Asamblea General de la IVR, en la que se decidió formalmente que el Congreso Mundial de 2001 se celebrara en Amsterdam, que el Congreso Mundial de 2003 se celebrara en Lund, y que el Congreso Mundial de 2005 se celebrara en España, pero sin concretar la ciudad, requiriendo a la sección española para que en el Congreso de Amsterdam estuviera ya decidido este último extremo. Asimismo fue elegido en sustitución del profesor Enrico Pattaro como presidente de la IVR el profesor Eugenio Bulygin, y con él como vicepresidente el profesor Manuel Atienza.

V

NECROLÓGICA

In Memoriam

Antonio Fernández-Galiano Fernández (1926-1999)

Por B. DE CASTRO CID
UNED

Antonio Fernández-Galiano Fernández nació en Barcelona el 17 de mayo de 1926 y murió en Madrid el 8 de noviembre de 1999. Entre ambas fechas, la vida fue haciéndole pasar por situaciones personales y profesionales bastante variadas y a menudo complicadas ¹. Pero en todas ellas proyectó ampliamente su entusiasmo vital, su capacidad de entrega, su vocación de trabajador sereno e incansable, su generosidad y su profunda bondad humana. Es, pues, justo que quienes hemos disfrutado de su compañía durante tantos años honremos ahora su memoria evocando las cualidades o virtudes que enriquecieron su densa peripecia biográfica ².

Sin duda, la vida pública de Antonio Fernández-Galiano se polarizó de forma preponderante en torno a la docencia universitaria y la

¹ Hijo de Catedrático universitario, adolescente atado a una forzada y azarosa itinerancia familiar por varios puntos de la geografía española, estudiante, al fin, de Filosofía y Derecho en Madrid, Profesor Ayudante en Filosofía y Letras, Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho, Catedrático de Escuela Técnica de Grado Medio, Catedrático Numerario de Instituto Nacional de Bachillerato, Secretario de Facultad, Director del Servicio de Publicaciones, Vocal y Vicesecretario General del Consejo General de Educación, Profesor Agregado de Universidad, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación, Catedrático de Universidad, Vicerrector, Decano, Senador, miembro de la Comisión Constitucional, Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia, Presidente del Ente Preautonómico de Castilla-La Mancha, Diputado de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma de Madrid, académico electo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Consejero de Estado...

² El detalle de esa peripecia biográfica y bibliográfica ha sido dibujado ya por varios compañeros y amigos. (Ver, por ejemplo, el libro-homenaje que le dedicó la Facultad de Derecho de la UNED en 1995, con motivo de su jubilación, o las notas necrológicas publicadas en la prensa diaria con ocasión de su fallecimiento).

acción política, si bien con un neto predominio de la primera sobre la segunda, de modo que trasladó su buen talante académico al activismo político, pasando por él como los filósofos legisladores que prefería Platón para su República perfecta. Y, probablemente por eso, en ambos campos fue (con las inevitables excepciones) generalmente respetado, admirado y querido hasta el momento de su muerte, incluso por quienes estaban acampados en otras parcelas de creencia religiosa, convicción política, actitud científico-filosófica o talante humano. Y es que, por encima de cualquier posible discrepancia o confrontación concreta, a pesar de que muchas actuaciones y algunas personas le irritaban y hasta le «sacaban de quicio» en ocasiones, él terminaba actuando siempre con la ecuánime generosidad del hombre profundamente honesto y bienintencionado.

Honestidad y bondad. Este es, creo, el rasgo que mejor define el perfil de Antonio Fernández-Galiano. Y este es también el gran legado que ha dejado a sus discípulos y amigos. Como hombre, como universitario y (creo que también) como político, prefirió siempre la integridad ética al cálculo o interés estratégico. Por eso, a pesar de que fue en todo momento muy amigo de sus amigos y consciente de la lejanía de los que no lo eran, en el último instante se inclinaba siempre hacia lo que él pensaba que eran exigencias de la verdad y de la justicia (pues para bien y para mal, propio y de sus allegados, prefirió ser en todo momento más amigo de la verdad y de la justicia que de los hombres).

