

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XVII  
2000



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# 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 XVII  
2000

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2001

---

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

---

ISSN: 518-0872  
ISBN (BOE): 84-340-1265-0  
ISBN (M.º de Justicia): 84-7787-852-8  
NIPO (BOE): 007-01-027-8  
NIPO (M.º de Justicia): 051-01-008-4  
Depósito Legal: M-11151-1958

---

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

## PRESENTACIÓN

El volumen XVII del Anuario de Filosofía del Derecho, correspondiente al año 2000, tiene como objeto de la sección monográfica las relaciones entre Derecho y globalización, una cuestión aún insuficientemente debatida y sobre la que planean no pocas incertidumbres, a comenzar por la noción misma de globalización y su pretendida novedad, por no hablar de su presentación en términos de apertura de una nueva era que solucionaría los problemas de la humanidad, o en los de amenaza a combatir, como se pudo comprobar en las reuniones del FMI en Washington o Praga, o en la de la OMC en Seattle. Los cinco trabajos de esta primera sección abordan diferentes aspectos, incluidos la presentación del estado actual del debate más general.

La segunda sección –Estudios– incluye once artículos agrupados en el epígrafe genérico de Teoría y Filosofía del Derecho y cuatro más específicos de Historia del Pensamiento y Filosofía Política, según el criterio que adoptamos en números anteriores. En la primera parte el lector encontrará trabajos de dogmática jurídica, estudios sobre aspectos de Teoría y Filosofía del Derecho como, entre otros, los valores jurídicos, la aportación de Dworkin a la crítica del positivismo, el alcance y evolución del Estado de Derecho, el estatuto de la función judicial, la noción de derechos sociales, o problemas de interpretación, teoría de razonamiento y técnica legislativa. La segunda parte recoge tres trabajos de carácter histórico y uno de filosofía política.

En el apartado de debates se incluyen dos discusiones de diferente orden: J. Manuel Rodríguez Uribe ofrece un análisis crítico del libro de Alfonso García Figueroa *Principios y Positivismos jurídicos*, que es replicado por el autor. Por su parte, Raúl Susín propone una reflexión no sólo sobre el conteni-

do, sino también sobre el método de investigación en el ámbito de la política social, a propósito del libro de Rafael Aliena, *Adelaida Martínez y el honor de la pobreza*.

La crítica bibliográfica ha engrosado considerablemente en relación con volúmenes anteriores, e incluye dieciséis reseñas. Por su parte, en el apartado de noticias se da cuenta de dos seminarios celebrados en Catania y León en este año.

La muerte de dos compañeros, José Lorca Navarrete y Albert Calsamiglia Blancafort exigía, como homenaje elemental de reconocimiento, las notas necrológicas con las que se cierra el volumen.



## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
<b>PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS</b> .....	5
 <b>I. MONOGRÁFICO: Derecho y globalización</b>	
1. FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET: <i>Globalización, Estado y Derecho</i> .....	13
2. JESÚS LIMA TORRADO: <i>Globalización y Derechos Humanos</i> .....	43
3. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: <i>El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización</i> .....	75
4. JUAN JESÚS MORA MOLINA: <i>Globalización, Derecho y Ciencias Sociales: Hacia una nueva teoría del conocimiento</i> .....	99
5. XAVIER MONTAGUD MAYOR: <i>Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate</i> .....	113
 <b>II. ESTUDIOS</b>	
<b>II.1. Estudios de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho</b>	
1.1 NORBERTO ÁLVAREZ GONZÁLEZ: <i>Derecho y estética: un intento de comprensión mejor de los valores jurídicos</i> .....	145
1.2 PABLO RAÚL BONORINO: <i>¿Cuál es el desafío de Dworkin?</i> .....	157
1.3 ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS: <i>Por una dogmática conscientemente política</i> .....	179
1.4 RAFAEL DE ASÍS ROIG: <i>De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder</i> .....	215

	Pág.
1.5 AURELIO DE PRADA GARCÍA: <i>Cuestiones y textos: sobre la enseñanza de la teoría y la filosofía del Derecho</i> .....	231
1.6 ÁNGELES GALIANA SAURA: <i>La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Extranjería</i> .....	247
1.7 JUANA MARÍA GIL RUIZ: <i>La función judicial: entre la ciencia y el control social</i> .....	273
1.8 MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: <i>La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini</i> .	305
1.9 LEONOR MORAL SORIANO: <i>¿Es el Derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico-jurídico</i> .....	337
1.10 PABLO MIRAVET BERGÓN: <i>Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible</i> .....	359
1.11 JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: <i>La demarcación entre teoría y práctica jurídicas</i> .....	395
<b>II.2 Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política.</b>	
2.1 JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: <i>Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI</i> .....	419
2.2 JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ: <i>Algunas reflexiones sobre el Magisterio de la Iglesia Católica sobre los derechos humanos a partir del Concilio Vaticano II</i> .....	439
2.3 MILAGROS OTERO PARGA: <i>Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español</i> .....	463
2.4 MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ: <i>Las peculiaridades del Derecho inglés desde la mirada de la Europa continental</i> .....	481
<b>III. DEBATES</b>	
1. JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES: <i>En defensa del positivismo metodológico (Un comentario a partir de Principios y positivismo jurídico)</i> .....	501
2. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: <i>Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribe</i> .....	515
3. RAFAEL SUSIN BETRAN: <i>Arañando en la alteridad. La investigación como proceso complejo e intersubjetivo. Reflexiones a partir de un libro de Rafael Aliena</i> .....	523
4. RAFAEL ALIENA MIRALLES: <i>En respuesta a un lector avisado: Sobre «Adelaida Martínez y el honor de la pobreza»</i> .....	539

## IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

1. AGUIRRE, M., y RAMONET, I.: *Rebeldes, dioses y excluidos. Para comprender el fin del milenio* (J. A. Martínez). 555
2. AJA, ELISEO (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España* (Á. Solanes) ..... 559
3. BELLVER CAPELLA, V.: *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana* (Y. García Ruiz) ..... 567
4. FERRER ARELLANO, J.: *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación*, (J. Morote Sarrión) ..... 569
5. GARCÍA AMADO, J. A.: *Hans Kelsen y la norma fundamental*, (N. González Lajoie) ..... 571
6. LORINI, G.: *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale* (C. Alarcón Cabrera) ..... 577
7. LLANO, A.: *Humanismo cívico*. (R. Ortega Cotarelo) .... 581
8. PETTIT, PH.: *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. (R. Ruiz Ruiz) ..... 585
9. PICONTO NOVALES, T.: *En las fronteras del derecho. Estudio de casos y reflexiones generales*. (R. Susin) ..... 592
10. ROBLES MORCHÓN, G.: *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. (A. Cadenas Iturriozbeitia) ..... 601
11. RODRÍGUEZ URIBES, J. M.: *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*. (E. J. Vidal Gil) ..... 606
12. SÁNCHEZ RUBIO, D.: *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina*. (A. Medici) ..... 612
13. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. (L. Souza) ..... 623
14. TRUYOL SERRA, A.: *La historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 1. *De los orígenes a la Baja Edad Media*, y 2. *Del Renacimiento a Kant*. (M. J. Roca) ..... 630
15. VILLA, V.: *Costruttivismo e teorie del diritto*. (S. Sastre Ariza) ..... 634
16. VV. AA (Rabbi-Baldi Cabanillas, R, coord.): *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*. (A. M. Marcos del Cano) ..... 643

## V. NOTICIAS

- 1 Sobre el Congreso «I filosofi e il diritto» (Facultad de Derecho de la Universidad de Cattania, 8-10 de febrero de 2000). (A. Giménez Merino) ..... 651
- 2 Crónica del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. (León, 8 y 9 de junio de 2000). (N. González Lajoie) ..... 657

**VI. NECROLÓGICAS**

- |   |  |     |
|---|--|-----|
| 1 | <i>In memoriam</i> José F. Lorca Navarrete (P. Badillo O'Farrell) .....          | 661 |
| 2 | <i>In memoriam</i> Albert Calsamiglia Blancafort (1949-2000) (J. De Lucas) ..... | 665 |

**I**

**MONOGRÁFICO:  
DERECHO Y GLOBALIZACIÓN**



# Globalización, Estado y Derecho

Por FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET

Catedrático de Filosofía del Derecho Moral y Política  
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea  
U.P.V. / E.H.U

La palabra de moda es globalización. Se trata de un concepto que lejos de renovar el internacionalismo vinculado a la ideología socialista pretende encerrar y consolidar el capitalismo de mercado único es decir el mercado producto del neoliberalismo. A falta de un final de la historia, como había vaticinado Francis Fukuyama hace algunos años, estamos asistiendo a un final de la geografía. Como dice P. Virilio: «Cuerpo fantasma, la Tierra ya no se extiende hasta donde se pierde la vista, se da a conocer en todas sus caras a través de una extraña claraboya. La repentina multiplicación de puntos de vista no es más que el efecto que anuncia la última globalización: la de la mirada, la del ojo único del cíclope que gobierna la caverna, esta caja negra que disimula, cada vez peor, la gran noche de la historia, una historia víctima del síndrome de la realización total»<sup>1</sup>.

## La formación del «espíritu capitalista»

La Revolución de 1789, si bien por los límites territoriales su desarrollo, en principio debiera suponer un acontecimiento socio-político de carácter nacional francés, lo cierto es que, por su trascendencia internacional, constituye el hecho histórico, referencia comúnmente

---

<sup>1</sup> P. VIRILIO, *¿Fin de la historia o fin de la geografía? Un mundo «sobre-expuesto»*, Le Monde Diplomatique, septiembre 1997, p. 35.

aceptada, que marca el final de la era estamental medieval y el alumbramiento simultáneo de la época burguesa moderna para todos los países de la sociedad occidental y que van a conformar el espacio del desarrollo del capitalismo entendido como «la utilización industrial racionalizada del capital y la organización racional del trabajo»<sup>2</sup>, es decir, como nuevo modelo social.

Sin necesidad de remontarnos a los tiempos de la Roma Imperial, durante la época medieval, habían existido prácticas capitalistas realizadas por monopolistas y acumuladores de capital. Se trataba de conductas individuales «que cedían sin reservas a su hambre de dinero» y que «no eran en modo alguno representantes de aquella mentalidad de la que nació como fenómeno de masas, el “espíritu” específicamente moderno del capitalismo»<sup>3</sup>. Tal es el caso, de las prácticas comerciales y financieras de la familia de los Médicis en Florencia o las simplemente comerciales de los comerciantes holandeses, por citar algunas, en el siglo XV.

El orden económico capitalista tal y como lo define Max Weber, es decir, «como un cosmos extraordinario en el que el individuo nace y al que, al menos en cuanto individuo, le es dado como un edificio prácticamente irreformable, en el que ha de vivir y al que (igualmente, en tanto que individuo) le impone las normas de su comportamiento económico, en cuanto que se halla implicado en la trama de la economía», necesitó del surgimiento implantación y desarrollo previo de un nuevo sistema axiológico en la sociedad occidental europea y americana.

Este nuevo sistema de valores sobre el que se asienta lo que Weber llamó el «espíritu capitalista» llegó en el siglo XVI auspiciado por la

---

<sup>2</sup> Max WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1989, p. 57. Más adelante en la p. 78 precisa: «Se ha señalado como motivo fundamental de la economía el “racionalismo económico”: así, especialmente Sombart, en razonamientos felices y convincentes. Ello es exacto a condición de entender por racionalismo un crecimiento tal de la productividad del trabajo que hizo a este romper los estrechos límites “orgánicos” naturalmente dados a la persona humana en que se hallaba encerrado, quedando sometido todo el proceso de producción a puntos de vista científicos. Este proceso de racionalización en la esfera de la técnica y la economía influye también, indudablemente, sobre el “ideal de vida” de la moderna sociedad burguesa.»

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 52 y ss. dice: «Ya no es que en las épocas precapitalistas no se conociera el “impulso adquisitivo”, o no estuviera desarrollado (como se ha dicho con frecuencia), ni que la *auri sacra fames* fuese entonces –y aún hoy– menor fuera del capitalismo burgués que dentro de la esfera genuinamente capitalista, como imaginan muchos románticos. No es ahí, sin duda, donde radica la distinción entre el espíritu capitalista y el precapitalista: la codicia de los mandarines chinos, de los viejos patricios romanos o de los modernos agricultores resiste toda comparación. (...). Precisamente, este universal dominio de la falta más absoluta de escrúpulos cuando se trata de imponer el propio interés en la ganancia de dinero, es una característica peculiar de aquellos países cuyo desenvolvimiento burgués capitalista aparece “retrasado” por relación a la media de la evolución del capitalismo en Occidente.»



Reforma protestante<sup>4</sup>. Su asentamiento no fue fácil puesto que debió hacer frente a una conciencia colectiva medieval que participaba plenamente<sup>5</sup> de la concepción determinista, inmovilista y trascendente del orden<sup>6</sup> que, Agustín de Hipona había formulado en sus obras *De Ordine* y *Civitas Dei*.

Y precisamente, «de la concepción agustiniana procede toda la moral socio-política de los obispos carolingios, la noción de una ordenanza que la “sabiduría” puede discernir, estableciendo las justas relaciones de autoridad y sumisión entre los hombres<sup>7</sup>. Esta concepción

<sup>4</sup> Recientemente P. DRUCKER, *La sociedad postcapitalista*, Bogotá 1996, pp. 28 y s., pone en duda la importancia de la «ética protestante» como fundamento del capitalismo diciendo que: «La teoría más conocida, que el Capitalismo fue hijo de la “ética protestante”, expuesta a comienzos de nuestro siglo por el sociólogo alemán Max WEBER (1864-1920), ha sido en gran parte desacreditada. Sencillamente no existen bases para sostenerla.» Estimo que P. DRUCKER podría, perfectamente, haber hecho la afirmación contraria. Desconozco cuales son las bases, puesto que no las especifica, a las que se refiere para desautorizar la teoría de Max WEBER.

<sup>5</sup> Quizás el término no sea correcto puesto que como señala A. VON MARTIN, *Sociología de la cultura medieval*, Madrid, 1970, p. 60: «De hecho, hay importantes conexiones histórico-genéticas entre herejía y democracia...» Más adelante en las pp. 62 y ss. continua diciendo: «(...) el ideal religioso y ético del que arrancan el tipo monástico y el sectario no es concebido estamentalmente, sino considerado como obligatorio para todos en general, por lo que implica una visión del mundo “desde abajo”. De ahí que cuando este ideal se presenta en su pureza típica se congreguen en torno a él principalmente las capas inferiores, sin que deje de intervenir también el resentimiento propio de los oprimidos. En la medida en que la Iglesia es organización religiosa de señorío, es la secta movimiento religioso de oprimido. El movimiento sectario guarda relación con la ascensión de nuevas clases y capas sociales, con el desencadenamiento de la actividad en los estratos inferiores y en las ciudades (...) El auge de estas ideas revolucionarias (de las sectas), en cuanto fenómeno de conmoción, es expresión de un mundo conmovido en sus cimientos reales: determinados grupos sociales se separan del *corpus Christianum* de constitución estamental y dirigido por la Iglesia, porque por motivos sociales y religiosos ya no reconocen esa comunidad tal como es. Ahora bien: sobre esta comunidad y la aceptación de la misma descansa precisamente el mundo medieval».

<sup>6</sup> G. DUBY, *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, París, 1978, p. 96, dice: «La palabra penetró tal cual en la patrística latina y fundamentalmente en los dos maestros de los que Gerard y Adalberon dicen estar principalmente inspirados, Gregorio y Agustín. Este desarrolla a lo largo de su obra el sentido abstracto, desde el *De Ordine* (“el orden es eso por lo que Dios llama a ser todo lo que existe”) hasta la “Ciudad de Dios”, donde el orden es, por una parte, entendido como la paz (la paz de toda cosa: tranquilidad del orden), por otra parte, como la vía que conduce hacia Dios (la virtud se define como *ordo amoris*, el amor según el orden).»

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 96. En este mismo sentido A. VON MARTIN, *ob. cit.* p. 65, dice: «El hombre medieval, cuya conciencia no se halla en rebeldía contra su condición, sino unísono con ella, se siente miembro de un todo social graduado según magnitud de relaciones de dependencia, hasta el punto de que es éste el que da derecho a la existencia. Y así como el hombre medieval se sabe inserto en el organismo estamental, se sabe inserto también en la organización eclesiástica. (...) El orden del mundo terrenal se le presenta determinado por el orden supramundano, y la imagen que de este se forja sirve para justificar aquel. De ahí que la monarquía universal sea en lo político la réplica ideal del orden monoteísta del más allá; y la organización patriarcal del edificio social, o sea, su fundamentación en el poder del señorío y el sentimiento de amor, viene a ser una réplica del gobierno de Dios, padre amantísimo.»

del orden, que G. Duby consideró como «el fundamento sacralizado de la opresión»<sup>8</sup>, y que atraviesa la Edad Media estará en la base de la conformación de esa mentalidad y manera de comportamiento que el propio Max Weber denominó tradicionalismo»<sup>9</sup>. De ahí que la superación de esa visión cristiana de la existencia fuese el producto de un largo y continuado proceso<sup>10</sup>

La concepción cristiana que sustentaba la doctrina económica del «precio justo», la prohibición del préstamo con interés, y la idea del trabajo únicamente «como medio para ganar lo necesario para seguir viviendo»<sup>11</sup>, dejó paso, no sin resistencia, a la implementación del «espíritu capitalista» como exponente singular de la total evolución del racionalismo explicable desde su posición ante los últimos problemas de la vida<sup>12</sup>, que concibe el trabajo como absoluto fin en sí, es decir como profesión<sup>13</sup>. Este proceso de aprendizaje, es decir, de

<sup>8</sup> Ibídem, p. 96.

<sup>9</sup> Max WEBER, *ob. cit.*, p. 63 dice: «Lo que Sombart llama sistema de la economía de satisfacción de las necesidades parece coincidir, a primera vista con lo que llamamos nosotros “tradicionalismo económico”». «La equiparación es exacta cuando se equiparan los conceptos “necesidad” y “necesidad tradicional”».

<sup>10</sup> Ibídem, p. 61.

<sup>11</sup> A. VON MARTIN, *ob. cit.* p. 51 afirma que: «La idea de la ética económica eclesiástica y la concepción eclesiástica de la sociedad vienen al encuentro de las necesidades económicas efectivas del orden social existente. Según esta doctrina pre-capitalista, las *divitiae* no son un *finis ultimus*, sino simples *instrumenta quaedam*, y el fin último de la economía consiste en asegurar la existencia de cada cual *secundum suam conditionem* (Santo Tomás): cada cual ha de poder alimentarse y subsistir, y ha de poder hacerlo en la medida adecuada a su estado; debe darse un orden en el que todos –como corresponde a su inordinación en el organismo colectivo– están atendidos.

<sup>12</sup> Max WEBER, *ob. cit.*, pp. 88 y ss. dice: «Lo absolutamente nuevo era considerar que el más noble contenido de la propia conducta moral consistía justamente en sentir como un deber el cumplimiento de la tarea profesional en el mundo. Tal era la consecuencia inevitable del sentido, por así decirlo, sagrado del trabajo o lo que engendró el concepto ético-religioso de profesión: concepto que traduce el dogma común a todas las confesiones protestantes, opuesto a la distinción que la ética cristiana hacía en *praecepta* y *consilia* y que como único modo de vida grato a Dios reconoce no la superación de la moralidad terrena por medio de la ascesis monástica, sino precisamente el cumplimiento en el mundo de los deberes que a cada cual impone la posición que ocupa en la vida, y que por lo mismo se convierte para él en profesión». Más adelante en las pp. 100 y 101 concretará: «Profesión es aquello que el hombre ha de aceptar porque la Providencia se lo envía, algo ante lo que tiene que “allanarse”; ésta es la idea que determina la consideración del trabajo profesional como misión, como la misión impuesta por Dios al Hombre, rasgo este que fue todavía acentuado en la evolución posterior del luteranismo ortodoxo.»

<sup>13</sup> Algunos autores han querido situar en el florecimiento escolástico las bases del espíritu capitalista y, desautorizando esa tesis, A. VON MARTIN, *ob. cit.* pp. 118 y s., dirá: «Virtudes burguesas y económicas (como la aplicación o la laboriosidad) se ponderan por su valor en orden a metodizar y racionalizar las formas de vida; por cuya causa el teólogo y moralista católico F. KELLER y el economista W. SOM-BART pudieron hallar ya en el florecimiento escolástico las primeras raíces éticas del espíritu del capitalismo. No debe olvidarse sin embargo, que la burguesía urbana, cuyo espíritu se refleja en el tomismo, está aún penetrada de un radical senti-

«nueva culturización» de quienes participaban en el proceso productivo, estara íntimamente ligado a otro, más amplio, de evolución de la racionalización de la sociedad occidental en su conjunto. En ese mismo sentido, J. Habermas precisará que «la racionalización del mundo de la vida tuvo que alcanzar un determinado grado de madurez antes de que los medios dinero y poder pudieran quedar jurídicamente institucionalizados en este mundo. Los dos subsistemas que sobrepasan el orden político global de las viejas sociedades de clases o sociedades estamentales, es decir, la economía de mercado y el aparato administrativo moderno, destruyen primero las formas tradicionales de vida de la sociedad viejo europea»<sup>14</sup>.

En el ámbito económico, fue precisamente la pequeña y mediana burguesía emergente, en tanto se iba desintegrando la sociedad jerárquico-estamental medieval<sup>15</sup>, el terreno abonado para que la ética calvinista produjese una auténtica aculturación axiológica que propiciase la organización racional capitalista del trabajo industrial burgués. En este sentido Max Weber dirá que «en los albores de la nueva época, no fueron única ni siquiera preponderantemente los empresarios capitalistas del patriciado comercial, sino más bien las capas más audaces de la clase media industrial las representantes de aquella mentalidad que llamamos espíritu capitalista»<sup>16</sup>.

## El «Reino de las Luces»

Si importante fue, para el nacimiento del «espíritu capitalista», la Reforma religiosa del siglo XVI, no lo fueron menos, para el asentamiento y materialización del desarrollo del capitalismo, el racio-

---

miento de solidaridad, por lo que sigue teniendo un estado de ánimo marcadamente conservador; más aún que la ciudad medieval, tierra adentro y artesana, que Santo Tomás tiene presente, permanece todavía muy vinculada a las condiciones de la vida agrícola y sus formas de vida sencilla; o sea, que pudo desarrollarse en ella (para servirnos de la distinción que hace SOMBART) el “espíritu burgués”, es decir, uno de los componentes del espíritu capitalista, pero no el otro, a saber: el “espíritu de empresa”.

<sup>14</sup> J. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989, p. 420.

<sup>15</sup> A. VON MARTIN, *ob. cit.* p. 68, señala que: (el hombre medieval cree que la estructura jerárquico-estamental es «natural» y querida por Dios, esta creencia constituye por su parte el elemento aglutinante de la sociedad medieval. Y esta clase de concepción del mundo desaparecerá en la misma medida en que los estamentos antes directores cesen de realizar una función – en la medida, pues, en que no resulten adaptados a las nuevas condiciones del contorno social (producidas en primer término por cambios en la economía)– y dejen de corresponderse la idea y la realidad, quedando reducida finalmente la idea a mera ideología.»

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pp. 64 y ss., Max WEBER continúa diciendo: «Y en el siglo XIX, sus representantes clásicos no son los nobles *gentlemen* de Liverpool o de Hamburgo con el patrimonio comercial heredado de sus antepasados, sino los *parvenus* de Manchester, de Renania y de Wesfalia, procedentes de las más modestas capas sociales.»

lismo matemático clásico <sup>17</sup> y su correlato jurídico-axiológico, el ius-naturalismo racionalista del siglo XVII y, especialmente, la Filosofía del siglo de las Luces.

La ruptura de la imagen medieval del mundo, como un cosmos teológico cerrado susceptible de ser abarcado en su conjunto, y la aparición, en el siglo XVII, de una nueva concepción abierta <sup>18</sup> en la que el espacio y el tiempo no tenían límites, originó una enorme convulsión en el espíritu humano que cristalizó en un nuevo sentimiento cósmico y una nueva autoconciencia <sup>19</sup> que le exigía, al individuo, reubicarse, a partir de su propia realidad individual, en el espacio de las magnitudes y los números.

Las nuevas condiciones históricas propiciadas por los grandes descubrimientos geográficos y científicos crearon, a su vez, nuevas necesidades para la expansión y el desarrollo de la economía. De entre ellas, la necesidad principal ser la reivindicación del valor del individuo como persona libre de ataduras estamentales <sup>20</sup> y por ende la proclamación de la libre iniciativa. En este marco se inicia el proceso de desarrollo de las teorías de la libertad espiritual y del derecho

---

<sup>17</sup> DESCARTES, MALEBRANCHE, LEIBNIZ y SPINOZA sublimaron la perfección y el rigor en sus sistemas metafísicos a través de los cuales pretendían obtener el conocimiento filosófico. Teniendo como eje a la razón mantenían que ningún género de conocimientos de hechos tiene un valor similar a los que pueden obtenerse a través de lógica, de la matemática pura y de las ciencias naturales exactas.

<sup>18</sup> E. CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972, p. 26, dice: «La estructura del cosmos no será únicamente vista, sino vista con transparencia. Y consigue esta forma de visión cuando el pensamiento matemático se dirige a él y le somete a su forma de análisis. Cuando Newton, con su cálculo de fluxiones, y Leibniz, con su cálculo infinitesimal, crean un instrumento universal para ese proceder, parecen mostrar, por primera vez en pleno rigor, la posibilidad de “concebir la naturaleza”.» El camino del conocimiento natural nos lleva a lejanías inciertas; pero su dirección está ya resuelta, porque el punto de partida y el de llegada no están determinados exclusivamente por la naturaleza de los objetos, sino por el modo específico y por las fuerzas específicas de la razón.

<sup>19</sup> La ruptura del orden feudal, es decir, de las corporaciones medievales de la sociedad estamental en las que el hombre carecía de valor por sí y sólo contaba en cuanto miembro del grupo, propicia el descubrimiento del hombre como individuo y la de la conciencia de su dignidad como fuente de derecho.

<sup>20</sup> Algún autor como, por ejemplo A. VON MARTIN, *ob. cit.*, pp. 110 y 111, ha querido ver ya en la evolución del arte en el interior de la propia Edad Media un proceso de conquista de la conciencia individual: «La pujanza maciza y pesada, la estricta tesitura del estilo de un ser; lo sosegado, firme y compacto del estilo medieval del románico, es la réplica artística del estilo de vida de la vieja nobleza. En el verticalismo del gótico hay algo de ímpetu subjetivo, algo “faústico”, para hablar como SPENGLER; una agitada movilidad, una funcionalidad en vez de la anterior sustancialidad: todo lo cual es expresión de una primera arrancada dinámica de la sociedad, tal y como se anuncia con el advenimiento de la baja nobleza y prosigue luego con el desenvolvimiento de las ciudades, bajo el influjo del patriciado de los “linajes”. El tránsito del estilo en relieve de la plástica románica a la figura suelta —aunque todavía apoyada en la pared de la plástica gótica—, es expresión del incipiente tránsito de la conciencia individual a la conciencia comunitaria.»

natural racionalista <sup>21</sup> a través de las formulaciones de pensadores individuales tales como Grocio, Puffendorf, Locke, Tomasio, Wolf, Rousseau..., que irán siendo asumidas por las clases directoras de la sociedad y presentadas como las ideas de la época con validez universal.

Durante el siglo XVII, y más concretamente, a partir de la publicación de la obra *De iure belli ac pacis* de Hugo GROCIO, se establece un vínculo estrecho entre el derecho y la matemática que el desarrollo de las doctrinas iusnaturalistas racionalistas, a través de los conceptos de estado de naturaleza y contrato social, irá profundizando en aras de la afirmación del principio de libertad y de la persona humana como sujeto de todo derecho y fuente de toda ley, haciendo posible, también, el desarrollo de la corriente liberal.

Los constitucionalistas iusnaturalistas ingleses Milton, Sidney y Locke, representantes de la corriente liberal-democrática, constituyen un ejemplo claro de autores cuyo pensamiento es el fiel reflejo, por reacción, del efecto de la situación de la realidad social sobre una mentalidad. Locke con sus Dos tratados sobre el Gobierno, (también Milton con *Aeropagitica* y Sidney con sus *Discursos sobre el Gobierno*) alimenta el discurso intelectual liberal en su lucha contra el absolutismo de los Estuardo defendido por Filmer en *Patriarcha o el Poder natural de los Reyes* y proclama la declaración de derechos cuya conceptualización definitiva aparecerá en la obra política de Rousseau y, de forma expresa, en su *Contrato Social*.

Ciertamente, la idea de libertad sometida a consideraciones utilitarias <sup>22</sup>, tal y como la concibe Locke, está muy lejos del concepto

---

<sup>21</sup> El desarrollo del iusnaturalismo racionalista no estuvo exento de obstáculos como bien señala E. CASSIRER, *ob. cit.*, pp. 265 y s.: «La lucha para fundamentar el moderno derecho natural se lleva a cabo en este doble frente (frente al dogma teológico y el absolutismo del Estado). Lucha que tiene que enderezarse contra la concepción teocrática, contra la derivación del derecho de una voluntad divina, en definitiva irracional, inaccesible e impenetrable para la razón humana, y contra el Estado Leviatán». En ambos casos hay que hacer vacilar y derrumbar el mismo principio, «el principio de *stat pro ratione voluntas*». Calvino había apelado a este principio para mostrar que todo derecho se funda en último término en el poder divino; pero que es en sí mismo incondicionado y no está sometido a ninguna regla ni norma limitadora. El núcleo de la dogmática calvinista, especialmente el dogma central de la predestinación, reside en esta idea; la salvación y la condenación se incluyen en ella. No es posible preguntar por la razón y el mero preguntar significaría una presunción sacrílega y un levantamiento de la razón humana sobre Dios mismo. Es el poder absoluto de Dios quien ha condenado a la mayor parte de la humanidad mientras ha salvado a un pequeño grupo de elegidos; ambas cosas suceden sin razón alguna, en el sentido humano de la palabra, sin consideración alguna por el mérito moral. De esta problemática religiosa se ha destacado la problemática filosófica del derecho natural.

<sup>22</sup> J. LOCKE, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, II, 6, Madrid, 1969, establece la diferencia entre libertad y licencia diciendo: «Pero, aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia; aunque el hombre tenga en ese estado una libertad sin límites para disponer de su propia persona y de sus propiedades, esa libertad no le confiere derecho de destruirse a sí mismo, ni siquiera a alguna de las criatu-

rousseauiano de la libertad entendida como valor universalista, inalienable, exigencia de la dignidad y de la personalidad humanas<sup>23</sup>. No obstante, es una evidencia que Locke señala el camino a Rousseau, con la concepción del estado de naturaleza como un estado de completa libertad e igualdad «dentro de los límites de la ley natural»<sup>24</sup>, y con la consideración de la persona humana como sujeto de todo derecho y, a la razón como medida de toda ley<sup>25</sup>, para que, el autor de Ginebra, devolviese, el hombre, a su dimensión real, como totalidad integral<sup>26</sup>.

A partir de esta premisa esencial, Rousseau, pudo establecer, el principio de la personalidad, fruto del más pleno concepto de libertad, como fundamento de la ética humanista cristalizada en la Declaración de Derechos de 1789<sup>27</sup> y, por extensión, del Derecho en el Estado de Derecho.

---

ras que posee, sino cuando se trata de consagrarla con ello a un uso más noble que el requerido por su simple conservación».

<sup>23</sup> J. J. ROUSSEAU, *Second Discours, O. C., III*, Ed. De la Pleiade, p. 142, identifica libertad y espiritualidad afirmando que «en la conciencia de esta libertad, particularmente, se muestra la espiritualidad del alma». En el *Contrat Social, O. C., III*, p. 356, dirá: «Todos nacen “hombres y libres”; su libertad les pertenece... renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de hombre, a los derechos de la humanidad, inclusive a sus deberes... Una renuncia semejante es incompatible con la “naturaleza del hombre”.»

<sup>24</sup> J. LOCKE, *ibídem*, II, 4.

<sup>25</sup> J. LOCKE, *ibídem*, II, 6 dirá: «El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones; ...»

<sup>26</sup> R. MONDOLFO, *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, 1962, p. 48 dice: «El principio de personalidad presupone dos condiciones: el desarrollo integral y la actividad libre. Condiciones íntimamente ligadas entre sí, porque sólo el hombre que representa en sí una totalidad espiritual es capaz de ser libre y sólo el hombre que desarrolla libremente sus actividades naturales es susceptible de convertirse en una totalidad integral.»

<sup>27</sup> E. CASSIRER, *ob. cit.*, pp. 276 y 277 cuestionando la conocida tesis de Jelinek respecto de la dependencia de la Declaración de la Asamblea Constituyente francesa de 26 de agosto de 1789, dirá: «Georges Jelinek, en su conocida obra sobre la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” sostiene la tesis de que no existe ninguna conexión histórica directa entre esa declaración, tal y como la estableció la Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789, y las ideas fundamentales de los siglos XVII y XVIII. El modelo de tal Declaración estaría, más bien, en los *Bill of rights* norteamericanos, especialmente en la Declaración de Derechos del Estado Libre de Virginia del 12 de junio de 1776; pero, aun suscribiendo la tesis de Jelinek en su parte positiva –y la dependencia de la Declaración francesa de modelos norteamericanos es innegable y demostrable hasta el detalle–, no por eso se sigue la afirmación negativa mantenida por él. Porque las mismas declaraciones norteamericanas se hallan bajo la influencia dominante del nuevo espíritu iusnaturalista (...). Nuevas investigaciones sobre la declaración de Virginia muestran con claridad que las cuestiones de la libertad religiosa, si han desempeñado algún papel en la aparición de esta Declaración, ha sido, en todo caso, muy secundario. El círculo de las ideas a que corresponde la Declaración de la Constituyente y del que se ha desarrollado orgánicamente, desprendiéndose como fruto maduro, estaba ya cerrado mucho antes de que se pudiera pensar

## Capitalismo, democracia, ciencia y liberalismo

A finales del siglo XVIII, tras «la revolución industrial» aparece la clase social de los capitalistas industriales. El industrial se integra en los altos niveles de la jerarquía social con los terratenientes, los financieros y los mercaderes, que le habían precedido en ese estatus por razones de nacimiento y sobre todo económicas.

Los componentes de esta nueva clase social tienen un origen campesino y surgen por una selección natural propiciada por el crecimiento económico en un clima sociocultural de dilución de los vínculos estamentales y proclamación de la individualidad, al que, el Siglo de las Luces, añadirá también la fe en la ciencia y en el progreso<sup>28</sup>, haciendo posible el inicio de la materialización práctica del liberalismo político y económico.

Durante todo el siglo XIX se fueron estableciendo relaciones estrechas e incluso identificaciones entre el poder estatal burocrático-político y las nuevas élites socioeconómicas que resultaron decisivas para la consolidación del capitalismo organizado de finales del mismo. Uno de los precedentes de esta relación económico-política, por ejemplo en Gran Bretaña, es preciso situarlo en «la petición colectiva»<sup>29</sup> que realizaban los ciudadanos al Parlamento y que se consolidó como una práctica habitual. De esta manera, se hizo posible el establecimiento de lazos personales e incluso familiares entre el poder político y los empresarios y la intervención activa, de estos últimos, en los asuntos públicos en materia de fiscalidad, de derechos de aduana, de tratados de comercio y, eventualmente, para obtener leyes anti-obreras, tales como la que preveía penas de muerte por la ruptura de una máquina o aquella otra que prohibía las coaliciones obreras.

La presencia de los empresarios en los cargos de la alta política fue acentuándose y no resulta casual, por ejemplo, que, el industrial Sir Robert Peel, símbolo de la nueva clase, llegase a ser Primer Minis-

---

en una influencia de las *declarations of rights* norteamericanas.» Más adelante, en la p. 281 dirá: «Pero Condorcet (...) atribuye en especial a Rousseau el colocar los derechos del hombre entre las verdades que ya no se pueden olvidar ni dejarse arrebatar.»

<sup>28</sup> E. CASSIRER, *ob. cit.*, p. 19, dice: «Apenas si siglo alguno está impregnado tan hondamente y ha sido movido con tanto entusiasmo por la idea de progreso espiritual como el Siglo de las Luces. Pero se desconoce el sentido hondo y la médula misma de esta idea si se entiende el “progreso” tan sólo en el aspecto “cuantitativo” como una pura ampliación del saber, como un *progressus in indefinitum*.»

<sup>29</sup> M. FLAMANT, *Dynamique, économique de l'histoire. Deux siècles de progrès*, París, 1989, p. 55, cit. 33, dice que: «la expresión “grupo de presión” entre nosotros tiene un sentido peyorativo. No es así en Gran Bretaña. *Les pressure groups* o *interest groups* constituyen un engranaje del sistema a través del cual el electorado habla y responde al legislativo y al ejecutivo: el funcionamiento de este sistema está considerado como un garante de la libertad. Los grupos compiten para tener acceso a los *mass media* y al Parlamento: algunos se aseguran una voz en el Parlamento, lo que es una práctica aceptada con tal de que el diputado en cuestión no esconda lo que representa. De esta manera no equivoca al público».

tro y, durante su época ministerial, se llevase a cabo la reforma electoral inglesa de 1832, haciendo posible que el número de personas con derecho a voto aumentase<sup>30</sup>, consolidando, de esta forma, el creciente poder de la burguesía industrial sobre el que se desarrollará, a partir de 1837 y hasta 1901 con la reina Victoria, la llamada «gran época victoriana», en la cual, Gran Bretaña, llegará a ser el banquero del universo.

En Francia, la Revolución de los Tres Días Gloriosos (27, 28 y 29 de julio de 1830) supuso la abdicación de Carlos X, la consiguiente proclamación de Luis Felipe como «rey de los franceses» y, con él, el ascenso al poder de la gran burguesía financiera e industrial, asentado sobre dos leyes fundamentales: la ley electoral que adecuó el sufragio censitario y aseguró el poder político<sup>31</sup> y la ley de la guardia nacional que consolidó el poder material<sup>32</sup>.

No obstante, estimo que, si fuera preciso situar el momento en el que comienzan a fraguarse las bases formales de la fusión del poder político y el económico que cristalizó en la conquista del poder material por la gran burguesía como nueva clase social (que Tocqueville diferencia bien de la nobleza del siglo XVIII en el caso francés), habría que hacerlo en la Declaración de 1789 elaborada por nobles y burgueses.

Esta simbiosis entre las élites políticas y económicas encarnada en la burguesía industrial se prolongará hasta las primeras décadas del siglo XX en la totalidad de los países industrializados, haciendo posible, en el espacio temporal comprendido entre el último tercio del siglo XIX y la primera Gran Guerra Mundial, la llamada «Belle Epoque» en la que se materializó «una alianza, una armonía raramente encontrada después, entre el capitalismo, la democracia, la ciencia y

---

<sup>30</sup> M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 56, señala que los industriales son poderosos en su localidad; de esta manera aspiran a ejercer el poder político a escala nacional. Éste fue entre otros el caso del primer ministro Sir Robert Peel, símbolo de las clases nuevas. Pertenece al dominio de la anécdota —ella encantó a Balzac— que su hijo por el contrario, fue *tory* y se opuso a la reforma electoral de 1832, reforma que la revolución industrial había hecho necesaria y que consagró la potencia de la burguesía industrial. Es decir, la división de la sociedad en clases económicas tenía su reflejo inevitablemente en las oposiciones políticas.

<sup>31</sup> J. LUCAS-DUBRETON, *La restauration et la monarchie de Juillet*, París, 1926, p. 199. Este autor afirma que por la ley electoral el censo de elegibilidad se descendió de mil a quinientos francos, el censo del electorado de trescientos a doscientos francos, a cien francos incluso para algunos ciudadanos: miembros del Instituto, oficiales en retirada; y el número de los electores ascendió a alrededor de ciento noventa mil para treinta y dos millones y medio de franceses, cifra del censo en 1831.

<sup>32</sup> J. LUCAS-DUBRETON, *ob. cit.*, p. 159, dice, respecto de la consolidación del poder material por la guardia nacional, que «la guardia nacional que Carlos X había licenciado, fue reorganizada sobre nuevas bases. Encargada de defender la realeza y la Carta, de conservar o de restablecer el orden y la paz pública, se compuso sin embargo de todos los franceses de veinte a sesenta años. Las legiones nombraron ellas mismas sus oficiales, salvo los de las más altas graduaciones, cuya nominación quedó en manos del rey».



–*last but not least*– el liberalismo. Cada uno de estos elementos apoyaba, por sinergia, la acción de los otros». <sup>33</sup>

### De las concentraciones empresariales a las multinacionales

A partir de 1875, los grandes países industrializados conocen una enorme expansión imperialista y, consecuentemente, el sistema económico liberal capitalista (librecambista o proteccionista, según el caso), con las instituciones características (grandes empresas, bancos, bolsas, patrón-oro) que ellos encarnan, se va generalizando a lo largo y ancho del mundo. Esta generalización, en la que hay que situar el origen de la actual «globalización económica», conllevará de forma paralela una enorme transformación, tanto en la estructura como en la forma de entender la empresa, puesto que el tradicional empresario individual <sup>34</sup>, dueño único de su empresa, va a tener la necesidad de integrarse en grupos, es decir, iniciar un proceso de concentración en forma de comités <sup>35</sup>, carteles <sup>36</sup>, o *trusts* <sup>37</sup> sin que existiese, en principio, ninguna limitación de tipo jurídico por parte de los Estados al desarrollo de este proceso.

Este proceso de concentración abre paso a la definitiva internacionalización de los mercados al dictado de las leyes sobre la libre movilización del capital, al tiempo que desaparecen los obstáculos para el comercio. Tras la Segunda Guerra Mundial, la novedad más importante, en los países de economía de mercado, se produce cuando las empresas nacionales comienzan a organizarse de forma multinacional en la doble versión de «empresa multinacional internacional» o «empresa multinacional interna» <sup>38</sup>, constituyéndose en los actores de

<sup>33</sup> M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 123.

<sup>34</sup> M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 172, dice que, por ejemplo, las grandes empresas americanas son producto de éxitos individuales y familiares. Así, «estos éxitos extraordinarios llevan nombres de familia: Vanderbilt (por los ferrocarriles), Jay Gould (especulador universal), Carnegie (el acero), Dupont Nemours (los polvos y la química), Rockefeller (el petróleo).

<sup>35</sup> M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 154, dice que «el primero de los comités creados en Francia por ejemplo fue el “Comité des Forges” fundado en 1864 al que le seguirá el *Comptoir métallurgique de Longwy*, en 1836.

<sup>36</sup> M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 202, dice que «ningún país, como Alemania, ha dado tantas muestras, en el ámbito industrial, de una necesidad quasiatávica de unión y de disciplina. Entre los carteles, citemos los de las fundiciones, los aceros de las vigas, de los hilos laminados, de las grandes laminaciones, etc. (en el comienzo del siglo, la rama reciente de la electricidad, sólo dos grupos lo dominaban: Siemens y A.E.G. Es un caso interesante de duopolio)».

<sup>37</sup> M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 173, señala que algunos *trusts* fueron célebres; concernían: al petróleo, en 1884, siete personas dirigían 39 sociedades [...]; el Whisky (1887); el azúcar (agrupa el 85 por 100 de la industria); el acero. L'United States Steel Corporation, verdadero *trusts*, fue fundado en 1901.

<sup>38</sup> N. REICH, *Mercado y derecho*, Barcelona, 1985, p. 321, reafirma que «desde la óptica de la República Federal alemana puede distinguirse entre empresas multina-

la internacionalización del capital y de los mercados, y protagonizando, de forma definitiva, el imparable proceso de reestructuración y de concentración de la economía, a la vez que implantan una situación de conflicto estructural que legitima poder hablar de «nuevo orden mundial».

De la mano de N. Reich podría decirse, al hilo de la tesis de la desigualdad de cobertura territorial entre Estado y empresas multinacionales, que «la situación de conflicto estructural con las unidades de carácter social y político, tales como las organizaciones de trabajadores o de consumidores, se produce por el hecho de que las empresas multinacionales pueden operar internacionalmente, mientras que la política y el Derecho encuentran sus límites en las fronteras del Estado». Para ratificar esta afirmación, Reich trae a colación la versión que Pausenbeger formula del conflicto estructural que subyace al fenómeno de la empresa multinacional cuando dice que «la crítica a las empresas multinacionales puede reducirse a su único argumento fundamental, que consiste en que estas formaciones permiten, por su dimensión y movilidad, la constitución de esferas de poder económico que se sustraen a las medidas de control de los Estados y, consecuentemente, pueden operar en un espacio libre de Derecho»<sup>39</sup>.

A mediados de los años setenta, cuando se acentúa la concentración de capital (cuyo ritmo se acelerara en los años ochenta) y fusiones, a la vista del potencial de las empresas multinacionales y su peligro para la política coyuntural, la política de competencia, la política estructural y la política social del Estado, Helmut Arndt escribía: «Los grupos multinacionales no sólo son superiores a las demás empresas en su lucha por el poder, sino que poseen el poder suficiente para imponer su propia política frente a la política económica de los Estados en cuyo territorio operan. Las empresas multinacionales, cuya cifra de negocios y capital supera un determinado volumen, están en situación de ejercer su propia política económica internacional en un mundo caracterizado por el comercio y el libre tráfico del dinero. No sólo pueden desbaratar la política económica de un Estado, sino también de unidades superiores, como la Comunidad Económica Europea»<sup>40</sup>.

Por tanto, el modelo de empresa multinacional, en la segunda mitad del siglo XX, se erige en instrumento fundamental de la

---

cionales extranjeras y empresas multinacionales internas. La empresa multinacional extranjera es aquella que tiene en el extranjero la sede de su órgano central y cuya actividad en el interior del país se canaliza a través de una sociedad filial. La empresa multinacional interna tiene su sede en el país y opera en el extranjero con la ayuda de sociedades filiales de primer y, eventualmente, de segundo grado».

<sup>39</sup> N. REICH, *ob. cit.*, p. 324.

<sup>40</sup> H. ARNDT, *Wirtschaftliche Macht, Ausschus für Arbeit und Soziales*, 1974, p. 53.

mutación del liberalismo keynesiano ceñido al marco del Estado-Nación en neoliberalismo, inspirado en la Escuela de Chicago, de ámbito internacional, o lo que es lo mismo, del capitalismo nacional, en el que el Estado planifica y dirige la economía en capitalismo salvaje global en el que los Estados se someten al dictado del mercado.

A principio de los años noventa, la red de empresas multinacionales fruto del proceso de concentración del capital estaba constituida por treinta y siete mil firmas, con sus ciento setenta mil filiales, que abarcaban más del 30 por 100 (en 1995) del producto interior bruto mundial. Sin embargo, como señala Frederic F. Clairmont, «el sitio del poder se sitúa en el círculo mas restringido de las “doscientas primeras” [...] que son conglomerados cuyas actividades planetarias cubren sin distinción los sectores primario, secundario y terciario: grandes explotaciones agrícolas, producción manufacturera, servicios financieros, comercio, etc. Geográficamente se reparten entre diez países: Japón (62), Estados Unidos (53), Alemania (23), Francia (19), Gran Bretaña (11), Suiza (8), Corea del Sur (6), Italia (5) y Holanda (4)»<sup>41</sup>.

### El mercado sobre el Estado

Las fusiones, reagrupaciones y alianzas empresariales, que en los últimos diez años se han incrementado a un ritmo del 15 por 100 anual, en las que los grandes bancos de inversión, los fondos mutualistas y los fondos de pensiones juegan un papel fundamental al amparo de justificaciones tales como liberalización, desreglamentación, privatización, mercado libre internacional, dan como resultado un complejo económico de estructuras de dominación totalitarias, que el sociólogo suizo J. Ziegler, ha calificado de mafiosas<sup>42</sup> y que condicionan la política de los Estados.

En términos de teoría de los sistemas, el modelo sistémico, en el que el mercado y el Estado han funcionado como dos subsistemas entrelazados, obedeciendo a lógicas diferentes en el marco de un sistema global, en el que el primero estaba sujeto a una racionalidad de beneficio fundada en la autonomía privada de los individuos y en una esfera totalmente apolítica, y el Estado a la producción de decisiones vinculantes y ejecutorias, a través del Derecho y desde el poder, ese modelo sistemático ha hecho crisis como consecuencia de las contradicciones estructurales de nuestras sociedades, resultado de la incompatibilidad entre las exigencias funcionales de la

<sup>41</sup> F. CLAIRMONT, «Hacia un gobierno planetario de multinacionales. Doscientas sociedades controlan el mundo», *Le Monde Diplomatique*, abril, 1997, pp. 8 y 9.

<sup>42</sup> J. ZIEGLER, *El País*, domingo 4 de enero de 1998, p. 8, dice «No hay diferencia entre el capitalismo monopolista y la Mafia».

democracia política y las exigencias inherentes al desarrollo del capitalismo liberal.

A partir de los años setenta el Estado y el mercado constituyen dos subsistemas abiertos e interrelacionados en un sistema global, en el que el mercado impone de manera creciente y definitiva su lógica al Estado. Es decir, que de una relación sistemática, en la que dominaba la racionalidad formal del Estado, se ha pasado a otra relación, en la que el mercado está imponiendo su lógica sustantiva <sup>43</sup> sobre el Estado.

El modelo sistémico, en el que prevalecía la racionalidad formal, era útil para presentar la relación entre el Estado y el mercado durante los cien años transcurridos de 1870 a 1970. En ese modelo, el Estado se correspondía en Occidente con el Estado-Nación de las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX y cuyo deber era el de mantener las condiciones apropiadas para el crecimiento económico y la prosperidad social. Y también con el Estado-Nación, que a partir de la crisis del 29, y para salir de ella, se adjudica, siguiendo los dictados de Keynes, el deber de controlar la economía, y que finaliza en los años sesenta transformado en megaestado hacedor «apropiado» para todos los programas y todas las tareas sociales, es decir, como entidad social, como amo de la economía, como estado social, como estado benefactor.

Resulta ilustrativa la afirmación de Habermas cuando dice que: «el Estado de Derecho burgués se presenta cada vez más amenazado por la contradicción existente entre lo que quiere ser, de conformidad con la propia idea, y lo que realmente es» <sup>44</sup>.

Hoy, el nuevo modelo de Estado (utilizo la expresión para la generalidad de los de la Sociedad Occidental) está en trance de superar la racionalidad formal para dar respuesta a las exigencias de una sociedad en profunda y radical transformación, que hace algún tiempo

---

<sup>43</sup> Las categorías, racionalidad formal y racionalidad material en Max WEBER están referidas al Derecho y la justicia. Participo de la tesis de que el Derecho moderno viene caracterizado por un crecimiento de lo material en detrimento de lo formal (lo que importa es que las cosas se hagan, no cómo se hagan). TEUBNER, en su teoría del Derecho reflexivo entiende la materialización como una «desdiferenciación regresiva, como una flexibilización de la circularidad básica del Derecho por referencias crecientes a la oportunidad política, máximas morales y utilidad económica». Este autor, TEUBNER, distingue tres clases de racionalidad del Derecho (racionalidad interna, racionalidad de la norma en la justificación de demandas de validez, y racionalidad del sistema en las diferentes acciones hacia la integración de la sociedad). Según TEUBNER, el Derecho formal se caracteriza en su racionalidad interna por una programación condicional. Prescribe y crea la estructura jurídica de una sociedad de mercado desarrollada. El Derecho material está orientado hacia la programación útil (el objetivo) y corrige los eventuales fallos del mercado. El Derecho reflexivo tiene una orientación procedimental. Su racionalidad contribuye a la integración de los subsistemas sociales y se refiere a la «autonomía regulada» (G. TEUBNER «Reflexive Law», *Law and Society Review*, núm. 19, p. 252).

<sup>44</sup> J. HABERMAS, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, p. 22.

abandonó el dogma: Estado = Sociedad Civil Global<sup>45</sup>, y cambió el Estado por el Mercado<sup>46</sup>, el Derecho del Estado<sup>47</sup> por las leyes del Mercado o, mejor dicho, vio cómo aquél se ponía al servicio de éstas<sup>48</sup>.

En este sentido, Niklas Luhmann señala más concretamente que la racionalidad del mercado se contrapone al derecho del Estado intervencionista. E, incluso, al reflexionar sobre los derechos económicos fundamentales como institución, se muestra contrario a contemplarlos como garantías de la libertad, la justicia y la protección de la personalidad, tal como lo hace la teoría constitucional de corte liberal ampliamente difundida. La garantía de la propiedad –señala Luhmann– «tiene como función asegurar su papel de sujeto partícipe en el sistema de comunicación de la economía, puesto que, sin esa garantía, el sistema de comunicación no puede ser generalizado».

De ahí que el derecho concreto no goza de una protección jurídica inmediata, «sino únicamente de la oportunidad de mercado, y por ello no para garantizar la dignidad y libertad del individuo, sino para asegurar la capacidad funcional de una economía movida por el dinero»<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> La distinción entre Estado y sociedad civil se desarrolla en los primeros escritos decimonónicos de G. Hegel, Según Hegel, la sociedad civil es una fase intermedia entre la familia y el interés público del Estado. La sociedad civil que se identifica con la esfera social, se identifica a su vez con el Estado como esfera pública de interés común.

<sup>46</sup> D. OLIVENNES; N. BAVEREZ, *L'imperissance publique*, París, 1989, pp. 73, señala que: «se cambia de patristica»: Friedman destrona a Keynes en el panteón de los economistas. El Estado está en el ojo del ciclón: la política coyuntural y los gastos públicos son el principal factor de inestabilidad de una economía en equilibrio espontáneo, y las deducciones obligatorias tienen un efecto desincentivador. Es preciso, por tanto, reducir drásticamente la intervención pública y liberar las fuerzas competenciales. La defensa del mercado en el orden económico contra el Estado keynesiano pretende ser la hermana gemela de la defensa de la sociedad en el orden político contra el Estado estaliniano, el interés privado fundando el interés colectivo como la voluntad particular, la voluntad general. A la igualdad forzada de las condiciones, fuente de improductividad, se opone la igualdad de oportunidades, fuente de competición. A la economía dirigida, el libre juego de los intereses que asegura *ex-post* el equilibrio económico óptimo. Véanse, igualmente, A. MINE, *La máquina igualitaria. Crisis en la sociedad del bienestar*, Barcelona, 1987; G. HERUNET, *El pueblo contra la democracia*, Madrid, 1989.

<sup>47</sup> J. HABERMANS, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, p. 40, señala: «la norma jurídica liberal que era antes el fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no sólo no impide llevar a cabo al Estado social todas sus intervenciones, sino que bajo su protección los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer una influencia sobre los órganos del Estado».

<sup>48</sup> W. STREEK, y P. SCHMITER, *Private Interest Government*, Londres, 1985, señalaban ya que el hecho de que las asociaciones de interés tengan un cada vez mayor protagonismo, afecta no sólo a la forma y funcionamiento del «Estado», sino también exige un replanteamiento del concepto de «mercado». Estos autores consideran que es preciso distinguir entre «mercados como procesos distintos del Estado en los que éste hace una función simplemente de apoyo, y mercados en los que el Estado es un actor».

<sup>49</sup> N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, p.120.

En definitiva, la evolución del fenómeno de las empresas multinacionales, con la Organización Mundial del Comercio como punta de lanza<sup>50</sup> y la consiguiente limitación de las estrategias estatales de control, dentro del proceso de internacionalización del mercado<sup>51</sup>, instrumentalizando la disparidad de las legislaciones nacionales, ha llevado consigo la imposición de su propia lógica normativa<sup>52</sup>.

Además, la deslocalización del mercado de capitales<sup>53</sup> y la generalización de los intercambios internacionales vacían de contenido las reglas estatales (fiscales, laborales, sanitarias...). La desreglamentación de los mercados (al hilo de las directrices de la Escuela de Chicago) activa esta evolución<sup>54</sup>. Impotentes para frenar este fenómeno, los gobiernos no piensan más que en sacar partido para atraer hacia ellos los capitales flotantes.

Hay que añadir también la implantación de nuevas tecnologías (informatización y robotización) en el proceso productivo y el aumento de la competitividad, dando como resultado una forma de crecimiento económico en contradicción con la conservación de las condiciones medioambientales<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> M. KHOR, «Un gobierno mundial en la sombra. La O.M.C., punta de lanza de las transnacionales», *Le Monde Diplomatique*, mayo, 1997, p. 7, finaliza este trabajo diciendo que «A este ritmo, y en nombre del primado absoluto del comercio internacional, pronto los países no podrán controlar ni proteger nada. Ni la agricultura, ni los recursos naturales, ni los sistemas educativos, ni la salud, ni los medicamentos o la biodiversidad. A causa de las transnacionales de la industria y de las finanzas, la O.M.C., adosada a la O.C.D.E., está a punto de despojar a los países, y los ciudadanos, de los mínimos atributos de su soberanía».

<sup>51</sup> N. REICH, *ob. cit.*, pp. 320 y ss.

<sup>52</sup> F. ROHATYN, «What next?», en *New York Review of Books*, Nueva York, diciembre de 1987, pone de relieve el riesgo al que está sometido el sistema monetario mundial por razón de las modificaciones bruscas en los mercados financieros, así como en los flujos de capital, en el marco de los inestables mercados internacionales.

<sup>53</sup> N. REICH, *ob. cit.*, p. 320, afirma que: «Hay que citar como típico de la internacionalización de los mercados en la evolución del sistema capitalista el hecho de que los procesos de mercado están sometidos por completo al dictado de las leyes sobre la movilización del capital. Ello significa que progresivamente irán desapareciendo los obstáculos que el Estado de base nacional impone al desarrollo del capitalismo, equiparándose también la estructura de producción y de consumo de los distintos Estados.»

<sup>54</sup> A. GUNDER FRANK, *ob. cit.*, p. 286, señala que la transnacionalización del capital y la cada vez mayor competitividad internacional están provocando el surgimiento de nuevas formas de acumulación de capital.

<sup>55</sup> Algunos datos sobre la cuestión del deterioro del medioambiente como consecuencia de la contradicción existente entre el crecimiento económico y la conservación de las condiciones medioambientales, puesta de relieve en la última cumbre medioambiental celebrada en Kioto en 1997:

1. La temperatura global del planeta Tierra aumentó en este siglo en torno a 0,4 grados y se ha convertido en el más caluroso desde hace al menos mil seiscientos años.
2. Disminuyen de extensión las masas polares y se van retirando los glaciares.
3. Subida significativa del nivel de los océanos a causa de que el agua cálida es menos densa que la fría.

Y en el plano de los valores, al igual que la libertad, la igualdad, la fraternidad, sobre los que se asientan los dogmas fundamentales del principio de la generalidad de la ley, del reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y del establecimiento de la autonomía de la voluntad privada produjeron su «efecto imán», que sirvió para superar las estructuras feudales y dieron luz verde al Estado democrático, liberal clásico, hoy en el mundo Occidental<sup>56</sup>, se van progresivamente vaciando de contenido y cediendo el testigo a la libertad controlada, al derecho a las diferencias, al individualismo narcisista<sup>57</sup> (el individuo deja de ser ciudadano para convertirse en consumidor) para ir creando el nuevo modelo, el modelo de la posmodernidad<sup>58</sup>.

4. La primavera se ha adelantado dos semanas en el hemisferio norte.

5. El cambio climático guardaría relación directa con el aumento de las olas de calor, sequías, lluvias torrenciales, inundaciones y la extensión de la enfermedad tropical conocida como la malaria.

6. Aumentan las precipitaciones en las zonas de altas latitudes y disminuyen en las regiones meridionales y subtropicales.

7. De no tomarse medidas, la temperatura global podría subir en un siglo de 1,5 a 5 grados y el nivel del mar hasta medio metro. Una consecuencia sería el desplazamiento de 70 millones de personas empujadas por el hambre por la anegación de deltas y tierras bajas.

8. El dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), principal ingrediente del efecto invernadero, permanece activo en la atmósfera durante siglo y medio, mientras que los aerosoles (industriales o de origen volcánico) que enfrían el clima sólo se mantienen varias semanas.

<sup>56</sup> M. DELMAS MARTY, *Raisonnement la raison d'état. Vers un Europe des droits de l'homme*, París, 1989, p. 494, prefiere concluir su trabajo con un cierto optimismo, (que no comparto) no exento de timidez en cuanto al papel que los derechos humanos van a tener en la construcción europea. DELMAS MARTY dice: «Al menos comienza a entrecruzarse al hilo de las decisiones europeas y a veces nacionales la posibilidad de una armonización de Europa, que se desarrollaría alrededor de los derechos del hombre, en un verdadero pluralismo de las normas en sus tres dimensiones, de un orden dialógico, de un espacio heterogéneo y de un tiempo evolutivo. Única respuesta, quizás a la muy legítima y muy “derezonable” razón de Estado.» Participo de la postura de A. J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, 1991, p. 300 cuando señala que: «La elaboración de una Europa jurídica y posmoderna van a la par. La Europa jurídica solamente será posible si hace suyos pluralismo y complejidad que, desde el origen, estuvieron inscritos en su historia.»

<sup>57</sup> D. OLIVENNES, y N. BAVEREZ, *ob. cit.*, pp. 225 y 226; señalan: «El infantilismo actual que caracteriza las relaciones del individuo con el Estado –vivido simultáneamente como un fagocito insaciable o un refugio protector– se explica por esta nueva distancia de cada uno frente al interés general. Desde el momento en que la legitimidad individual sustituye a la solidaridad colectiva, una forma inédita de *soft rébellion* preside la organización de las relaciones sociales: es el reino del incivismo pasivo... No nos equivocamos en ello, oponer simplemente el reino del individuo al del colectivo es una visión sumaria. El individualismo de los nuevos tiempos consiste en realidad, más sutilmente, en pensar la colectividad simplemente de manera individual. Es decir, que la confrontación ya no se produce entre el uno y lo múltiple, sino entre lo universal y lo categorial [...] La «oscilación entre los valores individualistas y la constatación de la ingobernabilidad de las sociedades fundadas sobre estos valores está en el corazón de la contradicción de las democracias avanzadas.»

<sup>58</sup> J. F. LYOTARD, *La condición postmoderna*, Madrid, 1989, p. 35, prefiere hablar de «cambio de función de los Estados» cuando señala que: «El redespliegue

Obsérvese que los valores absolutos preconizados por los filósofos de la Ilustración, que inspiraron los Estados liberales modernos, apoyados sobre la razón formal, han dado paso a valores relativos que inspiran los Estados neoliberales posmodernos, apoyados sobre la razón material.

Esto es cierto también para el campo de lo jurídico, donde las ideas neoliberales se extienden y conducen a opiniones políticas concretas al igual que por ejemplo el positivismo.

### ¿Qué pueden hacer el Estado y el derecho?

El espacio temporal que va aproximadamente de 1870 a 1970 arranca con la generalización y consolidación del modelo del Estado-Nación y finaliza, en terminología de Drucker, con el megaestado<sup>59</sup>. Durante este tiempo, el Estado ha pasado de ejercer una simple función tutelar, es decir, de mantenimiento de la sociedad civil, a ser el protagonista de la estructuración y configuración de las relaciones sociales mediante la implementación de planes, políticas y programas. En esta transformación de las funciones del Estado, así como en la paralela extensión y ampliación del dominio de intervención<sup>60</sup>, que ha llevado implícita la modificación de las condiciones de legitimación<sup>61</sup>, el Derecho se ha revelado como el instrumento fundamental del poder estatal capaz de funcionar como agente autónomo de control social desvinculado de cualquier sistema axiológico o consenso societal.

El poder político, concentrado en la burocracia gubernamental y ejercido por el Estado mediante el Derecho que Max Weber identifica con el tipo de pensamiento jurídico de racionalidad sustantiva, encuentra serias dificultades para explicar su legitimidad a través de la teoría pactista del derecho constitucional clásico, fundamentada en el consenso societal acerca del marco normativo en el que debe detentarse y ejercerse. Incluso, la dificultad aparece también cuando esa

---

económico en la fase actual del capitalismo, ayudado por la mutación de técnicas y tecnologías, marcha a la par con un cambio de función de los Estados.»

<sup>59</sup> P. DRUCKER, *La sociedad postcapitalista*, Bogotá, 1995, pp. 126 y ss.

<sup>60</sup> Sobre esta cuestión es clásica la obra de R. DELORME y C. ANDRE, *L'Etat et L'Economie, un essai d'explicación de l'evolucion des dépenses publiques en France 1870-1980*, París, 1983.

<sup>61</sup> Sobre esta cuestión de la legitimación es de obligada consulta la ya clásica obra de J. HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu Ed., Buenos Aires, 1986. Además, a modo de ejemplo, sin pretender agotar el tema, dado que la literatura sobre la cuestión de la legitimidad es muy amplia, estimamos de interés: T. PARSONS, «Autoridad, legitimación y acción política», en C. J. FRIEDRICH, *La autoridad*, México, 1969; K. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971. También tiene interés la obra en cuya conformación han intervenido L. G. GABALDÓN, J. M. BRICEÑO GUERRERO, E. GÁMEZ, J. M. DELGADO OCANDO, T. HERNÁNDEZ, *Legitimidad y sociedad*, Caracas, 1989, que pretende ser «una tentativa conceptual y funcional de la legitimidad».



legitimidad pretende explicarse a través de la regla de Derecho como corresponde a un sistema estatal, en el que el tipo de dominación es el legal y su complejo normativo obedece a la racionalidad formal.

Hoy, es preciso tomar en cuenta la actividad de todo el sistema político-administrativo interpenetrado y condicionado por el sistema económico, que obedece no a una racionalidad formal sino sustantiva, y en el que, en el ejercicio del poder efectivo por los gobiernos, es más relevante el resultado de las medidas adoptadas que su posible legalidad e incluso regularidad<sup>62</sup>, por lo que la eficacia se constituye en criterio fundamental de legitimidad.

En este sentido, L. Baeck precisa que «las democracias occidentales contemporáneas basan su legitimación en su capacidad de gestión. La ideología que anima y sustenta las democracias occidentales es una ideología funcionalista de gestión. Según esta ideología es al sistema político (al Estado) a quien corresponde el papel de la organización de la sociedad en su conjunto [...] La responsabilidad del Estado en todos los campos «politiza» la economía, feudaliza de nuevo la sociedad civil [...] Las democracias han intentado combatir el desorden económico y social del capitalismo con un intervencionismo creciente. Pero esta intervención constante provoca, a su vez, la crisis del sistema político».

De ahí que la crisis del Estado Providencia no puede reducirse al fracaso en la consecución de objetivos tras la implementación de algunas políticas públicas ni a la proliferación de los efectos no queridos de la acción pública, sino que, como señala L. Baeck, «con un pragmatismo gestor, los regímenes democráticos y sus partidos no logran ya formular un proyecto de sociedad ni tampoco instrumentar un cambio social. Han perdido cualquier idea de auténtica emancipación. Y su gestión se limita sobre todo a evitar el conflicto social o la crisis económica [...] Pero atenuar y esquivar los conflictos sociales no significa gobernar»<sup>63</sup>.

Frente a esta evidencia, los Estados democráticos occidentales asumen y practican sin confesar la idea de que «el mejor modo de salvar la democracia es limitar su ejercicio», es decir, utilizando las categorías de Ph. Gerard, entre la «democracia de desarrollo» o la «democracia de protección» optan por esta última, reduciendo al individuo-ciudadano, sujeto de derechos y libertades político-sociales, a individuo-consumidor, que vive la ilusión de la libertad en el mercado.

En la actualidad, las democracias occidentales podría decirse que no obedecen al modelo de auténticas democracias participativas, es

---

<sup>62</sup> Sobre la cuestión resulta de interés ver la obra de Ph. GERARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, 1995.

<sup>63</sup> L. BAECK, «Ideologías, economía y democracia», en *¿Es gobernable la democracia?*, Caracas, 1993, p. 59.

decir aquella que, como bien señala G. Yepes, «pasando por una racionalización de la vida social, está asociada, no sólo a elecciones libres y a condiciones legítimas y transparentes para ejercer el derecho electoral, sino también al ejercicio pleno de la libertad, a la capacidad de resistir a la opresión, a la burocracia, al consumo excesivo y a la información masiva y masificante»<sup>64</sup>. Las democracias occidentales han optado por un modelo de gobernar de control social, más autoritario, fundamentando su acción en la eficacia, recortando las libertades individuales, sublimando la seguridad y limitando la participación política para evitar la asunción de tareas excesivas de los gobiernos.

Esta tesis se complementa, como dice J. Leca, «con una propuesta neoliberal: la gobernabilidad se aseguraría mejor si el poder de regulación en el campo económico (pero no en el control social y en el orden público) fuese quitado al Estado y devuelto a los actores sociales que actúan en el campo del mercado; esto produciría dos ventajas: mayor flexibilidad por un lado y, por otro, exoneración de responsabilidades por parte del Estado ante demandas “irrealizables” por ser demasiado onerosas y contradictorias»<sup>65</sup>.

En definitiva, se trata de la implantación del neoliberalismo que alumbró el Estado-mercado bajo las leyes abstractas del «orden espontáneo» de Hayek, es decir, de la autorregulación, en la que cada individuo sirve mejor al bien común en cuanto que su acción está guiada por el tipo ideal que Max Weber señala como acción racional de propósito, es decir, persecución de su propio interés. El complemento perfecto de este Estado-mercado es un sistema de control social, en el que la fuerza pública ejecute su poder a través, no ya del Derecho sino de la instrumentalización de los medios y medidas de control científico-técnico legitimados en base a la eficacia. De esta manera, el neoliberalismo supone la negación de la ciudadanía, porque, como señala J. Leca, «la ley del mercado ya no es la ley de la historia», sino un mecanismo ideológico desligado del sentido de la justicia<sup>66</sup>.

### Neoliberalismo y sistema penal

La ley del mercado, con su lógica propiamente económica basada en la competencia y la eficacia, materializa la «gran utopía neoliberal» como orden económico-político cuyo fundamento último es la violencia estructural del paro, de la precariedad y de la amenaza del despido, que implica que la condición del funcionamiento «armonio-

<sup>64</sup> G. YEPES BOSCÁN, «Prefacio», *¿Es gobernable la democracia?*, p. 15.

<sup>65</sup> J. LECA, «Sobre la gobernabilidad», en *¿Es gobernable la democracia?*, p. 34.

<sup>66</sup> J. LECA, «Perspectivas democráticas», en *¿Es gobernable la democracia?*, p. 226.

so» del modelo microeconómico individualista sea un fenómeno de masas, esto es, la existencia del ejército de reserva de los parados<sup>67</sup>.

El resultado de la implementación del neoliberalismo como doctrina socio-político-económica y pretendida lectura científica de lo real, en palabras de Pierre Bourdieu, supone «no sólo la miseria cada vez mayor de las sociedades más avanzadas económicamente, el crecimiento extraordinario de las diferencias entre las rentas, la desaparición progresiva de los universos autónomos de la producción cultural [...] por la imposición intrusista de los valores comerciales, sino también y sobre todo la destrucción de todas las instancias colectivas capaces de contrapesar los efectos de la máquina infernal, a la cabeza de las cuales está el Estado (en su versión de Estado Social de Derecho) depositario de todos los valores universales asociados a la idea de lo público, y la imposición, generalizada en las altas esferas de la economía y del Estado, o en el seno de la empresa de un darwinismo moral que, con el culto del “triunfador” [...] instaura como normas de todas las prácticas la lucha de todos contra todos y el cinismo»<sup>68</sup>.

En definitiva, se trata de un cuadro en el que la inseguridad individual y social toma carta de naturaleza y se agudizan las desigualdades sociales al socaire de la emergencia de una nueva clase en la cima dominadora, que Denis Duclos llama la «hiperburguesía»<sup>69</sup>, que no se yustapone a las burguesías nacionales o regionales, sino que las reemplaza, y cuyo nuevo sistema de valores poco o nada tiene que ver con la ética protestante que Max Weber sitúa como fundamento del «espíritu capitalista». La «hiperburguesía», que desvaloriza la cultura cívica<sup>70</sup>, se va consolidando en un nuevo feudalismo, en tanto se asientan las redes tentaculares del entramado financiero y se materializa la «reclasificación» y la «recastificación»<sup>71</sup> social en un clima en el que no existe vestigio de justicia entendida como equidad, la mayor presencia del mercado llena el vacío dejado por la retirada de lo público, alimentando simultáneamente la segregación, la criminalidad y el desamparo de los más débiles. Por ejemplo, en Europa son ya casi dieciocho millones y medio el número de desempleados y cincuenta millones el de pobres<sup>72</sup>.

El complemento necesario para la materialización de «la gran utopía neoliberal», tras la redistribución de tareas entre los diferentes

<sup>67</sup> P. BOURDIEU, «La esencia del neoliberalismo», *Le Monde Diplomatique*, marzo, 1988, p. 4.

<sup>68</sup> *Ibidem* p. 4.

<sup>69</sup> D. DUCLOS, «Nacimiento de la hiperburguesía», *Le Monde Diplomatique*, agosto-septiembre, 1988, p. 20.

<sup>70</sup> *Ibidem* p. 21.

<sup>71</sup> D. DUCLOS, «Los crímenes de odio», como síntomas de una sociedad frangmentada, *Le Monde Diplomatique*, enero, 1998, p. 17.

<sup>72</sup> I. RAMONET, «El ideal democrático perdido: refundar», *Le Monde Diplomatique*, mayo, 1997, p. 11.

«actores» sociales bajo el imperativo de la ley del mercado, es el llamado Estado mínimo, que encarna la democracia de protección, limitado funcionalmente a las tareas de control social.

En este mismo sentido, Loic Wacquant dirá que el neoliberalismo lleva emparejado «el superdesarrollo de instituciones que palián las carencias de la protección social (*safetynet*) desplegando en las capas más bajas de la sociedad una red policial y penal (*dragnet*) de mallas cada vez más cerradas. Pues, a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia del Estado penal: la miseria y el desgaste de uno tiene como contrapartida directa y necesaria el aumento y prosperidad del otro»<sup>73</sup>.

De ahí que la racionalidad intrínseca de esta decidida inclinación hacia lo penal, «lejos de contradecir el proyecto neoliberal de desregulación y debilitamiento del sector público, el ascenso del Estado penal (podría decirse en toda la sociedad occidental) viene a constituir como el negativo, en sentido reverso pero también revelador. Traduce, en efecto, la puesta en práctica de una política de criminalización de la miseria, que es el complemento indispensable de la imposición del salario precario y mal pagado, así como el replanteamiento –que le es concomitante– de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo».

En definitiva, el derecho penal, lejos de ser simplemente una estructura normativa conformada por proposiciones jurídicas útiles cuya aplicación tiene por objeto devolver a la sociedad la normalidad tras la violación de una norma jurídica de obrar, se convierte, al igual que el Derecho en general, en instrumento autónomo de control y dirección de las conductas, que actúa sobre la sociedad desvinculado de la moralidad en aras de la implementación, en la sociedad-mercado, de la utopía neoliberal como ideología y cosmovisión.

En este sentido, Pascal Faucher, Presidente de la Asociación Francesa de Jueces para la aplicación de condenas (ANJAP) dirá que «la materia penal ha pasado de ser un asunto de técnicos a un instrumento de imagen política». Precisando aún más en esta metamorfosis que la materia penal está sufriendo con su paso de pretendida ciencia a instrumento político, Florence Reynal dirá que «incluso se ha transformado en objeto electoral. Para apoyar discursos que den seguridad, los responsables políticos de derecha o de izquierdas, temerosos de disgustar a una opinión pública a la que consideran poco inclinada a la clemencia, invocan índices de reincidencia alarmistas y extravagantes»<sup>74</sup>.

Así pues, en la sociedad-mercado, todo el sistema penal en su conjunto está orientado a sublimar la seguridad como uno de los primeros

<sup>73</sup> L. WACQUANT, «Del estado social al estado carcelario. El encierro de las “clases peligrosas” en Estados Unidos», *Le Monde Diplomatique*, agosto-septiembre, 1998, p. 22.

<sup>74</sup> F. REYNAL, «¿La cárcel como única solución?», *Le Monde Diplomatique*, agosto-septiembre, 1998, p. 24.

derechos humanos en detrimento de la libertad de la persona humana, que constituye el fundamento de los mismos y, por ende, la razón de ser del entramado punitivo. Se trata de un sistema penal en manos de un Estado que está al servicio del mercado para el que el individuo-sujeto no es el ciudadano dotado de derechos y libertades asentados sobre el principio de la personalidad al que deben reconocérsele principios como el de la «moratoria razonable», el del «proceso equitativo» o el de la «presunción de inocencia», entre otros, sino el sujeto de comportamientos panópticos —en expresión de Michel Foucault— resultado de la tecnoseguridad, respecto del cual, la «presunción de culpabilidad», o, cuando menos «de culpabilidad dentro de la duda razonable» se eleva a categoría de principio y que explica el creciente recurso a «la comparecencia inmediata», «la prolongación de la duración de las penas», «la multiplicación de los servicios privados de vigilancia» y, en definitiva, «la represión».

El neoliberalismo con su totalitarismo del mercado autorregulado que niega al hombre la libertad metafísica como ser humano en su calidad personal y consecuentemente la libertad política, supone, parafraseando a Sebastián Soler, cuando se refiere al totalitarismo político, «abrir una senda que, más pronto o más tarde, debe conducir a derogar preceptos constitucionales de valor primario: (puesto que en esta situación) el principio *nullum crimen sine lege*, el principio *cogitationis poenam nemo patitur* y el principio *nulla poena sine culpa* carecen de sentido y de valor»<sup>75</sup>.

El resultado de la nueva sinergia entre las funciones de «captura» y de «observación» del aparato penal, por ejemplo en EEUU, el país paradigma del modelo neoliberal, es que existen más de cincuenta millones de «fichas criminales» (frente a los treinta y cinco millones de hace un decenio) sobre cerca de treinta millones de individuos, es decir, casi un tercio de la población adulta masculina del país a las que es preciso añadir la base de datos que el FBI acaba de activar conteniendo el código genético (ADN) de cientos de miles de delincuentes en abierta confrontación con el derecho a la privacidad. Podría decirse que después de los numerosos ficheros constituidos sobre la población criminalizada y las huellas electrónicas que deja el delincuente, las cámaras de vídeo enriquecen la transparencia del individuo por un seguimiento a partir de su imagen.

Y como elemento central, en sintonía con la racionalidad sustantiva del sistema penal neoliberal, se sitúa «la justicia negociada» o sistema de negociación de la pena, consistente en intentar convencer al acusado de que se declare culpable, ofreciéndole una condena menor de la que merece en base a los hechos relativos al caso y sus antecedentes penales, entendiéndose que las ventajas de negociación de la pena (rapidez, certeza e irrevocabilidad) justifican la reducción de

---

<sup>75</sup> S. SOLER, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966, p. 80.

condena pasando a ser «una carga más leve para el sistema represivo».

El fundamento de «la justicia negociada» está, en palabras del juez Rothwax, en el hecho de que «el castigo es un concepto mucho más democrático que la rehabilitación. El castigo dice que uno debe pagar por lo que hace. La rehabilitación dice que eres una persona mala, que estás enfermo y que nosotros podemos curarlo. Pero en la sociedad democrática no existe ese tipo de enfermedad o de curación. La sociedad democrática sólo insiste en que debes respetar la ley. Mientras respetes la ley eres libre de ser lo que quieras, quien quieras y de vivir como quieras. Son los sistemas totalitarios los que se centran en la rehabilitación y envían a la gente a hospitales psiquiátricos. La sociedad democrática, dice: no te exigimos nada en cuanto a tus ideas o a tu comportamiento, sólo que vivas dentro de la ley. Eso es todo lo que una sociedad democrática puede exigir a sus miembros y si no lo cumples recibirás tu castigo»<sup>76</sup>.

De ahí que en el marco del sistema punitivo neoliberal carece de sentido sostener, como lo hacía Llewellyn al formular las funciones universales del Derecho, que la de resolución de los conflictos sirve el favorecimiento y solidificación de la vida del grupo. Y en menor medida cabe mantener la tesis de Harry Brademeier, que en el mismo sentido que Llewellyn, considera que la adecuada resolución de los conflictos, fruto del análisis de los casos a la luz de la conjugación armónica del sentimiento social de justicia y del servicio al bien común, es el elemento integrativo central del Derecho.

Hoy, en la sociedad autorregulada, parece resultar anacrónica la visión de que el sistema penal contribuye a la socialización de los valores básicos societales, elaborando concepciones de justicia y aplicándolas en las decisiones de casos, y que al mismo tiempo está implicado en la socialización de los ciudadanos, que han de aceptarlo y usarlo.

El derecho penal, como parte del sistema jurídico estatal, no es ajeno a la transformación que en las últimas décadas se está operando en éste, en el sentido de que transformado en regulación técnica es capaz de cualquier uso; y además al quedar exento de sus raíces sociales, queda disponible como mecanismo autónomo para el ejercicio del poder por el Estado moderno. El derecho penal, en la sociedad del mercado, pretende expresar y garantizar lo que Durkeimn llama la solidaridad mecánica, pero, esta vez, no se trata de valores y comprensiones compartidos por los miembros medios de la sociedad, reflejo de la moral colectiva, como sucedía en la Edad Media, sino de la solidaridad mecánica, fruto de la imposición de los valores

---

<sup>76</sup> Declaración realizada por el Juez Rothwax (Juzgados de lo penal de Nueva York) en el documental titulado «La justicia negociada en Nueva York», producido por la BBC, 1993.

uniformizadores de la técnica en la nueva sociedad refeudalizada por el mercado.

En este sentido, puede decirse que el sistema jurídico en general y por ende el subsistema penal está en proceso de transformación de su racionalidad formal, incorporando, la material o sustantiva, como su nueva racionalidad. Son cada vez más los fenómenos que ilustran la gradual sustitución del Derecho como estructura formal de reglas por otro entendido como instrumento técnico de gobierno, conformado por mecanismos científico-técnicos de orden y de control social independiente del sentimiento real (no manipulado) de la comunidad.

Se trata, como señala Roger Cotterrell, de «una transición de una regulación basada en la comunidad, a un control administrativo tecnológico; en la medida en que aumentan los recursos tecnológicos de control, vigilancia y obtención de información disponibles por el Estado, junto con sus patentes problemas regulatorios, el derecho se va subordinando cada vez más al control administrativo «científico»; la «autonomía legal», y con ella la regla de derecho (entendida como dominación legal en el sentido de Max Weber), aparece así, como una fase relativamente breve en la evolución del control social»<sup>77</sup>.

En definitiva, el asentamiento de la sociedad-mercado neoliberal, con su complemento del Estado penal, constituye una negación de la ciudadanía, «porque se niega a ver que un *telos* abstracto propiciado por “la ley de la historia” sofoca, al mismo tiempo, la libertad y el mismo sentido de la ley, reduciendo así a los hombres al estatus de las máquinas con fines preestablecidos»<sup>78</sup>.

### A modo de conclusión

Llegado este momento, estimo que es preciso establecer alguna conclusión sobre el futuro de la civilización capitalista, que, en los últimos tiempos, está siendo objeto de múltiples especulaciones.

Con frecuencia, proyectamos sobre el futuro nuestros propios fantasmas, olvidando que el análisis científico queda invalidado al introducir en él elementos subjetivos, es decir al contaminar los conceptos con nuestros propios prejuicios. Así, por ejemplo, sucede cuando manejamos el concepto «cultura». Muchas veces, ante la evidencia de su actual resurgimiento<sup>79</sup>, suele ser objeto de satanización, normalmente, desde un posicionamiento dogmático adoptado sobre la base de un sistema axiológico y sociopolítico prefijado que coincide general-

<sup>77</sup> R. COTTERRELL, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona, 1991, p. 147.

<sup>78</sup> J. LECA, «Perspectivas democráticas», en *¿Es gobernable la democracia?*, Caracas, 1993, p. 226.

<sup>79</sup> P. DRUCKER, *ob. cit.*, pp. 167 y ss., a este fenómeno de la vuelta a las culturas lo denomina como el «retorno al tribalismo».

mente con el llamado universalismo que implica la homogeneización moral de la humanidad a partir del hecho de que no solamente las personas tienen los mismos derechos sino también de que hay universales en el comportamiento humano que podemos determinar y analizar.

Así pues, algún autor, como I. Wallerstein, en su obra *El futuro de la civilización capitalista*, considera el hecho de que «La gente haya comenzado a buscar protección de diversos grupos», como algo peligroso. La búsqueda de su identidad por parte del individuo en la «cultura» o en las «culturas» es entendida por I. Wallerstein como una gran catástrofe con tres opciones, a saber, la opción Jomeini, la opción Saddam Hussein y la opción de las pateras.

Esta concepción de la «cultura», concepto «huidizo», como la define I. Wallerstein, no deja de ser simplista y, estimo que cuando menos incorrecta. Precisamente las culturas de los pueblos son el producto de la relación diaria del hombre con sus conciudadanos en un ámbito sociopolítico concreto, o, si se quiere de otra manera, el conjunto de «comprensiones compartidas» por un grupo acerca del mundo y de la vida. ¡Y nada hay más real que esto!

Es precisamente el *desideratum* del universalismo lo que constituye, a la luz de la experiencia de los últimos quinientos años, el verdadero concepto «huidizo», utilizando la terminología de I. Wallerstein<sup>80</sup>. Es preciso aceptar que el regreso a las «culturas» es la respuesta del hombre a la decepción que ha supuesto la promesa de liberación y emancipación espiritual y material de la Reforma no materializada a lo largo de la civilización capitalista. Esta promesa hizo creer al individuo su condición de protagonista omnipotente y sujeto esencial de la Historia. Hemos visto a lo largo de la exposición que tal promesa no solamente no se ha cumplido sino que, al final de la aventura de cinco siglos desarrollada en el marco de la civilización capitalista, el hombre se encuentra tan encadenado como en el inicio. La única diferencia estriba en que, esta vez, no estará atado a unas estructuras resultado de un orden divino, sino, en su condición de individuo consumidor, a un marco ordenado por el nuevo «dios-mercado».

En este sentido, la vuelta a las «culturas» no puede entenderse como algo trágico e involutivo en el proceso de maduración y liberación del individuo a lo largo de la historia, sino como el regreso al depósito axiológico, en el que puede encontrar de nuevo su identidad perdida tras la ilusión frustrada por la no consecución de la libertad individual absoluta en un mundo en el que los valores universales, al final, resultaron ser las cadenas del mercado. Entiendo que la vuelta a las culturas no va a ser algo definitivo (una meta final), sino, simplemente, la posibilidad (¿quizá la última?) que el indivi-

---

<sup>80</sup> I. WALLERSTEIN, *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, 1997, pp. 90, 91.



duo tenga de reidentificarse para iniciar la definitiva marcha hacia la libertad.

Hace algún tiempo, escribía, al hilo de la construcción de Europa, que «la nueva Europa será la Europa sin fronteras, la Europa de las culturas, asentada sobre el nuevo concepto de legitimidad, ya no político sino cultural, en sintonía con la realidad económica, que no tiene como premisas la universalidad y la uniformidad (abstractas), sino la pluralidad y las diferencias (reales)»<sup>81</sup>.

Por tanto, el regreso a las «culturas» no es el resultado de la refeudalización, sino la respuesta a la misma. Es cierto que el final de la civilización capitalista, lo escribía ya hace unos años y lo reproducía en mi libro *Apuntes...*, no es otro que «el de una sociedad que se advina estructurada como un nuevo feudalismo no asentado sobre un sistema axiológico de corte metafísico, sino sobre imperativos hedónicos y seductores de corte materialista al dictado de las empresas transnacionales como nuevos señores feudales»<sup>82</sup>.

De ahí que, de las tres opciones hacia las que, finalmente, entiende Wallerstein, puede caminar la civilización capitalista en el futuro, una primera, un neofeudalismo; una segunda, una especie de fascismo democrático, y una tercera, un orden mundial más radicalmente generalizado, muy descentralizado y altamente igualatoria, descarto, al igual que él, la tercera opción. Las dos primeras, estimo, frente a Wallerstein, que no son alternativas, sino que se trata de opciones complementarias<sup>83</sup>.

La crisis de la civilización capitalista se manifiesta además: con guerras provocadas que obedecen a intereses fundamentalmente económicos o estratégicos, con la emergencia de los fundamentalismos, con la tragedia de la represión en muchas partes del mundo, que pro-

<sup>81</sup> F. J. CABALLERO HARRIET, *Apuntes para la Sociedad, el Derecho y el Estado de la postmodernidad*, San Sebastián, 1997.

<sup>82</sup> F. J. CABALLERO HARRIET, *ob. cit.*, p. 151.

<sup>83</sup> Respecto a las fórmulas del futuro que I. WALLERSTEIN, *ob. cit.*, p. 94, entiende para la civilización capitalista, dice: «Una es una especie de neofeudalismo que reproduciría de un modo más equilibrado el desarrollo de los tiempos de desorden: un mundo dividido en soberanías parceladas, de regiones considerablemente más autárquicas, de jerarquías locales. Esto puede hacerse compatible con el mantenimiento, aunque probablemente no con el fomento, del nivel relativamente alto de tecnología. La acumulación incesante de capital ya no podría funcionar como la fuente principal de tal sistema, pero sería ciertamente un sistema desigualitario. ¿Qué lo legitimaría? Tal vez un retorno a la creencia en las jerarquías naturales. Una segunda fórmula podría ser una especie de fascismo democrático. Dicha fórmula implicaría una división del mundo en dos estratos, casi dos castas, una de las cuales, la de arriba, incorporaría tal vez a un quinto de la población mundial. Dentro de este estrato podría haber un alto nivel de distribución igualitaria. Basado en tal comunidad de intereses en el interior de un grupo tan grande habría fuerza suficiente como para mantener al restante 80 por 100 en la posición de un proletariado trabajador totalmente desarmado. El nuevo orden mundial que Hitler tuvo en mente era algo parecido. Fracasó, pero es que entonces se definió a sí mismo en términos de un estrato superior demasiado escaso.»

duce migraciones masivas, con el incremento del paro (más de cuarenta y un millones en las economías capitalistas «avanzadas») y el surgimiento del fenómeno de contestación, todavía no demasiado estructurado, del mundo de los sin empleo en Alemania y Francia, con la emergencia de nuevas formas de esclavitud con «modernas» formas de vasallaje, en el que mujeres, niños, inmigrantes y marginados son las principales víctimas en este final del siglo xx ¿Qué reflexión suscita, por ejemplo, que, en un contexto de crecimiento continuado como el de los Estados Unidos, a pesar de todo, continúa aumentando la pobreza? Son datos elocuentes que en un año el número de los muy pobres ha aumentado, en Estados Unidos, en seiscientas mil personas y el de los ciudadanos sin seguro médico en más de un millón.

El resultado final de todo esto como lo estamos viendo ya: el neofeudalismo, como orden global similar al orden medieval descrito por Agustín de Hipona en *De Ordine*, está tomando carta de naturaleza y el totalitarismo democrático o democracia de protección va a ser el sistema político que lo complemente ¿A qué otra conclusión nos puede llevar la aprobación, por ejemplo por el parlamento alemán de la nueva Ley sobre las escuchas telefónicas, o la creación de ficheros de ADN para la población reclusa en Estados Unidos, o la pretensión de introducción de criterios de empresa privada para la estimulación de acciones policiales en España (como incentivos por detenciones)?

En definitiva, ya solamente puede hablarse de una única soberanía, entendida como poder superior, absoluta, ilimitada, a imagen y semejanza al dios medieval, que es la del mercado, especie de orden «supramundano», que determina el orden del mundo terrenal, en el que el Estado cumple el papel de «vigilante nocturno».

El resultado de todo esto, finalmente, es que, después de quinientos años, el «temor a la voluntad de Dios» se ha convertido en temor a las consecuencias no deseadas de la «voluntad del mercado».

¿Qué otro recurso queda al individuo que no sea el regreso a la cultura?

Parafraseando a Rousseau cuando exclama ¡volvamos a la Naturaleza!, creo que es pertinente hoy afirmar ¡volvamos a la Cultura!

La propuesta de Rousseau en el «Segundo Discurso (Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres)», ante la perversión a la que había llegado la naturaleza humana, hasta el punto de que resultaba irreconocible, es intimista. Rousseau compara la desnaturalización de la naturaleza humana con la estatua de Glauco, que por efecto de la erosión del mar de las tormentas se había convertido en un animal salvaje lejos de su condición de Dios.

El «volvamos a la naturaleza», supone la vuelta a la interioridad, a lo íntimo, para que, allí, el individuo se reencuentre consigo mismo, con su propia esencia y, a partir de ahí, pueda nacer Emilio como fruto de la pedagogía natural exenta de intereses o ideologías, para ser el sujeto de la sociedad político-democrática del Contrato Social.