Yo comencé a tratarle con cierta asiduidad hace pocos años, pero he tenido todavía la suerte de ser testigo directo de varias muestras de esa honestidad suya casi constitutiva. Y he podido admirar también la que, en mi opinión, debe ser considerada como la segunda actitud cardinal de su vida: la pasión (o más bien «obsesión» estética) por las cosas bien hechas³. Quizá porque en nuestro entorno cultural estas dos virtudes parecen abocadas a un proceso irreversible de extinción, me impresionó muy profundamente la fidelidad y mimo con que él las cultivaba en su vida diaria, como si le resultaran totalmente connaturales. Así, su radical predisposición bondadosa y honesta (animada siempre por el respeto a sí mismo y a los demás) se plasmaba en detalles tan elocuentes como el hondo sentimiento igualitario que ponía en sus relaciones de amistad, la sencillez con que ostentaba los cargos públicos⁴ o el decoro, la tolerancia, la integridad y la generosidad con que se desempeñó en su vida académica. Y, a su vez, la pasión por las cosas bien

³ Pasión que fue, pienso, la que le llevó a comprometerse reiteradamente en la organización y gestión de los asuntos públicos, tanto en el ámbito académico como en el político.

⁴ No me resisto a recordar una anécdota de su época de Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia. En cierta ocasión, le visité en su despacho de la calle Alcalá para comentar con él algo relativo a un concurso de acceso a cátedra al que concurrían varios compañeros de Filosofía del Derecho. Tras un breve saludo, me dijo: mira, tengo que hacer una gestión urgente y rápida en el Ministerio de Economía y Hacienda; si no te importa, vamos dando un paseo y, mientras, hablamos. Y, así, caminamos hasta Economía y Hacienda, realizó por sí mismo la gestión y regresamos andando hasta Alcalá 34.

hechas hacía que cultivara hábitos tan poco comunes en la actualidad como el cuidado de la expresión correcta, precisa y hasta elegante o la escrupulosa observancia de la puntualidad en toda clase de citas y reuniones (sólo rota, por desventura, al dejarse morir mucho antes del momento justo y previsible).

Por otra parte (según lo que yo conozco y sin duda por imposición de su propia honestidad personal y de su estética de la vida) hizo siempre con toda naturalidad algo que suele ser totalmente inhabitual en los dos mundillos en que proyectó la mayor parte de su actividad: no avanzó zancadilleando al contrario, abriéndose paso a codazos o poniendo el argumento de la ética pública al servicio de intereses particulares; ni en beneficio propio, ni para ventaja de sus discípulos y amigos. Y practicó la tolerancia activa, resistiéndose a la tan extendida aplicación radicalizada y excluyente de la ética del amigo/correligionario. Por eso, ponía sus conocidas y arraigadas ⁵ creencias, convicciones y preferencias al servicio de su propia vida, sin permitir que actuaran como frontera o trincheras de exclusión de disidentes. Y fue también generosamente comprensivo y magnánimo ⁶.

No es de extrañar, por tanto, que, con ocasión de su muerte, muchos compañeros expresaran la convicción de que Antonio Fernández-Galiano había sido, por encima de todo, un hombre bueno y honrado ⁷. Y lo fue, en efecto, pero no por azar y sin coste; como suele ocurrir casi siempre, su amor a la verdad, su sentido de la justicia y su tozuda actitud de respeto a la propia integridad moral le colocaron con frecuencia

⁵ La fidelidad a sus convicciones y actitudes básicas, incluido el iusnaturalismo filosófico y político, parece estar suficientemente probada. De ahí que deba apreciarse un fallo de base en la interpretación de que, en los últimos años, se había distanciado del pensamiento iusnaturalista. Creo que no hubo cambio de posiciones, sino sólo, tal vez, de intensidades, por lo que la apreciación de ese distanciamiento habría que achacarla a un pequeño error de perspectiva: haberle considerado antes como un escolástico rígido y dogmático (olvidando la actitud receptiva y crítica que fue clave central de su sensibilidad vital y filosófica). En efecto, al igual que tantos otros, Antonio Fernández-Galiano fue siempre un iusnaturalista de convicción, no de escuela, y, en consecuencia, era crítico con sus propias posiciones, de modo que su iusnaturalismo no le impidió tener al mismo tiempo una fuerte sensibilidad relativizadora y una aguda conciencia de la dimensión histórico-sociológica de todas las realidades humanas, incluido el Derecho.

⁶ Un detalle. En 1989, con ocasión del Congreso Internacional que organizó durante el mes de febrero en la ciudad de Ceuta, algunos de los filósofos del Derecho que, como organizador, había invitado tuvieron la (al menos, indelicada) iniciativa de organizar una cena reservada en la que se habló sin ambages de los posibles candidatos para sustituirle en la cátedra de la UNED (cátedra que, habida cuenta de los achaques que minaban entonces la salud de Antonio, presumían iba a quedar vacante en breve). Los designios del azar hicieron que Antonio tuviera noticia inmediata de la reunión y de lo que en ella se había hablado y, como es obvio, sufrió un disgusto mayúsculo y una profunda decepción. Pero no dio muestras de haberse enterado ni cambió su trato ni su relación de amistad con quienes habían jugado a hacer almoneda de las cortas esperanzas de vida que, según parecía, le quedaban.