«Volvamos a la cultura» es la propuesta actualizada del «volvamos a la naturaleza» rousseauiano. Se trata de nuevo del reencuentro, en cada cultura, con la identidad perdida por efecto de la erosión que sobre el individuo está produciendo el mercado.

El nuevo Emilio deberá ser el fruto de un proceso educativo dialéctico entre la realidad individual de los valores universales consustanciales a la naturaleza del hombre y la realidad social de la cultura de los pueblos.



# Globalización y derechos humanos

Por JESÚS LIMA TORRADO

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se estudian las complejas cuestiones concernientes a la globalización se observan, de inmediato, dos datos: en primer lugar, la existencia de un cierto apasionamiento que parece derivar de la fuerte carga ideológica que conllevan, y, en segundo lugar, la falta de rigor conceptual y terminológico en que se mueven las diversas corrientes de pensamiento que han estudiado la globalización.

En relación al primer aspecto señalado, es preciso aclarar desde el principio que mediante el presente trabajo se trata de mantener una posición equidistante tanto de las posiciones defensoras a ultranza de la globalización, que parecen querer ver en ella la realización de la aldea global de McLuhan o el fin de la historia de Francis Fukuyama, como de aquellas otras posiciones que tienen carácter catastrofista y que ven en la globalización poco menos que la causa de todos los males sociales actuales.

En relación a la segunda cuestión, aunque es interesante realizar un estudio de la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización desde una perspectiva de análisis del lenguaje, haré aquí solamente –por razón de espacio– una breve referencia a esta cuestión, a los efectos de establecer un concepto específico de globalización que pueda servirnos como centro de reflexión<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A esta materia he dedicado el estudio «La ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización. Un análisis del lenguaje», que será publicado próximamente en el *Libro Homenaje al profesor D. Luis García San Miguel*, actualmente en fase de preparación.

Es frecuente entre los autores que tratan la globalización desde la perspectiva de los derechos humanos señalar su repercusión exclusivamente en el ámbito de los derechos de segunda generación. Conviene subrayar, sin embargo, que la globalización, por la profundidad, intensidad y extensión con que penetra el tejido social de todos los países del mundo, afecta a todas las cuestiones que son objeto de estudio en la Teoría de los Derechos Humanos. La globalización afecta decisivamente a un presupuesto teórico de los derechos tan importante como es la teoría del poder. Afecta además a todos y cada uno de sus elementos estructurales: al sujeto, al objeto... siendo especialmente importante sin embargo, su repercusión sobre el sistema de garantías.

La denominada parte especial de los derechos humanos, la que concierne a los concretos derechos, en sus tres sucesivas generaciones, está siendo afectada de forma radical por parte de la globalización. Entre los derechos de primera generación cabe citar como especialmente sensibles el derecho a la información y los derechos encuadrables en el genérico derecho a la igualdad. Entre los derechos de segunda generación cabe citar, entre otros, el derecho al trabajo. Entre los derechos de tercera generación se pueden citar como especialmente afectados el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, los derechos humanos en situación –los derechos de la mujer, los derechos del niño... –así como el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la paz.

Esa afectación tan radical y directa ha determinado la necesidad de establecer las diferencias entre los caracteres de los derechos humanos y los de la globalización. La doctrina se ha ocupado de analizar especialmente el problema –que indudablemente reviste una gran importancia– de la distinción entre universalización y globalización<sup>2</sup>.

En definitiva, se han producido unas transformaciones tan profundas en los presupuestos sociales de los derechos humanos que afectan incluso –de forma general– al mismo concepto del derecho<sup>3</sup>. Parece entonces obligado preguntarse ¿acaso no ha llegado el momento de reformular en profundidad el concepto y las demás cuestiones funda-

<sup>2</sup> LUCAS, J. de, «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 32, 1998, pp. 3 y ss. LIMA TORRADO, J.: «Aportación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 al proceso de universalización de los derechos humanos» en *Gaceta*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México, núm. 101, diciembre de 1998, pp. 19 ss. LIMA TORRADO, J.: «Los derechos humanos ante el tercer milenio», Conferencia pronunciada en la Sociedad de Altos Estudios Internacionales en el transcurso del XLV Curso, actualmente en proceso de publicación.

<sup>3</sup> En este sentido, PRADA GARCÍA, A. de, «Pirámides y redes: el concepto del Derecho» en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, 2.<sup>a</sup> época, núm. 14, 1999, pp. 173 ss. GASCÓN ABELLÁN, Marina: «La concepción del derecho en “El Derecho dúctil”», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV, 1996-1997, p. 18.

mentales concernientes a los derechos humanos? Considero que en el ámbito de la filosofía del Derecho, de la ciencia jurídica y de la sociología del Derecho, son precisamente los conceptos y problemas fundamentales de los derechos humanos los que deben ser prioritariamente analizados.

Pero la revolución de la globalización parece que no afecta sólo a los contenidos doctrinales de la teoría de los derechos humanos, sino incluso también a sus presupuestos epistemológicos y metodológicos. Hay que empezar a plantear también la cuestión de si acaso no vendría volver a formularlos en profundidad.

Como se puede observar, la problemática concerniente a las relaciones entre globalización y derechos humanos es muy amplia. No es posible realizar aquí un análisis mínimamente riguroso de unos problemas tan complejos. Se tratará tan sólo de exponer las condiciones contextuales básicas de los derechos humanos en la actualidad desde la perspectiva de la globalización. Se tratará entonces de realizar un estudio descriptivo –aunque breve– de algunas de las principales características de la globalización para, posteriormente, observar sus efectos sobre el sistema de derechos humanos y las posibles vías de solución. Las demás cuestiones han sido –o están siendo estudiadas– en otros trabajos complementarios.

## 2. LA AMBIGÜEDAD CONCEPTUAL Y TERMINOLÓGICA DE LA GLOBALIZACIÓN

Pero para poder entrar en el estudio de las cuestiones fundamentales concernientes a la globalización resulta imprescindible analizar previamente el significado y alcance de los términos a utilizar. La razón no es otra que, como se puede fácilmente constatar, el lenguaje teórico de las ciencias sociales se encuentra altamente contaminado a la hora de determinar y precisar las cuestiones nucleares que son su objeto de estudio. Ésa es también la situación en que se encuentran la globalización. Estamos ante un grupo complejo de problemas, en los que las diversas disciplinas (la teoría económica, la economía política, la ética, la filosofía del Derecho, la ciencia política, la sociología general, la sociología jurídica...) han demostrado, una vez más, una absoluta falta de precisión terminológica. Se impone, en consecuencia, como tarea inevitable llevar a cabo, aunque sea brevemente, una *logoterapia*. Esa labor es aún más necesaria si admitimos la confirmación del hecho, siguiendo los planteamientos de un reciente trabajo del profesor De Prada, de que inevitablemente la doctrina iusfilosófica actual se mueve en el ámbito de la ambigüedad<sup>4</sup>. La labor de depu-

---

<sup>4</sup> PRADA GARCÍA, A. de, «Pirámides y redes...», art. cit., pp. 173 y ss.

ración del lenguaje, pese a lo manifestado por algún autor de que resulta una tarea inútil, es pertinente porque por lo menos permite centrar los términos del discurso y hacer posible la acción comunicativa.

Son numerosas las expresiones doctrinales propuestas por la doctrina: «transnacionalización, internacionalización, universalización, planetarización, regionalización...». Incluso se utilizan también expresiones complejas, algunas de carácter metafórico, tales como «Era de la información», «Aldea global», «Aldea Babel», «Nueva Babel», «Tercera ola», «Sociedad Amébrica», «Sociedad Informática», «Sociedad de la Información», «Sociedad Hiperreflexiva», «Sociedad del Conocimiento», «Sociedad global de la información», «Era de la globalización», «República mercantil universal», «Techno-apartheid global», «Global Business Community», «Capitalismo informacional», «Procesos de mundialización», «Período de la posmodernidad...»<sup>5</sup>.

No obstante, los términos más comúnmente empleados en la lengua española son «globalización» y «mundialización», que en algunas ocasiones son utilizados como sinónimos; en otras, con un significado diferente, e incluso en otras, en un sentido contradictorio.

Si nos centramos en la palabra «globalización», que es la más frecuentemente utilizada, comprobaremos que hacen referencia a un fenómeno complejo y reciente –tiene apenas dos décadas de existencia– que, hasta hoy, pese a que se han formulado centenares de definiciones sobre ella, aún no ha sido objeto de una adecuada formalización. Todavía no existe un concepto de globalización que merezca la aceptación general por parte de la doctrina<sup>6</sup>. Ni siquiera se ha intentado, en algunos casos, perfilar su significado real. En definitiva, al igual que sucede con todas las cuestiones fundamentales, la doctrina filosófico-jurídica y filosófico-política se sigue intentando construir erróneamente sobre las arenas movedizas de la ambigüedad –sin percibir incluso en algunas ocasiones su misma existencia– y a partir de conceptos que contienen una fuerte carga ideológica<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Vide, entre otros muchos estudios: TOSCANO FRANCA FILHO, Marcilio, «Integración regional y globalización de la economía: las dos caras del nuevo orden mundial» en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 100, Madrid, abril-junio de 1998, p. 101. Trad. de A. de Prada García, p. 101; BADIE, Bertrand, «Dossier 1994: Mondialisation, état des lieux», en *L'état du Monde, 1981-1998*, Editions La Découverte (Paris), CD-ROM SNI (Montreal), 1998; CAMPO SÁNCHEZ, Carlos, *La globalización como proceso social ambiguo*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat035.htm>. MATTELART, Armand, *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998. MACÍA, Mateo, *Manual de documentación jurídica*, Editorial Síntesis, Madrid, 1998, pp. 451 y ss.

<sup>6</sup> PEDRÓ, Francesc-ROLO, José Manuel: «Los Sistemas Educativos Iberoamericanos en el Contexto de la Globalización. Interrogantes y Oportunidades». Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. VIII Conferencia Iberoamericana de Educación, Documento de Trabajo (Sintra, Portugal, 9 y 10 de julio de 1998), en Internet: <http://www.oei.es/viiiicie.htm>

<sup>7</sup> COROMINAS, Jordi, *Mundialización y acción liberadora. 1. Mito y realidad de la mundialización*, en Internet: <http://mixcoac.uia.mx/~jsweeney/relat/179.htm>



Además, el uso ambiguo del lenguaje no ha quedado reducido al ámbito científico ni a los círculos académicos, sino que se encuentra con asiduidad en los medios de comunicación, y ha pasado a ser parte del vocabulario de los responsables políticos y económicos de los gobiernos<sup>8</sup>.

Globalización es un término que, habiendo surgido en el ámbito periodístico ha pasado con posterioridad tanto al lenguaje del hombre de la calle como al lenguaje de la política, de la pedagogía y de las ciencias sociales. Es, por otra parte, el que mayor aceptación ha alcanzado en los últimos años en la bibliografía especializada<sup>9</sup>.

Por otra parte, son tantas las acepciones que pueden asignarse al término que podemos llegar a la conclusión, siguiendo en este punto al economista peruano –residente en Japón– Marco Kamiya, de que «el término globalización es un tipo ideal weberiano» y que no existe una forma clara de definirlo, ni tampoco de los factores que permiten cuantificarlo<sup>10</sup>.

Por globalización entiendo –al menos a los estrictos efectos del presente trabajo– aquel «proceso amplio, contradictorio, complejo, heterogéneo y profundo de cambio en las relaciones entre sociedades, naciones y culturas que ha generado una dinámica de interdependencia en las esferas económica, política y cultural, en las que se desenvuelve el actual proceso de mundialización y que hace posible que acontecimientos, decisiones y actividades ocurridas en un determinado lugar del planeta repercutan de forma muy significativa en otros lugares, en otras sociedades y en otras personas<sup>11</sup>. En este mismo sentido se ha definido la globalización, desde una perspectiva más crítica, como el proceso político, económico, social y ecológico que está teniendo lugar actualmente a nivel planetario, por virtud del cual cada vez existe una mayor interrelación económica entre unos lugares y otros, por alejados que estén, bajo el control de las grandes empresas multinacionales; cada vez más ámbitos de la vida son regulados por el «libre mercado», la ideología neoliberal se aplica en casi todos los países con cada vez más intensidad y las megacorporaciones consiguen cada vez más poder a costa de los Estados y los pueblos<sup>12</sup>.

La palabra «mundialización» y su traducción francesa, como en el resto de las diversas lenguas latinas, parece limitarse, en principio, en su acepción más genérica, a la dimensión geográfica de cualquier pro-

---

<sup>8</sup> CAMPO SÁNCHEZ, Carlos, *La globalización como proceso social ambiguo*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat035.htm>. TOSCANO FRANCA FILHO, Marcilio, art. cit., p. 101.

<sup>9</sup> SHERR, Daniel, *Comentando lo comentado: mundialización, Internet y tercerización*, en Internet: <http://www.el-castellano.com/mundiali.html>

<sup>10</sup> KAMIYA, Marco, *Globalización productiva: mitos y verdades*, en Internet: <http://www2.gol.com/users/mkamiya/mihome/arti/globaliza.html>

<sup>11</sup> PEDRÓ, Francesc-ROLO, José Manuel, *Los sistemas educativos iberoamericanos en el contexto de la globalización. Interrogantes y oportunidades*, art. cit., en Internet: <http://www.oei.es/viiicie.htm>. Vide, en el mismo sentido: *Globalización por Internet*, en Internet: <http://www.etcetera.com.mx/libro/uno/comp1.htm>

<sup>12</sup> «La globalización», en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/global.html>

ceso. Más específicamente vendría a significar espacialmente la dimensión de «planetarización» del proceso de globalización. El neologismo inglés *globalization* parece implicar, en cambio, un significado más profundo, pues indica además de la dimensión totalizadora en el ámbito geográfico, la dimensión integradora estructural u holística; es decir, da idea de la existencia de una unidad totalizadora o unidad sistemática en la que las diversas empresas multinacionales deben mantener una estructura interna y unos tipos de vinculación interempresarial que coadyuven al mantenimiento de la unidad del sistema económico mundial<sup>13</sup>. Sin embargo, en la lengua francesa, en la española y en las demás lenguas de raíz latina, se tiene la ventaja de poder establecer la distinción entre ambos términos, asignándoles un significado distinto. Circunstancia que no tiene lugar en la lengua inglesa, donde sólo se utiliza el término *globalization*.

Eso permite que en los países francófonos se suela utilizar junto a la palabra *globalisation*, incluso preferentemente, la expresión *mondialisation*<sup>14</sup>. En este caso, vienen a considerarse como sinónimos ambos términos. En la terminología alemana se ha adoptado el término inglés y se habla generalmente de *globalisierung*.

En algunos autores, como Luc Labonté o Yves Michaud, la palabra *mondialisation* se utiliza, en un sentido más específico, como sinónimo de globalización de los mercados<sup>15</sup>.

En otras ocasiones la palabra *mondialisation* se hace equivalente a la globalización, pero no ya sólo entendida en su sentido económico, sino también en la dimensión tecnológica (la revolución existente en el mundo de las comunicaciones) y en el ámbito cultural<sup>16</sup>.

Otra acepción de la palabra «mundialización», es la que viene a significar la segunda fase de evolución del proceso de «planetización» de los mercados, que comprendería el período de tiempo comprendido entre el final de la segunda guerra mundial hasta los años setenta. La primera fase sería la internacionalización y la tercera la globalización<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> MATTELART, Armand, *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 83.

<sup>14</sup> ARIAS CALDERÓN, Ricardo, *La mundialización de la globalización: 2. Humanizar la globalización*, en Internet: [http://epasa1.epasa.com/El\\_Panama\\_America/archive/120797/opinion1.html](http://epasa1.epasa.com/El_Panama_America/archive/120797/opinion1.html)

<sup>15</sup> LABONTÉ, Luc, *La mondialisation*, en Internet: <http://www.dplm.com/1997/19971117.htm>. MICHAUD, Yves, *Les dangers de la mondialisation*, en Internet: <http://www.geocities.com/Athens/Acropolis/1920/ym2.html>. Vide, también, *Livre blanc sur l'éducation et la formation: enseigner et apprendre -vers la société cognitive. B. Le choc de la mondialisation*, en Internet: <http://www.formation.org/pagesaccueil/Livreblanc/1.5.html>

<sup>16</sup> ROY, Jean Louis, «De nouveaux espaces pour la francophonie. Face à la mondialisation», en *Le Monde diplomatique*, abril de 1995, p. 26, en Internet: <http://www.monde-diplomatique.fr/1995/04/ROY/1401.html>

<sup>17</sup> CORIAT, B., *Globalización de la Economía y dimensiones macroeconómicas de la competitividad*, en Internet: <http://utal.org/economia1.htm>

En fin, hay otra acepción de «mundialización». Es la que le atribuyen algunos autores cuando la utilizan en un sentido antagónico al de globalización. La mundialización tendría una carga ideológica positiva. El término globalización, por el contrario, tendría una carga negativa. Se habla así de la «mundialización de la globalización» para dar a entender la necesidad de corregir y «humanizar» las consecuencias negativas de esta última<sup>18</sup>. En este sentido se expresa, por ejemplo, Alain Touraine que diferencia entre mundialización, que sería la prolongación de las tendencias de apertura que se aceleran en la segunda parte del xx, y la globalización, proceso nefasto mediante el cual los pueblos han cedido el poder sobre sus economías y sus sociedades a fuerzas globales y antidemocráticas, tales como los mercados, etc.

### 3. CARACTERES FUNDAMENTALES DE LA GLOBALIZACIÓN

Anteriormente hemos definido la globalización. Ahora bien ¿qué características podemos atribuirle?

Ante todo debemos señalar que es incorrecto hablar de «proceso de globalización». Debería hablarse mejor de «procesos de globalización». Y ello porque estamos ante un cúmulo de complejos e intrincados procesos, que además interactúan entre sí. Se ha llegado a afirmar, con razón, que la globalización describe múltiples procesos económicos, políticos, axiológicos, jurídicos, tecnológicos, ecológicos e ideológicos: «los procesos según los cuales los acontecimientos, decisiones y actividades ocurridos en un determinado lugar del planeta, repercuten de forma importante sobre los individuos y colectividades ubicados lejos de ese lugar»<sup>19</sup>.

Los complejos procesos que se encierran en la globalización están produciendo cambios estructurales tan profundos y veloces que están induciendo una transformación radical de los contextos macropolíticos y macrosociales que moldean y condicionan la acción social y la experiencia humana en todo el mundo<sup>20</sup>. Se está en el proceso de creación de un nuevo tipo de sociedad: la sociedad red. «La revolución de las tecnologías de la información y de la reestructuración del capitalismo han inducido una nueva forma de sociedad, la sociedad red, que se caracteriza por la globalización de las actividades económicas decisivas desde el punto de vista estratégico, por su forma de organización en redes, por la flexibilidad e inestabilidad del trabajo y su indi-

<sup>18</sup> ARIAS CALDERÓN, Ricardo, *La mundialización...*, art. cit., en Internet: [http://epasa1.epasa.com/El\\_Panama\\_America/archive/120797/opinion1.html](http://epasa1.epasa.com/El_Panama_America/archive/120797/opinion1.html)

<sup>19</sup> PEDRÓ, Francesc-ROLO, José Manuel, *Los sistemas educativos iberoamericanos en el contexto de la globalización. Interrogantes y oportunidades*, op. cit., en Internet: <http://www.oei.es/viiiciedoc.htm>

<sup>20</sup> CASTELLS, M., *Op. cit.*, vol. 3, p. 26.

vidualización, por una cultura de la virtualidad real construida mediante un sistema de medios de comunicación omnipresentes, interconectados y diversificados, y por la transformación de los cimientos materiales de la vida, el espacio y el tiempo, mediante la constitución de un espacio de flujos y del tiempo atemporal, como expresiones de las actividades dominantes y de las elites gobernantes. Esta nueva forma de organización social, en su globalidad penetrante, se difunde por todo el mundo...»<sup>21</sup>.

Incluso podemos afirmar que probablemente tiene razón Edgar Morin cuando afirma que con la globalización, estamos asistiendo al nacimiento de una nueva civilización<sup>22</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente económico, la globalización consiste en un conjunto de procesos que hacen posible la concepción, el desarrollo, la producción, la distribución y el consumo de procedimientos, productos y servicios a escala internacional, a través de medios mundialmente accesibles (patentes, bases de datos, infraestructuras de comunicación y de transporte, etc.), que pretenden responder a las necesidades cada vez más diversificadas y personalizadas de los mercados mundiales y que se rigen por normas casi universales, que son desarrolladas por organizaciones (como las redes de empresas) que están presentes en todo el mundo y cuyo capital lo detenta, cada vez más, una diversidad de accionistas de los más diversos países y cuya cultura obedece a una estrategia mundial»<sup>23</sup>.

El carácter de globalidad de la economía lo explica M. Castells afirmando que «la producción, el consumo y la circulación, así como sus componentes (capital, mano de obra, materias primas, gestión, información, tecnología, mercados) están organizados a escala global, bien de forma directa, bien mediante una red de vínculos entre los agentes económicos»<sup>24</sup>. En definitiva, la globalización de la economía surge de la liberalización de los intercambios, del aumento de las inversiones directas de las multinacionales en el extranjero y de la integración mundial de los mercados financieros.

Si hubiera que sintetizar las características de la economía global podríamos señalar con Castells las siguientes: interdependencia, asimetría, regionalización, la creciente diversificación dentro de cada

---

<sup>21</sup> CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza, Madrid, 1996, vol. 2, p. 23. Trad. de Carmen Martínez Gimeno.

<sup>22</sup> «Voces del milenio. Edgar Morin», en *El Mundo*, domingo, 30 de enero de 2000, en Internet: <http://www.el-mundo.es/2000/01/30/opinion/30N0038.html>

<sup>23</sup> PEDRÓ, Francesc-ROLO, José Manuel, *Los sistemas educativos iberoamericanos en el contexto de la globalización*, op. cit., en Internet: <http://www.oei.es/viicie-doc.htm>

<sup>24</sup> CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, op. cit., vol. I, p. 93.

región, su inclusividad selectiva, la segmentación excluyente y, por último, su geometría extraordinariamente variable<sup>25</sup>.

En el ámbito jurídico-político cabe señalar como más relevante, entre otros, el proceso de pérdida del Estado nación. Es la clara erosión de los Estados nacionales como contenedores de la política económica lo que está provocando –al menos en parte– la también patente erosión de su soberanía. Esto induce también a pensar que el estudio de las relaciones del poder y de la economía mundiales deben comenzar ya a prescindir de la consideración de los Estados como elementos significativos, y preferir la inclusión de otros sujetos como las grandes corporaciones multinacionales<sup>26</sup>.

Sin embargo, pese a las limitaciones que la globalización impone a su poder, «la función del Estado continúa siendo importante para la gestión interna de los recursos (humanos, naturales y de infraestructura), para vincular a la unidad estatal en el marco internacional global y poner en práctica políticas que agudicen o limiten el impacto de la competitividad global en el espacio nacional»<sup>27</sup>.

Además, tal y como señala Castells «El Estado... se ha miniaturizado en la era de la información. Prolifera en la forma de gobiernos regionales y locales, que siembran el mundo con sus proyectos, agregan intereses diversos y negocian con los gobiernos nacionales, las empresas multinacionales y los organismos internacionales. La era de la globalización de la economía es también la era de la localización de la política. Lo que a los gobiernos locales y regionales les falta en poder y recursos, lo suplen con flexibilidad e interconexión. Ellos son los únicos que pueden estar a la altura del dinamismo de las redes globales de riqueza e información»<sup>28</sup>. Paradójicamente es el propio Estado quien está propiciando el proceso de globalización, y, por tanto el deterioro de su poder soberano. Lo cual se produce, al menos por una doble vía: en el ámbito de la política exterior y en el ámbito de la política interior.

En la primera, como dice la economista Susan Strange, la política exterior queda condicionada a la política industrial mundial, ya que los países (y las empresas) buscan estrategias de integración en el mercado global<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> CASTELLS, Manuel, *La era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*, op. cit., vol. I, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 129-130.

<sup>26</sup> GARCÍA MORALES, Federico, *Identidad y globalización. Las alternativas en un mundo en crisis*. Ponencia presentada ante el X Congreso de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Oaxtepec, Morelos, 30 de noviembre de 1996. Mesa 67, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg010.htm>

<sup>27</sup> AGUIRRE, M., *Los días del futuro*, Icaria, Barcelona, 1995, p. 29. ABIZANDA ESTABÉN, F., «El acuerdo multilateral de inversiones», en *En Pie de Paz*, núm. 48, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/AMI.html>

<sup>28</sup> CASTELLS, M., *La era de la información*, Alianza, Madrid, 1998, vol. 3. «Fin de Milenio», p. 392.

<sup>29</sup> AGUIRRE, M., op. cit., p. 23.

En cuanto a la política interior las naciones quieren crear riqueza en su territorio en vez de buscar poder conquistando más territorio, como ha ocurrido tradicionalmente en las relaciones internacionales. La inversión de las relaciones de poder, en el sentido de que la economía prima sobre los aspectos militares, ha afectado al papel de las armas de destrucción masiva, el máximo símbolo de poder durante la Guerra Fría<sup>30</sup>. Sin embargo, esta modificación sustantiva de los aspectos estratégicos y militares no supone en modo alguno, como parecen pretender ingenuamente algunos autores, la superación futura de los fenómenos bélicos. Más bien todo lo contrario, implica una revolución en el fenómeno de la guerra, que toma nuevas directrices y formas gracias a la *cyberwar* o guerra a través de las redes, con consecuencias mayores de las que implicó la *blitzkrieg* durante el siglo XX<sup>31</sup>.

Por otra parte, son los propios Estados, y dentro de éstos las regiones, provincias o entidades autonómicas, los que ofrecen ventajas a las empresas multinacionales en términos de normativas ambientales y laborales (a falta de ellas), bajos salarios, exenciones impositivas y mínimas (cuando no inexistentes) y normativas favorables sobre reinversiones<sup>32</sup>.

Ahora bien, la crisis del poder del Estado implica cambios sustantivos de tal magnitud que progresivamente van desdibujándose los elementos fundamentales que lo habían ido configurando desde el siglo XVI. Conceptos tales como ciudadanía, soberanía, legitimidad, entre otros, van siendo progresivamente vaciados de su significado originario.

Además, el Estado social moderno –tanto en los países más avanzados como en los más atrasados institucionalmente– busca cada vez menos el bienestar común y más la competitividad. De este modo, en palabras de Robert Reich (Secretario de Comercio del gobierno de Bill Clinton), deja de ocuparse del «destino de la mayoría de los ciudadanos que están siendo perjudicados por la competencia global»<sup>33</sup>. El Estado de Bienestar parece estar en fase de liquidación.

Si la soberanía del Estado pierde protagonismo, son entonces entidades supraestatales las que ocupan su lugar. Son tres órganos de dirección de la economía mundial, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio y el Fondo Monetario Internacional, quienes, bajo la presión del capital internacional, se constituyen en sujetos reguladores, arrogándose un progresivo poder sobre los Estados, sin

<sup>30</sup> AGUIRRE, M., *op. cit.*, p. 24.

<sup>31</sup> Vid. el trabajo de J. ARQUILLA y D. RONFELDT, «Cyberwar», publicado en *Comparative Strategy*, vol. 12, núm. 2. Vid. también un comentario y resumen de ese trabajo en *EZLN*, «Una guerra en la red/Fausto Zapata» en Internet: <http://www.laneta.apc.org/enlacecivil/numero16/interg5.htm>.

<sup>32</sup> AGUIRRE, M., *op. cit.*, p. 22.

<sup>33</sup> AGUIRRE, M., *op. cit.*, p. 22.

control democrático alguno, obligando a aquellos a aplicar políticas neoliberales<sup>34</sup>.

La Organización Mundial del Comercio es contemplada por no pocos autores como la principal institución del proceso de globalización o de generalización del «libre comercio». Con la excusa de liberalizar el comercio, la OMC crea las condiciones para que las grandes empresas transnacionales (como Nike, Shell, Sony, Mitshubitsi, Elf, British Petroleum, Endesa, Microsoft, General Electric, etc.) puedan dominar la economía mundial a su antojo<sup>35</sup>.

En cuanto a los procesos culturales e ideológicos que se encierran dentro de la globalización, cabe señalar como notas características fundamentales las siguientes: la aculturación, la progresiva pérdida de la identidad cultural e incluso la pérdida de la referencia psicológica del sujeto en la posmodernidad. La globalización implica la desaparición de las antiguas certidumbres, la seguridad derivada de las referencias de identidad y de identificación con el medio social en que el sujeto está integrado, la desintegración de los principios morales y políticos, la fluidez de las «identidades», el sujeto «descentrado»...<sup>36</sup>

Si del plano económico y jurídico pasamos al mundo de los valores comprobamos que la globalización se inspira –desde esta perspectiva– en una visión neoliberal de la sociedad sometida al dominio exclusivo del mercado. La competitividad es el único factor de impulso y en su nombre se sacrifica todo con el fin de conquistar partes del mercado y aumentar incansablemente los beneficios<sup>37</sup>. «El mercado dicta lo verdadero, lo bello, el bien, lo justo. Las “leyes del mercado” se han convertido en las nuevas tablas a adorar; están determinadas

<sup>34</sup> PEIRENS, Willy, «La globalización de la economía debe llevar aparejada la mundialización de los derechos humanos, incluso de los derechos sociales». CMT. Informe sobre los derechos sindicales en el mundo 1996-1997. Coloquio internacional de la CMT de 8 de octubre de 1996 sobre el impacto de la globalización sobre las normas internacionales del trabajo, en Internet: <http://ibase259.eunet.be/es/pubs/informe96-97.html>

<sup>35</sup> *La globalización*, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/global.html>

<sup>36</sup> CAMPO SÁNCHEZ, Carlos, *La globalización como proceso social ambiguo*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat035.htm>

«El sociólogo norteamericano Charles Lemert ha indicado (*Sociology After the Crisis*) que hay un movimiento interno en cada uno de nosotros cuando nos preguntamos: ¿Qué soy si las cosas sociales son diferentes? ¿Qué soy si las diferencias sociales se estructuran contra mí? Unas preguntas que nos llevan a la cuestión actual de la identidad.» Cfr., GARCÍA MORALES, Federico: *Identidad y globalización. Las alternativas en un mundo en crisis*. Ponencia presentada ante el X Congreso de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Oaxtepec, Morelos, 30 de noviembre de 1996. Mesa 67 en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg010.htm>

<sup>37</sup> PEIRENS, Willy, «La globalización de la economía debe llevar aparejada la mundialización de los derechos humanos, incluso de los derechos sociales». CMT. Informe sobre los derechos sindicales en el mundo 1996-1997. Coloquio internacional de la CMT de 8 de octubre de 1996. Impacto de la globalización sobre las normas internacionales del trabajo en Internet: <http://ibase259.eunet.be/es/pubs/informe96-97.html>

por la célebre “mano invisible” que regula y ordena, en su sabiduría infinita, todas las transacciones de un mundo interconectado. Excluirse de estas leyes significa encaminarse fatalmente hacia la ruina y la decadencia»<sup>38</sup>.

Junto a los cambios sustantivos que se están produciendo en los ámbitos señalados cabe mencionar también el tecnológico. Uno de los efectos característicos de un mundo crecientemente tecnológico es producir interacciones más intensas, a la vez que inevitables, entre las naciones. Este siglo ha visto la aplicación de la tecnología en muchos campos tales como la salud, el espacio, el clima, la agricultura, la contaminación y otros que han requerido acciones internacionales o multinacionales de algún tipo, sea para enfrentar los efectos de la tecnología o para obtener sus beneficios<sup>39</sup>.

Sin embargo, la globalización afecta sobre todo en la dimensión tecnológica al ámbito de la información conjuntamente con la economía, o mejor, a la nueva forma de estar estructurada la información. Por eso se habla de una economía global e *informativa*<sup>40</sup>. Son dos aspectos ineludiblemente unidos. La globalización de la información se ha producido sobre todo, como es sabido, gracias a Internet.

El último componente de los procesos de globalización, de naturaleza cultural y que de alguna manera viene a «cerrarlo» y a pseudolegitimarlo es el elemento ideológico. La argumentación que viene a «santificar» los procesos antes descritos como elementos de progreso para las economías de los pueblos y de las diversas democracias en que políticamente están estructurados. Esa ideología, que enmascara e invierte la realidad, presentando a la globalización incluso como el instrumento necesario de salvación para los países no desarrollados, se alimenta de los trabajos realizados por diversos centros de estudios sobre la globalización, sufragados por el Norte y que también tienen sede en países del Sur. Esos estudios son posteriormente reproducidos y desarrollados por formulaciones doctrinales de los gobiernos y de diversos sectores periodísticos<sup>41</sup>.

#### 4. EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN SOBRE EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

La idea de globalización parece indicar la idea de integración. Además, ese concepto, adoptado en su acepción más genérica, parece que conlleva también la idea de un fenómeno homogéneo que afecta-

<sup>38</sup> ABIZANDA ESTABÉN, F., «El acuerdo multilateral de inversiones...», art. cit., en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/AMI.html>.

<sup>39</sup> Cfr. Eugene B. SKOLNIKOFF, citado por AGUIRRE, M., *op. cit.*, p. 21.

<sup>40</sup> CASTELLS, M., *op. cit.*, vol. 2. pp. 93 y ss.

<sup>41</sup> GARCÍA MORALES, Federico, *Identidad y globalización...*, *op. cit.*, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg010.htm>



ría a todos los involucrados de la misma manera<sup>42</sup>. Pero ¿realmente implica tal significado? ¿Acaso la globalización no está produciendo un fenómeno totalmente opuesto al de la integración? Efectivamente, así está sucediendo: mayores sectores sociales, poblaciones, Estados e incluso regiones enteras del mundo (como África) están siendo excluidas del proceso. La globalización es, en este sentido, ante todo, un factor de *desequilibrio* económico, social, jurídico y político<sup>43</sup>. «Con el movimiento globalizante del capital se constituye un proceso de acelerada acumulación y concentración del capital mundial en manos corporativas y privadas. Un ejemplo significativo: sólo tres empresas, Exxon, Ford Motor y General Motors, poseen más capital que 70 países... Actualmente de los 100 sistemas económicos de mayor tamaño, 47 son corporaciones»<sup>44</sup>. Y la tendencia es que este fenómeno se agudice, entre otros factores confluientes, a través del proceso en cadena de fusiones de empresas. Como señala Castells: «En todo el planeta se ha constituido una economía global dinámica, enlazando a las gentes y actividades valiosas de todo el mundo, mientras se desconecta de las redes de poder y riqueza a los pueblos y territorios carentes de importancia desde la perspectiva de los intereses dominantes»<sup>45</sup>. Las desigualdades sociales están alcanzando tal grado de contradicción que puede afirmarse el comienzo del surgimiento de una bomba de tiempo que ha llegado a alarmar a los propios editores del *Foreign Affairs*: «hemos creado un mundo con demasiados pobres, y puede estallar»<sup>46</sup>. El sistema capitalista globalizado subsiste a costa del mantenimiento de enormes injusticias y el mantenimiento de una absoluta disparidad económica entre mujeres y hombres. Basta aquí referir un dato estremecedor: desde el fin de la guerra fría el número de billonarios (en dólares USA) se ha incrementado en un 147 por 100; 358 personas tienen individualmente capitales acumulados equivalentes al del 45 por 100 de la humanidad más pobre de la población mundial, es decir, 2.400 millones de personas<sup>47</sup>.

De forma abreviada, no existe una sola globalización, existen dos: la del capitalismo salvaje, de un lado<sup>48</sup>, y la que la organización no

---

<sup>42</sup> SUBERCASEAUX, B., «Globalización. Procesos complejos, preguntas múltiples», en *Cultura* (Chile), abril de 1998, en Internet: <http://www.global-latino.com/entrada.html>

<sup>43</sup> PEIRENS, Willy, «La globalización de la economía...», *op. cit.*, en Internet: <http://ibase259.eunet.be/es/pubs/informe96-97.html>. MATTELART, Armand, *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 119.

<sup>44</sup> GARCÍA MORALES, Federico, *Identidad y globalización...*, *op. cit.*, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg010.htm>

<sup>45</sup> CASTELLS, M., *op. cit.*, vol. 3, p. 25.

<sup>46</sup> GARCÍA MORALES, Federico, *Identidad y globalización...*, *op. cit.*, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg010.htm>

<sup>47</sup> COROMINAS, Jordi, *Mundialización y acción liberadora*, en Internet: <http://mixcoac.uia.mx/~jsweeney/relat/179.htm>

<sup>48</sup> *La globalización*, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/global.html>

gubernamental *Terre des Hommes* ha denominado acertadamente la «globalización de la pobreza»<sup>49</sup>, también denominada por otros autores «globalización de la explotación»<sup>50</sup>. Sin duda es ésta la consecuencia más brutal del proceso que actualmente vivimos. Estamos ante un proceso creciente de desigualdades sociales. Cada vez son más nítidos dos sectores sociales claramente diferenciados. Un sector, minoritario, que se integra con celeridad y entusiasmo a los beneficios de la globalización, y otro sector, generalmente masivo, que es el perceptor principal de las desgracias de estos procesos. Los últimos diez años se están caracterizando por la polarización, cada vez más radicalizada, del mundo social, eco-nómico y cultural<sup>51</sup>.

Bajo estas condiciones se acentúa la disparidad mundial de los ingresos entre los países industriales y los países en desarrollo y subdesarrollados. Los ingresos medios se disparan hacia los 40.000 dólares per cápita en los países industriales (desigualmente repartidos, claro está) contra algunos cientos de dólares per cápita en el subdesarrollo. En el seno del discurso globalizante se les espeta a estos últimos el destino de ser «países fracasados»<sup>52</sup>.

La situación más dramática en este sentido es la que vive el continente africano. En la reciente cumbre entre la Unión Europea y los 52 países africanos, que concluyó a principios del mes de abril del año 2000 en El Cairo, en la que se analizaron los efectos de la globalización sobre el mencionado continente, se constató que no sólo no existe un progreso en el desarrollo de los pueblos africanos sino que, muy al contrario, mediante la globalización se está profundizando el foso actualmente existente. La deuda externa del continente asciende a 350.000 millones de dólares, casi 60 billones de pesetas. Aunque la UE en su conjunto es el principal socio comercial de los países africanos, el peso de sus intercambios con el continente africano se redujo de un 3,3 por 100 del total en 1992 a un 2,8 por 100 en 1995. Desde el año 1975, la cuota de mercado en la UE de las exportaciones africanas ha bajado del 6,7 por 100 al 3 por 100. Algo parecido ocurre con las inversiones extranjeras: en 1995, África sólo recibió un 1,5 por 100 de los 315.000 millones de euros (52,3 billones de pesetas) invertidos por los países de la UE en el resto del mundo. En 1997, África recibió menos del 5 por 100 del total de las inversiones africanas<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> TERRE DES HOMMES, *El derecho a la equidad*, Icaria, 1.ª edición, Barcelona, 1997, p. 22.

<sup>50</sup> «Es por ello que las crisis económicas se desatan, los globos financieros estallan, la migraciones masivas no se detienen, el clima político cambia, las víctimas de las enfermedades prevenibles aumentan y la inestabilidad política y social constituye la regla y no la excepción...», cfr., *La globalización de la explotación*, op. cit., en Internet: <http://home.wxs.nl/~pearaya/glo.htm>

<sup>51</sup> TERRE DES HOMMES, op. cit., pp. 22-23.

<sup>52</sup> GARCÍA MORALES, Federico, *Identidad y globalización...*, op. cit., en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg010.htm>

<sup>53</sup> ESTAPÉ TOUS, Manuel, «Internacional. El desencuentro entre la UE y África. La cumbre de El Cairo finaliza sin nuevos compromisos para integrar el continente

Desde el punto de vista axiológico la globalización constituye un auténtico paradigma que tiene aparejado un sistema propio de valores frente a los propios del sistema de derechos humanos. Los valores de equidad, participación y solidaridad que pretendían constituirse en la base del consenso en las relaciones internacionales en el período de tiempo comprendido entre la Revolución Industrial y el final de la guerra fría son ahora sustituidos por nuevos valores que constituyen su antítesis y el cierre del Estado social de Derecho. Esos valores son fundamentalmente tres: eficiencia, competencia y libre mercado<sup>54</sup>.

Si analizamos las dimensiones técnicas de la comunicación a través de la red de redes, que es Internet, que constituye un factor irremplazable de la globalización, así como su repercusión sobre el sistema de derechos humanos, comprobaremos que el panorama no es más reconfortante: está ahondando en las divisiones sociales. La revolución tecnológica de la información a través de Internet es uno de los factores que están siendo decisivos en las desigualdades sociales.

En la actualidad existen más de 130 millones de usuarios de Internet en todo el mundo. Lo más relevante, sin embargo, es que la distribución de la red es muy desigual. Desde la perspectiva infraestructural de la comunicación informática se habla así de dos conjuntos perfectamente diferenciados y cuya oposición se va progresivamente agudizando: el conjunto de los *data rich* y el conjunto de los *data poor*<sup>55</sup>. Sólo Estados Unidos y Canadá concentran el 53,85 por 100 de los usuarios, mientras que África tiene sólo un 0,62 por 100. En total los países en desarrollo, es decir el «Sur», tienen poco más de 10 millones de usuarios, es decir, el 7,8 por 100 del total, y los países desarrollados tienen los restantes 120 millones, el 92,2 por 100.

En relación a la población el cuadro es todavía más evidente. Los 15 países de la Unión Europea, más Noruega, Islandia Suiza, Japón, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia, tienen una población de 820 millones de habitantes, equivalente al 17 por 100 del total de los habitantes del planeta y disponen de más del 82 por 100 de los usuarios. En los países desarrollados existe un usuario de Internet cada 6,8 habitantes. Efectivamente están viviendo en la era de la sociedad de la información. En el Sur existe un usuario de Internet cada 440 habitantes. En América Latina, con una estimación aproximada

---

en la economía mundial», en *La Vanguardia.digital* 2000.04.08, en Internet: <http://www.lavanguardia.es/temasafondo/>

<sup>54</sup> SAVIO, Roberto, *Globalización y Lomé V*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat040.htm>

<sup>55</sup> Un autor señalaba hace poco tiempo que: «El principal riesgo de ese cambio –del cambio social– reside en la creación de dos velocidades compuesta por los que tienen y los que no tienen, en la cual sólo una parte de la población tenga acceso a la tecnología, la maneje con soltura y goce plenamente de sus beneficios.» MACIÁ, Mateo, *Manual de documentación jurídica*, Editorial Síntesis, Madrid, 1998, p. 451. En realidad no se trata de un riesgo potencial, sino de una realidad ya existente y cuyos rasgos discriminatorios son –con el transcurso del tiempo– progresivamente más acentuados.

de 7.250.000 usuarios sobre una población de 445.776.000 habitantes, hay un usuario de Internet cada 61 habitantes<sup>56</sup>. El informe del Banco Mundial titulado *Increasing Internet Connectivity in Sub-Saharan Africa*, de 1996, muestra su preocupación por el hecho de que la mayor parte de los países de esa región no están conectados a Internet<sup>57</sup>. Y en el último informe de la ONU se observa cómo en los últimos diez años la red Internet ha supuesto un incremento de la desigualdad en todo el mundo<sup>58</sup>.

El último elemento componente de la globalización –el aparato ideológico– constituye un poderoso instrumento al servicio del mantenimiento de la misma y consiguientemente uno de los primeros obstáculos que es preciso remover en la defensa de los derechos humanos.

La repetición hasta la saciedad de los conceptos integrantes del denominado pensamiento único, que constituye el aparato ideológico de la globalización, en todos los medios de comunicación (que forman parte de grandes grupos empresariales o financieros) permite crear una imagen falsa de la realidad que impide a los ciudadanos desarrollar libremente la conciencia crítica<sup>59</sup>.

Un argumento ideológico ampliamente difundido que coadyuva a la perpetuación de ese velo de ignorancia actualmente existente en relación a las verdaderas magnitudes y propósitos de la globalización es el consistente en convertir a la economía en una técnica en manos de técnicos, en una mera tarea de gestión. Los procesos integrados en la globalización serían fenómenos espontáneos, consecuencia del desarrollo natural de la economía que, por ser necesarios e inevitables, ni siquiera estaría justificado plantearlos críticamente, ni habría, en consecuencia, alternativas posibles a los mismos. Junto a ello se asume –de forma generalizada y acrítica– la tesis según la cual las ideologías políticas carecen totalmente de referencias éticas, no teniendo ya, en consecuencia, sentido alguno.

La consecuencia final subjetiva del aparato ideológico es que la mayoría de la población, que está directamente afectada por la acción globalizadora, desconoce sus antecedentes, sus características, sus efectos e incluso su misma existencia.

La consecuencia final objetiva del aparato ideológico consiste en que «los derechos humanos pierden su dimensión crítica y se tornan en soporte de una estrategia de dominación, una estrategia discursiva, funcional al orden global impuesto por el rebautizado como *pensa-*

---

<sup>56</sup> VALENTI, Esteban, *Sociedad de la Información y globalización*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat033.htm>

<sup>57</sup> Cfr., MATTELART, Armand, *op. cit.*, p. 102.

<sup>58</sup> ROMERO, Ana, «Entrevista con Manuel Castells», en *El Mundo*, Madrid, domingo 10 de octubre de 1999, p. 8.

<sup>59</sup> ABIZANDA ESTABÉN, Federico, art. cit., en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/AMI.html>

*miento cero* –una expresión más gráfica que la del pensamiento único–<sup>60</sup>.

Si examinamos la cuestión desde el punto de vista de los concretos derechos humanos, observaremos que la globalización supone, a partir de los derechos de segunda generación, la restricción o incluso –en ocasiones– la negación de todos los derechos<sup>61</sup>.

En efecto, se da aquí una característica que conviene tener en cuenta por su gravedad. Me refiero a la acentuación o agravación del fenómeno de la *transversalidad* del desequilibrio y de la pobreza, tanto en el Norte, como en el Sur. Se ha afirmado que Nigel Harris tenía razón cuando anunció el «fin del Tercer Mundo»<sup>62</sup>. Esta afirmación no debe entenderse, a mi juicio, en el sentido de afirmar que el Sur ya no existe. Todo lo contrario: conviene no olvidar la situación –cada vez más agravada– de la dependencia del Sur respecto del Norte. Lo que quiere significar es que, por un lado, existe en numerosos países –del Norte y del Sur– una concentración de poder y de riquezas en manos de minorías, y por otro, una agravación de las dependencias y de la pobreza de los países del Sur. En ambos lados se profundiza la brecha entre ricos y pobres<sup>63</sup>. Existe un Sur del Norte y un Norte del Sur.

En este sentido es significativa la situación, cada vez más grave, de los derechos de los trabajadores en el mundo. Basta leer, para comprobarlo, el informe del año 1996-1997 de la Confederación Mundial del Trabajo. En él se recogen las violaciones de los derechos sindicales y sociales en todas las regiones del mundo provocadas por el proceso de globalización. Los datos constatados son, en síntesis, los siguientes:

- a) El impacto negativo que tiene la actual globalización sobre el respeto de las normas internacionales del trabajo en todo el mundo.
- b) El desmantelamiento de los códigos del trabajo, lo que debilita las normas sociales.
- c) La introducción de reformas en la seguridad social que provocan un desmoronamiento de las conquistas sociales.
- d) La flexibilización del mercado del trabajo y la extensión generalizada del trabajo precario.
- e) El aumento del desempleo que engendra la exclusión social.

<sup>60</sup> DE LUCAS, J., art. cit., p. 4.

<sup>61</sup> PEIRENS, Willy, «La globalización de la economía debe llevar aparejada la mundialización de los derechos humanos, incluso de los derechos sociales». CMT. Informe sobre los derechos sindicales en el mundo 1996-1997. Coloquio internacional de la CMT de 8 de octubre de 1996 sobre el impacto de la globalización sobre las normas internacionales del trabajo, en Internet: <http://ibase259.eunet.be/es/pubs/informe96-97.html>. TERRE DES HOMMES, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>62</sup> CASTELLS, M., *op. cit.*, vol. 1, p. 139.

<sup>63</sup> PEIRENS, Willy, «La globalización de la economía...», *op. cit.*, en Internet: <http://ibase259.eunet.be/es/pubs/informe96-97.html>. DE LUCAS, Javier, «La globalización...», *art. cit.*, p. 4.

f) La expansión de las zonas francas que permiten la libre instalación de las empresas multinacionales y todo tipo de abusos.

g) La represión o restricción de las libertades sindicales y del derecho a la huelga, lo que acarrea encarcelamientos, secuestros de sindicalistas y la prohibición de la creación o del reconocimiento de las organizaciones sindicales.

h) Las violaciones abarcan, además, a un gran número de convenios y recomendaciones de la OIT –como los relativos a las libertades sindicales, a la discriminación, al empleo, a la seguridad social, a las relaciones profesionales, a la seguridad e higiene en el trabajo y a las remuneraciones<sup>64</sup>.

El mismo proceso se observa en relación a los derechos del niño. A diez años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, éstos tienen, a raíz y como consecuencia de la globalización, un grave retroceso.

«Lo nuevo es que estamos presenciando una inversión dramática de las conquistas sociales y los derechos de los niños obtenidos por las reformas sociales en las sociedades industriales maduras a raíz de la desregulación a gran escala y el soslayamiento de los gobiernos por parte de las redes globales. Lo nuevo es la desintegración de las sociedades tradicionales en todo el mundo, que deja a los niños indefensos en la tierra de nadie de los barrios bajos de las megaciudades. Lo nuevo son los niños de Pakistán tejiendo alfombras para la exportación mundial a través de las redes de proveedores de los grandes almacenes de los mercados opulentos. Lo nuevo es el turismo global masivo organizado en torno a la pedofilia. Lo nuevo es la pornografía electrónica en la red a escala mundial. Lo nuevo es la desintegración del patriarcado... Y lo nuevo es el debilitamiento de las instituciones de apoyo a los derechos de los niños, como los sindicatos o la política de reforma social, para ser reemplazados por admoniciones morales sobre los valores familiares que con frecuencia culpan a las propias víctimas de su situación»<sup>65</sup>.

## 5. REACCIÓN A LOS PROCESOS DE GLOBALIZACIÓN DESDE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La pregunta que surge como inevitable es la siguiente: ¿Qué propuestas de salida se pueden formular ante problemas de tal magnitud? ¿Qué hacer? Parece que una respuesta basada en el sentido común

<sup>64</sup> PEIRENS, Willy, «La globalización de la economía...», art. cit., en Internet: <http://ibase259.eunet.be/es/pubs/informe96-97.html>

<sup>65</sup> CASTELLS, M., *op. cit.*, vol. 3, pp. 185 y 186. Para una ampliación de información sobre las consecuencias de la globalización sobre los derechos humanos de los pobres, de las mujeres y los niños, *vid.* el capítulo 2 del vol. 3 de la misma obra, dedicado a El cuarto mundo: capitalismo informacional, pobreza y exclusión social, pp. 95 a 192.

debería ser: los problemas globales requieren soluciones globales. Sin embargo, hasta el momento no ha sucedido así.

Los procesos de globalización son fenómenos que aunque todavía no tienen una respuesta equivalente a su potencia, importancia y grado de construcción y extensión, empiezan a tener formas de reacción y respuesta. Los diversos tipos de movimientos sociales que suponen una forma de respuesta a la misma podemos reconducirlos y clasificarlos en dos tipos fundamentales que, según afecten negativamente o positivamente al sistema de derechos humanos, les denominaremos, respectivamente, como *movimientos sociales reactivos* y *movimientos sociales proactivos*<sup>66</sup>.

Uno de los fenómenos más importantes –o al menos el más llamativo– entre los movimientos sociales reactivos viene constituido por las diversas formas de fundamentalismo. Debe tenerse en cuenta, además, que los fundamentalismos, en cuanto que sistemas de intolerancia, coadyuvan con los procesos de globalización en la negación del sistema de derechos humanos. Constituyen, por así decirlo, uno de sus «efectos colaterales».

Como movimientos proactivos frente a la globalización, que implican por tanto, una potenciación del sistema de derechos humanos, se han citado por algún autor, como fundamentales, los movimientos feministas y ecologistas<sup>67</sup>. Sin embargo, en términos más amplios, se puede afirmar que se están produciendo, en todo el mundo formas de oposición de carácter espontáneo que pretenden encontrar alternativas a la globalización<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Tomo estas dos denominaciones de Castells, si bien dando un ligero giro a su significado. «Pero ésta no es toda la historia. Junto con la revolución tecnológica, la transformación del capitalismo y la desaparición del estatismo, en el último cuarto de siglo hemos experimentado una marejada de vigorosas expresiones de identidad colectiva que desafían la globalización y el cosmopolitismo en nombre de la singularidad cultural y del control de la gente sobre sus vidas y entornos. Estas expresiones son múltiples, están muy diversificadas y siguen contornos de cada cultura y de las fuentes históricas de la formación de cada identidad. Incluyen los movimientos proactivos que pretenden transformar las relaciones humanas en su nivel más fundamental, como el feminismo y el ecologismo, pero también todo un conjunto de movimientos reactivos que construyen trincheras de resistencia en nombre de Dios, la nación, la etnia, la familia, la localidad, esto es, las categorías fundamentales de la existencia milenaria, ahora amenazada...». Cfr., CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, vol. 2, «El poder de la identidad», p. 24.

<sup>67</sup> CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, vol. 2. «El poder de la identidad», pp. 137 y ss.

<sup>68</sup> «La gente está rebelándose contra la nueva vuelta de tuerca del capitalismo en todo el mundo. Los mapuches en Chile y la gente de Narvada (India) contra las grandes presas; los estudiantes italianos, mexicanos, nicaragüenses; el pueblo portorriqueño, protagonista de una larga huelga general contra las privatizaciones; el EZLN de México, luchando contra los planes de expansión estadounidense en este país; la gente que resiste a la invasión transgénica en Francia, Suiza, Gran Bretaña, la India; la oposición democrática a la dictadura petrolera de Nigeria (Shell); los activistas pro derechos humanos en todo el mundo... Y tantísimos más.» Cfr., *La globalización*, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/global.html>

Las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos están comenzando a desplegar una serie de campañas de movilización en defensa de los mismos. Esa reacción ha sido patente en Seattle en noviembre de 1999, en Washington en abril del año 2000, así como en la denominada *Acción Global de los Pueblos*. Las Organizaciones No Gubernamentales exigen, entre otras cosas, la reorganización interna de la OMC para facilitar «la participación ciudadana a los más altos niveles», la presencia de observadores públicos en los tribunales que dirimen las disputas comerciales y demandan un código de ética que tenga en cuenta la seguridad del consumidor, los derechos humanos y laborales y la protección del medio ambiente <sup>69</sup>.

Además es importante señalar que ese movimiento social mundial de defensa de los derechos humanos, cuyos resultados aún son imprevisibles, permiten ya abrigar la idea de la construcción progresiva de una *sociedad civil global*. En la Declaración de Copenhague, de 8 de marzo de 1995, aprobada durante la celebración de la Cumbre Mundial de Desarrollo Social (CMDSD), se potenció la actuación de la sociedad civil mundial, a través de una serie de principios y de propuestas, cuya síntesis es la siguiente:

a) Entre los principios figuran <sup>70</sup>:

- Visión del mundo como unidad esencial e interdependiente.
- Reconocimiento de la diversidad humana en todas sus manifestaciones raciales, étnicas, culturales y religiosas.
- Defensa de la prioridad de la obtención de la justicia y la igualdad para todos los habitantes del planeta.
- Defensa de la democracia y de la participación popular.
- Defensa de la creación de una civilización pacífica, cooperadora y sostenible.

<sup>69</sup> Así lo hicieron en la agitada Cumbre Mundial del Comercio celebrada en Seattle en noviembre de 1999. Vid. FRESNEDA, Carlos, «Cumbre mundial del Comercio/La globalización», en *El Mundo*, martes, 30 de noviembre de 1999, en Internet: <http://www.el-mundo.es/1999/11/30/economia/30N0067.html>

Sobre la reunión semestral del Banco Mundial, celebrada en Washington en abril del año 2000, vid. el trabajo de Kenny Bruno: «Beyond Street Tactics: The Anti-Corporate Globalization Movement after Washington», en Internet: [http://www.oneworld.org/anydoc2.cgi?doc\\_url=http://www.corpwatch.org/trac/globalization/bretton/index.html](http://www.oneworld.org/anydoc2.cgi?doc_url=http://www.corpwatch.org/trac/globalization/bretton/index.html)

Sobre la *Acción Global de los Pueblos*, vid. en Internet: *La globalización*, en la dirección: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/global.html>. Boletín de la AGP (*Acción Global de los Pueblos*), en Internet: <http://www.agp.org/agp/es/index.html>

Sobre las acciones de protesta contra la globalización, vid. también en Internet: [http://www.oneworld.org/themes/topic/index.html?doc\\_url=topic\\_112\\_1.shtml](http://www.oneworld.org/themes/topic/index.html?doc_url=topic_112_1.shtml)

<sup>70</sup> En Internet: <http://www.eurosur.org/wide/w9554954.htm>



b) Entre las propuestas de medidas a adoptar considero como más relevantes<sup>71</sup>:

– La comunidad internacional debe exigir la aplicación de un impuesto en todas las transacciones especulativas de divisas (impuesto Tobín) de alrededor del 0,5 por 100, cuyos beneficios deberían ir a un fondo global de desarrollo social con mecanismos de control adecuados.

– Creación de un mecanismo internacional eficaz para promover las energías renovables en el seno de las Naciones Unidas.

– Las organizaciones regionales e internacionales deben incentivar la diplomacia, las negociaciones pacíficas y la mediación, y promover instituciones de investigación y formación en la resolución no violenta de conflictos.

– Existencia de una investigación independiente y de auditorías de las actuaciones del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional.

Las organizaciones intergubernamentales –por su parte– no han entrado todavía en las cuestiones de fondo de la nueva problemática de los derechos humanos surgida a raíz del fenómeno de la globalización, especialmente en lo que concierne a la cuestión hoy prioritaria: la de las garantías de los derechos. Cabe mencionar, como ejemplo ilustrativo de la débil y tardía reacción institucional internacional en defensa de los derechos, la del actual Secretario General de las Naciones Unidas. Su propuesta consiste en convencer a las compañías internacionales de aceptar su responsabilidad social, incluyendo la promoción de los derechos humanos. Esta solución, que ha recibido todos los parabienes de Amnistía Internacional, tal y como se recoge en su *Homepage*<sup>72</sup>, resulta tibia e ingenua si se tiene en cuenta que la globalización, tal y como hemos visto anteriormente, subvierte radicalmente el sistema de derechos humanos.

Otro ejemplo ilustrativo lo podemos encontrar en los trabajos que se desarrollaron en el Congreso Mundial de Derechos Humanos, celebrado en Viena en 1993. Esos trabajos fueron efectuados en la línea tradicional de las Naciones Unidas de hacer llamadas a los gobiernos –invitándoles a reconocer y garantizar los derechos– y formular

---

<sup>71</sup> En Internet: <http://www.eurosur.org/wide/w9554954.htm>

<sup>72</sup> «Amnesty International welcomes the initiative by the United Nations Secretary General to convince international companies to accept their social responsibility, including human rights. The UN Declaration of Human Rights calls upon all individuals and all organs of society to protect, uphold and promote human rights. This applies to governments and companies, individuals and groups. Given the growing power and influence of transnational companies, Amnesty International supports the UN Secretary-General in his assertion that globalisation must have a human face, one that recognises that the promotion Amnesty Internacional Global Compact». Cfr., *Homepage*, de Amnistía Internacional, en Internet: <http://www.amnesty.org/campaign/globalcompact/index.html>

declaraciones formales sobre los concretos derechos y sus caracteres. No deja de ser sorprendente y al mismo tiempo significativo que la Declaración Final del Congreso, no dedicara ni una sola línea a hablar explícitamente sobre estas cuestiones<sup>73</sup>.

Desde las organizaciones no gubernamentales se ha llegado a hacer incluso un llamamiento a la renovación ética y jurídica de las Naciones Unidas, alejándose de la política de bloques y manteniendo las manos libres de mediatizaciones impuestas por cualquier potencia mundial o corporación transnacional<sup>74</sup>.

Algún autor ha sugerido, sin embargo, que la acción de defensa de los derechos humanos frente a la globalización podría venir también determinada desde la propia estructura del Estado. «La transformación de este rechazo en la reconstrucción de nuevas formas de control social sobre las nuevas formas de capitalismo, globalizado e informatizado, requiere que el sistema político y las instituciones estatales procesen las demandas de los movimientos sociales. La capacidad o incapacidad del Estado para afrontar las lógicas conflictivas del capitalismo global, los movimientos sociales basados en la identidad y los movimientos defensivos de los trabajadores y consumidores, condicionará en buena medida el futuro de la sociedad en el siglo XXI»<sup>75</sup>. Pero ¿acaso el Estado se encuentra en situación de poder responder a esas demandas sociales, una vez que ha perdido y va perdiendo parcelas de soberanía? No habrá acaso que buscar mejor la solución –si se quiere utilizar la vía institucional– a través de la acción de organismos internacionales supraestatales?

Por otra parte, Internet puede y debe transformarse en un poderoso instrumento de potenciación y garantía de los derechos. En primer lugar, en virtud de su potencialidad con relación al derecho a la educación y a la información. En una reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones presentada por los comisarios Cresson, Bangemann y Flynn bajo el título «Aprender en la sociedad de la información. Plan de Acción para una iniciativa educativa europea (1996-1998)» se recogen como principales propósitos en el ámbito educativo los siguientes:

<sup>73</sup> El texto de la Declaración de Viena que más se aproxima a la problemática de la globalización y de su incidencia sobre los derechos humanos es el recogido en el número II. A. 2: «La Conferencia mundial de Derechos Humanos pide a las organizaciones regionales y a las principales instituciones financieras y de desarrollo internacionales y regionales que evalúen también los efectos de sus políticas y programas sobre el disfrute de los derechos humanos». Puede consultarse en Internet: [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu5/d/vienna\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu5/d/vienna_sp.htm)

<sup>74</sup> FUNDALATIN, *Por la mundialización de la solidaridad y de la igualdad fraterna*, en Internet: <http://pangea.upc.es/~spie/agenda-latino/koinonia/logos/logos16.htm>

<sup>75</sup> CASTELLS, M., *op. cit.*, vol. 2, pp. 132-133.

- Acelerar la entrada de los centros educativos en la sociedad de la información a través de la dotación de nuevos recursos.
- Fomentar las prácticas pedagógicas con aplicaciones multimedia para incrementar el número de usuarios.
- Reforzar la dimensión europea de la educación con los instrumentos de la sociedad de la información para aumentar la diversidad cultural y lingüística.

En la misma Comunicación se proponen cuatro líneas de actuación:

- 1.º Animar la interconexión de las redes nacionales y regionales a un nivel comunitario.
- 2.º Estimular el desarrollo y la difusión de contenidos educativos de interés europeo.
- 3.º Promover la formación y apoyo de los formadores en esos métodos.
- 4.º Informar a todos los agentes educativos de las oportunidades educativas de los equipos audiovisuales y multimedia.

El papel de Internet y en general de las redes mundiales de telecomunicación interactiva puede ser, además, un útil instrumento en la lucha de contrarios en que consiste en ocasiones la garantía de los derechos: «Generalmente, los nuevos y poderosos medios de comunicación tecnológicos... son utilizados por varios contendientes, amplificando y agudizando su lucha...»<sup>76</sup>. Ejemplos del papel positivo jugado por Internet en la defensa de los derechos humanos los encontramos en el caso Pinochet<sup>77</sup> o en la lucha de los zapatistas y de los ecologistas<sup>78</sup>.

Pero Internet también puede cumplir una insustituible labor en la educación *de, en y para* los derechos humanos. La realización de cursos, generales y monográficos sobre derechos humanos a través de la red, la creación de revistas telemáticas especializadas en esta materia, la existencia de foros de debate, así como la creación y desarrollo de distintos tipos de bases de datos con la compleja temática de los derechos puede jugar un papel fundamental en la creación de una conciencia jurídica universal acerca de los mismos. Se completa así en la red el doble frente –teórico y práctico– por la lucha de los derechos humanos.

---

<sup>76</sup> CASTELLS, M., *op. cit.*, vol. 2, p. 24.

<sup>77</sup> Internet jugó un papel decisivo en la detención de Pinochet en Londres. Vid. DE LAS FUENTES, Alberto, «Una herramienta para los derechos humanos», en *El País*, suplemento *Su dinero*, núm. de 13 de diciembre de 1998, p. 29.

<sup>78</sup> CASTELLS, M., *op. cit.*, vol. 2, p. 24.

## 6. CONCLUSIÓN

En esa nueva estructura social dominante, la sociedad red, con una nueva economía o información global; y una nueva cultura, la cultura de la virtualidad real, cuya lógica interna parece implicar necesariamente la negación y supresión radical de los elementos estructurales de los derechos humanos y de todos y cada uno de los concretos derechos, resulta imprescindible y urgente un replanteamiento general de todas las cuestiones –de naturaleza teórica y práctica– concernientes a los mismos.

Si los procesos de globalización han supuesto en tantos campos una revolución, también debe producirse esa transformación radical en la teoría y la práctica de los derechos humanos. Uno de sus aspectos fundamentales, el de las garantías, es quizás el que está más necesitado de nuevos planteamientos teóricos y nuevas soluciones prácticas. Todo el sistema tradicional de garantías se está quedando obsoleto sin siquiera haber llegado a culminar el desarrollo de todas sus potencialidades.

Como señala uno de los principales estudiosos de esta materia, Riccardo Petrella, «No se puede permitir que el orden mundial para el comercio barra con tanta facilidad los derechos económicos, sociales, políticos y humanos que con tanto esfuerzo se han conquistado y promovido en el curso de los dos últimos siglos»<sup>79</sup>. Michel Camdessus, por su parte, desde el propio ámbito del Fondo Monetario Internacional, ha advertido de manera convergente: la globalización «se ha efectuado hasta ahora por dinamismos financieros o tecnológicos de alguna manera autónoma, sentimos muy claramente que ya ha llegado la hora de asumirlos, de tomar iniciativas para que el progreso hacia la unidad del mundo se haga con coherencia y al servicio del hombre», y precisa: «el mundo no puede crecer armoniosamente si en todas partes “la mano de justicia” del Estado le presta mano fuerte a la “mano invisible” del mercado, pero se necesita una tercera mano, “la de la solidaridad”, la cual es nuestra responsabilidad personal y la de la sociedad civil, tanto en el plano nacional como en el internacional»<sup>80</sup>. Ya no se trata solamente de que las actividades públicas y las actividades financieras internacionales queden sujetas al control de sus organismos técnicos, ahora se requiere que los ciudadanos y los sistemas de control ciudadanos, los medios de comunicación y las organizaciones sociales tengan acceso a esa información y puedan verificarla. Cada vez más, la sociedad y las organizaciones sociales reclaman a sus gobernantes y a sus dirigentes políticos, el fin de la demagogia y la recuperación de los valores éticos del sistema democrático<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> PETRELLA, Riccardo, «El capital mundial no puede gobernar la humanidad», en *El País*, Madrid, domingo 28 de noviembre de 1999, p. 17.

<sup>80</sup> Cfr., ARIAS CALDERÓN, Ricardo, *La mundialización...*, art. cit., en Internet: [http://epasa1.epasa.com/El\\_Panama\\_America/archive/120797/opinion1.html](http://epasa1.epasa.com/El_Panama_America/archive/120797/opinion1.html)

<sup>81</sup> CABALLERO, Carlos R., *¿Cuál es la globalización que necesitamos para nuestro desarrollo?*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat034.htm>

## BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Además de la bibliografía que se cita a continuación pueden consultarse las siguientes direcciones en Internet, especializadas en el tema de la globalización:

<http://rcci.net/globalizacion/fg016.htm>

<http://www.pdc.ch/tp-glo-f.html>

- ABIZANDA ESTABÉN, Federico, «El acuerdo multilateral de Inversiones», en *En Pie de Paz*, núm. 48, en Internet: <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/8473/global/AMI.html>
- ADDA, Jacques, *La mondialisation de l'économie*, La Decouverte, París, 1996. Trad. castellana: *La globalización de la economía: orígenes y desafíos*, 1.ª edición castellana, 1999.
- AGUADO ODINA, Teresa, «Educación intercultural en una sociedad global», en *A Distancia*, UNED, vol. 17, núm. 2, diciembre de 1999, pp. 134 y ss.
- AGUIRRE, Mariano, *Los días del futuro*, Icaria, Barcelona, 1995.
- ARRIGHI, Giovanni, *La globalización, la soberanía estatal y la interminable acumulación del capital*, en Internet: <http://www.inisoc.org/arrighi.htm>
- ASHTON, David, y GREEN, Francis, *Education, training and the global economy*, Cheltenham, Edward Elgar, 1996.
- AMIN, Samir, *El capitalismo en la era de la globalización*, 1999.
- ARIAS CALDERÓN, Ricardo, *La mundialización de la globalización: 2. Humanizar la globalización*, en Internet: [http://epasa1.epasa.com/El\\_Panama\\_America/archive/120797/opinion1.html](http://epasa1.epasa.com/El_Panama_America/archive/120797/opinion1.html)
- BADIE, Bertrand, «Dossier 1994: Mondialisation, état des lieux», en *L'état du Monde 1981-1998*, Editions La Découverte (París), CD-ROM SNI (Montréal), 1998.
- BASSO, Maristela, MERCOSUR: «Os limites entre o Direito Internacional e o Direito da Integração», en *Revista Estudos Juridicos*, São Leopoldo, vol. 27, núm. 71, sep-dic., 1994, pp. 73 y ss.
- BAUMANN, Renato (org.), *O Brasil e a Economia Global*, São Paulo, Campus, 1996.
- BECK, Ulrich, «¿Qué es la globalización?: Falacias del globalismo, respuesta a la globalización», 1998.
- BENDESKY, León, «Economía Regional en la Era de la Globalización», en *Revista de Comercio Exterior*, México, noviembre de 1994.
- BOLETÍN DE LA AGP (Acción global de los Pueblos), en Internet: <http://www.agp.org/agp/es/index.html>
- BONEFELD, Werner, «Las políticas de la globalización: ideología y crítica», en *Globalización, Revista Web Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, editor: Federico García Morales, núm. de julio de 1998, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg041.htm>
- *Globalización y democracia. Una evaluación del Estado competitivo de Joachim Hirsch*, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg049.htm>
- BOSWORT, B. P., LUSTIG, N., «El impacto del libre comercio en América del Norte», en *Economía Mexicana*, Centro de Investigaciones y Docencia Económica, México, junio de 1993.

- BOYER, R., *Les mots et les Réalités in Mondialization. Au de lá des mythes*, La Découvert, Syros, París, 1997.
- CABALLERO, Carlos R., *¿Cuál es la globalización que necesitamos para nuestro desarrollo?*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat034.htm>
- CAMDESSUS, Michel, *Comment renforcer le lien entre l'économie et le social dans le cadre d'une économie mondialisée*, en Internet: <http://www.imf.org/external/np/speeches/1999/102699F.htm>
- CAMPO SÁNCHEZ, Carlos, *La globalización como proceso social ambiguo*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat035.htm>
- CARNOY, M., y otros, *The New Global Economy in the Information Age*, University Park, Penn State University Press.
- CARAVACA, I., MÉNDEZ, R., y REVEL, J. (eds.), *Globalización y territorio: mercados de trabajo y nuevas formas de exclusión*, 1999.
- CASTELLS, M., «Venezuela: globalización y democracia», en *El País*, Madrid, lunes 6 de septiembre de 1999, p. 13.
- «El futuro del Estado de bienestar en la sociedad internacional», en *Sistema*, Madrid, marzo de 1996, pp. 35-53.
  - «The Network Society»; vol. I de la obra *The Information Age: Economy, Society and Culture*, Blakwell, 1996. Trad. castellana: «La sociedad red», vol. I de la obra *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza, Madrid, 1996. Trad. de Carmen Martínez Gimeno.
  - *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Madrid, Alianza, vol. 2, 1997.
  - Vol. 3. «Fin de Milenio», de la obra *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Alianza, Madrid, 1997.
- CEBRIÁN, Juan Luis, *La red*, Madrid: Taurus, 1998.
- «Modernos riesgos de la sociedad de la información», en BALADO, M., y GARCÍA REQUEIRO, J. A. (directores), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 269 y ss.
- CHOMSKY, Noam, y DIETERICH, Heinz, *La aldea global*, Tafalla, Txalaparta, 1997.
- CORCUERA ATIENZA, Javier, *Los nacionalismos: globalización y crisis del estado-nación*, 1999.
- COROMINAS, Jordi, *Mundialización y acción liberadora. 1. Mito y realidad de la mundialización*, en Internet: <http://mixcoac.uia.mx/~jsweeney/relat/179.htm>
- DECLARACIÓN DE LA HABANA, *Calidad de la educación: equidad, desarrollo e integración ante el reto de la globalización*, en Internet: <http://www.oei.es/ixcie.htm>
- DEL ÁGUILA, Rafael, «Ciudadanía global. Riesgos, límites y problemas», en BALADO, M., y GARCÍA REQUEIRO, J. A. (directores): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 39 y ss.
- DE LUCAS, Javier, «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 aniversario de la Declaración del 48)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 32, 1998, pp. 3 y ss.

- DIMITRIADIS, Greg, y KAMBERELIS, George, «Shifting terrains: Mapping education within a global landscap», en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 551, 1997, pp. 137 y ss.
- DRUCKER, Peter, *The New Realities*, Mandarin, Gran Bretaña, 1989.
- *Post-Capitalist Society*, Butterworth-Heinemann Ltd., Gran Bretaña, 1993. Edición castellana: *La sociedad postcapitalista*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1995.
- EMMOTT, Bill, «A Survey of Multinationals, Everybody's Favourite Monsters», en *The Economist*, Londres, núm. de 27 de marzo de 1993.
- ESPINOSA, A., «Los modelos del capitalismo. Políticos e intelectuales debaten en Madrid los problemas de la globalización», en *El País Digital*, viernes 26 de noviembre de 1999, núm. 1302, en Internet: <http://www.elpais.es/p/d/19991126/internac/debate.htm>
- ESTAPÉ TOUS, Manuel, «Internacional. El desencuentro entre la UE y África. La cumbre de El Cairo finaliza sin nuevos compromisos para integrar el continente en la economía mundial», en *La Vanguardia.digital* 2000.04.08, en Internet: <http://www.lavanguardia.es/temasafondo/>
- FARIA, José Eduardo (org.), *Direito e Globalização Económica*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- FARIÑAS DULCE, M.<sup>a</sup> J., *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la «actitud postmoderna»*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 9 y ss.
- «Ciudadanía universal versus ciudadanía “fragmentada”», en *XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, Valencia, 15 y 16 de abril de 1999, pp. 70 y ss.
- FERRER, Aldo, *Historia de la globalización: orígenes del orden económico mundial*, 1.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- FERRARI, Leandro M., *Globalización*, en Internet: <http://www.cderi.com.ar/globalizacion.html>
- FUKUYAMA, Francis, «The End of History», en *The Public Interest*, verano de 1989, Trad. castellana: «El fin de la historia y el último hombre», Planeta, México, 1992.
- FUNDALATIN, *Por la mundialización de la solidaridad y de la igualdad fraterna*, en Internet: <http://pangea.upc.es/~spie/agenda-latino/koinonia/logos/logos16.htm>
- GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*, México, 1995.
- GARCÍA MORALES, Federico, *Identidad y globalización. Las alternativas en un mundo en crisis*. Ponencia presentada ante el X Congreso de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Oaxtepec, Morelos, 30 de noviembre de 1996. Mesa 67, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/fg010.htm>
- *Corporaciones transnacionales y globalización: en el corazón de la obscuridad*, en Internet: <http://rcci.net/globalizacion/llega/fg100.htm>
- GIDDENS, A., *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990.
- GOLDENSTEIN, L., *Repensando a Dependência*, Paz e Terra, Río de Janeiro, 1994.

- GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique, *El Estado mexicano: globalización y modernidad*. Fotocopia del texto original.
- GRANHAM, N., *Capitalism and Global Communication: Global Culture and the Politics of Information*, Londres, Sage, 1990.
- GREEN, Andy, *Education, Globalization and the Nation State*, Houndmills, Macmillan Press, 1997.
- GROUPE DE LISBONNE (dir. Riccardo Petrella), *Limites à la Compétitivité - Pour un nouveau contrat mondial*, Labor, Bruxelles, 1995.
- GUTIÉRREZ, Jorge Luis, *Signos de los tiempos. La globalización de todos tan temida*, en Internet: <http://www.punto-yparte.com/esperanto/contexto/orden.html>
- HARVEY, D., *The condition of Postmodernity*, Oxford, Basil Blackwell, 1989.
- HASBÚN KARMIY, M., *Globalización e identidad nacional. Globalización: demasiada mitología*, en Internet: <http://www.global-latino.com/entrada.html>.
- HOOGVELT, A., *Globalisation and the Postcolonial World-The New Political Economy of Development*, Macmillan Press, London, 1997.
- IANNI, Otávio, *Teorías da Globalização*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1995.
- JIMÉNEZ DOMÍNGUEZ, Bernardo, *Psicología social crítica, cultura urbana y globalización*, 1999.
- KAMIYA, Marco, «La Era de las Alianzas Globales», en *Actualidad Económica*, Perú, marzo de 1993.
- «La Triada y los Clusters», en *Quehacer*, Perú, mayo-junio de 1994.
- *Globalización productiva: mitos y verdades*, en Internet: <http://www2.gol.com/users/mkamiya/mihome/arti/globaliza.html>
- KUWUYAMA, M., «América Latina y la internacionalización de la economía mundial», en *Revista de la CEPAL*, núm. 46, 1992.
- LABONTÉ, Luc, *La mondialisation*, en Internet: <http://www.dplm.com/1997/19971117.htm>
- LAFONTAINE, Oskar, MILLER, Christian, *No hay que tener miedo a la globalización: bienestar y trabajo para todos*, 1998.
- LAFUENTE, A, ELENA, A., ORTEGA, M. L. (editores), *Congreso Internacional: ciencia, descubrimiento y mundo colonial. Mundialización de la ciencia y cultura nacional*, Madrid, Doce Calles, 1993.
- LAMARCA, Chusa, *La aldea global, una aldea esquilmada y desigual*, en Internet: <http://www.nodo50.ix.apc.org/maast/aldeaglobal.htm#que>
- LEAL, Rosemiro Pereira, *Soberanía y mercado mundial*, São Paulo, Editorra de Direito, 1996.
- LEVITT, T., «The Globalization of Markets», en *Harvard Business Review*, junio de 1983.
- LEVY, Eveliyn, *Democracia nas Cidades Globais*, São Paulo, Studio Nobel, 1997.
- LIMA TORRADO, J., «Aportación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 al proceso de universalización de los derechos humanos», en *Gaceta*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México, núm. 101, diciembre de 1998, pp. 19 y ss.
- *Los derechos humanos ante el tercer milenio*. Conferencia pronunciada en la Sociedad de Altos Estudios Internacionales en el transcurso del XLV curso, Madrid, febrero de 1999.



- LITRENTO, Oliveiros, *A Ordem Internacional Contemporânea. Um Estudo da Soberania em Mudança*, Porto Alegre, Fabris, 1991.
- MACIA, Mateo, *Manual de documentación jurídica*, Editorial Síntesis, Madrid, 1998.
- MAGNOLI, Demétrio, *O mundo contemporâneo*, São Paulo, Atica, 1990.
- MALLAMPALLY, Padma, «Empresas multinacionales y desarrollo de los recursos humanos», en *Perspectivas*, núm. 27, marzo de 1997.
- MARCH DELGADO, Carlos, *Estrategias empresariales ante la globalización de los mercados*, 1991.
- MARTIN, Hans Peter, *La trampa de la globalización*, 1998.
- MARTÍNEZ PEINADO, Javier, *Globalización: elementos para el debate, una revisión (1)*. Barcelona, 1998, en Internet: [http://redem.buap.mx/t2\\_javier.htm](http://redem.buap.mx/t2_javier.htm)
- MARTÍNEZ QUINTANA, V., «La sociedad en la “era de la información”», en *A Distancia*, UNED, vol. 17, núm. 2, diciembre de 1999, pp. 171 y ss.
- MATTELART, Armand, *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998.
- MC LUHAN, M., FIORE, Q., *War and peace in the Global Village*, Nueva York, Bantam, 1968.
- MEIKSINS WOOD, Ellen, «Globalización, posmodernidad, y otras nuevas eras», en *Realitat*, núms. 53-54, en Internet: <http://www.pcc.es/realitat/wood.htm>
- MEIRA, José de Castro, *Globalização e Direito*, Mimeo, 1996.
- MESSNER, Dirk, *La globalización y el futuro de la política*, Fundación Friedrich Ebert, México, 1997.
- MICHAUD, Yves, *Les dangers de la mondialitation*, en Internet: <http://www.geocities.com/Athens/Acropolis/1920/ym2.html>
- MIRON LINCE, Benito, «Derechos Humanos y globalización», en *Gaceta*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, núm. 94, mayo de 1998, pp. 15 y ss.
- MONETA, Carlos Juan, *Globalización, Estado y equidad*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat012.htm>
- MORALES, José Roberto, *La globalización como proceso de universalización de un modelo económico*, en Internet: <http://www.geocities.com/CapitolHill/3103/Globalizacion.htm>
- MOURA CASTRO, Claudio de, «América Latina: la batalla entre importación y creación», en *Perspectivas*, núm. 27, 1, marzo de 1997.
- MULDUR, U. y otros (Eds.), *The European Community and the globalization of Technology and the Economy*, 1994.
- NAIM, Moisés, «Las ansiedades de la globalización», en *El País Digital*, domingo, 12 de marzo de 2000, núm. 1409, en Internet: <http://www.elpais.es/p/d/20000312/opinion/naim.htm>
- OHAMAE, Kennichi, *Triad Power. The Comming Shape of Global Competition*, The Free Press, New York, 1985.
- ORTIZ, R., *Mundialização e cultura*, Sao Paulo, Brasiliense, 1994.
- PALAZUELOS MANSO, Enrique, *La globalización financiera: la internacionalización del capital*, 1998.
- PEDRÓ, Francesc-ROLO, José Manuel, *Los sistemas educativos iberoamericanos en el contexto de la globalización. Interrogantes y oportunidades*. Organización de Estados Iberoamericanos Para la Educación, la Ciencia y la Cultura. VIII Conferencia Iberoamericana de Educación.

- Documento de Trabajo, Sintra (Portugal), 9 y 10 de julio de 1998, en Internet: <http://www.oei.es/viiciiedoc.htm>
- PEIRENS, Willy, «La globalización de la economía debe llevar aparejada la mundialización de los derechos humanos, incluso de los derechos sociales». CMT. Informe sobre los Derechos Sindicales en el Mundo 1996-1997 Coloquio internacional de la CMT de 8 de octubre de 1996 sobre el impacto de la globalización sobre las normas internacionales del trabajo, en Internet: <http://ibase259.eunet.be/es/pubs/informe96-97.html>
- PETRELLA, Riccardo, «Vers un techno-apartheid global», en *Manières de voir-Le Monde Diplomatique*, París, núm. 18, mayo de 1993.
- «El capital mundial no puede gobernar la humanidad», en *El País*, Madrid, domingo, 28 de noviembre de 1999, p. 17.
- PODERTI, Alicia, *Hipermodernismo, globalización, universalismo. La identidad latinoamericana en la crisis del 2000*, en Internet: <http://www.iruya.com/ent/claves/poderti.htm>
- PORTER, Michael, *The Competitive Advantage of Nations*, The Free Press, New York, 1990.
- DE PRADA GARCÍA, A., «Pirámides y redes: el concepto del Derecho», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, 2.<sup>a</sup> época, núm. 14, 1999, pp. 173 y ss.
- RABOY, M. y otros, *Devéloppeement culturel et mondialisation de l'économie*, Quebec, Institut Québécois de Recherche sur la Culture, 1994.
- RAMONET, I (compilador), «Médias et contrôle des esprits», en *Manières de voir-Le Monde Diplomatique*, núm. 27, París, agosto de 1995.
- RAMONET, I., *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Temas de debate, Madrid, 1997.
- REICH, R., *The Work of Nations. Preparing Ourselves for the 21 Century Capitalism*, Knopf, New York, 1991.
- ROBERTSON, R., *Globalisation*, London, Sage, 1992.
- RODRÍGUEZ MOLINA, Jorge, *¿Globalización?*, en Internet: [http://www.e-h.uv.mx/vivi\\_II/205.html](http://www.e-h.uv.mx/vivi_II/205.html)
- ROMERO, Ana, «Entrevista con Manuel Castells», en *El Mundo*, Madrid, domingo 10 de octubre de 1999, pp. 8-9.
- ROY, Jean Louis, «De nouveaux espaces pour la francophonie. Face à la mondialisation», en *Le Monde diplomatique*, abril de 1995, p. 26, en Internet: <http://www.monde-diplomatique.fr/1995/04/ROY/1401.html>
- SAMIR, Amin, GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (directores), *La nueva organización capitalista mundial vista desde el Sur*, Anthropos, Barcelona, 1995.
- SÁNCHEZ DE MOVELLAN DE LA RIVA, Luis, «Derechos humanos y globalización», en *El Diario Montañés*, jueves, 7 de octubre de 1999, p. 31.
- SAUVANT, K. P., LAVIPOUR, F. G., *Controlling Multinacional Enterprises*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1976.
- SAVIO, Roberto, *Globalización y Lomé V*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat040.htm>
- Seminario Regional sobre globalización y desarrollo local*, en Internet: <http://www.cudecoop.org.uy/revista/rv12962.htm>
- SERRA GIMÉNEZ, F., «Globalización y Estado de Bienestar», en *A Distancia*, UNED, vol. 17, núm. 2, diciembre de 1999, pp. 82 y ss.
- SHERR, Daniel, *Comentando lo comentado: mundialización, Internet y tercerización*, en Internet: <http://www.el-castellano.com/mundiali.html>

- SMITH, Roy C., *La banca universal: hacia la mundialización del sistema financiero*, Barcelona, Grijalbo, 1991.
- TAMAMES, R., «Largo “boom”», tercera guerra mundial y globalización», en *El Mundo*, martes, 30 de noviembre de 1999, en Internet: <http://www.el-mundo.es/1999/11/30/economia/30N0069.html>
- TERRE DES HOMMES, *El derecho a la equidad*, Icaria, Barcelona, 1997.
- TOSCANO FRANCA FÍHLO, Marcílio, «Integración regional y globalización de la economía: las dos caras del nuevo orden mundial», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, Madrid, abril-junio de 1998, pp. 101 y ss. Trad. de A. de Prada García.
- TOVAL, Flávio, «Regionalização e Globalização: a Bifacialidade de Internacionalização», en *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 30, enero-febrero, 1996, núm. 1.
- TRIAS, Eugenio, *Ética y condición humana*, Península, Barcelona, 2000.
- UGARTECHE, Oscar, *La hegemonía en crisis*, Perú. Fundación Friedrich Ebert, 1990.
- UNESCO, DEMOS. «Informe sobre los principios democráticos y la gobernabilidad. Gobernar la Globalización. La política de la inclusión: el cambio de responsabilidad compartida». Cumbre Regional para el Desarrollo Político y los Principios Democráticos, Brasilia, 3 al 6 de julio de 1997, en Internet: <http://www.urshlac.unesco.org.ve/Gobernar.htm>
- VALENTI, Esteban, *Sociedad de la información y globalización*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat033.htm>
- VAQUERO, «Ocho tesis sobre globalización», en *Página Abierta*, núm. 83, 1998.
- VÁZQUEZ BARQUERO, Antonio, *Desarrollo, redes e innovación: lecciones sobre desarrollo endógeno*, 1999.
- VÁZQUEZ MONTALBAN, M., y otros, *La Aldea Babel. Medios de comunicación y relaciones Norte-Sur*, Barcelona, Duriva, 1994.
- VELLOSO, João Paulo dos Reis y Martins, Luciano (coordinador), *A Nova Ordem Mundial em Questão*, Río de Janeiro, José Olympio, 1994.
- VELTZ, Pierre, *Mondialisation, villes et territoires*, París, PUF, 1996, Trad. castellana: *Mundialización, ciudades y territorios: la economía del archipiélago*, Barcelona, Ariel, 1.ª edición, 1999.
- VIDAL VILLA, José María, *Mundialización: diez tesis y otros artículos*, Barcelona, Icaria, 1996.
- *Mundialización y desarrollo humano*, en Internet: [http://redem.buap.mx/t3\\_vidal.htm](http://redem.buap.mx/t3_vidal.htm)
- VILLORO, L., *Estado plural, pluralidad de culturas*, Paidós, México, 1998.
- WALLERSTEIN, *Le Système du Monde*, Flammarion, París, 1985.
- *The Inter-State Structure of the Modern World System in International Theory*, Cambridge University Press, 1996
- WALLGREN, Thomas, *Political semantics of «globalization»: a brief note*, en Internet: <http://www.redtips.org/tips/eng/forum/sid/debat016.htm>
- WATERS, M., *Globalisation*, Routledge, 1995.
- ZAKI, Laïdi, *Pensar el orden político mundial*, Presses de la Fondation Nationale de Science Politique/Berg Publishers, París, 1992.



# El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización

Por JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

Universidad de La Rioja (España) \*

## 1. LA GLOBALIZACIÓN Y SUS EFECTOS

Nuestras categorías conceptuales, así como nuestra percepción de la sociedad, de sus realidades y de sus problemas, están cambiando vertiginosamente desde hace no muchos años. Especialmente, el final de la Guerra Fría y la consolidación de la interconexión mundial en la economía, política y en el ámbito cultural –lo que normalmente denominamos «globalización»– parece haber dejado al descubierto nuevas realidades que atraviesan nuestras sociedades desarrolladas, caracterizadas ahora más que nunca por su creciente complejidad y por su diferenciación e, incluso, por su incapsulamiento interno. No es que sean realidades absolutamente nuevas, sino que, en el momento presente, dada su dimensión y su universalización, aparecen desde nuevas perspectivas. Lo relativamente importante es que estos cambios sociales y las transformaciones globales que se están produciendo alteran nuestras concepciones más básicas sobre el Estado, la democracia, el Derecho y la sociedad, sobre el puesto del individuo y de las colectividades y, por supuesto, sobre los valores e ideologías. Nuevas reali-

---

\* Para la realización de este artículo he contado con sendas ayudas a proyectos de investigación de la DGES del MEC y de la Universidad de La Rioja.

dades y profundas transformaciones que despiertan, en principio, anhelos prometeicos, pero que generan también incertidumbres. Y es que, en la mitología griega, puede encontrarse ya una primera explicación a estas tensiones civilizatorias, personificadas en uno de los señores del Olimpo. Prometeo, dios benefactor y protector de la humanidad (razón por la cual fue condenado a castigo eterno, según nos ha legado Esquilo en su *Prometeo encadenado*), administra los bienes que cede a los hombres, pero, paradójicamente, no puede evitar que los males infecten el mundo —la famosa caja de Pandora—.

En el «zurrón» de Prometeo encontramos, pues, los bienes y los males de los hombres, sus alegrías y sus tristezas, sus ventajas y desgracias. Y, por tanto, su futuro incierto. La globalización, como si hubiera sido extraída del zurrón de Prometeo, encarna en el momento presente el futuro incierto y una realidad ambivalente de perfiles difusos, con efectos perversos. La globalización todo lo atraviesa y transforma y por ello, como advierten informes imparciales, genera inquietudes e incertidumbres<sup>1</sup>. Y, sin embargo, ejerce una fascinación desbordante en la realidad política actual hasta el punto de que ya la literatura especializada, desde hace unos años, ha empezado a interesarse por estas transformaciones y por sus efectos. Cambios vertiginosos en buena medida debidos a la revolución informática aplicada a la economía y los flujos mercantiles, a los medios de comunicación y a las técnicas de información, etc.; unos cambios que no dejan títere con cabeza pues todas las facetas sociales, económicas, políticas y culturales se ven afectadas. Lo cual quiere decir que el «zurrón de Prometeo», otra vez más, nos ha legado un nuevo motor de cambio civilizatorio con sus luces pero con unas sombras que debemos develar.