⁷ Dato curioso: ese reconocimiento fue expresado a menudo mediante sendas expresiones habituales («era un caballero», «era buena gente») que, como la propia actitud vital del compañero fallecido, concitan la sensibilidad de dos tiempos culturales distantes sólo en apariencia (el clásico de la tradición y el ágil y coloquial de la actualidad).

en situaciones bastante incómodas y desagradables ⁸, que le obligaban a recurrir a los hondos resortes de su hombría de bien.

Este es el hombre y universitario Antonio Fernández-Galiano que yo conocí. Seguramente, tenía también algún pequeño vicio, pero (salvo su irresistible adicción al cigarrillo) no fui nunca capaz de descubrirlo. Por eso, con satisfacción de compañero y con orgullo de amigo (casi-hermano en el afecto), he circunscrito mi recuerdo a lo que conozco: sus cualidades o virtudes, especialmente las que pueden tener una mayor fuerza de ejemplaridad para todos los que seguimos residiendo en esta misma pequeña aldea de la filosofía del Derecho en la que él vivió con tanta dignidad hasta hace muy poco.

⁸ Contaré sólo un ejemplo que conozco, pero hubo sin duda muchos más. En la década de los setenta fue designado como miembro del Tribunal que había de juzgar la oposición a dos Agregaciones de Universidad. Alguien pensó que, dado el habitual sentido de la justicia de Fernández-Galiano, su presencia en el Tribunal podía suponer un notable contratiempo para las expectativas de cierto candidato que en aquel momento no parecía tener más cualificación profesional que la del apellido. Por eso, un viejo amigo que tenía interés directo en el lance fue a hacerle el gran favor de advertirle que, como él sabía, «hay por ahí, en la Universidad, ciertos grupos violentos [creo que eran los tristemente famosos ‘guerrilleros de Cristo Rey’], cuyas acciones no son previsibles y que, claro, tú debes pensar ante todo en tu propia seguridad y en la de tu familia, que tienes hijos pequeños y que... ¿por qué no presentas la renuncia para que entre el suplente?».

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 Solari, 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 GANUZAS, 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. JOHANES-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 egológica del derecho. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los valores superiores. ANDRÉS OLLERO TASSARA, La Constitución: Entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa

en España después de la Constitución. JOSEP M. VILAJOANA 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 GUISÁN, 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 BOENTE 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 auto-identidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Hígler 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 GUISÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el

feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer. – II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTÓ NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. 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 optimales. 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 encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica.

VOLUMEN XII (1995)

I. DERECHO Y ÉTICA ANTE LA VIDA Y LA MUERTE. CARLOS MARÍA CASABONA, Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Perfil general del Derecho médico. VICENTE BELLVER

CAPELLA, Ecología, Políticas demográficas y Derechos humanos. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Eutanasia y Derecho. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Principios secundarios y muerte digna. EVARISTO J. VIDAL GIL, Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La sentencia 215/1997 (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 MEMORIAN. JESÚS BALLESTEROS, José Corts Grau (1905-1995). – IV. DEBATES. JOSÉ LUIS SERRANO, JOSÉ LUIS SOLANA, FRANCISCO GARRIDO Y ANTONIO M. PEÑA, Ecologismo personalista: ecos de premodernidad. JESÚS BALLESTEROS, VICENTE BELLVER, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ Y ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, Las razones del ecologismo personalista. BENITO DE CASTRO CID, Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F. J. Contreras. FRANCISCO J. CONTRERAS PELÁEZ, Derechos sociales y necesidades. Respuesta al profesor De Castro. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Sobre el análisis económico del Derecho. PEDRO MERCADO PACHECO, Respuesta a la profesora Paloma Durán. FERNANDO GALINDO, Actividades frente a normas. ROBERT ALEXI, Respuesta a F. Galindo. – V. INFORMACIONES. El utilitarismo contemporáneo como teoría aplicable. II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas. Breve reseña sobre las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. XVII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Reunión del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología (1995). – VI. CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Crónica Bibliográfica 1995. – VII. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. MARGARITA BELADIEZ ROJO, Los principios jurídicos