En efecto, la globalización (término horrible, por cierto) ejerce sobre los gobernantes, *managers*, y otros profesionales y especialistas una enorme fascinación, como si nos hubiese transportado a unos nuevos tiempos. El aumento de los intercambios, la rapidez de las comunicaciones, la interconexión global, todos esos aspectos que constituyen lo que se llama «globalización», son interpretados por numerosos agoreros como el advenimiento de nuevos tiempos que afectan, primero de todo, a la economía mundial y que se proyecta sobre el resto de aspectos de la vida del planeta. Según esta tesis, la

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, la siguiente declaración del PNUD en su *Informe sobre el desarrollo humano 1999*: «La mundialización, una fuerza dominante en el último decenio del siglo XX, está dando forma a una nueva era de interacción entre los países, las economías y los pueblos. Está aumentando los contactos entre la gente por encima de las fronteras nacionales en materia de economía, tecnología, cultura y estructura de gobierno. Pero además está fragmentando los procesos de producción, los mercados de trabajo, las entidades políticas y las sociedades. *De esta manera, si bien la mundialización tiene aspectos positivos, innovadores y dinámicos, tiene también aspectos negativos, perturbadores y marginantes*» (PNUD 1999: 25).

interacción de estos elementos está contribuyendo a la gestación de un nuevo mundo para el que –nos avisan y previenen– debemos estar preparados. Desde luego, no cabe dudarlo, las cosas están cambiando, pero lo que hay que dilucidar es, precisamente, por qué camino discurren esos cambios, si es posible regularlos y guiarlos y, sobre todo, cuáles son sus efectos. En particular, y de esto trata este artículo, en relación al futuro del Estado, la democracia y la realización de los derechos humanos. Y es que, como afirma el sociólogo J. Petras, la tesis central de la globalización «se fundamenta en gran medida en mitos y conceptos erróneos que son fruto de la estrechez de los enfoques políticos adoptados, de una visión de la realidad social que prescinde de la historia, y de flagrantes malentendidos acerca de los procesos y fuerzas sociales que están remodelando la economía mundial» (Petras 1998: 24).

En realidad, hemos llegado a ser conscientes del proceso globalizador relativamente hace poco tiempo, durante la década de los noventa, y lo hemos sido de forma repentina como consecuencia de la percepción de sus efectos devastadores: un crecimiento demográfico fuera de todo control; progresivo distanciamiento entre países ricos y pobres; la deforestación de la Amazonia, el recalentamiento del planeta, la desaparición de la capa de ozono, el desastre de Chernobyl, etcétera; el ataque masivo a principios de la década contra alguna de las monedas europeas; el rápido auge y la caída de las economías orientales con repercusión en la estabilidad económica de otras naciones; etc. Sólo en virtud de sus efectos negativos nos hemos percatado de que estamos interconectados, de que vivimos en un mundo globalizado en el que dos mil millones de personas lo mismo sienten tristeza por la muerte accidental de una princesa que los medios convierten en la reina de los pobres, que por el óbito de la Madre Teresa de Calcuta después de una vida consagrada a paliar los sufrimientos de los desesperados del mundo. La globalización nos conecta a todos, pero también uniformiza lo que toca.

Ahora bien, la globalización tiene tanto acérrimos defensores como ácidos detractores. Las mismas tesis que lo sustentan, como apunta Petras, son polémicas. En primer lugar, la tesis sobre la novedad de la integración económica. Para sus defensores, nunca se había producido antes una situación como la actual en la que todas las economías están tan estrechamente interconectadas, en la que las decisiones económicas a escala global tienen repercusiones en todos los lugares del planeta, en la que las economías nacionales están abiertas a todos y se ha abandonado el viejo proteccionismo, etc. Para sus detractores, en realidad, la globalización no tiene nada de excepcional, pues no es más que una fase más de la voracidad del imperialismo capitalista que busca insistentemente nuevos mercados. Pues, en realidad, la globalización es inherente al capitalismo desde que, a partir del siglo XV, expandiese sus fronteras más allá de Europa con la conquista y explotación del resto de continentes, América, Asia y

África. La extensión de los mercados entra dentro de la lógica del capitalismo, sólo que en la actualidad, junto a las viejas tendencias, aparece con perfiles distintos, pero, no por ello, deja de obedecer a las reglas de esta lógica.

Sin embargo, a pesar de que no le falta alguna razón a esta última tesis, sería iluso negar que algo hay de nuevo en todo esto. Como afirma Beck, muchos de los acontecimientos que son causa y, al mismo tiempo, efecto de la globalización son totalmente nuevos. Desde aspectos relacionados con nuestra vida cotidiana y nuestro trabajo hasta otros aspectos más generales. Sobre todo, nueva es la percepción de que vivimos en una aldea global; nueva es nuestra concienciación de la transnacionalidad y nuestra sensibilización ante los desastres ecológicos, la multiculturalidad del planeta, la pobreza global, etcétera. Nuevos son también los actores de estos cambios, especialmente las corporaciones multinacionales y las concentraciones económicas, y los riesgos que sus decisiones y actuaciones pueden producir. Finalmente, nueva es la percepción de que existe una sociedad transnacional que nos cobija. Por eso mismo, porque hay importantes innovaciones, porque se están produciendo profundas transformaciones que afectan al ámbito planetario, al nacional y al local, la globalización tiene perfiles propios. Por eso mismo, la globalización está configurando un panorama nuevo lleno de incertidumbres que, esta vez, nos afectan a todos. Como ha señalado adecuadamente Beck, especialmente el que la nueva sociedad transnacional en que se constituye el planeta está des-gobernada, carece del correlativo gobierno mundial. Y es que la «globalización significa también: *ausencia de Estado mundial*; más concretamente: *sociedad mundial sin Estado mundial y sin gobierno mundial*. Estamos asistiendo a la difusión de un capitalismo globalmente *desorganizado*, donde no existe ningún poder hegemónico ni ningún régimen internacional, ya de tipo económico, ya político» (Beck 1998: 32). Se realiza así la utopía neoliberal de construir una sociedad sin Estado. No es, pues, de extrañar que la globalización concite críticas, despierte temores y se alcen voces en su contra.

Pero, la globalización es ante todo un proceso lleno de paradojas. Por un lado, procura la apertura de fronteras y la integración de los países en espacios económicos y políticos más amplios. Busca intensificar las dependencias recíprocas más allá de las fronteras nacionales. Y, al mismo tiempo, se asiste también a un redescubrimiento de los ámbitos regionales y locales, a resituar también las nuevas tendencias en un plano subnacional, más abajo de los poderes del Estado. De esta forma, se descubre la necesidad, y la reivindicación, de fomentar los ámbitos cercanos a los ciudadanos para que sean éstos los que se responsabilicen de las decisiones que más directamente les conciernen. Se localiza y se descubren nuevas culturas, nuevos símbolos y se reivindica una mayor descentralización de lo social y de lo político. Globalización y localización (o, dicho de otra forma, fragmentación)



son así dos aspectos de las transformaciones planetarias. Lo global y lo local no sólo no se excluyen, sino que se compenetran en un proceso contingente y dialéctico. «La globalización –aparentemente lo muy grande, lo exterior, lo que sobreviene al final y sofoca todo lo demás–, es asible en lo pequeño y lo concreto, *in situ*, en la propia vida y en los símbolos culturales, todo lo cual lleva el sello de lo “glocal”» (Beck 1998: 80). Dos fenómenos que componen un proceso dialéctico, pues son expresión de las tendencias universalistas y particularistas en el ámbito cultural y moral y en el de los derechos humanos, de las tendencias integradoras y fragmentarias, de las tendencias proclives a la centralización y a la descentralización. Dos fenómenos que, en realidad, tiran de un lado y de otro de los poderes estatales en el logro de un Estado descuartizado que cede en el ámbito supranacional y también en el regional, y deja así desprotegidas, a la intemperie, espacios, personas, intereses, que entonces se mercantilizan.

Nada más esclarecedor que las declaraciones y las tesis suscritas en el *Informe sobre el desarrollo mundial 1999-2000* del Banco Mundial que lleva el título *En el umbral del siglo XXI*. Un informe dedicado a describir y examinar el concepto de desarrollo a la luz de los nuevos retos –«innovaciones tecnológicas, difusión de conocimientos, crecimiento de la población y su concentración en las ciudades, integración financiera a nivel mundial y nuevas reivindicaciones de derechos políticos y humanos»– que, en opinión del Banco Mundial, son expresión de los dos fenómenos de la globalización y la localización. Una globalización que, como consecuencia de la integración de los mercados y de las economías nacionales, busca traspasar el ámbito de los gobiernos nacionales para, a través de interlocutores internacionales, «abordar las innovaciones registradas en el comercio internacional, en los flujos financieros y en el medio ambiente mundial». Una localización que se contempla de forma parcial como «expresión del creciente deseo de la sociedad de hacerse escuchar en los círculos gubernamentales» y que «se manifiesta en las reivindicaciones de las identidades regionales» (Banco Mundial 2000: 2). Nada más esclarecedor este Informe por cuanto, aunque «ni apoya ni condena» la globalización y la localización, «se trata de fenómenos que ningún programa de desarrollo puede soslayar. Aunque los gobiernos nacionales seguirán desempeñando un papel fundamental en el desarrollo, la globalización y la localización les obligarán a establecer instituciones fundamentales con competencias por encima y por debajo del nivel nacional; sólo así podrán aprovechar los beneficios del crecimiento en el siglo XXI» (Banco Mundial 2000: 5). Nada más esclarecedor por cuanto es un Informe, precisamente, realizado por quien durante los ochenta y parte de los noventa impulsó, a pesar de que ahora ni apoye ni condene, la globalización y, en particular, por quien con sus programas de ajuste estructural no sólo exigió la apertura arancelaria y una liberalización económica radical, sino que aherrojó las pocas posibili-

dades de desarrollo de los países del Sur y, en consecuencia, de una mejora del bienestar de sus ciudadanos.

Por ello, ante este complejo panorama, sin duda, los principios democráticos, los ideales relativos a los derechos humanos y la figura del Estado también están involucrados en las transformaciones globales. En lo que viene a continuación, me interesa esbozar las líneas básicas de esos cambios. Cómo la globalización afecta a nuestra percepción de la democracia, de los derechos humanos y del papel del Estado, lo que, en definitiva, acarrea un necesario replanteamiento de todo ello.

## 2. LA REDEFINICIÓN DEL ESTADO

Nuestras concepciones más básicas sobre lo que es el Estado y sobre sus funciones, por tanto, están siendo sometidas hace tiempo a una profunda revisión (Martínez de Pisón 1998: 48-68). Sobre este debate público incide de forma muy importante el proceso globalizador y su proyección sobre las instituciones políticas. En realidad, el Estado es sujeto y objeto de la globalización por lo que sus perfiles, su papel y sus límites están siendo alterados por la presión de las transformaciones globales. Por un lado, porque en algunos asuntos son los propios Estados y sus gobernantes los que fomentan la búsqueda de soluciones más generales para afrontar los problemas derivados de la mundialización. Por ejemplo, las medidas tomadas con el GATT y la ronda Uruguay y, sobre todo, con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Se es consciente de que hay que discutir, pero también administrar y regular todos los cambios que están convirtiendo los viejos esquemas de la economía mundial en algo diferente, en una economía global. Un ejemplo de esta inquietud ha sido la reciente reunión de Seattle en donde se han enfrentado las posturas librecambistas y las proteccionistas, los intereses de los países ricos y los de los pobres. Si bien no parece que los resultados hayan sido extraordinarios y que vayan a resolver los problemas globales y, sobre todo, que se haya encontrado una solución a las reivindicaciones de los países del Sur, al menos, puede decirse que constituye un embrión de una organización mundial que trate los interrogantes y los conflictos derivados de las nuevas realidades planetarias. Puede ser, al menos, un foro transnacional donde se planteen cuestiones de más calado y se busquen soluciones para todos. Y es que, en definitiva, han sido los gobiernos y los Estados los que «han contribuido a la creación de toda una diversidad de agencias y organizaciones con la que comparten la arena global» (Held 2000: 5).

Por otro lado, como se ha dejado caer con anterioridad, el Estado ha sido y es objeto de las tendencias globalizadoras. De hecho, se encuentra en el ojo del huracán. Por algo ha sido el principal actor de

la escena internacional durante los últimos siglos, desde la Paz de Westfalia (1648). No podía ser menos que se viese afectado por las nuevas realidades de la mundialización en la medida en que éstas promueven una reestructuración, entre otras cosas, de la misma escena internacional, de sus actores, de sus problemas y de sus intereses. En un artículo de reciente publicación en castellano, D. Held sostiene que «la actual globalización está transformando el poder del Estado y la naturaleza de la comunidad política, pero cualquier descripción de este hecho en términos simples de pérdida o disminución de competencias nacionales distorsiona lo ocurrido. Porque, aunque la globalización esté alterando la relación entre los Estados y los mercados, esto no se produce claramente a expensas del Estado» (Held 2000: 5). Más bien, el poder del Estado no disminuye, sino que sigue siendo todavía muy importante y potente. Lo que se está, pues, produciendo es un giro radical en sus funciones y en sus poderes.

Sin embargo, no puede ignorarse que la debilitación del Estado desde los años setenta y, por tanto, el ataque neoliberal, han sido condiciones necesarias para la promoción del proceso de la globalización. Dicho de otro modo, el desmantelamiento del Estado social llevado a cabo por las huestes neoliberales fue la plataforma imprescindible para el desarrollo de las nuevas tendencias. Por supuesto, incidieron otras circunstancias y acontecimientos históricos, en particular, el fin de la Guerra Fría y la desagregación de la URSS, pero, en el mundo occidental y desarrollado, la política monetarista, la flexibilización laboral, el debilitamiento de los derechos sociales o el establecimiento de sistemas fiscales no progresivos, junto con la apertura de mercados, el fomento de la innovación tecnológica y otros sucesos similares, han sido condición necesaria que han preparado los cambios globales. Al objeto de acelerar la «globalización», era necesario primero desmantelar el poder estatal «con vistas a la realización de la utopía el anarquismo mercantil del Estado *mínimo*» (Beck 1998: 17). O, como afirma Petras de forma más radical, «el éxito del capital al socavar el poder popular, desmantelar el Estado del Bienestar y convertir el Estado en un instrumento para la expansión en el exterior es la condición que sirve de base a la globalización, no los “cambios tecnológicos”, “las exigencias del mercado mundial” ni la “lógica del capital”» (Petras 1998: 25).

En suma, entre el neoliberalismo y la globalización hay una línea de continuidad. Si bien, en el ámbito nacional, la utopía neoliberal encontró resistencias para su materialización, sin embargo, ésta está siendo posible en el ámbito transnacional<sup>2</sup>. Aquí, precisamente, es

---

<sup>2</sup> Offe ya se percató de los límites del proyecto neoliberal en el ámbito nacional-estatal cuando hace tiempo ya vaticinó que el Estado social es una *realidad irreversible* allá donde se ha instaurado y consolidado un régimen democrático, so pena de que se vulneren los mismos principios democráticos que sostienen el modelo occidental, y se altere sustancialmente su estructura social y política (Offe 1990: 141).

posible articular una sociedad transnacional sin Estado mundial. Una sociedad en la que los actores principales sean las grandes agencias y corporaciones, sobre todo, las empresas multinacionales. La globalización, así vista, es en realidad una nueva fase del capitalismo tras la que se enmascaran nuevos intereses con un único objetivo: el establecimiento de mercados abiertos para el logro de más beneficios para lo cual no sea obligado soportar los controles y las resistencias provenientes de la regulación y de las agencias estatales. De manera que, en buena medida, de lo que se trata es de «liberar» a las decisiones económicas que configuran los movimientos y flujos del mercado de las restricciones impuestas por las políticas económicas nacionales. «Liberarlas» de las ataduras del control del poder estatal. En suma, se trata de tener más libertad en un ámbito económico irrestricto, de construir así un «estado económico natural» sin ningún tipo de reglamentaciones: «hablando en términos generales, la fase actual de globalización supone la “reestructuración” de la economía mundial mediante la liberalización de los flujos de capital y de las normas que rigen las operaciones internacionales de las instituciones financieras» (Petras 1998: 28).

Ante la potencia de las fuerzas que operan sobre los poderes estatales no es de extrañar que se hable de «transformación del poder del Estado» o de «redefinición del Estado». Como ha puesto de manifiesto D. Held:

«En estas circunstancias, tiene más sentido hablar de la transformación del poder del Estado en el contexto de la globalización, en lugar de calificar lo ocurrido de simple decadencia. El poder, la autoridad y las operaciones de los Gobiernos nacionales están cambiando, pero no siempre en una misma dirección. El derecho de los Estados a gobernar dentro de unos territorios delimitados (soberanía) dista mucho de estar al borde de la desaparición, aunque el carácter práctico de este derecho (la capacidad real de los Estados para gobernar) esté cambiando de perfil. Está surgiendo un nuevo régimen de gobierno y de acción gubernativa que está desplazando la concepción tradicional del poder del Estado como forma de poder público indivisible y territorialmente excluyente. La globalización, lejos de generar “el fin del Estado”, está estimulando toda una variedad de estrategias de mandato y gobierno y, en ciertos aspectos fundamentales, un Estado más activista» (Held 2000: 5).»

La «redefinición del Estado» supone, pues, una debilitación de las viejas señas de identidad de su poder y de los conceptos centrales que lo identifican –soberanía, ciudadanía, nacionalidad, territorialidad, monopolio de la fuerza– y la prospección de nuevos espacios en los que resituarse (Linklater 1998: 146). Esto, en sí mismo, ni es bueno ni es malo. Que se produzca un replanteamiento del concepto de «soberanía», que los perfiles de la soberanía estatal se difuminen y se reco-

nozca que «realmente» los Estados no gozan de una soberanía única y excluyente no es bueno ni malo en sí mismo. Ciertamente, la soberanía es cada vez más «compartida» con otros poderes y otras entidades (transnacionales, nacionales, regionales y locales) y no por ello hay que augurar el fin del Estado. Antes bien, en algunos casos, puede ser incluso una vía de solución de conflictos políticos. Un ejemplo de una versión, sin duda, positiva de la «soberanía compartida» es la Unión Europea. Y es que la estructura en cascada de las competencias y de la toma de decisiones es un fiel ejemplo de esta soberanía compartida y de sus consecuencias benéficas. MacCormick lo ha puesto de manifiesto como una forma de resolver las reivindicaciones nacionalistas y de integrarlas en un proyecto europeo respetuoso con las minorías y la democracia (MacCormick 1999: 137 y ss., y 193 y ss.). No creo, en verdad, que, al margen de las reacciones viscerales que estas cuestiones generan en nuestro país, este tipo de soluciones y de propuestas deban caer en saco roto. Más bien, hay que continuar por esta vía sin caer en atavismos ni fetichismos. La idea de soberanía es un concepto histórico y como tal debe adaptarse a cada momento.

La redefinición de los poderes estatales está marcada, así pues, por la cesión de soberanía y por el principio de subsidiariedad. El ideal de la soberanía estatal se mantiene, pero su ejercicio, la decisión y la ejecución de sus competencias más emblemáticas son ahora, sin embargo, negociables y objetos de cesión. Entonces, la soberanía misma es enajenable y divisible (Hirst y Thompson 1999: 276). La soberanía estatal es «enajenable» en la medida en que los Estados ceden parte de ella a entidades supraestatales, para lo cual, incluso, están obligados a modificar sus textos constitucionales. La cesión resulta de suma importancia, pues lo que se cede es la capacidad de tomar decisiones, de planificar la actividad política, de ordenar las medidas de gobierno e, incluso, la provisión de los recursos y medios adecuados para su realización. De nuevo, la Unión Europea es el ejemplo paradigmático de este fenómeno, aunque otro tanto está sucediendo en otros lugares del planeta. Ahora, es Bruselas, en virtud de la soberanía cedida y, por tanto, compartida, la que toma decisiones en ámbitos tan importantes como la agricultura, salud, medio ambiente, nuevas tecnologías, sociedad de la información, medios de comunicación, regulación del mercado y eficacia de la libre competencia, etc., y la Administración de los diferentes Estados hace de entidad transmisora de estas decisiones o de los planes aprobados a los entes menores (regionales y locales) que son los que tienen capacidad ejecutiva. Por eso mismo, la soberanía es «divisible» porque en el foco del poder participan e intervienen diferentes agencias: unas deciden, otras orientan, otras ejecutan. De ahí que sea necesario que entre los diferentes órdenes –supranacional, nacional, regional y local– exista una relación fluida y que los medios de transmisión estén perfectamente engrasados para que no se resienta una dirección, planificación y ejecución eficaz.

Con razón, se habla de que este proceso de redefinición de los poderes estatales producto de la globalización deviene en una «municipalización» de los gobiernos nacionales. Por un lado, porque, de acuerdo con este sistema de competencias en cascada, juega el papel de «sutura», de correa de transmisión, de ligazón entre los diferentes planos en los que se distribuyen los viejos poderes. Es la propia globalización la que ha impulsado la tendencia a la cesión de soberanía y, por ello, le asigna también el papel de ordenar y de coordinar las políticas y las prácticas una vez éstas han sido distribuidas «hacia arriba» en el plano transnacional y «hacia abajo» a las entidades regionales y locales. Su papel es diferente, pero no menos importante pues debe tratar de evitar que se produzcan «rupturas» en el orden de transmisión de dichas políticas. Es más, dentro de lo que es el territorio nacional, entendido en el sentido tradicional, los gobiernos siguen siendo los máximos responsables de que toda la maquinaria funcione correctamente. Además, la municipalización se plasmaría en otros aspectos. Tal y como se denuncia, la globalización ha convertido a los Estados en meros proveedores de ciertos servicios y bienes públicos y de infraestructuras que son necesarios para que los negocios funcionen, para que las grandes corporaciones puedan operar a bajos costes (Hirst y Thompson 1999: 262). Véase, por ejemplo, el énfasis que en los últimos tiempos se pone en la Unión Europea en la necesidad de asentar y de poner los medios para construir una Sociedad de la Información que nos equipare a EE. UU. En realidad, se trata de proveer de ordenadores a los ciudadanos, pequeñas y medianas empresas, de promover infraestructuras informáticas básicas –cableado, Internet, etcétera– con el objeto de fomentar el comercio electrónico, los negocios a través de la Red: desde la compra de libros, fármacos hasta para poder trabajar con bancos o, incluso, comprar y vender en la Bolsa. Todo ello desde casa, la oficina o desde cualquier parte, con tan sólo especificar el número personal de VISA, Master Card, o similares<sup>3</sup>.

En efecto, el papel atribuido al Estado dentro del mercado global es el mismo que el que tenían los municipios en el viejo modelo político de las naciones: la provisión de infraestructuras y la dotación de servicios básicos. La nueva economía globalizada requiere que los Estados dejen de regular el funcionamiento del mercado y de entrometerse en la competencia. Requiere que no exista una política económica para que las corporaciones y las grandes compañías puedan

---

<sup>3</sup> Existe en la actualidad toda una retórica de la Sociedad de la Información alimentada por los gobiernos de la Unión Europea, entre los que especialmente destaca por su insistencia el español. Lo curioso del caso es que, cuando se ahonda un poco más en los planes, se observa que la planificación, decisión y financiación es toda europea a través del V Programa Marco. A la vista de las convocatorias oficiales, *webs* de los organismos oficiales no parece que el gobierno español aporte directamente algo.

colocar sus productos en el mercado global, puedan llegar a los consumidores del mundo sin cortapisas y en la forma más barata.

Pero, éstos no son los únicos cambios sustanciales de las funciones y poderes estatales. Ciertamente que ese papel de sutura entre los niveles de distribución del poder y de provisión de servicios básicos y de infraestructuras le confiere una cierta relevancia. Pero, además, como se señala, los Estados siguen teniendo otros focos de atención que justifican su existencia y ponen en cuestión la tesis del «fin del Estado». Por ejemplo, en la esfera internacional tendrá todavía un papel importante que cumplir. Ya no será el único actor en la escena internacional, pues tendrá que compartir el escenario con otros participantes —los organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y corporaciones multinacionales—, pero, a pesar de todo, su capacidad de actuación no disminuirá. Es más, seguirá teniendo una importante función en la dirección de procesos económicos y políticos, nacionales e internacionales. Serán grupos de Estados organizados los que impulsen y lleven la batuta en la dirección de esos procesos intentando orientar y dirigir el gobierno económico global. Incluso, otro tanto en la creación de nuevos organismos supranacionales cuando sean necesarios. A pesar de lo que defiendan los teóricos de la globalización, los flujos de la nueva economía mundial, a la vista de la última crisis que ha asolado las economías orientales y de su repercusión en otras zonas del planeta, precisarán una reordenación y una regulación y esto difícilmente lo pueden hacer las corporaciones multinacionales. Serán los Estados los que lleven finalmente la iniciativa y, como sucedió ya antes en el nivel nacional, será necesario también establecer algunas reglas básicas.

Además, la presencia del Estado seguirá estando justificada en otras dos esferas, sin duda, importantes (Hirst y Thompson 1999: 257). En primer lugar, seguirá siendo un importante instrumento de provisión de legitimidad, en este caso, del nuevo orden global. Como es sabido, el Estado ha buscado históricamente su legitimidad en el sometimiento de su poder al *rule of law*, en el establecimiento de un sistema democrático para la toma de decisiones y en la protección y realización de los derechos y libertades individuales. Algo parecido va a suceder en el plano transnacional. El sistema global estará convenientemente legitimado si el conjunto de Estados que participan en la escena transnacional buscan y promueven un orden sometido a reglas, una dirección democrática y el respeto universal a los derechos humanos. De no ser así, los riesgos de explosión global, como puede vaticinarse sin temor a exagerar, son factibles. Además, los Estados seguirán siendo competentes en la regulación de la población que habita en su territorio. Seguirá definiendo las condiciones de la nacionalidad de sus habitantes y de sus derechos y deberes. Los ciudadanos seguirán necesitando del amparo estatal, pues, si bien los bienes, el dinero y las ideas pueden fluctuar y moverse rápidamente, los individuos tienen menos movilidad y requieren de documentos, visados, residencia, for-

mación y cualificación laboral que es el Estado quien la provee. Incluso, los ciudadanos podrán participar en la nueva esfera transnacional a partir de los canales estatales.

Ahora bien, esta redefinición de los poderes estatales no deja de tener sus riesgos, sus luces y sus sombras. Me referiré a tres: al uso de la identidad nacional, a la pérdida de conciencia democrática en las elites y al abuso de los medios estatales por parte de las grandes corporaciones empresariales. Un primer riesgo ya constatable reside en que, mientras se está produciendo una desnacionalización económica y política, por el contrario, se fomenta también una renacionalización cultural. En efecto, en contraposición a las tendencias más razonables en favor de la democracia y los derechos humanos, los gobiernos impulsan más bien y excitan los sentimientos nacionales que acentúan la pertenencia y estigmatizan del otro, del inmigrante, del extranjero —también el concepto de «extranjero» es objeto de redefinición; en la Unión Europea, ahora, es sinónimo de no europeo—. Como el Estado pierde sus poderes tradicionales y el ciudadano su protección en forma de provisión social y de bienestar, lo único que queda es el sentimiento de pertenencia, la propia identidad nacional, que se usa ahora para lograr legitimidad en el ejercicio del poder. Los efectos de esta política suicida ya se observan en muchas de las sociedades europeas: aparición de partidos nazis y fascistas alguno de ellos con notable éxito (Le Pen en Francia y Haider en Austria son ejemplos penosos y que deberían hacer reflexionar), actos salvajes y violentos, racismo y exclusión.

Un segundo riesgo es el descenso de sentimiento democrático en las nuevas elites surgidas al amparo de la globalización. Lasch ha llamado «la rebelión de las elites» a la actitud de quienes debieran considerarse las elites de las democracias políticas, pero que, sin embargo, se sienten más a gusto en el cosmopolitismo, en la solidaridad de la nueva casta cosmopolita, que en el contacto y vivencia de los valores sociales medios y en la dirección de las instituciones democráticas. Estas nuevas elites están formadas tanto por los directivos de las grandes corporaciones como por los profesionales «que producen y manipulan información». La formación de estas elites en el país central del mundo, en EE. UU. es, según Lasch, un mal síntoma para la democracia, pues éstas le dan la espalda. Las nuevas elites se sienten más a gusto en contacto con sus colegas de Londres, Bruselas, Singapur o Hong Kong y, por ello, buscan instaurar una nueva forma de acceso al poder. Ya no se trata, como antaño en el primer capitalismo, en invertir en propiedad, sino en información y educación. Se instaura así con el triunfo de esta nueva clase un nuevo sistema de reparto de poder «basado en la inteligencia» y en la pericia profesional. La nueva meritocracia resulta ser «una parodia de la democracia»<sup>4</sup>. Finalmente,

---

<sup>4</sup> «La meritocracia es una parodia de la democracia. Ofrece posibilidades de ascenso, en teoría al menos, a cualquiera que tenga talento para aprovecharlas... Sólo



la paradoja: «un sistema aparentemente democrático de reclutamiento de elites produce resultados nada democráticos: la segregación de las clases sociales; el desprecio por el trabajo manual; el hundimiento de las escuelas públicas; pérdida de una cultura común...» (Lasch 1996: 44).

Además, la despolitización en la que está inmersa la dirección del mercado deviene también en un aprovechamiento abusivo de los beneficios estatales por parte de los *managers*, de estas nuevas elites que dirigen las corporaciones multinacionales. Estas son las beneficiadas por la apertura de los mercados, por la globalización económica. A primera vista, parece que les va muy bien: no hay más que echar un vistazo a sus cuentas de resultados para percatarse de que son los grandes beneficiados de todo el tinglado, y que sus beneficios se hacen a costa de los demás. Primero de todo, son insolidarias pues fijan su sede social en paraísos fiscales desde donde toman sus decisiones sobre los flujos de capitales, la producción, instalación o cierre de sus centros de trabajo. Trabajan sin sujeción a un sistema fiscal claro pero sus decisiones afectan a puestos de trabajo de personas que viven a miles de kilómetros de distancia. Mientras sus intereses están a buen recaudo promueven el fin de los sistemas de protección social, provocan desempleo que debe ser soportado por cada Estado individualmente y, al mismo tiempo, reclaman que se garanticen sus derechos y libertades fundamentales. Beck ha ilustrado muy gráficamente este panorama: «Mientras que las multinacionales pueden eludir al fisco del Estado nacional, las pequeñas y medianas empresas, que son las que generan la mayor parte de los puestos de trabajo, se ven atosigadas y asfixiadas por las infinitas trabas y gravámenes de la burocracia fiscal. Es un chiste de mal gusto que, en el futuro, sean precisamente los *perdedores* de la globalización, tanto el Estado asistencial como la democracia en funciones, los que tengan que financiarlo todo mientras los *ganadores* de la globalización consiguen unos beneficios astronómicos y eluden toda responsabilidad respecto de la democracia del futuro» (Beck 1998: 22).

Pero, entonces, si esto es así, lo que hay que hacer es prevenir las disfunciones que estas transformaciones puedan ocasionar. Denunciar, en suma, las perversiones que en nombre de la «globalización» puedan introducirse en las reglas y en las instituciones sociales y políticas. Lo que hay que hacer es poner de manifiesto cómo la globalización altera los valores y los principios que dieron vida al sistema democrático. Precisamente, si algo parece inherente a la globalización es su perversión de la democracia: lo que se busca es extraer del

---

hace más probable que las elites ejerzan irresponsablemente su poder al reconocer tan pocas obligaciones respecto a sus predecesores o a las comunidades que dicen dirigir. Su falta de gratitud descalifica a las elites meritocráticas para el liderazgo; y, de todas formas, están menos interesadas en el liderazgo que en librarse de la suerte de la mayoría. Esta es la verdadera definición del éxito meritocrático» (Lasch 1996: 43).

proceso democrático de participación y toma de decisiones un importante paquete de asuntos que conciernen a la vida y al trabajo de los ciudadanos. La libertad de movimientos del capital y de las actuaciones de las multinacionales se sustraen a cualquier tipo de control democrático; ni los poderes del Estado son capaces de impedir estos flujos. Y, es más, esas decisiones no democráticas afectan también a los derechos y libertades individuales más básicos de los habitantes del planeta. Pues, a través de esas decisiones, se presiona para que el poder político de los países se articule de una u otra manera llegando, incluso, a justificar e impulsar regímenes autoritarios (véase los casos de Chile y Argentina y demás dictaduras latinoamericanas). Por otra parte, a través del recurso a la «condicionalidad» de la que se sirven los organismos financieros internacionales, la globalización busca debilitar las políticas de protección social y, por ello, supone un claro menoscabo y deterioro de las condiciones materiales de vida de muchos de los habitantes del planeta. La globalización profundiza así en la pobreza global y en el aumento de las desigualdades entre los países ricos y los países pobres.

### 3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESCENARIO DE LA GLOBALIZACIÓN

La redefinición del papel del Estado en un mundo globalizado, como escribí antes, afecta también al puesto de los derechos humanos que están siendo objeto también de profundas transformaciones tanto en el ámbito institucional como en el plano conceptual. No podía ser de otra manera puesto que, como ha sido puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, entre el proceso de emergencia y evolución del Estado moderno y la teoría y práctica de los derechos humanos se ha producido una estrecha interacción, «una mutua decantación histórica y funcional», que, en palabras de Pérez Luño, ha dado lugar en la teoría jurídico-política a una perenne tensión entre la reivindicación de reconocimiento y protección de los derechos humanos y las tendencias centrípetas inherentes a la existencia de autoridad política y al ejercicio del poder (Pérez Luño 1991: 212). El Estado de Derecho, al situar en el epicentro de las instituciones políticas, la cuestión de los derechos humanos, o fundamentales, es así la máxima expresión de esa decantación y de la interdependencia antes citada. Sólo así se entiende que «la garantía jurídico-formal y efectiva realización material de los derechos y libertades fundamentales» constituye uno de los cuatro pilares sobre los que se sustenta el edificio del Estado de Derecho (Díaz 1986: 31). Por eso mismo, la redefinición de las funciones del Estado debía incidir también en la teoría y en la realidad de los derechos humanos.

No obstante, hace tiempo que el panorama de los derechos humanos en el ámbito internacional está cambiando rápidamente, y no sólo por la influencia de la globalización. En otro lugar he comentado en extenso estos cambios (Martínez de Pisón 1997: 245 y ss.). Los más importantes son: la cosificación de los derechos humanos resultado de una excesiva confianza en su juridificación y en la protección jurisdiccional como medio de realización; los efectos de la globalización como motor de la escisión y fractura de los derechos; la creciente inflación de los derechos con la consiguiente desnaturalización; y la consecución de un panorama dual según el cual unos tienen derechos y otros no. En el futuro de los derechos aparecen así luces y sombras, nuevos retos que obligan a plantearnos su relación con el Estado de Derecho y el sistema democrático, la necesidad de fomentar una educación que impulse una cultura en derechos humanos, a insistir en una visión integral de las categorías que no margine a los derechos económicos, sociales y culturales, etc. Estos escenarios muestran, entonces, la exigencia de una reconceptualización de los derechos humanos ante la evidente distancia que existe entre estas realidades y el viejo proyecto ilustrado.

Así pues, en relación con los derechos humanos, la globalización tiene su cara y su cruz. Por un lado, la redefinición de los poderes del Estado, dada su decantación histórica y funcional con los derechos humanos, posiblemente implique una tendencia al debilitamiento de su papel de garante, de su papel central en su reconocimiento, protección y realización dejando vía abierta a que otras agencias o asociaciones tengan también un protagonismo especial. A pesar de ello, es probable que en el ámbito nacional sigan con toda seguridad teniendo una relación muy estrecha, a través de la utilización de los instrumentos jurídicos y jurisdiccionales y de la planificación de políticas activas. De hecho, los mecanismos estatales, a partir del resquicio de soberanía que aún les resta, seguirán siendo la primera instancia en el establecimiento y efectividad de los derechos humanos. Ello no obsta para que cada vez más se produzcan injerencias externas que pongan en evidencia el panorama o la violación de los derechos, máxime al surgir en la comunidad internacional una sensibilidad y una conciencia proclive a denunciar y reprobar las violaciones. Por otro lado, en la esfera transnacional, se abren nuevas y positivas vías de una mayor extensión de los derechos humanos al aparecer pujantes protagonistas, como son las organizaciones no gubernamentales, los movimientos sociales globales u otras agencias preocupadas por su realización, por un mundo más equilibrado. Por supuesto, los organismos internacionales, como la ONU y las instituciones vinculadas –FAO, UNESCO, OMS, etc.–, a pesar de sus claras disfunciones, tienen un papel de primer orden. Pero, quizás lo más positivo es que puedan constituirse órganos jurisdiccionales que velen por su protección. Lo más esperanzador es, sin duda, la creación de la Corte Penal Internacional que, aunque con las reticencias de los países más poderosos, poco a

poco se va imponiendo como una necesidad. De esta forma, del mismo modo que la redefinición del Estado ha implicado una difuminación de su soberanía política y económica, también se está produciendo, al estilo del Tribunal Europeo de Estrasburgo, una cesión del poder jurisdiccional en materia de derechos humanos. El garante y vigilante último en la protección y condena de los derechos humanos, cada vez más, va a estar en manos de institucionales transnacionales, y eso, sin duda, es un paso de suma importancia.

De hecho, por primera vez en la historia de la humanidad, se abre una puerta a una «real» universalización de los derechos humanos. Ciertamente es que, a la vista del panorama, de las imágenes y de los informes de los organismos internacionales y de ONGs, a cualquiera le asalta e invade un cierto pesimismo sobre la realidad y el futuro de los derechos, pero, con todo, ello no debe ser un obstáculo para señalar que en el horizonte aparecen algunos signos positivos. Empezando por la Corte Penal Internacional que, antes o después, acabará imponiéndose con lo que se terminará la impunidad de los delitos de genocidio e impulsará la creación de los delitos contra la humanidad. Indirectamente, puede ser un instrumento importante de expansión de la conciencia democrática, de la creencia en los derechos y libertades individuales, de la estigmatización de los abusos y arbitrariedades en el ejercicio del poder. Al mismo tiempo, crece la opinión de que es cada vez más necesaria la coordinación de los organismos internacionales, especialmente los vinculados con la ONU, pero también todos los demás. Precisamente, la falta de coordinación entre las actividades de los diferentes organismos de Naciones Unidas fue uno de los aspectos señalados en 1990 por el relator especial, D. Turk, en su informe «Estrategias para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, con atención a los grupos vulnerables y desfavorecidos»:

«Aunque las posibilidades de cooperación entre los organismos del sistema de las Naciones Unidas en lo que se refiere a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales son considerables, hasta el presente la experiencia ha sido desalentadora. Con excepción de la OIT, los tres organismos especializados principales y otros órganos de Naciones Unidas no han participado activa y constantemente en la supervisión y evaluación de los derechos económicos, sociales y culturales. Una razón importante de ello es que sólo desde hace poco tiempo las Naciones Unidas se ocupan realmente de esta categoría de derechos. Por otra parte, muchos organismos y órganos de las Naciones Unidas que reúnen y utilizan diversos indicadores para sus propios trabajos aún no han reconocido los vínculos claros existentes entre esta actividad y el interés por los derechos humanos. Otros organismos se alejan deliberadamente de las cuestiones relacionadas con los derechos humanos. Por consiguiente, en general se han dejado de lado la asistencia que esos órganos podrían prestar en el campo de los derechos económicos sociales y culturales. Sería posible aumentar considerablemente la cooperación interinstitucional en esta esfera; y sin esa cooperación es poco probable que los indicadores puedan utilizarse plenamente» (Turk 1993: 181).

En realidad, ya en las conclusiones del informe del año anterior señalaba que «la cooperación internacional constituye un elemento vital para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en un doble sentido: por un lado, ajustar las actividades de los organismos especializados que trabajan en este ámbito –OIT, FAO, UNESCO y OMS– y, por otro, calibrar las consecuencias de las actividades de las instituciones financieras internacionales (FMI, BM y BIRF) y, en particular, impulsar un cambio de sus estrategias en relación con el Sur (Turk 1993: 147).

Puede decirse que desde mediados de los años ochenta la estrategia de Naciones Unidas en torno a los derechos humanos ha ido cambiando de forma sustancial, al menos, en dos aspectos fundamentales para la «real» universalización a la que hacía referencia antes. Por un lado, porque ha abandonado la visión jerárquica y sesgada de los derechos humanos –«occidental», habría que añadir–, según la cual sólo son derechos los derechos civiles y políticos, mientras que los derechos sociales no son más que meras exigencias o reivindicaciones políticas o, en todo caso, derechos de segunda condición a las disponibilidades presupuestarias de los Estados. Por el contrario, son numerosas las declaraciones de Naciones Unidas en las que, sobre todo, en la década de los ochenta, pone de manifiesto la interdependencia, la mutua conexión entre las dos categorías de derechos. En que de nada sirve el establecimiento de un sistema de libertades sin unas mínimas condiciones materiales de vida y, al revés, que es necesario poner a disposición de los particulares los medios para controlar y participar en las decisiones estatales (Martínez de Pisón 1998). Como ejemplo de este cambio de actitud puede tomarse las declaraciones de la Proclamación de Teherán o la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.

Por otro lado, es muy positiva también su preocupación por la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de la que los informes de D. Turk son una prueba clara. En principio, se trata de estudiar los aspectos y problemas para su expansión señalando los obstáculos y planteando soluciones. Desde los primeros informes hasta la fecha parece que algo se ha avanzado, por lo menos en la identificación de los problemas y de las zonas geográficas más desfavorecidas. El último informe del PNUD es también una muestra de la especial atención que presta a esta cuestión Naciones Unidas y sus organismos. También lo fue la reunión internacional organizada en 1986 en la ciudad de Maastricht en la que un conjunto de especialistas examinaron y dictaron cuáles tienen que ser las reglas de interpretación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos son los «Principios de Limburgo», entre cuyas conclusiones más interesantes se especifica que los Estados tienen obligaciones específicas, deben lograr progresivamente su realización y «son responsables ante la comunidad internacional y sus pueblos por el cumplimiento de

las obligaciones que se derivan del Pacto». Toda una línea, por tanto, a seguir en la extensión y universalización de los derechos.

Estas actuaciones, con independencia de que sean eficaces en más o menos tiempo, muestran que hay razones suficientes para cambiar el etéreo discurso sobre la universalidad de los derechos humanos, de que puede reducirse la distancia entre lo que Bobbio señalaba la retórica de las declaraciones y la miseria de los incumplimientos. De que la universalidad ha dejado de ser una universalidad lógica o, como afirmara J. de Lucas, un «mero predicado» que permite atribuir los derechos universales a sus titulares haciendo caso omiso de sus circunstancias (J. de Lucas 1991: 261). Por el contrario, se entra en el terreno de la factible realización asignando a «todos» los hombres la titularidad de los «mismos» derechos, primero de todo, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Sólo así los derechos humanos podrán continuar cumpliendo su papel de renovación y transformación de la realidad, de indagación de un mundo más justo y equilibrado.

Ahora bien, que existan estos y otros signos positivos no quiere decir que no sean también evidentes los obstáculos derivados de las nuevas condiciones mundiales. Y es que —obvio es lo obvio— para muchos millones de ciudadanos del mundo la plena realización de los derechos humanos es un objetivo distante y utópico. Un sueño irrealizable. Son numerosos los obstáculos y barreras que, en efecto, hacen de la realización de los derechos una utopía. Desde el juego de los poderes internacionales e intereses globales hasta la apatía o cinismo, como quiera llamarse, con el que una indeterminada comunidad internacional afronta esta cuestión. Entre esos obstáculos, la carga de la deuda externa y los programas de ajuste estructural —o, lo que es lo mismo, la estrategia de los organismos financieros internacionales— parecen un baldón difícil de soportar por países que buscan en el desarrollo una salida para su difícil solución. No creo que sea exagerado afirmar que los programas de ajuste estructural tienen un efecto perjudicial y regresivo en la realización de los derechos humanos y en las acciones de los gobiernos de esos países. Tanto por lo que supone de pérdida de soberanía como de cesión del control interno en los procesos económicos internos y de los recursos económicos nacionales, vitales para su desarrollo. La política de la «condicionalidad» seguida por el FMI y el BM, al unísono, no puede sino producir efectos devastadores en los intentos locales por reconocer y materializar los derechos. La política de apertura de fronteras económicas y de control externo de los recursos económicos y las materias primas no puede conducir por buen camino la gestión de los derechos humanos, como el relator especial D. Turk pone de manifiesto (Turk 1993: 29-30)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Entre otras afirmaciones, destacan las siguientes: «La relación entre las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos y las condiciones asociadas

Pero, el problema ya no sólo estriba en la aparición de estos obstáculos en la realización de los derechos humanos, sino, sobre todo, en que sus efectos son drásticos al afectar especialmente a los sectores de población más vulnerable. En efecto, como consecuencia de los duros programas de ajuste que hipotecan los recursos y las posibilidades presupuestarias de los países del Sur, los gobiernos dismantelan las incipientes políticas públicas de seguridad social, las prestaciones y demás medidas dirigidas a paliar las situaciones de debilidad de sus ciudadanos, es decir, todo el sistema montado y que, en principio, tiende siempre favorecer a los grupos más vulnerables. Aún más, las medidas impuestas empeoran la situación general de los ciudadanos, pues los salarios no aumentan, incluso, en algunos casos, descienden, y disminuyen sus posibilidades de acceso a la sanidad y a la educación, claves en el bienestar general y en el establecimiento de vías de desarrollo. Los programas de ajuste fomentan, finalmente, la dualización de estas sociedades: que progresivamente los grupos más vulnerables vayan alimentando los sectores más pobres de la sociedad, sin recursos y sin asistencia pública. En esta situación, parece un ejemplo de cinismo toda afirmación que proclame que estos sectores gozan de derechos; en esta situación, resulta cínico hablar de la universalidad de derechos.