(Joaquín R. Toubes Muñiz). NORBERTO BOBBIO, Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea (Fernando H. Llano Alonso). MANUEL CALVO GARCÍA, La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genealogía de la hermenéutica del control social) (José Ignacio Lacasta). AMEDEO G. CONTE, Filosofía del lenguaje 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 Anciens à la victimologie appliquée des Modernes (José Calvo González). ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Consentimiento, Democracia y Obligación política (Nora María Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El desbordamiento de las fuentes del derecho (Carlos Alarcón Cabrera). DEREK L. PHILIPS, Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought (María Leonor Suárez Llanos). JOHN RAWLS, Political Liberalism (Salvador Rus Rufino). MANFRED REHBINDER Y ULRICH DROBNIG, Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht (Félix Francisco Sánchez Díaz).

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 ALONSO, 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, Deontología 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). LLUÍS 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 MUÑOZ, 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? XACOBÉ BASTIDA FREIXEIDO, Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, El riesgo neoaristotélico. – 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.^a Carmen Herrando Pérez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.^a 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).

VOLUMEN XV (1998)

I. EN EL L ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1. F. JOSÉ AUSÍN y LORENZO PEÑA: Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? 2. BENITO DE CASTRO CID: Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales. 3. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI: ¿Son los derechos humanos universales? 4. VALLE LABRADA RUBIO: En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad. 5. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: Sobre la universalidad de los derechos humanos. 6. JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA: Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad (Un poco de clarificación). 7. ÁNGELES SOLANES CORELLA: Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad. – II. ESTUDIOS. 2.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO: Ortega y el Estado. 2. NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE: El pluralismo jurídico en Carbonnier. 3. VICTORIA ITURRALDE SESMA: Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido». 4. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica. 5. MARÍA LOURDES SOUZA: Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una revolución paradójica. 6. JUAN CARLOS VELASCO ARROYO: El lugar de la razón práctica en los dis-

cursos de aplicación de normas jurídicas. 2.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO: Repensando el neoliberalismo: ¿Quién habló de unidad? 2. RICARDO GARCÍA MANRIQUE y BENJAMÍN RIVAYA: Cronología comparada de la Filosofía del Derecho Española durante el franquismo. – III. DEBATES. 1. RUTH MESTRE. Derecho y género. A propósito de El feminisme com a crítica de Neus Campillo. 2. NEUS CAMPILLO. Respuesta al comentario de Ruth Mestre sobre El feminisme com a crítica. 3. RUTH MESTRE. Respuesta a Neus Campillo. 4. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso). 5. JOSÉ JUAN MORESO. La vigilia y la interpretación constitucional. A modo de réplica a Alfonso García Figueroa. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ALBERT, H. Kritik der reinen Hermeneutik. Der Antirealismus und das Problem des Verstehens, Tübingen, Mohr, 1994 (J. Vega López). 2. BETEGÓN, J.; GASCÓN, M.; PÁRAMO, J. R.; PRIETO, L., Lecciones de Teoría del Derecho, Madrid, McGraw-Hill, 1997 (Q. Tejada Gorráiz). 3. BRETT, A., Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic thought, Cambridge University Press, 1977 (M. J. Rodríguez Puerto). 4. CANARIS, C. W., Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas, Madrid, Cívitas, 1995 (J. Vega López). 5. COTTA, S., Soggetto umano, soggetto giuridico, Milano, Giuffré, 1997 (N. Martínez Yáñez). 6. DÍAZ-OTERO, E. y OLIVAS, E., Metafísica e historicidad de los derechos subjetivos, Madrid, Dykinson, 1997 (J. L. Muñoz de Baena). 7. DÍAZ, Elías, 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 (Julián Sauquillo). 8. DOBSON, A., Pensamiento político verde. Una nueva ideología para el siglo XXI, Paidós, Barcelona, 1997 (V. Bellver Capella). 9. FROSINI, T. E., Sovranità popolare e costituzionalismo, Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 10. PÉREZ-LUÑO, A. E., y ALARCÓN, C. y GONZÁLEZ TABLAS, R., Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1997 (M. Albert Márquez). 11. PRIETO SANCHÍS, L., Constitucionalismo y positivismo, México, Fontamara, 1977 (M. E. Rodríguez Palop). 12. QUINTÁS, A. M., Obbligazione politica e governo legittimo, Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 13. ROSALES, J. M., Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997 (J. Calvo González). 14. SOMMERMANN, K. P., Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 15. TRUJILLO, I., La Filosofia del Diritto nel pensiero de F. de Vitoria, Roma, Giapichelli, 1997 (C. Herrando).

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.