Y es que, como afirma el PNUD en su *Informe sobre el desarrollo humano 1999*, «la pobreza se halla en todas partes. Medida por el índice de pobreza humana (IPH-1), más de una cuarta parte de los 4.500 millones de personas que viven en los países en desarrollo todavía no cuentan con algunas de las opciones más básicas de la vida: la supervivencia después de los 40 años, el acceso a los conocimientos y servicios privados y públicos» (PNUD 1999: 28). La descripción de la situación de la inmensa mayoría de los ciudadanos del mundo realizada por este organismo de Naciones Unidas pone los pelos de punta: 1.300 millones de personas no tienen acceso a agua limpia; uno de cada siete niños no va a la escuela; 840 millones de personas están desnutridas; en un mundo superpoblado, 1.300 millo-

---

a los préstamos para fines de ajuste estructural es otra cuestión que se trató someramente en el segundo informe del relator especial sobre la marcha de los trabajos. Las condiciones generalmente establecidas por el FMI, que todo país beneficiario debe cumplir antes de recibir financiamiento del Banco Mundial o antes de que se le considere solvente internacionalmente, se refieren a esferas de participación del Estado que pueden influir de manera decididamente negativa, tanto directa como indirectamente, en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El carácter de terapia de choque de algunas de estas condicionalidades y sus repercusiones a corto y largo plazo sobre los grupos menos protegidos han conducido a algunos a defender soluciones distintas de esta práctica, algunas de las cuales entrañan condiciones de ajuste esencialmente más favorables, y otras una fórmula de no ajuste. Como principio general, las condicionalidades jamás deberán redundar en violaciones flagrantes de los derechos económicos, sociales y culturales, ni deberán amenazar la satisfacción de las necesidades de subsistencia básicas» (Turk 1993: 32).

nes de personas viven con un ingreso diario inferior a un dólar<sup>6</sup>. Panorama que no es exclusivo del Sur: «También en los países industrializados la pobreza humana y la exclusión están ocultas en las estadísticas del éxito, y revelan enormes disparidades dentro de los países», hasta el punto de que «uno de cada ocho habitantes de los países más ricos del mundo está afectado por algún aspecto de la pobreza humana». Es, en suma, en este contexto, en el que cobra sentido la tesis de que, actualmente, se corre un severo riesgo de dualización en el panorama de los derechos humanos. Como tengo escrito en otro lugar, «por supuesto, los analistas ya se habían percatado de las enormes diferencias entre el Norte y el Sur, entre centro y periferia, pero lo que a mí me interesa resaltar son las consecuencias para los derechos y éstas son evidentes: un “mundo dual”. Un mundo de quienes tienen derechos –unos u otros, pero derechos al fin y al cabo– y otro de quienes carecen de ellos. En efecto, un mundo rico, en el que los ciudadanos gozan de bienestar y de derechos y un mundo pobre que carece de ambos. En esta tesitura, no debe extrañar que los que viven en el segundo quieran entrar en el primero, gozar de un mismo bienestar y de unas mínimas oportunidades, como está mostrando el aumento de inmigración ilegal. A todo esto, hay que añadir otro hecho: que, dentro de las sociedades occidentales más desarrolladas, se adivina también una división entre los ciudadanos que tienen derechos y quienes no tienen. Posiblemente a estas situaciones pudiera añadirse alguna más, pero, pese a todo, me parece que el futuro próximo de los derechos depende de la respuesta que seamos capaces de articular entre todos» (Martínez de Pisón 1997: 253).

Paliar estas situaciones de subdesarrollo, satisfacer las necesidades básicas de esos 1.300 millones de ciudadanos del mundo –lo que es decir que realmente creemos en los derechos económicos, sociales y culturales– es crucial para la teoría y práctica de los derechos humanos. Por supuesto, siendo conscientes de que el origen de estas situaciones responde a un sistema económico global injusto cuyas consecuencias han sido, además, amplificadas con las políticas neoliberales, los programas de ajuste y la globalización que ha acentuado las diferencias Norte-Sur y ha acelerado los procesos de exclusión y de dualización mundial. Además de este reto para los derechos humanos, sin duda, hay que contar con otras situaciones de riesgo y de minusvaloración como son también las que tienen que ver con la discriminación por el género, con el desastre medioambiental o con el respeto en sentido más estricto de los derechos culturales, de las cuestiones de identidad y las diferencias culturales, en suma. Son terrenos

---

<sup>6</sup> Como concluye el mismo informe respecto a la integración de las economías nacionales en una supranacional, «en suma, el quinto de la población mundial de los países más ricos disfruta del 82 por 100 de la ampliación del comercio de exportación y el 68 por 100 de la inversión extranjera directa, en tanto que el quinto inferior cuenta con apenas algo más del 1 por 100» (PNUD 1999: 31).



en los que los derechos humanos se la juegan y en los que la globalización no parece siempre cumplir un papel positivo.

#### 4. CODA FINAL: LOS DERECHOS HUMANOS, ESA VÍA A UNA CRÍTICA GLOBAL

La globalización ni ha sido ni es un proceso monocorde. Durante la década de los ochenta, fueron los gobiernos neoliberales los que, con una reforma radical del Estado social y su creencia ciega en el mercado y en la liberalización económica, aceleraron el proceso de interconexión convirtiendo el planeta en una aldea global. Durante los noventa, la globalización señoreó por el escenario mundial y dictó su ley sin regla alguna a la que someterse. Sus efectos devastadores, como ya sucediera en el primer capitalismo, han puesto de manifiesto sus tensiones internas, su tendencia a la desigualdad y su naturaleza injusta. El inicio del siglo XXI ve cómo se alzan voces pidiendo el fin de la anarquía global, de esta sociedad global sin Estado mundial, como afirma Beck, plasmación del libertarismo anarquista aplaudido y ensalzado por la ideología neoliberal. Parece llegado el tiempo de una repolitización, de someter a un control democrático los vaivenes de este proceso, de buscar nuevas reglas que canalicen la vida en la aldea global en el nuevo contexto de universalización y que eviten sus efectos perversos y perjudiciales, como los especialistas, sociólogos y politicólogos están exigiendo insistentemente —el mismo Beck, pero también quienes defienden el cosmopolitismo, la democracia cosmopolita (D. Held), la justicia global, y otro tipo de manifestaciones similares.

Entre quienes se suman a esta reivindicación hay que contar también al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), al que se supone buen conocedor de los efectos de la mundialización, tanto de los beneficios económicos y sociales que aporta a las sociedades el libre comercio y la libre transmisión de ideas y de información como del daño que produce en los más débiles a quienes margina. Por eso, nada más ilustrativo que, quizás, la conclusión más importante de su *Informe sobre Desarrollo Humano 1999*: la necesidad de *reinventar la estructura de gobierno mundial en pro de la humanidad y de la equidad*, a la que dedica su capítulo 5. Más aún: «La reinención de la estructura de gobierno mundial no es una opción, es un imperativo para el siglo XXI» (PNUD 1999: 97). Los fallos del sistema del gobierno mundial son tantos y su costo es tan elevado que su reforma no debe ser objeto de discusión, sino que es un imperativo cuyo objetivo es construir un mundo mejor y más justo, más equilibrado y equitativo, en el que los derechos humanos ocupen un puesto central.

No se trata de hacer demagogia, sino de sentar las bases de la sociedad y de la comunidad internacional del siglo XXI. No parece que las recomendaciones del PNUD sean como para tomarlas a pipa. Como ya sucediera al final del decenio de los cuarenta, con la creación de Naciones Unidas y las instituciones de Bretton Woods, urge una revisión de las reglas y condiciones de la estructura del gobierno mundial. «Nuevamente se requiere una reconsideración fundamental de la política y la estructura de gobierno. Debe ser amplia y equitativa, y debe restablecer un criterio integrado que abarque tanto a las cuestiones sociales como las económicas. Son prioridades clave: 1.–Poner las preocupaciones humanas y los derechos humanos en el centro de la política; 2.–Proteger la seguridad humana y reducir la vulnerabilidad a escala mundial; 3.–Reducir los extremos de desigualdad entre los países y dentro de ellos; 4.–Aumentar la equidad en la negociación y las instituciones de la estructura de gobierno internacional; 5.–establecer la arquitectura mundial para el siglo XXI. En suma, la reforma impulsada por la preocupación por la gente, y no por el capital» (PNUD 1999: 98).

Los derechos humanos se encuentran en el epicentro de esta reivindicación y, por tanto, de cualquier opción de futuro. Y con razón. Desde sus inicios, la teoría de los derechos ha tenido una potente fuerza transformadora de la realidad social y política (Martínez de Pisón 1997: 42 y ss.; 245 y ss.). Los derechos han sido objeto de una constante lucha y conquista y han sido, en la mutua decantación histórica y funcional ya mencionada, el fundamento y motor de la evolución de la sociedad y el Estado en los últimos dos siglos. No parece, a pesar de las profundas transformaciones sociales y económicas de las últimas décadas y de las mutaciones de los actores en la escena internacional, que las cosas vayan a cambiar radicalmente. Aunque, para ello, haya que modificar alguna de las categorías aceptadas comúnmente por el discurso político –como, por ejemplo, el fetichismo de una soberanía inalienable e intocable o un concepto de Estado-nación demasiado fija e intangible–.

Como afirma L. Ferrajoli, un compromiso con estas situaciones y estos ideales «se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos si no tomamos finalmente “en serio” –según la feliz fórmula de Dworkin– la *Declaración universal de derechos* de la ONU de 1948 y los Pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la “fortaleza Europa”; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos no se haga verdad a sí misma» (Ferrajoli 1999, 31). Este es, sin lugar a duda, el reto del futuro. Lo que obliga a reconocer la necesidad de

encauzar el proceso globalizador, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos humanos –incluidos, los derechos económicos, sociales y culturales, todas aquéllas que se niegan a cuatro quintas partes de la humanidad–. Además, es necesario también el establecimiento de las garantías imprescindibles para la protección y realización de los derechos humanos empezando por la creación de una jurisdicción penal internacional.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV., 1996, *El nuevo orden global. Dimensiones y perspectivas*, Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Banco Mundial, 2000, *En el umbral del siglo XXI. Informe sobre el desarrollo mundial 1999-2000*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa.
- BECK, U., 1998, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de B. Moreno y M.<sup>a</sup> R. Borrás, Barcelona, Paidós.
- BOBBIO, N., 1996, *El futuro de la democracia*, 2.<sup>a</sup> edic., trad. de J. Fernández Santillana, México, FCE.
- CASTELLS, M., 1998, *La era de la información*, 2 vols., versión cast. de C. Martínez Gimeno, Madrid, Alianza Editorial.
- DÍAZ, E., 1986, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 5.<sup>a</sup> reimp. de la 8.<sup>a</sup> edic., Madrid, Taurus.
- FERRAJOLI, L., 1999, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prolog. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta.
- HELD, D., 1997, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. de S. Mazzuca, Barcelona, Paidós.
- 2000, «¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 99 (enero-febrero 2000), pp. 4-11.
- HIRST, P., y THOMSON, G., 1999, *Globalization in Question*, Cambridge, Polity Press.
- LASCH, C., 1996, *La rebelión de las elites*, trad. de Fco. J. Ruiz Calderón, Barcelona Paidós.
- LINKLATER, A., 1998, *The Transformation of Political Community*, Cambridge, Polity Press.
- LUCAS, J. de, 1994, «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos (A propósito de la crítica al relativismo ético y cultural)», *Derechos y Libertades*, 3, pp. 259-312.
- MACCORMICK, N., 1999, *Questioning sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford, University Press.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., 1997, *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Zaragoza, Egido Editorial.
- 1998, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Madrid, Tecnos/Universidad de La Rioja.
- OFFE, C., 1990, *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, edic. de J. Keane, trad. de A. Escotado, Madrid, Alianza Editorial.
- PÉREZ LUÑO, A. E., 1991, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos.

- PETRAS, J., 1993, «Paradoxes in a world in transition», en *Paradojas de un mundo en transición*, coordinación, compilación y edición Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, México, Secretaría de Relaciones Exteriores.
- PETRAS, J., y POLYCHRONIOU, Ch., «El mito de la globalización», en *Ajoblanco*, 105, marzo 1998, pp. 22-29.
- PNUD, 1999, *Informe sobre Desarrollo Humano 1999*, Madrid, Mundi-Prensa.
- RAMONET, I., 1997, *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Madrid, Debate.
- TURK, D., 1993, *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos*, Santafé de Bogotá, Comisión Andina de Juristas.

# Globalización, derecho y Ciencias Sociales: Hacia una nueva teoría del conocimiento

Por JUAN JESÚS MORA MOLINA  
Universidad «Pablo de Olavide» de Sevilla

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde finales de la década de los sesenta se ha acelerado a escala planetaria un proceso de profundo e intenso cambio. Los logros obtenidos desde los avances de la Nuevas Tecnologías de la Información han propiciado una transformación hasta ahora ausente no sólo en las relaciones humanas más básicas, sino también en las correspondientes a los Estados, a sus formas políticas y a sus organizaciones internacionales. Dicha particularidad no debe resultarnos en absoluto sorprendente, puesto que cada época de la Historia ha estado caracterizada por la presencia de unos rasgos pertinentes, los cuales han servido para pergeñar modelos de actuación y para delinear sistemas de referencia para los mismos.

La aceleración que nuestra coordenada civilizacional está padeciendo en relación a la emergencia de tales signos específicos, por su contingencia e inestabilidad, conlleva ciertamente cuestionamientos desestabilizadores tanto para los esquemas teóricos como prácticos de cuño tradicional. Parece muy difícil obviar que nos hallamos inmersos en una Gran Transformación –análoga pero disímil a otras ya acaecidas en el devenir histórico mundial, como acaeció durante la *belle époque*– a partir de la crisis del petróleo de 1973/74 y la caída del muro de Berlín en 1989. La seguridad de nuestros modos de vida pla-

centros se ve amenazada por implicaciones que tienden a metamorfosear las condiciones del mercado de trabajo, las instituciones sociales fundamentales, las ideas, los hábitos de comportamiento, formas de sociabilidad,... y, por tanto, el derecho; en suma, nuestro abanico inveterado de ilusiones y esperanzas. Es decir, una implosión de ignotas variantes comienzan a entrar en el escenario de nuestras vidas, reorganizándolas sin ser conscientes de ello prácticamente, pues formamos parte inseparable de dicho proceso. Asimismo, los sistemas sociales conforman la condición donde operar ese abierto *programa de ingeniería social*, cuya denominación –en un primer momento– es susceptible de catalogarse bajo el apelativo de «globalización». En efecto, la amplitud de miras de ésta se contempla como auténticamente *planetaria*, aunque con unos efectos desconcertantes según las sociedades y regiones.

Las ciencias sociales, por su parte, tienen que hacer frente a la configuración de esta nueva realidad, para cuya tarea no poseen aún herramientas adecuadas. Parafraseando a N. Luhmann, estamos obligados a llevar a cabo una «Ilustración de la Ilustración». Las vetustas categorías socio-político-económicas no resultan útiles para interpretar el desafío planteado por la «realidad global». Por ello, las ciencias jurídicas no representan excepción alguna a este planteamiento. Ahora bien, la redefinición del rol del derecho habrá de provenir a resultas de consecuencia directa de una «revolución epistemológica» que acompañe al conjunto de la sociología, la ciencia política y la economía. Y el porqué de este itinerario se ha de cimentar en la misma naturaleza (básicamente, a *posteriori*) del propio derecho.

## 2. OTRA REALIDAD, OTROS CONCEPTOS Y CATEGORÍAS

Hemos de partir de la consideración de que conceptos tales como los de «frontera», «nación», «Estado», «territorio», «soberanía», «clase social», «trabajo», «mercado», «autonomía», «espacio», «tiempo», «gobierno» –entre otros muchos– denotan una etapa histórica constreñida en el centro neurálgico del Estado-Nación. Es plenamente cierto que mientras éste no ha precisado de reformas sustantivas, su análisis e interpretación no ha revelado anomalías. Sin embargo, al cambiar las conexiones y nexos que estructuraban una pretendida «posibilidad de realidad», esto es, al ejecutarse una alteración en el modo de acumulación capitalista –sobre todo, tras la caída del Telón de Acero–, la pretérita concepción del Estado-Nación sufre el impacto de una vorágine inesperada, arrolladora. Las denominaciones de «aldea global», «fin de la historia», «mundo virtual», «destrucción de la geografía», «muerte de las ideologías», «mundo sin fronteras», «gobierno global», «sociedad civil global», ... inician su

función-fuente para un nuevo imaginario en pos de conceptos abiertos vinculables gracias a categorías de inédito origen.

Pero, ¿qué significan todas esas expresiones alegóricas y vagas? En cierta manera, apuntan hacia un nuevo método y paradigma para las ciencias sociales: *la globalización como pilar y germen de hermenéutica para las relaciones sociales, políticas y económicas*. La durabilidad teórica que ofrecía el proscenio del Estado-Nación se desvanece y es sustituida por la recreación, la disolución, la transitoriedad. En verdad, lo que permanece de la vieja visión es arrojado al crisol de la transformación. Ideas, representaciones, símbolos, ..., modifican su sentido. Espacio y tiempo dibujan inexploradas nexualizaciones en neo-conceptos como «*local*», «*regional*», «*mundial*», «*planetario*», «*internacional*», «*transnacional*», «*multinacional*», «*glocal*», «*global*».

No cabe el menor atisbo de duda de que no nos enfrentamos a una transformación continuista del pasado. Quizás presenciemos una «*quiebra histórica*» representada por un período en el que las fórmulas del mercado adquieren el papel estructuralizador de la sociedad. ¿Cómo se está manifestando dicho proceso? En esta tardomodernidad, podemos observar –desde mi punto de vista– el siguiente cuadro de interrelación:

	SOCIOLOGÍA	POLÍTICA	ECONOMÍA
MODELO SOCIAL	TRANSCULTURALIDAD GLOBALISMO LABORAL		SOCIEDAD CIVIL GLOBAL
MODELO POLÍTICO	SUPRANACIONALIZACIÓN	TRANSNACIONALIZACIÓN	GLOBALISMO DE LA MERCADURÍA
MODELO ECONÓMICO	SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO	SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	GLOBALISMO FINANCIERO

Esto es tanto como afirmar que la Sociología, las ciencias Políticas y la Economía deben considerar nuevos patrones sociales, políticos y económicos que exceden al Estado-Nación. Así, la Sociología no puede dejar atrás la afinidad que media entre una sociedad transcultural, un gobierno transnacional y la estructuración de una sociedad de la información; las ciencias Políticas, por su parte, alumbran el nacimiento de una sociedad civil global, incardinada con un gobierno supranacional (en sus distintas modalidades), el cual determina una sociedad del conocimiento; y la Economía –si interpretamos el «*glo-*

*balismo*» en virtud de síntesis reduccionista de la «globalización»—no podrá desprenderse de los efectos de la nueva configuración social y política: las fronteras no serán obstáculos ni para la movilidad laboral, ni para la colocación de mercancías en mercados locales o en los propios domicilios de los particulares a través de Internet, ni para el desplazamiento del capital financiero.

Pues bien, la globalización se ha de presentar como el conjunto de todos esos factores, los cuales se modifican unos a otros: los cambios políticos devienen muy sensibles a las contingencias económicas, cuyos efectos se hacen patentes en la estructuración social; etcétera. No es de extrañar, entonces, que una de las demandas más perentorias de este nuevo orden se refiera a un ordenamiento jurídico global, el cual dote de seguridad y protección a los bienes originados por cada una de estas tres parcelas, sintetizados por la máxima «*comunicación planetaria, permanente, inmediata e intemporal*». La incidencia en las distintas zonas del mundo se corresponderá con la capacidad de las mismas para la percepción y materialización de todo este grupo de factores. En realidad, ese ordenamiento jurídico global nacerá de una expresión siempre inacabada: la *deslocalización*, o sea, la pérdida total de sentido de lo local como categoría aglutinante a favor de la *relocalización*.

En definitiva, la nueva configuración espacio-temporal provoca aludes de posibilidades ocultas hasta este instante: ni los territorios, ni los Estados, ni las naciones se encontrarán exentos de asumir responsabilidades. Las condiciones socio-político-económicas globales abren la senda para actuaciones concretas bajo la égida de la máxima anterior. Pongamos por casos que, gracias a las exigencias inherentes a la transculturalidad (denominada por algunos «glocalidad» o «trans-localidad»), los derechos humanos podrán obtener cobertura universal (v.gr., caso Pinochet o Tribunal Penal Internacional); que mediante la transnacionalización, se podrá intervenir a nivel local aunando fuerzas dispersas de índole ya gubernamental ya no-gubernamental (v.gr, Balcanes, Ruanda, Guerra del Golfo); y, producto del mercado financiero global, será posible mover rápidamente capitales en ayuda de mercados locales (v.gr., México, Nueva Zelanda, Hong-Kong). De todos modos, no debemos ser incautos como para dejarnos seducir por símiles cantos de sirena, puesto que —como atenderemos más adelante— el lado oculto de esta Gran Transformación no se describe tan benignamente.

El Derecho —concebido como un plus ultra del Estado-Nación— se encontrará impelido a conformarse en aras de esas fuentes materiales, garantizando y tutelando ese orden global: a saber, *el Derecho como herramienta de y para el cambio*. Mas no hemos de caer en la cómoda y torpe tentación neoliberal de decretar la desaparición del Estado-Nación y de sus instituciones, ya que sin Estados-Naciones poderosos el gobierno de lo local no se torna viable y, por lo tanto, la utopía de lo global se difumina.



Llegados a este punto, si concedemos ante la imperiosa necesidad de reformular nuestros conceptos y categorías relativos al Estado-Nación como provincia aislada del mundo, entonces dicha reestructuración afectará también a los relacionados con las fuerzas internas que habitan en los distintos Estados-Naciones: «opinión pública», «partidos políticos», «movimientos sindicales y sociales», «ciudadanía», «representación», «legitimidad democrática»... Todos ellos se verán completamente afectados por la reconceptualización y la recategorización de los elementos teóricos precedentes.

¿Qué líneas de transformación les alcanzan? Una de las pseudoafirmaciones en torno a la globalización se cifra en el pretendido espíritu que le anima: homogeneidad y unidad universal. Los acontecimientos, en cambio, que se siguen desarrollando en el Estado-Nación desmienten dicha presunción; antes bien, alumbran el acontecer de movimientos pendulares: relativismo/universalismo; integración/fragmentación; identidad/diversidad; nacionalismo/cosmopolitismo; aculturación/interculturalidad; mercado capitalista libre/neosocialismo; ... Consecuentemente, tales procesos remodelan y crean conceptos y categorías alrededor de sí mismos en armonía con los principios que presiden la innovación epistemológica de las ciencias sociales para un mundo global. O sea, las más arriba mencionadas «sociedad de la información y del conocimiento», la «glocalidad», etcétera –amén de sus resistencias– sirven a modo de columna vertebral a fin de dar coherencia plena a las piezas de esta nueva cosmovisión paradigmática. De hecho, el sofisma que encierra la «homogeneidad» y la «unidad» deriva en el nudo gorgiano de que si ambas se consiguiesen, la propia globalización dejaría de ser. Sin diferencias –incluso abismales– lo global (al menos en cuanto a los mercados financieros) se sumergiría en lo inconcebible.

A pesar de las reticencias que se alzan frente al vasto cataclismo que afecta a nuestro mundo, podemos comprobar empíricamente que la implantación de la revolución epistemológica y metodológica crece más allá de la urgencia científica de la misma. Las formas de representar, pensar e imaginar el mundo se centran en fenómenos incardinados desde no más de treinta años, que han venido hundiendo en el desconcierto a las «narrativas» de la ortodoxia oficial pre-postmoderna. Es cierto que se podrá argüir en nuestra contra que el imperalismo y el colonialismo no son sino precedentes de tales evidencias históricas. Pero una cosa es la occidentalización del mundo (más bien, regionalizaciones particularistas de Estados-Naciones expandidos) y otra muy distinta la planetización de occidente por medio de las Nuevas Tecnologías de la Información. La disposición de este nuevo patrón en las relaciones humanas ha sido adelantada por autores procedentes de variopintos campos del conocimiento, cuyo precedente más inmediato podemos ubicarlo en el primer capítulo de «La Condición Posmoderna» de F. Lyotard. Desde esa visión proyectista aparecerá una legión de pensadores (filósofos, historiadores, economistas,

políticos, sociólogos y también juristas –desde la órbita de las relaciones internacionales y del derecho internacional–) atravesados muchos de ellos –en cierta medida– por la omnipresente presencia de A. Giddens mediante sus ideas esbozadas antes y después de «Las Consecuencias de la Modernidad»: J. Urry, S. Lash, I. Wallerstein, J. Rosenau, R. Gilpin, D. Held, K. Robins, A. Appadurai, N. Elias, S. Huntington, Z. Bauman, F. Jameson, F. Braudel, U. Beck, O. Ianni, M. Berman, I. Sartori, I. Ramonet, G. Steiner, B. De Sousa, S. Amin, R. Robertson, J. Gray ...

Frente a esta pléyade inconclusa, hemos de inferir el hecho de que las posturas referentes al fenómeno de la globalización distan de ser unívocas; más bien sucede todo lo contrario: historicistas, sistemáticos, neomarxistas, funcionalistas, neoweberianos, ... La razón más palmaria para esta cohabitación metodológica no es otra que la falta de acuerdo ya no sólo sobre el origen mismo de la propia globalización y de su desarrollo interno, sino también sobre la bonanza o apocalipsis de sus consecuencias. Dado el grado de incertidumbre en el que nos vemos obligados a transitar, únicamente cabe la opción de edificar no teorías de largo alcance omnicomprendivas y holísticas de esa realidad social-política-económica; antes bien, *nos inclinamos a que favorecerá la comprensión reflexiva a través del análisis científico* –no importa el enfoque que se escoja, pues imperará la autoeliminación por deficiencia explicativa– *la delineación de planteamientos teóricos de alcance medio, encaminados hacia parcelas restringidas de las distintas revelaciones del comienzo de la era global.*

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LA NUEVA REALIDAD

La alteración de la bina lógico-conceptual más estable –nos estamos refiriendo al «espacio-tiempo»–, de manera que el espacio ha sido disociado del tiempo (al multiplicarse los espacios para el tiempo y los tiempos para el espacio) ha coadyuvado a originar un nuevo todo representado por la *razón negativa y dialéctica*: es decir, un desconocido panorama histórico, social y geopolítico-económico surge identificado con los atributos de a) *complejidad*, b) *simultaneidad*, c) *contradicción* y d) *absorción*.

Ciertamente, dichos atributos han de contemplarse a modo de categorías bajo las que relacionar los conceptos redefinidos junto a aquellos otros de reciente creación. Por ejemplo, dos casos paradigmáticos pueden ser vislumbrados en los conceptos «ciudadanía» y «soberanía»: por un lado, no es excluyente ser español y cosmopolita, mientras que simultáneamente se es andaluz y onubense, allende la clase social a la que pertenezca el sujeto; por otro, un Estado no deja de ser Estado por incluirse en una organización cuya virtualidad radique en la supranacionalidad, simplemente se ve sometido a una transforma-

ción de convergencia paradójica entre lo estatal y lo local como miembro de una regionalización; o bien, la particularidad de tratar *inter pares* con ONGs no desvirtúa la idiosincrasia del Estado, ya que éste reconoce que existen parcelas que escapan de su esfera de competencia o actuación. Bueno, qué decir de los conceptos aledaños que acompañan al de Estado-Nación. Todos ellos se ven afectados justamente por la misma dinámica: de la sociedad nacional se pasa hacia la global; el derecho nacional abre sus puertas para acoger al supranacional; las fronteras ocupan un lugar cuasi-cartográfico, ...; en suma, el ámbito de lo local (= el Estado-Nación) sigue gobernado por sus instituciones que no permanecen ilesas frente al envite irresistible de lo regional y/o global. Además, la pervivencia de lo regional y/o global en lo local dependerá exclusivamente de la fortaleza del Estado-Nación para hacer cumplir las exigencias de este nuevo concierto.

¿Qué factor podemos destacar como exponente más resaltante a fin de lograr una dilucidación lo más satisfactoria posible en cuanto a la penetración irrefrenable de lo global en lo local y viceversa? Sin lugar a dudas, las Nuevas Tecnologías de la Información están jugando un papel insustituible en la dinámica de cambio social, político y económico que determinan la globalización. *Internet supone el encumbramiento de la ciber-racionalidad*. Así, mediante la Red de Redes los mercados financieros se tornan transfronterizos, la información campa a sus anchas descontroladamente entre los usuarios de la misma, las transacciones comerciales se realizan en tiempo real entre lugares distantes y lejanos, se dan a la luz nuevas vías de relaciones humanas, el poder mediático hace sentir más su peso a la vez que grupos de protesta elevan su voz antes relegada o minimizada, se propaga el «pensamiento débil» de igual forma que se procura establecer una nueva hegemonía, ... Esto es, lo complejo, lo simultáneo, lo contradictorio y lo absorbente se manifiestan como atributos categoriales de la novísima estructura de racionalidad que Internet alberga; aparte de éstos, se ha de conjugar su presencia con la máxima envolvente señalada en el epígrafe anterior: «comunicación planetaria, permanente, inmediata e intemporal». Con lo cual, las mencionadas categorías deben incorporar los cuatro componentes de dicha máxima a modo de valores supremos y límites de la ciber-racionalidad.

¿Qué implica semejante afirmación, o sea, cómo nos afecta en nuestra cotidianeidad? La manifestación más abrumadora de la globalización se desnuda en la actualidad en el globalismo (= globalización de la economía como motor y/o única globalización factible). Y ésta no se ha producido por la revolución del proletariado como intuía Marx o por las fuerzas internas del mercado comunista como pensaba Stalin: a saber, el capitalismo ha ganado la guerra económica. ¿Cuál es el proyecto del capitalismo para expandir planetariamente sus fuerzas productivas? La respuesta puede enunciarse como que todo proceso de acumulación genera transformaciones más allá del área económica: las instituciones sociales, jurídicas y políticas son también

empujadas. Dicho de manera más llana, el capitalismo supone un concepto de civilización y de cultura, es un «sistema-mundo» (hoy día «americanizado», al tratar de imponer las multinacionales USA su tradición económica y mercantil). Mas, ahora –provisto con la Red de Redes– podría convertir al mundo en un único sistema: expandir ideas que configuren la conciencia de los individuos bajo el prisma de un «pensamiento único»; disolución del «otro» en localismos globalizados; consumo dirigido; creación de un «presente eterno», sometiendo la riada de información a la presión de «lo efímero»; ... La «sociedad de la información y del conocimiento» se contempla como el flamante «sistema-mundo» que se profetiza en concluir como «aldea-global», es decir, el conjunto de individuos, colectividades, Estados y organizaciones del planeta Tierra organizados a resultas de un «mundo-sistema». La doblez que soporta este argumento aparente reside en la eventualidad de no reconocer que la formación del capitalismo global no comporta la emergencia de un único modelo de capitalismo: la «red de bambú» china y el anarcocapitalismo en Rusia aparejan dos maneras radicalmente divergentes de originar y acumular capital. Es más, si aplicamos este disimulo teórico al fenómeno de la transnacionalización de la economía, no sería arduo concluir, de facto, en el parangón más diáfano de la inversión del «sistema-mundo». La metáfora del «mundo-reloj» comprendería la comprensión de la pretendida mecanización inherente al globalismo. Así, pues, si el capitalismo sólo obtiene su razón de ser en el beneficio y en la reproducción incesante del capital, entonces Internet –al inaugurar la financiarización de la economía– es invocada simultáneamente como nuevo sistema y medio de producción. Congruentemente, la acumulación de capital (renuente a la permanencia espacio-temporal y, por ende, a gravámenes por movimiento –v. gr., Tasa Tobin–) quedará supeditada a la ya mentada «comunicación planetaria, permanente, inmediata e intemporal».

No obstante, hemos dejado indicado el hecho de que se torna tarea tan ciclópea como estéril generar una teoría omnicomprendiva o pareja reduccionista de la globalización. A causa de esta razón –creemos de relevancia–, las diversas manifestaciones de la misma deben ser estudiadas singular, aunque multipolarmente. Cómo se actualice la dinámica globalizante y civilizatoria en la triada de los distintos sistemas sociales, políticos y económicos precisará de diseños de investigación proporcionados y adecuados a su objeto; mientras tanto, únicamente estamos en condiciones de detectar los fines a fin de descubrir los valores que *de forma pretendida* motivan tales sistemas: libertad, seguridad y beneficio, respectivamente.

En caso de que nos veamos en la obligación de conceder ante la mayor «el Estado-Nación requiere ser reformulado», entonces podremos colegir que las instituciones transnacionales (y también supranacionales) presiden y planifican todo el proceso de globalización. El corolario que podemos establecer se constriñe a los fríos datos: la

información, las fuerzas productivas de las Nuevas Tecnologías, la misma división del trabajo, la producción cultural, los circuitos de capital, hasta la misma planificación de la economía real, ... pasan por la voluntad del Fondo Monetario Internacional, de la Organización Mundial del Comercio o del G-7. De cualquier modo, parece una estimación extremista a primera vista si se confunden en el análisis «enfoques objetivos de los acontecimientos» con los «componentes ideológicos particulares» de esos agentes tan poderosos. Esas entidades transnacionales disfrutan de su poder muy heterogéneamente, ya que su pujanza para presionar sobre los distintos gobiernos tiene que ser analizada desde el vigor de las peculiares economías nacionales. Resulta claro que economías poco saneadas –como las latinoamericanas– condenan a sus Estados a una dependencia de las corporaciones transnacionales, planificando éstas las políticas nacionales, con lo cual, la autonomía gubernamental es afectada por aquéllas; mientras que el caso europeo se dibuja de diferente manera, aunque con enormes matizaciones según los países.

Sin embargo, el denominador común que podemos extraer de todas las actuaciones que se están llevando a término, a fin de favorecer el proceso globalista, redundan en un marco específico de reforma estatal: a saber, el abandono pausado pero incesante de políticas de planificación e intervención en las secuelas del mercado a favor de un mayor papel tutelar por parte de las diversas Administraciones del Estado. En congruencia, la reforma de la Administración correlaciona una rectificación de su Derecho so el espíritu de aquélla. Ahora bien, los planteamientos neoliberales fundamentalistas –y también los correspondientes a la ligeramente denominada «tercera vía», puesto que su querencia se camina a dibujarse como «neoliberalismo débil»– conceden un creciente nivel de confianza a la liberalización de las actividades comerciales, laborales y financieras. Y éstas sólo pueden sobrevenir si y únicamente si el Estado ofrece cobertura legal para las mismas. Dicho con otras palabras, las empresas sustituyen el cometido del Estado en la tarea de planificación económica, acomodando su ordenamiento jurídico a las necesidades de la desregulación.

#### 4. ESTADO, SOCIEDAD Y DERECHO

¿Se halla, pues, el Estado indefenso ante este cúmulo de adversidades? El ordenamiento jurídico estatal sirve a un modelo de Estado determinado. Si un país se encuentra asfixiado por su flaqueza económica, entonces el modelo de Estado le vendrá sugerido por las entidades transnacionales, que condicionarán su ayuda a la reforma del viejo patrón estatal. Mas, si su economía es lo suficientemente robusta para mantener su modelo bajo el menor número de alteraciones posibles, el ordenamiento jurídico y las instituciones estatales no retrocederán

de manera apremiante. De hecho, las parcelas jurídicas más sensibles a las sugerencias de los reformadores de los ordenamientos radican en materias como el *medio-ambiente (eco-dumping)*, el *mercado laboral (social-dumping)* y la *presión fiscal para actividades mercantiles y bursátiles (business-dumping)*. En definitiva, aquellos países que dependan profundamente de las pretensiones del FMI, el BM o el G-7 relajarán tales áreas del Derecho.

¿Qué cambios se suelen observar en los ordenamientos de países donde se instaura el proyecto del libre mercado, o bien, se plasma una progresiva e incesante planificación empresarial en detrimento de la actuación benefactora de control por parte las instituciones estatales para la incorporación al mundo global?

A) El nivel de protección de la naturaleza queda evadido o, en su defecto, se distensiona hasta límites críticos;

B) La flexibilización laboral (esto es, negociaciones a la baja en torno a sueldo, contratación y despido) se impondrá a las necesidades sociales bajo la argumentación del «mito de los costes»;

C) Las grandes empresas multinacionales se establecen en territorios no gravosos para sus beneficios, al igual que el capital financiero.

D) Privatizaciones de sectores públicos imprescindibles.

E) Las partidas presupuestarias destinadas a seguridad pública, cárceles y justicia se incrementan enormemente en respuesta a la intensificación de la delincuencia a causa de la marginación y la exclusión social.

F) Desaparición progresiva de las medidas de protección social.

Por otro lado, ciertamente las sociedades civiles nacionales sufren modificaciones graves cuando se endiosan las magnitudes macroeconómicas:

A) La tasa de divorcio aumenta, apareciendo nuevos tipos de «familia».

B) Baja el nivel de natalidad.

C) Se acrecentan los movimientos migratorios.

D) Aumenta el nivel de criminalidad...

La trascendencia para las ciencias jurídicas encargadas de normar instituciones sociales importantes radica en su prolongada metamorfosis, pues su objeto se desdibuja con suma plasticidad.

A) El derecho medioambiental pierde eficacia, al ponderarse otros derechos frente al mismo.

B) El derecho laboral se acomoda a las necesidades de la competitividad, rebajando o eliminando derechos de los trabajadores mediante nuevas figuras contractuales con la quimérica esperanza de elevar el nivel de ocupación.

C) El derecho fiscal se vuelve muy permisivo frente a las exigencias de disminución de los rendimientos del capital.

D) El derecho represor se expande (v. gr., Gran Bretaña bajo los gobiernos de M. Thatcher, en EE.UU. durante la era Reagan, en Nueva Zelanda o en México bajo los dictámenes de De la Madrid).

E) El derecho de familia tiene que enfrentar nuevas formas de paternidad-maternidad monoparental, nacientes modelos de convivencia...

Los caducos patrones sociológicos de estudio no escapan tampoco a dichas convulsiones. No hemos de olvidar que la sociología es la disciplina más genuinamente hija de la modernidad; supone una actividad reflexiva de autoconocimiento de la gran transformación que sacude al modo de vida europeo tras el inicio de las revoluciones industriales. En este momento histórico, el *modus vivendi* se encuentra afectado por el conjunto de modificaciones dimanados de la era global: movilidad, interdependencia, sustitución progresiva de la familia tradicional, nuevas construcciones de la figura del «sujeto», reconversión social...

*Ahora, más que nunca, se han de reivindicar los estudios socio-jurídicos, de modo que sean susceptibles de analizarse las áreas de mutua influencia entre la sociedad y el Estado (nacional, supranacional o transnacional) creador de Derecho. Antes bien, el hecho de que indefectiblemente se estén produciendo enormes cambios en las sociedades nacionales no implica, en absoluto, que el derecho constreñido a una parcela geográfica resulte impotente e ineficaz. Todo lo contrario. La pervivencia del Estado-Nación estriba en garantizar que las particularidades nacionales no constituyan obstáculo para las pretensiones globales. Lo propio y característico de normas de ámbito nacional o regional tiene que ponerse a disposición de lo global, pero sin renunciar a su sustancia. Como dijimos más arriba, se trata de un proceso siempre inconcluso de deslocalización/relocalización; esto es, buscar la ponderación entre las limitaciones locales y las exigencias globales, de forma que ninguna se arbitre como factores exclusivistas. Si así fuera, en el primer caso se tendería –como Ramón Soriano y yo denominamos en otro lugar– al *aldeanismo* y, en el segundo, hacia la *desidentificación*.*

Por consiguiente, las sociedades que no sepan captar esta dialéctica originarán una nueva fuente de *anomia de medios y de fines entre sus ciudadanos*, quedando relegadas de los beneficios que pudieran sobrevenir de la globalización, aunque sufriendo exclusivamente los avatares dantescos del globalismo.

## 5. REPENSAR LAS SINGULARIDADES DEL ESTADO

Pero, ¿qué ocurre con las, hasta ahora, competencias peculiares de la Administración del Estado Benefactor? La demanda su disminución –sin requisito de alcanzar el «Estado mínimo»– conlleva grados de minimización de la actividad legislatora y reglamentadora del derecho público en algunos sectores pero su vasta ampliación en otros, como las inversiones en infraestructuras y liberalización de suelo para la captación de empresas, concesiones, privatizaciones... La secuela más diáfana se expone en la contingencia de que el derecho privado va adornando cada vez más la vida de los sujetos auspiciando una terciarización del cuerpo social, al disponer aquéllos de mayor libertad negativa: a saber, ensanchamiento del margen de autonomía y de no injerencia estatal.

Asimismo, hemos de señalar que las prácticas del globalismo socavan las condiciones de su propia pervivencia en los Estados. *La «cultura de Davos», constreñida a la difusión de la democracia formal y del libre mercado, elimina la aplicación de los derechos fundamentales más elementales.* La Historia nos viene enseñando que el capitalismo –sin trabas– debe transgredir imprescindiblemente tales derechos –considerados vetustos y poco eficaces– para sobrevivir. La democracia más allá de su formalidad en aras del control y la seguridad supone una amenaza para el «sistema-mundo» capitalista en virtud de que la materialidad de aquélla impone frenos para el beneficio rápido y constante acumulación de capital al amparo de la égida del individualismo y la justicia retributiva.

No podemos perder de nuestro horizonte la razón de que el capital hoy se mueve transfronterizamente con una libertad de acción antes insospechada. Los Estados únicamente suponen un tablero de apuestas. Cómo modificar la realidad hasta ahora concebida es susceptible de vislumbrarse en los siguientes puntos:

A) *La soberanía y la autonomía nacional han de contemplarse desde otra perspectiva teórica.* La nueva configuración del proscenio mundial transnacionalizado (regional o globalmente) precisa de controles regulativos, de manera que los Estados no sean anulados.

B) *La construcción de una sociedad civil transnacional debe estar auspiciada por una labor de concienzación frente a fenómenos globales.* Así, los nuevos movimientos sociales no estarán del todo constreñidos a los territorios nacionales.

C) *El cosmopolitismo debe ir ocupando paulatinamente el lugar de la ciudadanía nacional.* Dicha afirmación no tiende a anular las señas identitarias de grupos o naciones, sino procurar realzar la urgencia de fusionar la pluralidad en la diversidad a fin de dar soluciones satisfactorias a las tensiones entre sociedades civiles nacionales, las cuales forman parte de ese todo mayor que es la sociedad civil global.



## 6. CONCLUSIONES

Debemos percatarnos de que, a la luz de lo expuesto,

A) El Estado, la sociedad civil, el derecho y la economía se hallan parametrados desde una trama triangular: lo mundial o planetario, lo regional y lo estrictamente nacional.

B) Tanto el derecho y las instituciones nacionales como la economía y la sociedad civil de un país han de arrostrar tal trilema, puesto que los intereses de la globalización tratan de materializarse desde arriba hacia abajo.

C) Ya que el sistema social se ha complejizado a causa de un intrincado entramado que hace opaco a los propios individuos, la era global está precisada de líneas paradigmáticas de análisis. Y, además, como la dialéctica y la negación presiden la marcha de la nueva realidad, la ausencia de certidumbre nos urge a la creación de teorías de alcance medio poco pretensiosas y con vocación de eventualidad.

D) El Derecho volverá a ser invocado como instrumento de armonización pero también de control y represión. Armonización en la esfera de lo mundial; control en el ámbito de lo regional; represión en las cuestiones más domésticas para mantener un Estado fuerte. Tales funciones, empero, mantendrán una relación puramente subsidiaria y complementaria entre sí (v. gr., no se podrá armonizar lo global sin represión ni mecanismos de control de la misma).



## Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate

Por XAVIER MONTAGUD MAYOR

Universitat de València

Los sucesos de las Conferencias de la OMC en Denver o del FMI en Praga parecen haber acabado con la apariencia neutral con que se presentó en un primer momento el fenómeno de la globalización. No hace muchos años, el concepto de «globalización» permitía explicar a los analistas y políticos hechos tales como la eliminación de puestos de trabajo en países desarrollados o la cuasibancarrotas de México en 1993, o Indonesia y Brasil en 1998. Una lectura de los «informes mundiales»<sup>1</sup> de organismos internacionales como el Banco Mundial, la FAO, la ONU, la OCDE o el FMI de aquellos años, parecía demostrar que la globalización, lejos de ser una tendencia ideológica o una estrategia del capital, era un hecho histórico y natural ante el que sólo cabrá la adaptación. Hoy no escapa ya a nadie que este proceso es mucho más complejo e influyente de lo que en sí mismo parecía cuando se inició el uso de dicho término y que no basta con un análisis sobre sus consecuencias, sino que es también preciso ofrecer un estudio en profundidad sobre la construcción del mismo y sus significados, siendo en este último espacio donde se sitúa el presente artículo.

---

<sup>1</sup> Banco Mundial: *Informe sobre el desarrollo mundial. El conocimiento al servicio del desarrollo, 1998-1999*, Washington, BM, 1999. OIT: *Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1999. Empleabilidad y mundialización*, Ginebra, OIT, 1998. OCDE: *Globalization and linkages to 2020: can poor countries and poor people prosper in the new global age*, París, Servicios editoriales de la OCDE, 1996 (existe traducción en francés y alemán). FMI: *Las perspectivas de la economía mundial. La globalización: oportunidades y desafíos*, Washington, FMI, 1997.

Pero es precisamente a la hora de intentar definir la globalización cuando nos encontramos con tantas definiciones como disciplinas hay interesadas en su estudio, las cuales definen el objeto en función de sus propios intereses. Así, en economía, la globalización señala la creciente internacionalización de la economía y el aumento de las relaciones capitalistas de mercado. Para las disciplinas cuyo objeto de estudio son las relaciones internacionales, este concepto revela sobre todo el incremento de la densidad de las relaciones interestatales y el desarrollo de políticas globales. Para el derecho y las ciencias jurídicas, la globalización significa la intensificación de reglas y normas que rigen la emergente sociedad mundial, así como la transformación de éstas.

En sociología, se define la globalización como el proceso por el que se da un aumento significativo de las relaciones sociales a nivel global y por la emergencia de la llamada «sociedad mundial». Otra visión de la globalización la ofrecen las disciplinas dedicadas al estudio de los problemas culturales, que ponen de relieve su significado en cuanto a proceso de estandarización de las pautas culturales (lo que algunos vienen en llamar cocacolonización o mcdonalización). En historia, la globalización ha transformado la disciplina en un intento por construir la «historia global».

A la vista de todas estas definiciones no cabría sino afirmar que no existe una única globalización, sino múltiples globalizaciones. Que se trataría de un proceso en el que convergen diversos factores: el cultural, el económico, el político, el social, el jurídico, etc., y del que se ocupan diferentes disciplinas.

Sin embargo, como señala Beck, la globalización es seguramente «la palabra (a la vez eslogan y consigna) peor empleada, menos definida, probablemente la menos comprendida, la más nebulosa y políticamente la más eficaz de los últimos –y sin duda también de los próximos– años»<sup>2</sup>. Definirla es pues en primer lugar intentar acotar su significado, analizar aquellas cualidades que la definen *per se*, y respecto de otros conceptos. Una de las formas en que podemos conseguir este objetivo es abrir una ventana al debate en torno al concepto mismo de globalización, sobre el que hay una intensa reflexión teórica y crítica que llega hasta hoy en día.

Como veremos, la globalización está siendo hoy estudiada desde distintos autores, diferentes disciplinas y orientaciones teóricas, que pretenden ofrecer su propia visión de la misma. Estos esfuerzos, concentrados en los últimos diez años, no deben hacernos olvidar la larga tradición de estudiosos que han dirigido su trabajo a comprender las tendencias globalizadoras en sus diversos aspectos<sup>3</sup>. Para ello nos

<sup>2</sup> BECK, U., *Qué es la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 40.

<sup>3</sup> La «teoría del cambio social» se ha dedicado siempre a la búsqueda de los elementos que históricamente han configurado nuevas etapas de la historia, con la esperanza de poder prever el futuro.

detenemos en dos grandes bloques de análisis: el primero, de mayor abstracción conceptual, se detiene en el análisis de su conformación espacio-temporal; el segundo grupo nos llama la atención sobre su dimensión real. Alejada de dicha abstracción, define el objeto en función de los elementos reales que la conforman, aunque haya diferencias ente autores y corrientes teóricas.

Iniciamos esta exposición recurriendo a una definición que parte de la idea de modernidad y que se detiene en su dimensión espacio-temporal. A tal fin, la definición de Giddens es una de las primeras referencias que encontramos sobre la globalización. Desde la «teoría de la modernidad», se define la globalización como «la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia»<sup>4</sup>. Viene pues caracterizada por tres aspectos:

- a) Una intensificación de las relaciones mundiales.
- b) Una consecuencia de la lógica de la modernidad.
- c) Un proceso dialéctico a través del tiempo y el espacio.

Esta primera formulación no tardó tiempo en verse sometida a una fuerte crítica desde el campo de la teoría cultural. Aunque la retomaremos más adelante en profundidad, en líneas generales, la «teoría cultural» viene a poner de relieve la importancia de los elementos que componen la cultura: identidad, valores, tradiciones, lenguaje, etc., para demostrar que la globalización no es, como los críticos más exacerbados de la misma sostienen, una tendencia hacia la convergencia cultural, sino una reformulación de los elementos que la componen desde una visión, básicamente, de hibridación (Pieterse) o de heterogeneidad (Robertson). Por ahora vamos a exponer los ataques que ambos autores hacen sobre la definición de Giddens, ataques que se centran en dos puntos:

a) *Criticando la concepción de globalización como consecuencia lógica de la modernidad.* En este aspecto, para Pieterse, dicha asociación no está exenta de problemas. Al conceptualizarla de este modo, la globalización se comprendería como un hecho surgido del proceso que denominamos occidentalización, lo que se contradiría con la concepción que Giddens tiene de la globalización como proceso neutral en el que las relaciones de lugares distantes unos de otros son en armonía. Para Pieterse, la globalización no es una consecuencia de la modernización, y sí en cambio una época histórica, que se iniciaría en 1960 con la posmodernidad. Modernidad de este modo sería una época contemporánea que se desarrollaría entre los años 1840-1960 con la hegemonía del Estado Nación. Globalización sería,

---

<sup>4</sup> GIDDENS, A., *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 67-68.

a lo sumo, una de las condiciones de la modernidad, pero no su secuencia lógica. Para Robertson, tampoco la globalización se constituye como una condición de la modernidad, sino de lo que él ha llamado «modernización divergente» (equivalente a lo que Giddens denomina «alta modernidad»).

Lo importante de este debate radica en que si se vincula la globalización a la modernidad se producen dos consecuencias: por un lado, se le otorga un espacio temporal concreto que no todos los autores comparten<sup>5</sup>; por otro, se caracteriza como un proceso lineal relacionado con otros, como la occidentalización (como ya hemos visto anteriormente).

b) *Criticando su concepción de globalización como un proceso sometido a la dialéctica espacio-temporal.* Giddens otorga un papel central a esta cuestión. La diferenciación y distanciamiento entre éstas caracteriza la transición del mundo tradicional al moderno. La modernidad, pues, vendrá caracterizada por lo que él denomina «desanclaje» del espacio y el tiempo. En la globalización, estas dos dimensiones tienen una relación dialéctica que incluye una relación de ausencia y presencia.

Para Robertson, la globalización es entendida por Giddens como una expresión fundamental de los aspectos espacio-tiempo. Esta relación dialéctica que parece implicar también una relación acción-reacción no capta la complejidad de lo global que él pretende explicar mediante su concepto de «glocalización». Para Robertson, la conceptualización del proceso de «intensificación de las relaciones sociales» como globalización es equivocada, pues margina lo local, y debería ser sustituido por el concepto de globalidad. Ésta sería la condición general que ha facilitado la difusión de la «modernidad general», globalidad entendida aquí como proceso de interpenetración entre lugares distintos y como proceso de homogeneización de los presupuestos de la modernidad.

Para el primero de ellos, es necesario unir a la discusión sobre la dialéctica espacio-tiempo (que en otros términos hace referencia a la espinosa cuestión de los universalismos *versus* particularismos) la discusión de la relación entre lo global y lo local, pues muchos de los que hablan de globalización tienden a asumir que éste es un proceso que anula los localismos, incluyendo los llamados «localismos de

<sup>5</sup> PIETERSE ha elaborado un cuadro sobre la cronología de la globalización para diferentes autores, que reproducimos a continuación:

Autor	Inicio	Tema
Marx.	1500	Capitalismo moderno.
Wallerstein.	1500	Sistema-mundo moderno.
Robertson.	1500/1870/1920	Multidimensionalidad.
Giddens.	1800	Modernidad.
Tomlinson.	1960	Planetarización cultural.

PIETERSE, en Featherstone/Lash (eds.) *Global Modernities*, London, SAGE, 1995, p. 47.

larga distancia»<sup>6</sup> (es decir, aquellos procesos que se desarrollan en términos muy similares en diferentes partes del mundo, por ejemplo, el proceso de tribus suburbanas, el renacimiento del nacionalismo étnico, etc.).

Por contra, y defendiendo esta característica, encontramos autores como Bauman o De Sousa Santos, para quienes no hay mejor constatación de la relación ausencia/presencia, que el hecho de que sólo la clase capitalista transnacional controla en realidad la comprensión espacio-temporal. Las clases y grupos subordinados «se están moviendo físicamente de manera intensa, pero no controlan en absoluto la comprensión espacio-temporal» como demuestran los habitantes de las «fabelas» de Río de Janeiro, que permanecen prisioneros de su espacio, pero cuya música forma parte de una cultura musical globalizada<sup>7</sup>.

La definición de Giddens tiene en cualquier caso el valor de contener en la misma los elementos más profundos y esenciales del fenómeno.

Wallerstein elabora el proyecto teórico más amplio dedicado al problema de la globalización que inicia en la década de 1970 bajo el nombre de «teoría del sistema mundial», con una atención primordial sobre la interdependencia económica. Para él, un sistema-mundo es «una unidad compuesta de una única división del trabajo y múltiples sistemas culturales que pueden estar dotados de un sistema político común, en cuyo caso se trata de un imperio-mundo, o puede no estarlo, y entonces es una economía-mundo»<sup>8</sup>.

La descripción que hace Wallerstein del sistema mundial presenta muchas contribuciones tanto en el plano teórico como en el análisis empírico y nos permite en este punto observar las analogías y diferencias con el concepto de globalización.

Como señala Giddens, es uno de los primeros sociólogos que «esquivan el clásico interés sociológico por las “sociedades” a favor de una concepción de mayor alcance sobre las relaciones mundiales»<sup>9</sup>. También hace una clara diferenciación entre la era moderna y las edades precedentes, en función del fenómeno que le preocupa, lo que él denomina «economías mundiales».

Siguiendo a Wallerstein, éste distingue tres estadios principales de la historia: el primero es el estadio de los «minisistemas», unidades

<sup>6</sup> ROBERTSON, en Featherstone/Lash (eds.), *Global Modernities*, London, SAGE, p. 29.

<sup>7</sup> DE SOUSA Santos, *La globalización del Derecho*, Bogotá, ILSA, 1996, Traducción de C. Rodríguez del original en inglés *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge, 1995. pp. 56-57. Con un ejemplo contrario pero equivalente, BAUMAN llega a la misma conclusión (citado en BECK, *op. cit.*, pp. 90-91).

<sup>8</sup> WALLERSTEIN, I.: «Análisis de los sistemas mundiales», en A. GIDDENS *et al.*, *La teoría sociológica hoy*, Madrid, Alianza Universidad, 1990, pp. 42- 63.

<sup>9</sup> GIDDENS, *op. cit.*, p. 70.

económicamente autosuficientes relativamente pequeñas, dotadas de una división interna del trabajo, completa, y de una estructura cultural singular. Éstos predominaban en la época de los cazadores-recolectores, y continúan hasta la época de las sociedades hortícolas y agrícolas.

A continuación vienen los «imperios mundiales»: grandes entidades mucho más variadas, que incorporan un número considerable de «minisistemas» anteriores. Éstos se encuentran en economías agrícolas y reciben coordinación económica por medio de gobiernos militares y políticos fuertes, despiadada administración, impuestos rígidos y conscripción. Estaban permanentemente en guerra y en conquista imperial (los ejemplos incluyen China, Egipto y Roma). La continuación de su viabilidad fue socavada por el surgimiento de un aparato burocrático y por la complejidad de las tareas administrativas en territorios tan amplios.

Por último, la época de la «economía mundial» surge alrededor del siglo XVI. En ese tiempo surge el capitalismo como sistema económico dominante. El estado es apeado como agencia reguladora y coordinadora y es reemplazado por el mercado. La única función que resta al estado es salvaguardar la estructura de la actividad económica, la libre empresa y las condiciones favorables para el comercio. Estos procesos están unidos mediante un sistema interestatal, en el que los Estados son entidades creadas o transformadas dentro del marco de este sistema-mundo.

Mientras los dos primeros estadios nunca cubrieron más que ciertas regiones en las que se concentraba el poder de estos Estados, con la llegada del capitalismo se alcanza, de acuerdo con Giddens<sup>10</sup>, «un nuevo orden auténticamente mundial, basado más en el poder económico que en el político, que se integra a través de las conexiones comerciales y de producción; no por un centro político».

Para Beck, Wallerstein «sustituye de este modo la imagen de sociedades individuales mutuamente aisladas por la contrafigura de un sistema mundial, en el que todos deben “translocalizarse”, manteniéndose en una sola división del trabajo»<sup>11</sup>. Este único sistema mundial, que privilegia los marcos referenciales para las desigualdades sociales a escala mundial, se lleva a cabo, según éste, a través del capitalismo. En su opinión, el capitalismo es, dada su propia lógica interna, necesariamente global. Siguiendo pues a Wallerstein, esta economía mundial capitalista comporta tres elementos básicos:

– Consta de un solo marco, el cual está regido por el principio de la maximización de los beneficios. Esto no significa que todas las personas sin excepción apliquen esa «ley de valor». Se trataría más bien «de que los mecanismos institucionales de las economías-mundo

---

<sup>10</sup> GIDDENS, *ibídem*, p. 71.

<sup>11</sup> BECK, *op. cit.*, p. 58.



están diseñadas para premiar y castigar materialmente según el cumplimiento o no de estos principios»<sup>12</sup>.

– La existencia de una serie de estructuras estatales dotadas de una fuerza diferente hacia dentro y hacia fuera que sirven fundamentalmente para impedir el funcionamiento libre del mercado capitalista con el fin de mejorar las perspectivas de beneficios de un determinado grupo.

– La apropiación del plus de trabajo se da en unas condiciones de explotación que no comprende dos clases, sino tres fases: espacios centrales, semiperiferia y regiones periféricas<sup>13</sup>.

Esta división para Sztompka<sup>14</sup> coincide *grosso modo* con la más popular de Primer y Tercer Mundos, con un Segundo Mundo a medio camino de los dos. Partiendo del centro, las sociedades avanzadas de Europa Occidental, el capitalismo se extiende hacia la semiperiferia y la periferia. Las sociedades periféricas pobres «fueron forzadas a entrar en el sistema mundial dominante dirigido por las sociedades centrales, pero quedaron en el extremo del sistema, al menos en términos de los beneficios distribuidos por la economía mundial»<sup>15</sup>.

La consecuencia de todo esto es la desigualdad y la jerarquización de la sociedad global y, en último extremo, el colapso del sistema mundial.

La «teoría de los sistemas-mundo» se ha constituido como uno de los enfoques más coherentes y sistemáticos a la hora de llevar a cabo el estudio de la globalización. Su obra es una referencia indiscutible en autores como Giddens o Robertson, cuyos análisis de la modernización y la «glocalización» están influidos por este enfoque, así como en otros muchos autores<sup>16</sup>.

Así, para Robertson, «las teorías y los investigadores del sistema mundial han aprehendido, sin duda, algo significativo al enfatizar la idea de que el mundo es un fenómeno sistémico en términos sociales o, de manera más amplia, en términos civilizatorios puede y debe ser relativizado y discutido desde la perspectiva global-sistémica»<sup>17</sup>.

Para Giddens, Wallerstein ha superado con éxito algunas de las limitaciones de buena parte del pensamiento sociológico ortodoxo, más notablemente la tendencia claramente definida a enfocar el análisis sobre los «modelos endógenos» del cambio social. En este punto

<sup>12</sup> TORTOSA, J. M., «Epílogo», de WALLERSTEIN, I., en *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, Icaria, serie Antrazyt, 1997, p. 108.

<sup>13</sup> Hemos seguido básicamente aquí el resumen de la exposición de Wallerstein que realiza Beck por considerarlo el más conciso. BECK, *op. cit.*, p. 58.

<sup>14</sup> SZTOMPKA, *op. cit.*, pp. 115-116.

<sup>15</sup> CHIROT. Citado por SZTOMPKA, *op. cit.*, p. 116.

<sup>16</sup> En España Tortosa ha dedicado varios artículos y libros al análisis de la obra de Wallerstein y se sitúa como uno de sus defensores. Su exposición la encontramos en TORTOSA, J. M.: *Sociología del sistema mundial*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 55-71.

<sup>17</sup> ROBERTSON, *op. cit.*, pp. 400.

se muestra también de acuerdo Sztompka, al resaltar el enfoque de Wallerstein como una contribución significativa a la teoría del cambio social.

Pero su trabajo no está exento de defectos ni libre de las críticas de numerosos autores. De acuerdo con la mayoría de éstos, la teoría de los sistemas-mundo adolece de una fuerte inclinación económica, insistiendo en ver un solo nexo institucional dominante, el capitalismo, que puede determinar el proceso de globalización (Robertson, Morin, Giddens, Held, Beck), siendo pues éste enfoque insuficiente para comprender la complejidad de la sociedad global.

Para Beck, a esta teoría se le pueden hacer al menos tres observaciones críticas<sup>18</sup>:

a) La dificultad de interpretar y revisar esta teoría de manera histórico-empírica<sup>19</sup>.

b) El marco conceptual que propone Wallerstein no permite determinar lo históricamente nuevo y lo transnacional.

c) El enfoque es esencialmente lineal, no planteándose ni desarrollando realmente la cuestión de si el mercado mundial entraña conflictos e identidades cosmopolitas imprevistos y no deseados.

Estas críticas pueden añadirse a las que vierten Giddens y Sztompka sobre su obra. Giddens<sup>20</sup> señala que las distinciones entre núcleo, semiperiferia y periferia, además de ser en sí mismas de cuestionable valor, están fundadas sobre criterios económicos, no permitiendo iluminar las concentraciones de poderes políticos o militares que no se alinean de la misma manera con las diferenciaciones económicas. Para Sztompka<sup>21</sup>, no está probada la extrapolación mecánica de la idea de desigualdades de clase a la escena internacional.

Pese a todas estas críticas, la teoría de Wallerstein ha significado un primer intento por, desde las posiciones marxistas, ofrecer un instrumento coherente para analizar nuestro mundo de hoy, permitiendo, al mismo tiempo, actualizar las reflexiones que ya vertieron diferentes autores marxistas históricos, como Lenin o Bujarin, sobre el imperialismo capitalista, o las aportaciones de Gunder Frank a la crítica del desarrollo dependiente. Actualmente, sus tesis son seguidas por varios autores, de entre los cuales nos son los más cercanos los sociólogos S. Giner, J. Galtung y E. Tortosa.

<sup>18</sup> BECK, *op. cit.*, pp. 59-60.

<sup>19</sup> Precisamente, Wallerstein, basándose en la obra de Braudel, del cual su obra tiene como él mismo reconoce mucha influencia, pretende demostrar esa correspondencia empírico-histórica. Las fases de Wallerstein tienen cierta correspondencia con la teoría de las civilizaciones que impulsó Braudel.

<sup>20</sup> GIDDENS, *op. cit.*, p 72.

<sup>21</sup> SZTOMPKA, *op. cit.*, p. 116.

La teoría del sistema-mundo tiene una influencia mayor de la que en principio creemos. Al ofrecer un cuerpo completo como instrumento de análisis, muchos autores se han sentido tentados de leer o releer diferentes fenómenos desde la tesis del sistema mundial. Encontramos esta influencia en los estudios sobre la comunicación ofrecidos por Mattelart<sup>22</sup>, en sociología lo encontramos en autores como Galtung, en el estudio del derecho en De Sousa Santos, etc.

Este último parte de determinadas premisas contenidas en la teoría del sistema-mundo para analizar la globalización, y, más concretamente, la globalización del derecho. Para De Sousa Santos, se trata de estudiar especialmente la traducción jurídica de los fenómenos de internalización y transnacionalización que la conforman.

El proceso de globalización es para él contradictorio y se produce mediante un proceso que en apariencia semeja dialéctico, en el que «se producirían nuevas formas de globalización, junto a formas de localización renovadas, surgiendo nuevas identidades regionales, nacionales y locales, que son adoptadas con frecuencia por grupos translocalizados de personas y que no pueden ser rastreadas hasta un espacio geográfico concreto. Pero esta reterritorialización y reespecialización [...] no es anárquica. Reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades centrales, periféricas y semiperiféricas»<sup>23</sup>.

Bajo la premisa del sistema mundial moderno, el globalismo es la globalización exitosa de un localismo dado. Así, para De Sousa Santos, la globalización se define como «un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales»<sup>24</sup>.

La naturaleza de esta globalización se puede concretar con los siguientes puntos:

a) Las relaciones sociales parecen volverse crecientemente des-territorializadas.

b) En aparente contradicción con esta tendencia, están surgiendo nuevas identidades regionales, nacionales y locales, construidas alrededor de una nueva relevancia de los derechos a las raíces.

c) Estos localismos son adoptados por grupos translocalizados de personas, que no pueden ser rastreados hasta un específico lugar.

---

<sup>22</sup> Encontramos la influencia claramente en su libro Mattelart, A., *La comunicación-mundo*, Madrid, Fundesco, 1993.

<sup>23</sup> DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 56.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 56.

Con el fin de explicar las asimetrías propuestas, De Sousa Santos distingue cuatro formas diferentes de globalización, que pueden explicarse mediante dos dimensiones de la misma:

a) *Localismo globalizado*. Proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito (sería equivalente a los casos analizados por Ritzer de la mcdonalización, por ejemplo).

b) *Globalismo localizado*. Proceso por el cual, los imperativos transnacionales tienen un impacto específico en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a estos imperativos (similar a los casos analizados por Beck en su propuesta de teoría del riesgo: el riesgo ecológico, tal como la deforestación, etc.).

Sin embargo, para De Sousa Santos, la intensificación de las interacciones globales implican otros dos procesos que no pueden ser explicados correctamente como las dimensiones anteriores. Estos procesos son el cosmopolitismo y «la herencia común de la humanidad». Con el primero, De Sousa Santos señala «la posibilidad de que los Estados-Nación subordinados, las regiones, las clases o grupos sociales y sus aliados, se organicen transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades para la interacción transnacional creada por el sistema mundial»<sup>25</sup>. Estas interacciones incluirían las actividades cosmopolitas como diálogos y organizaciones Sur-Sur, organizaciones laborales mundiales, las ONG, movimientos alternativos. Es por tanto un modo particular de comprender el cosmopolitismo que analizaremos más adelante.

Con el segundo se describen aquellos problemas que, por su naturaleza son intrínsecamente globales. Nos referimos a cuestiones ambientales (como la protección de la capa de ozono o la destrucción masiva de la selva), el control de la política armamentística o la explotación del espacio exterior. Todos ellos constituirían la herencia común de la humanidad, que se originó en el derecho internacional público que hoy está siendo sometido al ataque continuo de los países hegemónicos, especialmente EUA.

Estos dos procesos están conectados con las dimensiones descritas aunque no son reducibles a éstas. Crean, más bien, «el espacio para prácticas sociales que trascienden las jerarquías establecidas por los globalismos asimétricos y para discursos estables, más allá de los confines del razonamiento y la racionalidad capitalistas»<sup>26</sup>.

Como hemos apuntado anteriormente, De Sousa Santos estudia especialmente el fenómeno de la transnacionalización de la regulación jurídica del Estado-Nación, fijándose en los cambios producidos

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 61.

en el derecho estatal de un país dado que «han sido influidos decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros Estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales»<sup>27</sup>. No obstante la tradición histórica, el actual proceso de transnacionalización de la regulación jurídica estatal es un fenómeno bastante reciente, tanto por su amplitud como por su alcance, y está definido por dos elementos nuevos: la presión de los Estados hegemónicos, y la que ejercen las instituciones y empresas transnacionales.

De esta forma, la transformación jurídica a que asistimos desde hace una década y hasta nuestros días en todo el sistema mundial, son soluciones jurídicas locales institucionales (que han sido impuestas en y por países centrales) que han sido exitosamente globalizadas (es decir, impuestas globalmente a otros Estados semiperiféricos y periféricos). Esta situación afecta gravemente a las nociones y realidades del Estado-Nación y la soberanía.

El fenómeno transnacional estudiado por De Sousa Santos es también la clave de estudio para los autores que enmarcamos en la teoría de las relaciones internacionales, interesados por la configuración de estos nuevos espacios internacionales y sus expresiones jurídicas, aunque no sea necesariamente desde las tesis de Wallerstein.

Rompiendo también con el pensamiento clásico sobre el Estado-Nación, e interesados por la configuración de nuevos espacios internacionales y sus expresiones jurídicas, encontramos una serie de autores, enmarcados en la «teoría de las relaciones internacionales», cuyos trabajos han tratado de definir y analizar las consecuencias de la globalización en estas relaciones.

Podemos encontrar las primeras bases de la llamada «sociedad internacional» en teóricos como Grocio o Kant, que procuraron entender el Estado en el contexto de la «sociedad de Estados».

Como señala Held sobre Kant, «a pesar de que varios elementos de su obra sobreviven en el derecho internacional y la teoría de las relaciones internacionales, fueron rápidamente olvidados por la teoría política en su conjunto»<sup>28</sup>. Dadas las deficiencias de esta última, se ha vuelto la vista a los marcos teóricos más sólidos de la teoría de las relaciones internacionales. Aunque está conformado por autores que difieren unos de otros. Diferenciamos tres grandes grupos que nutren esta teoría: los realistas (Gilpin, Keoane), los transformacionistas (Rosenau, Brown) y los críticos (Held, Hisrt)<sup>29</sup>.

Durante gran parte de este siglo, el estudio de la relaciones internacionales ha estado dominado por la tradición realista. Ésta se ha ocupado casi exclusivamente de las relaciones entre el sistema interestatal y los estados individuales y de cómo el primero ha condicio-

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 80.

<sup>28</sup> HELD, *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 46.

<sup>29</sup> Esta diferenciación está elaborada utilizando los textos de Beck, que diferencia los tres grupos, y Held que se diferencia en sus planteamientos de estos dos últimos.

nado el comportamiento del segundo. La tradición realista ve el Estado como un vehículo para asegurar el orden nacional e internacional mediante el ejercicio del poder nacional, aunque no ha dejado aparca da la espinosa cuestión de la globalización.

Gilpin ha sido uno de los autores que ha introducido esta temática en los clásicos estudios adscritos a esta corriente<sup>30</sup>. Gilpin se opone en primer lugar a toda retórica sobre la novedad que supone la globalización en el marco de las relaciones internacionales y de otro lado, hace un rechazo explícito de aquellas concepciones que interpretan la definición de globalización, en los mismos términos que Giddens, como una prueba de la crisis del Estado-Nación moderno.

Contrariamente a Wallerstein y Rosenau, cree que la globalización sólo surge cuando se dan determinadas condiciones en política internacional<sup>31</sup>, condiciones que continúan poniendo los Estados-Nación, que son ahora más «permisivos»

Así, la globalización supondría que es el propio Estado nacional el que otorga permiso de forma expresa para que la globalización se lleve a cabo.

Inspirada en la tradición «liberal idealista de las relaciones internacionales» podemos encontrar una escuela de pensamiento que ve la creciente intensificación de las relaciones sociales a escala global como un hecho que está «transformando la naturaleza y el papel del Estado en el sistema global»<sup>32</sup>.

Esta corriente observa que «el Estado moderno está atrapado dentro de una extensa red de interdependencia global, y cada vez menos capaz de cumplir sus funciones básicas sin recurrir a la cooperación internacional»<sup>33</sup>. La globalización significa en este contexto que hemos dejado la época en que los Estados nacionales monopolizaban el escenario internacional para pasar a lo que Rosenau denomina «escenario de relaciones posinternacionales», en el que los Estados-Nación están obligados a compartir este escenario de relaciones y poder con otras organizaciones, empresas y movimientos de carácter internacional.

El paso de la era nacional a la posnacional es para Rosenau una consecuencia de las circunstancias del sistema político internacional, en el que se produce un nuevo reparto del poder global, que pasa de ser monocéntrico a policéntrico. Aquí se puede observar la oposición frente a las tesis de Gilpin y su defensa radical del Estado-Nación como único poder monolítico en la escena internacional.

---

<sup>30</sup> Gilpin se enmarca dentro de los que se han venido llamando neorrealistas, al haber revivido el interés intelectual sobre el estado entre los especialistas de las relaciones internacionales.

<sup>31</sup> Gilpin. Citado por BECK, *op cit.*, p. 48.

<sup>32</sup> Roseneau. Citado por HELD, *op cit.*, p. 48.

<sup>33</sup> HELD, *ibídem*.

Así, para Rosenau, por globalización entendemos «el conjunto de procesos tecnológicos, económicos, sociales, políticos, militares, culturales y psicológicos que cada vez con más frecuencia, superan las barreras nacionales y estatales, y generan dinámicas e interacciones nuevas a las que las estructuras tradicionales de las relaciones internacionales no encuentran respuesta»<sup>34</sup>. Nos encontramos pues con una descripción que está vinculada a la teoría de las relaciones internacionales, y para la cual la originalidad de la globalización reside, sobre todo, en la intensificación de los flujos internacionales. Rosenau distingue dos ámbitos de la nueva sociedad global: «la sociedad de los Estados, donde las reglas de la diplomacia y del poder nacional siguen siendo unas variables clave; y el mundo de la subpolítica transnacional, donde se dan cita actores tan distintos como empresas, Greenpeace, ONU, UE, FMI, etc.»<sup>35</sup>.

Rosenau opone al sistema mundial de Wallerstein una política mundial policéntrica, en la que el poder no es detentado ni por el capital (como lo defiende Wallerstein) ni por el Estado-Nación (en oposición a Gilpin), sino que, en diferentes grados de poder, todos participan en el escenario de las relaciones internacionales.

Para Rosenau esta transformación se ha dado gracias a la dimensión tecnológica «que ha reforzado las interdependencias entre comunidades locales, nacionales e internacionales, como no se había visto en ninguna época histórica anterior»<sup>36</sup>. Este nuevo escenario se puede demostrar cuantitativamente por el incremento y diversidad de actores y organizaciones transnacionales que participan en él<sup>37</sup>: organizaciones transnacionales, problemas transnacionales, eventos transnacionales, surgen «comunidades transnacionales», estructuras transnacionales.

Sin embargo, para Held, esta «literatura transformacionista está lejos de suministrar una explicación persuasiva o coherente del Estado moderno»<sup>38</sup>. Para Held, esta corriente tiende a exagerar la erosión del poder estatal ante las presiones de la globalización, y no reconoce la persistente relevancia del Estado moderno como idea y como complejo institucional en la definición y dirección de la política interior y exterior.

Por todo ello, frente a los que propugnan que no hay nada nuevo en el escenario internacional y los que postulan la progresiva pérdida de poder del Estado-Nación, Held aparece como un crítico que pretende situarse a medio camino entre unos y otros.

---

<sup>34</sup> Roseneau. Citado por F. SAHAGÚN, *De Gutenberg a Internet*, Madrid, Estudios Internacionales de la Universidad Complutense, 1998, p. 225.

<sup>35</sup> Citado por BECK, *op. cit.*, p. 61.

<sup>36</sup> ROSENEAU: *Turbulence in World Politics*, Brighton, Harvester edit., 1990, p. 17.

<sup>37</sup> BECK, *ibídem*, p. 63.

<sup>38</sup> HELD, *ibídem*.

Para Held, el núcleo del problema que se nos presenta es que en la situación actual, con un incremento de las interconexiones en el nivel regional y global, se desafían las formas nacionales tradicionales en que se resolvían las cuestiones clave de la teoría y la práctica democrática.

En consecuencia, como señala Held, «la idea de una comunidad que se gobierna a sí misma de forma efectiva, y determina su propio futuro, es hoy en día altamente problemática»<sup>39</sup>. Ponemos pues en duda el supuesto que ha constituido uno de los sostenes básicos del pensamiento democrático: la soberanía. La argumentación de Held es que mediante los acuerdos internacionales, la internalización de los procesos de decisión política y las crecientes dependencias en política de seguridad, e incluso la división del trabajo a nivel internacional, la política nacional-estatal pierde lo que constituye el núcleo mismo del poder: la soberanía. Así, «a la teoría sobre la estructura hegemónica del poder como condición de la globalización se puede, y se debe, replicar diciendo que el concepto de la soberanía política se torna obsoleto con la globalización»<sup>40</sup>.

Para Held, con la globalización, lo que es decididamente nuevo en el sistema global moderno «es la expansión de las relaciones sociales en y a través de nuevas dimensiones de actividad»<sup>41</sup>, tal y como también lo define Giddens. Puesto que la actividad humana se va progresivamente organizando a escala global, «el significado y el lugar de la política democrática, y de los modelos de democracia en competencia, deben ser repensados»<sup>42</sup>. Para llevar a cabo este análisis, Held propugna que trascendamos los marcos endógenos y exógenos de las tradiciones teóricas, porque «ninguna concepción del Estado democrático moderno puede ser válida sin un análisis del sistema global y ningún análisis del sistema global puede prescindir de una concepción del Estado democrático»<sup>43</sup>. Relacionado con el concepto de globalización y como consecuencia del análisis de ésta, Held propone controlar o guiar dicho proceso a través del modelo cosmopolita de democracia, que significaría una serie de reformas a corto y largo plazo en instituciones nacionales e internacionales, que permitiera la consolidación de un «derecho democrático cosmopolita»<sup>44</sup>.

Esta noción la encontramos también en De Sousa Santos, para quien «tal organización estaría destinada a contrarrestar los efectos dañinos de las formas hegemónicas de globalización»<sup>45</sup>. Sin embargo, la concepción y significado del cosmopolitismo es diferente según se lea a

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 39.

<sup>40</sup> BECK, *op. cit.*, p. 64.

<sup>41</sup> HELD, *op. cit.*, p. 43.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 49.

<sup>44</sup> HELD, pp. 50.

<sup>45</sup> DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 58.



Held, para quien el término designa un gobierno mundial (según las premisas modernistas) o a De Sousa, para el que «el cosmopolitismo, es posible sólo de forma intersticial, en los márgenes del sistema capitalista mundial, como práctica y discurso contrahegemónicos»<sup>46</sup>. En cualquier caso, cosmopolitismo y globalización mantienen una relación directa, que hace referencia a la herencia común de la humanidad, expresada en los principios y normas que originaron el derecho internacional público, principios tales como los de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>47</sup>.

Como hemos visto hasta ahora, los enfoques descritos han centrado su atención en dos elementos clave: la economía y las relaciones internacionales, a partir de los cuales han pretendido trazar una visión propia de la globalización. Sin embargo, las limitaciones de estas teorías son evidentes para los «teóricos de la globalización cultural», si queremos comprender la complejidad de la globalización. Estas limitaciones les vienen, bien por tener un carácter exclusivamente económico (teoría del imperialismo, dependencia, sistema mundial), bien por centrarse en elementos concretos del proceso de globalización: el poder del Estado en la «teoría de las relaciones internacionales».

Ven por tanto necesario proceder a integrar otra dimensión para ellos crucial del proceso, la cultura.

El origen del interés por la globalización cultural pueden encontrarse como señala Sztompka<sup>48</sup>, en el trabajo de los antropólogos sociales B Malinowski (1884-1942) y A. R. Radcliffe Brown (1881-1955), los cuales encontraron en sus investigaciones de campo fenómenos derivados del contacto cultural, del choque cultural o del conflicto cultural. Las formas de vida locales, las normas y valores, las costumbres, los modelos de vida familiar y de producción y consumo, parecían diluirse bajo el impacto de las instituciones modernas occidentales. Este fenómeno dio lugar a dos respuestas ideológicamente opuestas: unos, bajo la orientación del «relativismo cultural», trataron el fenómeno como un caso de imperialismo cultural; los otros, más en línea con las pretensiones de los poderes colonizadores, alabaron la misión civilizadora de Occidente, erradicando las costumbres e instituciones primitivas.

En las sociedades contemporáneas encontramos hoy las mismas reacciones, provocadas por la creciente occidentalización. Se pueden distinguir dos grandes grupos:

1. De un lado se alinean los que consideran la globalización como un «proceso de sincronización cultural» (Hamelink, 1983), de

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>47</sup> Para profundizar en esa cuestión, es conveniente leer los textos ya citados de Held, De Sousa Santos y De Lucas, que tratan este tema.

<sup>48</sup> SZTOMPKA, *op. cit.*, p. 116.

«ecumenismo global» (Hannerz, 1987), de «convergencia cultural» (Robins, 1991) o de «mcdonalización cultural» (Ritzer, 1995).

2. Del otro, se sitúan los que señalan el carácter «dialectal de la globalización» (Robertson), la hibridación (Eisnstadt y Friedman) y/o «creolización cultural» (Peterse).

El primer grupo se caracteriza por proponer la globalización como un proceso de homogeneización. Así, para Hamelink, la impresionante variedad de los sistemas culturales del mundo está menguando debido a un proceso de sincronización cultural que carece de precedentes históricos. «La comercialización, mercantilización y masificación de la cultura, al parecer, disminuye la calidad de los productos al mínimo denominador común, y por tanto da como resultado una “no cultura” o un nuevo salvajismo»<sup>49</sup>. Hamelink denuncia la extremada inclinación de las élites de los países antiguamente colonias a abrazar los modelos occidentales y traicionar su cultura de origen. Esta unificación y homogeneización de la cultura a escala global se ha producido principalmente, siguiendo a Hamelink, a través de los medios de comunicación de masas, con la televisión como su principal portador. Así, el «imperialismo de los medios convierte cada vez más al mundo en una aldea global»<sup>50</sup>.

Un ejemplo de profundización en estas tesis es la desarrollada por Hannerz y su propuesta de *ecumene global*. Define ésta como una región de interacción, interpenetración y cambios culturales persistentes. Pero los flujos culturales dentro de la *ecumene global* no son simétricos o recíprocos. En su lugar, la mayoría de ellos son unidireccionales, con una clara distinción entre el centro, en el que se originan los mensajes culturales, y la periferia, donde son meramente adoptados tal y como ejemplifican los fenómenos recientes de «músicas del mundo» o la introducción de novelistas africanos o latinoamericanos.

Hannerz afirma que tal estructura asimétrica del centro y la periferia no es un sistema singular, que abarque todas las regiones geográficas del mundo, sino que por el contrario es un conglomerado plural con varios centros especializados, que dependen del tipo de rasgos culturales que promueven, y de varios centros regionales, que retienen la dominación cultural general en áreas geográficas específicas<sup>51</sup>.

En esta misma orientación, pero con evidentes diferencias, Robins aporta su tesis de la convergencia de la cultura global. Según ésta, se estaría produciendo una universalización creciente, en el sentido de unificación de modos de vida, símbolos culturales, y modos de conducta transnacionales. Para Robins, debajo del discurso del mercado

<sup>49</sup> Hamelink. Citado por SZTOMPKA, *op. cit.*, p. 117.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Hemos seguido aquí la explicación que ofrece Sztompka de la teoría de Hannerz. SZTOMPKA, *op. cit.*, p. 119.

mundial subyace una utopía negativa. Conforme nos integramos en el mercado mundial, «está surgiendo un sólo mundo, pero no como reconocimiento de la multiplicidad y de la apertura recíproca, es decir, de una imagen pluralista y cosmopolita de uno mismo, sino, bien al contrario, como un sólo mundo mercantil»<sup>52</sup>.

En estos mismos términos y con mayor profusión se desarrolla el trabajo de Ritzer<sup>53</sup>. Define la mcdonalización como «el proceso mediante el cual los principios que rigen el funcionamiento de los restaurantes de comida rápida han ido dominando un número cada vez más amplio de aspectos de la sociedad norteamericana, así como la del resto del mundo». Mediante este estudio particular, pone en evidencia cómo las culturas y las identidades locales se desarraigan y se sustituyen por símbolos mercantiles, llevados por la búsqueda irracional de la racionalización (organización científica, control, predicción), desapareciendo los signos culturales –más allá de la cultura gastronómica– que confieren identidad a una sociedad dada.

En las líneas precedentes hemos desarrollado las tesis de los autores que observan una creciente convergencia lineal de los contenidos culturales y de las informaciones, resultante de la tendencia a la concentración en los mercados de los medios de comunicación mundiales. Pero, como ha señalado Beck, no tienen en cuenta «las paradojas y ambivalencias teóricamente elaboradas y empíricamente investigadas de la teoría cultural»<sup>54</sup>, o, dicho de otra forma, no tienen en cuenta la dialéctica de la globalización. Robertson está considerado como uno de los fundadores de dicha corriente teórica y defensor de las posturas que caracterizan la globalización, no como un proceso de homogeneización, sino más bien como un proceso multidireccional y heterogéneo, donde lo global corre cada vez más parejo a la localización.

Frente a la idea de globalización que propone Giddens, caracterizada como proceso de exclusión (triunfo de la lógica de la modernidad) y de homogeneización (de los contenidos de la misma), Robertson propone la idea de la «glocalización». Esta idea permite comprender la dialéctica existente entre lo global y lo local, entre los universalismos y los particularismos.

Lo global (lo grande) sólo puede ser comprendido en función de lo concreto, lo pequeño, lo local<sup>55</sup>. Por tanto, lo local y lo global no se

---

<sup>52</sup> BECK, *op. cit.*, p. 72.

<sup>53</sup> RITZER: *La mcdonalización de la sociedad*, Barcelona, Editorial Ariel Socio-económica, 1995, p. 15.

<sup>54</sup> BECK, *op. cit.*, p. 75.

<sup>55</sup> Beck propone el ejemplo del mundo Disney. El mismo personaje conocido universalmente debe acomodarse a lo concreto, a lo local, de modo que nadie entendería en Italia que se llamara el ratón Mickey a lo que ellos llaman el «topolino». Podríamos utilizar también el ejemplo de Windows, que debe adaptarse en cada caso a la localidad en que debe venderse, utilizarse sin dejar por ello de ser un objeto local (los símbolos son iguales y tienen el mismo significado, únicamente cambia el idioma). BECK, *op. cit.*, pp. 76-77.

excluyen, sino que lo local debe entenderse como un aspecto de lo global.

El término «glocalización» está vinculado en Robertson a la teoría cultural, de forma que para él no se puede entender el mundo actual sin comprender al mismo tiempo los sucesos concretos que se producen, «sin aprehender al mismo tiempo los sucesos contenidos bajo las palabras guía: política cultural, diferencia cultural, etnicidad, raza, género»<sup>56</sup>. Además, es necesario admitir la premisa de que esa cultura global no puede entenderse estáticamente, sino sólo como un proceso contingente y dialéctico según el modelo de «glocalización».

La «glocalización» como nuevo concepto que aparece en el debate de la globalización, viene a reconocer la importancia del elemento cultural. En este aspecto podemos entender la globalización también como «acercamiento y mutuo encuentro de las culturas locales, las cuales se deben definir de nuevo en el marco de este *clash of localities*»<sup>57</sup>.

La principal contribución de Robertson al estudio de la globalización es llamar nuestra atención sobre los aspectos culturales de la misma, desde su modelo de «glocalización», en cuya misma unidad «se aprecian y descifran elementos contradictorios que conforman la conciencia social»<sup>58</sup>.

La globalización habla de un proceso dialéctico, en el que «lo que es al mismo tiempo opuesto deviene real y posible»<sup>59</sup>. La globalización no significaría sólo deslocalización, sino que presupone una relocalización. Así, como explica Robertson<sup>60</sup>, las empresas que producen –y comercializan sus productos– globalmente, deben desarrollar relaciones locales tanto en cuanto que el capitalismo mundial, protegido contra las crisis del mercado, necesita particularmente de la multiplicidad y contradicciones locales para, mediante las necesarias innovaciones en materia de productos y de marketing, salir airoso de la competencia mundial, aunque también para Beck esta deslocalización y relocalización no significan automáticamente el renacimiento de lo local<sup>61</sup>.

Siguiendo a Beck, «lo local y lo global, sostiene Robertson, no se excluyen mutuamente. Al contrario, lo local debe entenderse como un aspecto de lo global. La globalización significa también acercamiento y mutuo encuentro de las culturas locales, las cuales se deben definir de nuevo en este marco»<sup>62</sup>. Asimismo, Robertson propone sustituir el

<sup>56</sup> ROBERTSON, *op. cit.*, p. 45.

<sup>57</sup> BECK, *op. cit.*, p. 79.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> ROBERTSON, *op. cit.*, p. 28.

<sup>60</sup> *Ibíd.*

<sup>61</sup> BECK, *op. cit.*, p. 76. No es tampoco ésta la opinión de Naïr, para quien, pese a todo, subyace una tendencia clara hacia la homogeneización, porque así lo impone la lógica de la producción a escala planetaria (p. 55).

<sup>62</sup> BECK, *op. cit.*, p. 79.

concepto base de la globalización cultural, por el de «glocalización», que une lo local y lo global en un mismo término.

Así, «la cultura global no puede entenderse estáticamente, sino sólo como un proceso contingente y dialéctico según el modelo de la “glocalización”»<sup>63</sup>. De esta forma se produce una paulatina institucionalización global en la construcción de los particularismos locales, tal y como evidenciaría la existencia de culturas suburbanas en todo el mundo o la existencia de organizaciones como la Asociación Internacional de Albergues Juveniles, el Movimiento Panafricano, etc.

Las aportaciones a la teoría cultural de Robertson están a su vez matizadas y enriquecidas por los trabajos de Pieterse, Appadurai y Bauman, que a continuación exponemos.

El análisis de Pieterse parte de la idea de que la globalización, entendida como que el mundo es cada vez más uniforme, donde se produce una sincronización tecnológica, cultural y comercial que ha surgido de Occidente, o la que enlaza globalización y modernidad, son dos variaciones de una misma subordinación del tema de la globalización entendida como occidentalización. Su principal argumento es que ambas visiones están interrelacionadas y que la globalización hay que entenderla más bien como un proceso de hibridación provocado por lo que él denomina *global melange* (mezcla global).

La hibridación entendida respecto de las formas culturales es definida por Pieterse como un proceso en que determinadas formas que tienen existencias y prácticas separadas se recombinan y dan lugar a una nueva forma y una nueva práctica. Con la hibridación, Pieterse pretende corroborar la relación que Robertson ya apuntaba entre universalismos y particularismos y que él entendía dentro de «una valoración global de las identidades particulares»<sup>64</sup>. Pero, para Pieterse, el argumento de Robertson representa una versión más sofisticada de la universalización. No hablamos pues de «universalización» ni de «multiculturalismo», sino en su lugar de «interculturalismo»<sup>65</sup>. Pieterse urge a comprender la hibridación cultural como un fenómeno organizacional, pero, al contrario que en Robertson, no como un producto de la institucionalización global de lo local, sino como la universalización de la diferencia. Para Pieterse, además, esta relación entre formas o lugares no tiene un sentido unidireccional, tal y como lo demuestra el hecho de la adopción de formas de culturas indígenas por parte de las culturas occidentales y que conforma una nueva cultura. Actualmente se produce el mestizaje de culturas de diversos signo y categoría social que conforman una nueva cultura que convi-

<sup>63</sup> ROBERTSON, p. 33.

<sup>64</sup> PIETERSE, *op. cit.*, p. 49.

<sup>65</sup> A este respecto conviene releer los trabajos de J. de Lucas sobre la conceptualización errónea de la globalización como proceso de universalización. DE LUCAS, J., *op. cit.*, p. 229.

ve con las viejas y nuevas formas. Este fenómeno al que alude Pieterse lo define con el nombre de «creolización».

Pieterse ha comprendido la hibridación como un «fenómeno de valoración global de las identidades particulares»<sup>66</sup>, en el que, de acuerdo con Hannerz, se da un proceso de flujo multidireccional. En estos términos, para Pieterse, se produce la coexistencia en la globalización, de «un incremento de diversos modos de organización: transnacional, internacional, macrorregional, nacional, microrregional, municipal, local, y todos ellos en sintonía»<sup>67</sup>.

De igual modo, y contrapuesta a la idea de los dualismos económicos tradicional/moderno, feudalismo/capitalismo, su argumentación es que se produce una interpenetración entre todos estos modos, de forma tal que «la teoría de la dependencia de Cardoso debería ser releída como una teoría de hibridación estructural, en la cual el capitalismo dependiente (los países en vías de desarrollo) se mezcla con la lógica del capitalismo e imperialismo emergentes (de los países desarrollados), dando lugar a situaciones como de las «zonas libres» de México, en el que se produce desarrollo gracias al apoyo de países capitalistas.

Appadurai amplía la concepción de Robertson sobre las culturas «glocales». De un lado, sostiene la relativa autonomía de esta cultura-economía «glocal», pues entiende que además de las culturas «glocales» descritas, aparecen nuevas culturas «glocales» que no están vinculadas a ningún lugar ni a ningún tiempo, ya que se han formado con «materiales de construcción de mundos imaginarios que personas y grupos de todo el mundo suministran, intercambian y viven en un espacio transnacional»<sup>68</sup>. A estas nuevas formas, Appadurai las denomina «paisajes étnicos» y, junto a él, describe otros cuatro: paisaje técnico, financiero, mediático y de ideas. Del otro, Appadurai sostiene que, debido a este fenómeno, las personas que se encuentran en cualquier lugar del mundo están en situación de conseguir por sí solas las informaciones que más les interesan, y este cambio ha sido posible debido a los medios de comunicación de masas, que aseguran una oferta fecunda y duradera para esta «vida posible»<sup>69</sup>.

Para Bauman, lo importante en la concepción de Robertson son las consecuencias que se producen como efecto del nexo global-local: la desagregación de la sociedad mundial. Para Robertson, este nexo, la globalización y la localización, son las dos caras de la misma mone-

<sup>66</sup> PIETERSE, *op. cit.*, p. 49.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 50.

<sup>68</sup> BECK, *ibíd.*

<sup>69</sup> Appadurai entiende por «vida posible» el conjunto de valores y símbolos, que los medios de comunicación crean y hacen «posibles». Como señala Beck en referencia a esto, «las lentes con que las personas ven y valoran sus vidas, esperanzas, derrotas y situaciones diversas, están hechas desde el prisma de la vida posible que la televisión presenta y celebra de manera ininterrumpida». BECK, *op. cit.*, p. 86.

da, «son al mismo tiempo fuerzas impulsoras y formas de expresión de una nueva polarización y estratificación de la población mundial en ricos globalizados y pobres localizados»<sup>70</sup>.

De esta forma la «glocalización» sería «un proceso de nueva estratificación a nivel mundial, en cuyo devenir se construye una nueva jerarquía a nivel mundial sociocultural y autorreproductiva»<sup>71</sup>.

Y esto se da porque los nuevos ricos ya no necesitan de los pobres, porque ya no tienen compromisos que les vinculen. «Si para el primer mundo, el mundo de los acomodados y los propietarios, el espacio ha perdido su cualidad restrictiva y debe abrir sus vías “reales” y “virtuales”, para el segundo mundo el espacio real se cierra cada vez más deprisa»<sup>72</sup>. Así, los habitantes del primer mundo viven en el tiempo; el espacio no significa nada para ellos, pues toda distancia puede neutralizarse.

Lo nuevo de la era global es que se ha perdido el nexo entre pobreza y riqueza, y esto es, según Bauman, a causa de la globalización que divide a la población mundial en ricos globalizados, que dominan el espacio y no tienen tiempo, y pobres localizados, que están pegados al espacio y tienen que matar su tiempo, con el que no tienen nada que hacer. La consecuencia es que la dialéctica amo/siervo ha tocado a su fin, y esto es debido a que lo que vinculaba a ambos, el trabajo, está desapareciendo, y por tanto el vínculo que los unía.

En conjunto, los autores de la teoría cultural sitúan en el centro del debate sobre la globalización «el asunto de si las dimensiones culturales y normativas del proceso del mismo, juegan un papel primario o secundario»<sup>73</sup>, al tiempo que existe una cultura global o mundial. No obstante, para la mayoría de los estudiosos de estos procesos culturales, en la actualidad estos procesos en marcha no permiten confirmar todavía que estamos ante una cultura global, ya que como bien ha señalado De Sousa, «la cultura es por definición un proceso social constituido en la intersección entre lo universal y lo particular»<sup>74</sup>, motivo por el cual, y de acuerdo con Wallerstein, «definir una cultura es una cuestión de definir fronteras»<sup>75</sup> lo que nos permite recuperar la idea de que precisamente la cultura es una lucha contra la uniformidad que pretende tanto el Estado-Nación como el intento de construir una cultura global.

En cualquier caso, para De Sousa, las cuestiones planteadas por los defensores de la teoría cultural tienen el mérito de haber fijado la atención sobre el hecho que la cultura ha trascendido el marco del territorio nacional que tuvo en el pasado, lo que le permite asegurar

<sup>70</sup> Citado del original por BECK, *op. cit.*, p. 88.

<sup>71</sup> BECK, *ibídem*.

<sup>72</sup> *Ibídem*.

<sup>73</sup> DE SOUSA SANTOS p. 44.

<sup>74</sup> *Ibídem*, pp. 46-47.

<sup>75</sup> Wallerstein, citado por DE SOUSA SANTOS, *ibídem*, p. 46.

que «bajo las condiciones de la economía mundial capitalista y del sistema interestatal moderno, parece haber espacio sólo para culturas globales parciales. Parciales en uno de dos sentidos: en términos de los aspectos de la vida social que cubren, en términos de las regiones del mundo que comprenden»<sup>76</sup>.

En vista de esta característica, debemos plantearnos si bajo la propuesta de una cultura global no se encuentra sino un programa de dominación política.

El recorrido efectuado hasta ahora en este capítulo ha intentado mostrar de la forma más extensa posible, las principales líneas teóricas que afrontan el estudio de la globalización y a los autores más que las sustentan. Sin embargo, no sería correcto finalizar este apartado sin desviar nuestra atención sobre otros estudiosos, que sin pertenecer a ninguna de las corrientes descritas, ni representar una línea teórica definida, representan un importante punto de vista sobre el debate a que aquí nos referimos. A este grupo de estudiosos los agrupamos bajo el nombre de «los críticos de la globalización», no porque no lo sean los anteriores, sino porque han puesto el énfasis en describir el fenómeno desde una perspectiva crítica de conjunto.

Las corrientes hasta ahora descritas tenían entre sí elementos que las unían, así como elementos que las diferenciaban. Les une el proveer al lector de un análisis que privilegia una dimensión o lógica especial. Para la teoría del imperialismo, teoría del desarrollo dependiente y teoría del sistema mundial, la dimensión económica es de forma más o menos rígida el elemento que caracteriza la globalización. En la teoría de las relaciones internacionales se ha subrayado la dimensión estatal como referente en la configuración de las relaciones entre países y con otras instituciones. En la teoría cultural se pone en evidencia el elemento cultural como núcleo que explica la globalización.

Ante este conjunto de discursos ya definidos como teorías, no nos es posible ubicar a algunos autores que han prestado y prestan especial atención a este fenómeno. Quizá porque su interés no ha estado tanto en el análisis conceptual, ni en el nivel, digamos, más «teórico-abstracto» del fenómeno, sino por su dedicación a descubrir, explicar, analizar y criticar éste. En este último grupo encontramos diversos profesionales. Sociólogos como Castells, Navarro; economistas como Petrella, Chesnais, Bertrand; politólogos como Nair, Ramonet, o filósofos de lo social, como Giddens o Morin<sup>77</sup>.

De la lectura de sus escritos se deduce un especial interés por las cuestiones relacionadas con el *estado (del bienestar/occidentales)*. Su punto de partida es considerar la globalización, no como un fenómeno

<sup>76</sup> DE SOUSA, *ibídem*.

<sup>77</sup> Es curioso destacar de este conjunto el hecho que se traten en su mayoría de autores de nacionalidad francesa o italiana. No lo es tanto si pensamos en la tradición francesa en la defensa de su sistema republicano y público de Estado.



neutral, sino como un nuevo paradigma, que utilizado sobre todo «como herramienta de conformación de la realidad, con la evidente función ideológica de coartada para tratar de legitimar proyectos sociales y políticos funcionales a la ideología y a los intereses del neoliberalismo económico que es quien nos propone tal paradigma»<sup>78</sup>. Precisamente, en este contexto, el interés de todos ellos es *descubrir el verdadero rostro de la globalización* desde una perspectiva capaz de integrar las más variadas disciplinas, con el fin de demostrar las trampas, falacias y engaños a que somos expuestos, y que tienen como principal fin acabar con un modelo social: el estado del bienestar e imponer unas nuevas reglas del juego.

Desde la perspectiva de Castells, «la capacidad instrumental del Estado-Nación resulta decisivamente debilitada por la globalización de las principales actividades económicas; por la globalización de los medios y la comunicación electrónica y por la globalización de la delincuencia»<sup>79</sup>.

Se trata por tanto, como hemos señalado, de una configuración pluridimensional de la globalización. Pero Castells no ocupa su tiempo en esta polémica, sino, como él mismo ha señalado, trata de analizar y explicar nuestra sociedad a finales del siglo XX, en su variedad de contextos culturales, económicos y políticos.

Otro tanto, aunque con mayor profusión de detalles en las cuestiones relativas a la relación entre la globalización (entendida como ya hemos señalado como paradigma instrumental del neoliberalismo) y el estado de bienestar son los que analiza Navarro. Su tesis defiende que el «pensamiento neoliberal no es sólo un pensamiento económico, es primordialmente un sistema político. Sus objetivos, así como su reproducción, exigen un discurso y una práctica política que niega lo político. Sostiene que los condicionamientos económicos internacionales determinan un camino único a seguir, independientemente de la orientación política que gobierne. Esta desaparición de lo político, sin embargo, esta creando una crisis de gobernabilidad sin precedentes en el mundo occidental»<sup>80</sup>. En contra, pues, de las tesis neoliberales que atribuyen la crisis de la gobernabilidad a la expansión del estado del bienestar, elabora una opuesta por la que la crisis de la gobernabilidad se debería a la aceptación, por parte de los partidos que tradicionalmente han representado los intereses de las clases populares en defensa del estado del bienestar, de las premisas neoliberales, presentándo-

---

<sup>78</sup> DE LUCAS, J., «Acerca de la globalización y el multiculturalismo» en VV. AA. *Crítica Cultural y Creación Artística*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1998, p. 229. También conviene leer el libro de MONTES, Pedro, *El desorden neoliberal*, Edit. Trotta, 1996, que analiza con detenimiento las ideas clave del neoliberalismo y sus tácticas de imposición en el ámbito mundial.

<sup>79</sup> CASTELLS, M., «La era de la información», vol. 2, *El poder de la identidad*. Madrid, Alianza Universidad, 1997, p. 272.

<sup>80</sup> NAVARRO, V., *Neoliberalismo y Estado del Bienestar*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 21.

las como las únicas posibles, alienando con ello a las bases sociales a las que representaron históricamente.

En semejantes términos analiza la globalización Nair, para el que «la mundialización no es un proceso neutral: significa de entrada la extensión a escala planetaria del liberalismo económico, acompañado por un desarrollo masivo de la precarización y la exclusión»<sup>81</sup>. Junto con la revolución tecnológica, la desterritorialización del capitalismo y la autonomía del mercado de capitales, asistimos a un proceso de «formación de un nuevo sistema de élites a escala mundial, que no obedece al clásico proceso de formación de las clases (por la detentación directa de propiedad de los medios de producción) y que no tiene características sociales identificables comunes»<sup>82</sup>, sino que se constituye como una «coalición transnacional de intereses»<sup>83</sup>.

Para Petrella, esta nueva coalición pretende «desinventar» el Estado del bienestar e imponer unas nuevas reglas, las llamadas «Nuevas Tablas de la Ley»: la mundialización, la innovación tecnológica, la liberalización, la desreglamentación, la privatización y la competitividad<sup>84</sup>. Unas actúan como imperativos fundamentales y las otras como medios para obtenerlos. Según estas nuevas leyes, «el mundo se compone de una serie de mercados por conquistar; no de sociedades ni de poblaciones con historia, cultura, necesidades y proyectos. Antes que la sociedad, lo que cuenta es el mercado»<sup>85</sup>.

En forma similar se expresa Ramonet. Dos nuevos paradigmas caracterizan el nuevo sistema mundial contemporáneo: la comunicación y el mercado. Sobre ellos reposa la mundialización, desarrollando actividades «que poseen cuatro atributos principales: planetario, permanente, inmediato e inmaterial. Esta tetralogía es la punta de lanza de la mundialización, el fenómeno mayor y determinante de nuestra época»<sup>86</sup>.

A este nuevo sistema, que Ramonet denomina PPII, le atribuye el estímulo de todas las actividades financieras, comerciales, culturales y mediáticas, que rompen el clásico vínculo existente entre capital, trabajo y estado, socavando la legitimidad del gobierno frente al ciudadano de a pie. Nos enfrentamos por tanto a una *crisis del vínculo social clásico* entre el individuo, la sociedad y el estado, crisis que para todos los autores aquí expuestos, es central en el análisis de las consecuencias de la globalización. Estas cuestiones son objeto de análisis detallado por Petrella, que habla de la ruptura del vínculo social y el creciente «mundo de los sin», que conduce a lo que él denomina

<sup>81</sup> NAÏR, NAÏR/MORIN, *Une politique du civilisation*, París, Arlea, 1997, p. 51.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 62.

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> Aunque no profundicemos más ahora, también sería conveniente señalar el trabajo de Lasch sobre las élites modernas, su formación y sus características. LASH, C., *La rebelión de las élites*, Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad, 1994.

<sup>85</sup> PETRELLA, R., *El bien común*, Madrid, Debate, 1995, p. 83.

<sup>86</sup> RAMONET, I., *Geopolitique du chaos*, París, Galilee, 1997, pp. 67-81.

«ciudadanía mutilada»<sup>87</sup>; de Naïr, que analiza las transformaciones estructurales del sistema social global en el que «la desterritorialización del capital va acompañada de la desregulación de las relaciones sociales de trabajo, ocasionando la ruptura del vínculo social y conduciendo a una creciente sociedad dualizada» entre los que existen (los incluidos) y los que están (los excluidos), pero no cuentan para los demás<sup>88</sup>.

La ruptura del vínculo social que se denuncia pone de inmediato sobre el papel la relevancia del factor trabajo como cimiento de éste<sup>89</sup>. Es un hecho para la mayoría de estos autores que el capitalismo destruye el trabajo. En palabras de Beck, «el volumen de trabajo remunerado está desapareciendo a marchas forzadas y, nos estamos dirigiendo a toda velocidad hacia un *capitalismo sin trabajo*, y ello en todos los países posindustrializados del planeta»<sup>90</sup>. Y esto es importante en tanto que afecta a la propia democracia como institución.

## CONCLUSIONES

Para finalizar, podríamos considerar cumplido nuestro objetivo si somos capaces de responder a dos cuestiones ¿es la globalización un proceso hacia la homogeneización o hacia la heterogeneización? y ¿es posible entonces definir la globalización?

Para contestar la primera pregunta, hemos de volver a recoger las aportaciones que cada autor ha hecho al debate. Esto nos permite distinguir claramente dos tendencias en el estudio y definición de la globalización<sup>91</sup>:

1. Los que definen la globalización como un proceso hacia la *homogeneización*.

---

<sup>87</sup> PETRELLA, *op. cit.*, pp. 91-112.

<sup>88</sup> NAÏR analiza estas cuestiones en dos textos: *Politique du civilisation* (*op. cit.*, pp. 60-71) y *Lien Social et Globalisation*, Valencia, cuadernos de la Cátedra Cañada Blanch, 2000.

<sup>89</sup> Esta cuestión está extensamente tratada por BAUMAN, NAÏR, BECK, NAVARRO y especialmente por RIFKIN, J.: *El fin del trabajo*, Barcelona, Paidós, Estado y Sociedad, 1994.

<sup>90</sup> BECK, *op. cit.*, p. 93.

<sup>91</sup> Pieterse ofrece en su trabajo un cuadro en el que enmarca las diferentes concepciones que aparecen en el discurso sobre la globalización según esta estructura. Así, en la tendencia de homogeneización sitúa los conceptos de imperialismo cultural, dependencia cultural, hegemonía cultural, autonomía, modernización, occidentalización, sincronización cultural, civilización mundial. La globalización como hibridación sitúa en su epígrafe conceptos tales como planetarización cultural, interdependencia cultural, interpenetración cultural, sincretismo, síntesis, hibridación, modernizaciones, mezcla global, creolización, ecumenismo global.

2. Los que definen la globalización como un proceso hacia la *heterogeneización*.

Esta diferencia constituye la esencia misma del debate y es transversal a toda la discusión sobre cómo se conforma el proceso de globalización. A la luz de esta división podemos diferenciar dos grandes grupos de autores.

En el primer grupo encontramos la mayoría de autores adscritos a la ideología neoliberal y alguno de los críticos radicales de orientación marxista y/o antropológico/cultural. Así, desde las posiciones de Huntington, para el que se produce una «tendencia hacia la convergencia entre sociedades», Hamelink, que resalta del proceso «la sincronización cultural sin precedentes históricos», o Hannerz, que ve en la globalización en primera instancia un «escenario de homogeneización global», en el que la dominación de la cultura occidental sobre las otras hace desaparecer cualquier especificidad, hasta la concepción de Wallerstein, para el que la globalización es un proceso de concentración capitalista al tiempo que expansión de su modelo, todos, bien como crítica o como apoyo, ven en la globalización, un proceso hacia la homogeneización de los sistemas económico (Wallerstein), cultural (Hamelink), de los contenidos de la información (Mattelart), sociales (Hannerz), jurídico (De Sousa Santos), etc.

En el segundo gran grupo podemos reunir especialmente los autores de las teorías de la cultura y de las relaciones internacionales. Para los primeros, la globalización es esencialmente un proceso por el que convergen elementos diferentes, de forma tal que de su relación surgen formas nuevas que mantienen viejos elementos y constituyen otros nuevos. Es sobre todo un proceso de sincretismo, hibridación (Pieterse), interpenetración cultural (Friedman), «glocalización» (Robertson), etc.<sup>92</sup> Para los segundos, preocupados por las consecuencias de este proceso en el juego de las naciones, se produce el nacimiento de un espacio nuevo, el transnacional, en el que actores muy diferentes (Estados, instituciones internacionales, ETN, ONG) crean nuevas formas de organización política y de relaciones, que trastocan

Pero la tendencia de estudio más seguida es la que caracteriza el proceso por sus múltiples lógicas. En este grupo intermedio se sitúan sociólogos como Giddens, Beck, Morin, Nair o Castells. Como bien han señalado Nair o De Sousa desde sus particulares estudios, el análisis complejo de la globalización, de los elementos y consecuencias del mismo, no es posible sin integrar en el discurso ambas posturas, sin observar que una cualidad propia de este fenómeno es que reúne a

<sup>92</sup> Es difícil situarlos a la luz de los textos manejados, ya que aunque hablan de heterogeneización en el ámbito cultural, refieren a la economía y/o política procesos de homogeneización.

la vez las dos tendencias. Una que tendería a agregar en un común denominador las diferencias y otra que tendería hacia la disgregación, aunque su análisis está más bien referido a los campos político y económico.

En cuanto a la segunda pregunta, ¿es posible definir la globalización? Tras las exposiciones que hemos desarrollado y con la enorme prevención que supone definir cualquier concepto, y más uno que está sometido al vaiven de las reflexiones y críticas de la actualidad, podemos al menos caracterizar a nuestro entender este fenómeno de la siguiente forma:

a) Es primeramente y sobre todo un proceso de «extensión de un modelo económico», el capitalista. Pero, como bien indica Nair, este modelo capitalista se presenta de una nueva forma, ya no como lo hemos entendido históricamente, sino con elementos nuevos, entre los que podemos resaltar la inmaterialidad del producto, es decir, la monetarización de la actividad económica. En todo caso, la globalización haría referencia a un «triple proceso: financiero, productivo y comercial» (Navarro, Chesnais, Thurow).

b) En segunda instancia se refiere a un proceso de extensión de los instrumentos tecnológicos. La «tecnología» se confirma así como un vector con dos caras: sirve «como instrumento» que posibilita la globalización económica y la progresiva expansión del modelo cultural e identitario occidental, y más concretamente americano; «es un fin en sí misma» (Mattelart, Kerkhore), busca la expansión como forma de constituirse en agente de dominación, que hasta ahora ha representado la economía.

c) Se produce en una «dinámica de integración/desintegración, globalización/balkanización-brasileñización, desterritorialización/reterritorialización o unificación/disgregación». Con ello queremos resaltar que lejos de ser un proceso unidireccional, la globalización se produce, se asienta, sobre estos dos movimientos, que afectan tanto a los niveles geográfico como humano, y que se extienden a todas las dimensiones que conforman la globalización: cultura, economía, sociedad, política, etc.

d) Es en suma un «proceso de dominación», que supera las formas de la vieja colonización e imperialismo para presentarse bajo unos principios aparentemente racionales y objetivos. Es la continuidad de estas etapas históricas al tiempo que aparecen/desaparecen o se modifican viejos y nuevos elementos del sistema social. Este proceso de dominación denunciado por Wallerstein, quizá de forma excesivamente unidimensional, donde Petrella resalta, junto con Nair y Laseh, la aparición de una «élite integrada en el mundo global», frente a una mayoría que busca desesperadamente su identidad en las formas clásicas: integrismo, nacionalismo, etc.

e) Es un fenómeno que por «primera vez» en la historia de la humanidad tiene «consecuencias» para «todos los seres humanos y en

todos los territorios del planeta», tal y como ponen en evidencia los teóricos del riesgo (Beck, Wagner).

f) Una de las consecuencias más evidentes es la aparición de «espacios transnacionales», espacios contruidos por la acción de diversos agentes, que sin el límite de los Estado-Nación construyen un espacio propio, sometido a sus propias reglas (De Sousa Santos), espacio que en muchos casos tiene como característica dominante las «turbulencias» a que están sujetas (Rosenau).

## BIBLIOGRAFÍA

- BECK, U., *¿Qué es la globalización?*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1998.
- BELL, D., *El advenimiento de la sociedad posindustrial*, Alianza Universidad, Madrid, 1973.
- *El fin de las ideologías*, Tecnos, Madrid, 1964.
  - *Las ciencias sociales desde la II Guerra Mundial*, Alianza Universidad, Madrid, 1979.
  - *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Alianza Universidad, Madrid, 1979.
- CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Volumen 1, *La sociedad red*; volumen 2, *El poder de la identidad*; volumen 3, *Fin de milenio*. Editorial Alianza, Madrid, 1997.
- DE LUCAS, J., «Acerca de la globalización y el multiculturalismo», en VV. AA, *Crítica Cultural y Creación Artística*, Generalitat Valenciana, Colección Signo Abierto, Valencia, 1998, pp. 229-236.
- DE SOUSA SANTOS, B., *La globalización del derecho*, ILSA, Bogota, 1996. Traducción de César Rodríguez del original en inglés, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Nueva York, 1995.
- FEATHERSTONE/LASH (comp.), *Global Modernities*, SAGE Publications, London, 1995.
- GIDDENS, A., *Consecuencias de la modernidad*, Editorial Alianza, Madrid, 1993.
- HELD, D., *La democracia y el orden global*, Editorial Paidós, Barcelona, 1997.
- JARAUTA, F. (eds.), *Mundialización y conflictos civilizatorios*, Foro de los Noventa, Caja Murcia, Murcia, 1998.
- MORIN, E./NAÏR, S., *Une politique de la civilisation*, Editorial Arlea, París, 1997.
- NAVARRO, V., *Neoliberalismo y Estado del Bienestar*, Editorial Ariel, Sociedad Económica, Barcelona, 1997.
- PETRELLA, R., *El bien común*, Editorial Debate, Madrid, 1997.
- RAMONET, I., *Geopolitique du chaos*, Editorial Galilée, París, 1997.
- SZTOMPKA, P., *Sociología del cambio social*, Editorial Alianza, Madrid, 1995.
- WALLERSTEIN, I., *El futuro de la civilización capitalista*, Editorial Icaria, Serie Antrazyt, Barcelona, 1997.

**II**  
**ESTUDIOS**





## II.1 ESTUDIOS DE TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO



## Derecho y estética: un intento de comprensión mejor de los valores jurídicos

Por NORBERTO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Universidad de Alcalá

Nos acostumbraron a entender que el Derecho es una ciencia normativa, positiva y axiológicamente aséptica que, como tal, investiga el contenido y la forma de sus normas.

Sin embargo –y desde otra óptica (trascendentalista)– pueden formularse otros juicios, a él referidos, tomando como criterio otras normas trascendentes (llamadas por unos Derecho Natural; y por otros, Derechos Humanos), y basados en valores también trascendentes. Los que se entienden como la justicia.

A partir de esta postura, el Derecho (como ciencia) lo integrarán dos tipos de juicios: los de hecho y los de valor. Los primeros son los juicios normativos, referidos (formulados al contenido de la norma). Los segundos formulados por los iusfilósofos en relación a si esas normas son valiosas o disvaliosas.

A partir de esta postura, la ciencia del Derecho la integran dos tipos de juicios: los de hecho y los de valor. Los primeros son normativos (dicen cuál es el contenido y forma de la norma). Los segundos juzgan la norma desde un criterio (normalmente ético) de valoración, y fundamenta éste como presupuesto axiológico de su valoración.

No es el único autor que diferencia estos juicios, pero es altamente significativo. Me refiero a Hans Kelsen. Del que transcribo este texto, en el que parece dejar reducida la ciencia del Derecho sólo a los juicios de valor, si bien sólo unos lo son de justicia, mientras que otros lo son de adecuación, de conveniencia, etc. Leámoslo: «En la Teoría del Derecho nos encontramos con dos tipos de juicios que se consideran normalmente como juicios de valor a pesar de que existe una diferen-

cia esencial entre ellos. El primer tipo se refiere a la conducta de los sujetos jurídicos y la considera legal y correcta o ilegal e incorrecta. El significado de los conceptos “derecho legal” y “débito” deriva de este tipo de juicios»<sup>1</sup>. Y refiriéndose después a los juicios de valor continúa: «Los juicios del segundo tipo se refieren al derecho mismo o a la actividad de las personas que crean el derecho. Afirman que la actividad del legislador o el producto de ella, es decir, la ley, es justa o injusta»<sup>2</sup>. Y concluye: «Estos dos tipos de juicios pueden compararse con los juicios que afirman que algo es bueno o malo, bonito o feo. Implican que determinado objeto tiene un valor positivo o negativo. El objeto de estas valoraciones puede ser una conducta humana, un orden legal, una regla legal, o una institución jurídica. Aquí entendemos por “valores de la ley” los implícitos en los juicios que afirman que algo es legal o ilegal, mientras que entendemos por “valores de justicia” los implícitos en los juicios que afirman que algo es justo o injusto»<sup>3</sup>.

No es el objeto de este ensayo hacer una reflexión de este tipo. Por lo que he de matizar sólo (y de paso) que excluir de la ciencia del derecho los juicios de hecho supone desconocer —como dije— que la interpretación de las normas es un claro juicio de hecho, que equivale a afirmar que «la norma dice...», «el contenido de la norma es...», «la voluntad del legislador es ésta», etc. Pero mi objetivo aquí va más lejos. ¿Es que sobre el derecho —sean o no contenido propio de su ciencia— no pueden formularse otros juicios? ¿No son formulables también, en base a aquél juicios de interés (como ¿conviene o no esta norma?) o juicios de valor (no ya de carácter ético, sino estético) referidos no sólo a sus contenidos, sino también a su praxis?) ¿Por qué la ciencia prescindió de analizar este aspecto del derecho? Por mezquino pragmatismo. Pero ¿por qué al estudio del valor jurídico por excelencia (la justicia) se le ridiculiza por inútil, fomentándose, incluso, con frecuencia, la recluta de un profesorado ignorante y necio? Hay varias explicaciones de esto, pero me referiré sólo a una: Para evitar que los análisis críticos del derecho tengan calado transformador. En esta línea también —y con la misma finalidad pragmática— se entiende el progresivo abandono de la iusfilosofía de su propio campo, que es el crítico, para convertirse progresivamente en una disciplina servil del derecho vigente. ¿A qué se reduce hoy aquélla? A teoría del derecho (a conocer con precisión el lenguaje expresado del legislador, a interpretar más fielmente su justa, e injusta, voluntad; la de un parlamento, con sus más y sus menos, pero también la de Franco, la de Hitler, la de Calígula o la de Nerón). Eso sí, sin crítica axiológica alguna. Eso es pura «metafísica» jurídica. Kelsen *dixit*.

<sup>1</sup> Hans KELSEN, *What is Justicia? Justicia, Law and Politics in the mirror of Science*, University of California, «De los juicios de valor en la Ciencia del Derecho» I.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

Y para la caterva de borregos togados con estar a la moda ya basta. Hace tiempo que llegué a esta conclusión: La filosofía del derecho sirve a la ciencia del derecho. Ésta sirve a la ley. Y ésta, a su vez, a la clase dominante.

Me salgo, en esto, pues, de los ya clásicos temas –filosóficos y científicos– en el análisis del derecho y me pregunto: ¿Es bello lo jurídico? Eludo preguntarme, pues, si es justo, si es útil, si nos da seguridad suficiente, así como interpretar –o dar un método para ello– sus contenidos normativos, etc.

¿Es bello el derecho? Antes de contestar esta pregunta, permítanme unas reflexiones sobre lo que es la belleza. Recordamos esta frase de Freud: «La belleza no tiene utilidad evidente ni es manifiesta su necesidad cultural, y sin embargo la cultura no podría prescindir de ella»<sup>4</sup>. Lo que equivale a decir (me refiero a la primera parte de la frase) que la belleza no es instrumento necesario para la obtención de otro bien. Complace a quien la contempla, y punto.

Pero el que no sea útil –para el que la vive o la disfruta– no excluye su relación con lo que lo es. Por ejemplo, hay cosas que son bellas, porque indican riqueza. Imagínese, por ejemplo, un decorado suntuosamente bello: ¿Dónde radica su belleza? En que indica riqueza. Imagínese, por contra, un decorado sencillo. No será del todo bello, si está al alcance de todos. Imagínese ahora un solemne cortejo de bien revestidas personalidades, o un desfile marcial de bien organizados soldados. Su belleza en ambos casos la suscita el que son indicadores de poder social de tales colectivos.

Pero, tras la belleza, no siempre hay riqueza y poder. A veces, el valor sustancial de la belleza es la juventud, la vida y el sexo. Las formas propias de la persona joven y vital son hermosas. Del mismo modo que son feas las propias de una persona enfermiza y débil. Y las formas propias de la persona dotada sexualmente dan prestancia a su figura (es decir, belleza). Es de hacer notar aquí la mucha hipocresía que hay en esto: como no se confiesa, ni por asombro, el atractivo que sienten muchos por quienes tienen buen físico, cualidad que con frecuencia fue causa de la ayuda decisiva que les han brindado<sup>5</sup>.

Quizás en esta misma línea escribió también Sánchez Vázquez: «El hombre es el objeto específico del arte, aunque no siempre sea el objeto específico de la realidad artística. Los objetos no humanos represen-

<sup>4</sup> Sigmund FREUD, *El Malestar en la Cultura*, Alianza Editorial, 1978, p. 26.

<sup>5</sup> Cuentan que estaba en cierta ocasión Ortega y Gasset –el ya anciano Ortega– sentado en una terraza de Madrid con otra ilustre carroza. Vieron acercarse a un joven apuesto, y ésta le dijo al primero: «¿Cuánto darías tú por ser como éste?» Y Ortega –sin dudarlo y no sólo por dar una respuesta humorística– respondió: «Todo lo que tengo y soy».

Al margen de la historicidad del hecho, su trasunto es real y bastante generalizado. Y lo que es peor para quienes nuestra juventud se queda ya muy atrás y nos conformamos con otras tareas –escribir, por ejemplo– que tenemos muy serios motivos para ello.

tados artísticamente no son pura y simplemente objetos representados, sino que aparecen en cierta relación con el hombre; es decir, mostrándonos lo que son en sí, sino lo que son para el hombre, o sea, humanizados»<sup>6</sup>. Y añade después: Hay ciencias que se ocupan de los árboles, que los clasifican, que estudian su morfología y sus funciones; pero ¿dónde está la ciencia que se ocupa de los árboles humanizados? Ahora bien, éstos son los objetos que interesan precisamente al arte.

Lo mismo digo de la belleza, cuando su valor sustancial —el valor de referencia— es la justicia: Hay veces que la belleza lo es porque su forma constitutiva recuerda la virtud de la justicia. Pero sólo aquellos comportamientos que reflejan la virtud de la justicia de los poderosos son estéticos: Las maneras propias de quien cumple, exquisitamente, su palabra, de quien no miente, de quien repele quedarse con algo ajeno (moral propia de una clase preocupada por el respeto a la propiedad) son altamente elegantes y estéticas.

Lo mismo digo de los usos: Son bonitos si nos asemejan a los ricos. Son indiferentes, cuando nos dejan integrados en la masa. Y son feos, cuando nos asemejan a los pobres: Ir mal vestidos, ser antihigiénicos, comer sin corrección...

De lo visto se desprende que no se identifica lo bello, cuyo valor sustancial es la justicia, con lo justo. Lo bello es siempre una formalidad que alude a otro valor o interés sustancial (en este caso es la justicia) del que recibe siempre aspectos de su estructura formal. La justicia, pues, no es bella, sino que lo son sólo las estructuras formales relacionadas con ella. ¿Es que es sólo bello parecer ser honrado, pero no lo es en cambio, serlo? No he dicho eso. Lo que dije es que lo estético es siempre lo relativo a las formas. Ejemplo: La forma elegante de saludar y de ceder el asiento con corrección, cuando se hace por estima, además de bello, es ético. En cambio, si se hace sólo por autoadorno, es sólo estético.

Por eso la honradez burguesa es ética, si se hace por amor o por estima al otro. Es estética, en cambio, si se hace por simular la posición social propia de los burgueses.

La belleza, pues, propiamente, es algo formal. Así la entiende, entre otros, Freud. Y, aunque Sánchez Vázquez se refiere a ella también como algo formal, no utiliza el término en este mismo sentido. Escribe al respecto: «Bajo el rubro de formalismo, queda prácticamente englobado aquí todo lo que, en nuestra época, no encaja en un realismo de vía estrecha: futurismo, cubismo, expresionismo y surrealismo»<sup>7</sup>. Pero añade: Esta posición sectaria y dogmática es insostenible porque angosta la esfera del arte, ignorando su naturaleza específica para aplicar a ella exclusivamente criterios ideológicos»<sup>8</sup>. Con lo que

<sup>6</sup> Adolfo SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «El Marxismo Contemporáneo y el Arte», en *Cuadernos de Ruedo Ibérico*, 3 de noviembre de 1965, p. 27.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 29.

<sup>8</sup> *Ibíd.*

en el texto transcrito se opone lo artístico formal (el arte por el arte) al arte como instrumento de ideologización y transformación social. Pero, al fin y al cabo, también reconoce Vázquez ese carácter formal en el arte.

Ya lo hemos visto: la belleza es un valor que produce su agrado específico, y que, como tal valor, engarza también con otros, a los que yo llamé valores sustanciales porque sus formas específicas nos recuerdan aquéllos. Así lo entiende también Adorno, quien escribe que «la dulzura de expresión de muchas piezas de Mozart está recordando la dulzura de la voz humana»<sup>9</sup>. Y aquel agrado específico que produce eso formal que entendemos como belleza, lo produce porque nos hace vivir la ilusión del valor o interés sustancial que le da fuerza. Continúa Adorno en esta misma línea, refiriéndose sólo a la belleza de arte: «Para ella (para la belleza psicoanalítica) las obras de arte son esencialmente proyecciones de lo inconsciente»<sup>10</sup>. O en otros términos: «El arte es la antítesis social de la sociedad y no se puede deducir inmediatamente de ella»<sup>11</sup>.

Adorno se refiere sólo al arte, pero yo me refiero, en cambio, a cualquier manifestación de la belleza –artística o natural–. Por lo que un amanecer es bello, porque se le relaciona con la idea de crecer hacia la plenitud (valor sustancial). Y un atardecer tranquilo lo es también, porque nos hace añorar tiempos pasados. Y un parque en el centro de la ciudad contaminada lo es también porque nos hace revivir la vida en el campo. Lo mismo que es bello el cuadro que refleja la salida y puesta de sol y fluir de un río, o el amor de la infancia, o la lozanía de la fruta, etc. Todo lo que ilusiona desde la posibilidad de realizar un instinto es belleza. Y si esa realidad natural que la hace ilusionarse es construida por la mano del hombre constituye arte, y, si no, se trata, sólo, de belleza.

¿Y la obra artística que refleja una realidad repugnante? Sólo es bella –y así arte– desde su dimensión técnica, en cuanto que indica la capacidad del artífice para representar esa realidad que nos hace revivir las vivencias buenas. Si esta posibilidad desapareciera para el arte, tales plasmaciones resultarían siempre detestables.

Lo mismo que dije de la belleza (en cuanto a la conexión de su estructura formal con un instinto), lo digo también de la fealdad: Si aquélla permite revivir (soñando de día, como dice Adorno que dice el psicoanálisis) la realización de otros valores e intereses, y así, la realización de un instinto, la fealdad, en cambio, supone contemplar (ver, oír, sentir) algo que nos recuerda la frustración, la enfermedad, la debilidad y la marginación.

En tal sentido, dije ya, que es bello el decorado, al que se le relaciona con la riqueza, el vestido que se le relaciona con la juventud; o

<sup>9</sup> Theodor W. ADORNO, *Teoría Estética*, Edit. Taurus, 1983, p. 27.

<sup>10</sup> Theodor W. ADORNO, obra citada, p. 18.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

las formas físicas que relacionamos con el vigor sexual. Pues bien, *sensu contrario*, digo también lo análogo: ¿Qué es la fealdad sino las formas que relacionamos con la pobreza, con la enfermedad, con la debilidad, o con la escasa dotación sexual?

Hemos analizado, hasta aquí, la estructura de lo bello. Pero sólo en un contexto humano. ¿Es que está verificado que el animal no la siente? Hay indicios de que sí. Veamos en qué me baso: Cuando en otras publicaciones<sup>12</sup> demostré que el valor moral –el sentimiento moral, mejor– conecta (y en cierto modo deriva) de la sociabilidad (pues consiste en la valoración del comportamiento filantrópico en cuanto que motiva nuestra buena consideración por los demás) senté un precedente para, al menos, sospechar que también los animales pueden, en cierto modo, sentirlo. ¿No necesitan también ellos ser queridos por sus grupos? ¿No son también solidarios con el animal que sufre las embestidas de otras fieras? ¿No agradecen así también la ayuda generosa del animal amigo o compañero; o no sienten repulsa por el que pudiendo ayudarlo no lo hace?

Parece, pues, fundamentada la sospecha de que el animal siente valores análogos a los morales. Pero ¿puede sospecharse que también siente la belleza? Habría que partir de que el animal tiene memoria, pues como vengo sosteniendo, la belleza lo es siempre en un contexto de formalidades, se trata de una estructura que resulta atractiva porque recuerda otra. Por lo que, si el animal puede recordar las situaciones agradables que añora, y si puede entender la relación formal de otras que contempla con aquéllas, pienso que el animal podría sentir cierta belleza. Por ejemplo, en ciertos sonidos que emite y escucha (a los que quizás relacione, por ejemplo, con el fluir del río, o con el movimiento del ramaje de un bosque, del que se alimenta. ¿Qué sería esto sino algo análogo al arte musical? ¿Y no cabe sospechar que el intenso piar de un colectivo de pájaros es una forma de persuadirse de algo (la que unos hacen mejor y otros muy bien) asimilable a la oratoria? Y a partir de aquí encontramos análogos con todas las artes.

Yo no digo que el animal valore un cuadro de Velázquez, o una novela de Sartre, o la sexta sinfonía de Beethoven, porque ello presupone entender ciertos rasgos específicamente humanos, que son los que presuponen conectada la obra con aquellas situaciones (valores e intereses sustanciales). Por la misma razón que el hombre no puede sentir como valores lo que podrían sentir los pájaros desde su situación específica.

Escribe White (a quien MacFarlan Burnet transcribe) estas aleccionadoras palabras: «El cristianismo y las dos herejías judeo-cristianas –como White las denomina–, el islamismo y el marxismo, se ocupan por completo del hombre... Las tres religiones están dominadas por la fe en

<sup>12</sup> Vid. mi libro *Cuatro Estudios sobre Libertad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999.



el perpetuo progreso humano, pero también por una falta fundamental de interés en el resto del mundo viviente. Lo mismo es también válido, al menos en parte, para las modernas filosofías areo-humanistas... White concluye con la interesantísima idea de que, de los grandes maestros cristianos, sólo S. Francisco de Asís predicó la virtud de la humildad tanto para el individuo como para el hombre, en tanto que especie. Aquí está el germen de un pensamiento sobre cómo podrá evolucionar el cristianismo si la civilización occidental consigue sobrevivir»<sup>13</sup>.

Lo dicho se refiere a la belleza en general: A la natural y a la histórica. Y dentro de ésta, a la que se manifiesta en el arte, y a la que no es manifiesta la intención de producirla, pero hay intención. El atuendo solemne de dignatarios (las togas de los abogados, los birretes de los catedráticos, la púrpura de los cardenales, los sayales clericales en las solemnes ceremonias) tiene también como fin (quizás no único) sensibilizar al espectador y hacerle sentir la belleza.

El objetivo central de este estudio, sin embargo, es analizar la relación entre derecho y belleza. ¿Es bello el derecho? En otros términos ¿es bello todo lo jurídico desde el orden normativo hasta el estilo de los abogados al expresarse, al vestir la toga, pasando por su ciencia y formas de razonamiento, etc.?

Que es bonito un desfile de serios y añosos magistrados, abriendo el año judicial, es obvio. Que no lo es menos el desfile procesional de los que abrimos cada año el curso académico, también. Y lo es también el fino estilo —que con frecuencia sólo queda en eso: en buen estilo— de quienes enseñamos derecho. Y lo es el estilo, distinguidamente, fino, al charlar, al tomar café, al llevar esa cartera que porta, normalmente, lo que cabe en un bolsillo, etc.

La descripción de situaciones, modalidades y cosas bellas, concierne a lo jurídico, es innecesaria. Cualquiera las recuerda. Por lo que lo que, a mí, aquí me interesa es explicar, por qué agradan.

Anticipé ya, en cierto modo, la respuesta: La belleza es algo formal; pero cuya estructura conecta, siempre, con un valor, o interés sustancial. ¿Cuál es éste en lo jurídico? El Poder. Por eso son bellos los aludidos gestos, los anacrónicos atuendos togales, las maneras protocolarias en los juzgados y facultades. Porque son propios de los que enseñan, ejercen y juzgan; y, por ende, están cercanos —o forman parte— del poder. Del mismo modo que son feos los atuendos que denotan pobreza, que acusan marginación, o que recuerdan la enfermedad, etc.

Mi hipótesis no es difícil de entender, aunque tampoco se compagina, fácilmente, con esta de Freud, quien vincula la belleza con el instinto sexual. Leámoslo:

«La ciencia de la estética investiga las condiciones en las cuales las cosas se perciben como bellas, pero no ha logrado explicar la esen-

<sup>13</sup> MACFARLANE BURNET, *Dominant Mammal. The Biology of Human Destiny*, cap. 3, al final.

cia y el origen de la belleza... Desgraciadamente tampoco el psicoanálisis tiene mucho que decirnos sobre la belleza. Lo único seguro parece ser su derivación del terreno de las sensaciones sexuales, representando un modelo ideal de una tendencia coartada en su fin»<sup>14</sup>.

Entiendo el sentido de este texto freudiano, y hasta cierto punto, lo comparto: La belleza –dice– deriva del terreno de las sensaciones sexuales, y representa lo ideal de una tendencia (sexual) coartada. Cualquiera que lea esto pensará: Obsesión de Freud por el sexo. Pero hay interpretaciones de este texto más correctas. Por ejemplo: Yo tuve ya la ocasión de demostrar que cualquier valor humano lo es porque motiva, a quien lo tiene, la aceptación por el grupo. Se trata, pues, del ideal de una tendencia coartada en su fin, dado que eso que gusta –y que nos hace bellos– nos gusta porque idealiza lo que en el fondo es una tendencia social (para Freud sexual) reprimida y cuya posesión anuncia la realización de la misma; pero ¿y de lo que es bello (del paisaje bello, por ejemplo)? ¿Puede decirse que el paisaje, o el amanecer, o el atardecer son bellos porque suponen una tendencia coartada en su fin? Creo que también, pues la emoción que suscitan muchas veces se debe a que la imagen de lo bello –aunque sea un paisaje, o un amanecer, etc.– nos hace revivir (o previvir) situaciones mejores y tiempos más felices.

Pero Freud conecta lo bello, precisamente, con una tendencia sexual coartada y no con la sociabilidad. Lo que se explica recordando que, para él, lo sexual no es sólo lo que lo es estrictamente, sino todo lo concerniente a cualesquiera pulsiones hacia la relación social, lo origina el instinto sexual.

Pero mi gran pregunta, como dije, va más lejos: ¿Cómo concuerda mi postura –la belleza de lo jurídico lo es porque esto indica poder– con la postura freudiana de que lo bello representa el ideal de una realización sexual inhibida? Pues, partiendo nuevamente de la tesis a la que me he referido ya: el deseo de relación sexual –y en él, el de ser aceptado por (y serles grato a) los demás, no tiene más origen que el del instinto sexual.

No expresaba yo –ni tampoco Freud– lo que algunos leen en ello –que el maestro desea sexual, y conscientemente, al discípulo; ni que el político, ni el científico, ni el artista, desean del mismo modo a su público, sino que el deseo de ser queridos (para Freud de naturaleza sexual sublimado) les empuja a ello.

Así es también la erótica del poder (y en ella la de los que participan en él, con toga, con birrete, enmangados en bonitas puñetas, suscitando en los demás la admiración y el respeto. De no ser así, ni lo verían estético, ni tendrían tanto estímulo para vencer las dificultades que el éxito conlleva.

<sup>14</sup> Sigmund FREUD, *El malestar en la cultura*, Alianza Editorial, 1978, p. 27.

Por el tono en el que hablo podría sostenerse que la aludida parafernalia no es más que una farsa, pero no es así: Quienes actúan en la escena sienten gran respeto por las formas y un idolátrico símbolo con los que juegan, así como un –para mí– idolátrico respeto por lo que representan. Por lo que esos gestos y ropajes de la liturgia tiene, para ellos, una gran belleza: Se trata de la razón de ser de su prestigio social, por lo que la emoción que sienten al vivirlos la produce ante todo –y a veces sólo– el que por todo eso la sociedad les acepta, les admira, y les quiere.

Cuando el jurista, pues, en los espectáculos forenses se emociona, no es la justicia lo que le emociona, sino el hecho de que se siente ensalzado (realizado en su sociabilidad) por los demás.

Lo mismo digo del mitrado que, desde el poder eclesiástico, dirige su grey, a la que ve arrodillada para recibir su bendición. Es también aquí el sentirse querido (desde la admiración que suscita, por su poder) lo que le emociona y hace sentir tan bellos sus símbolos.

Lo mismo digo del político, que, en campaña, se siente ensalzado, por lo que siente el valor de la Constitución, del parlamento, del imperio de la ley, y de otras idolatrías laicas. Pero la explicación de sus sentimientos es también psicológica: Representan el porqué real de lo que le supone, a él, ser respetado y admirado por las multitudes.

Si el obispo, por lo que sea, acabara de notario (aunque mantuviera su misma fe) su admiración por la simbología religiosa bajaría. Y de igual modo, en el político, lo dejaran de admirar las masas, disminuiría su respeto por los valores, y símbolos, políticos. Cuando hablamos del poder como el determinante de ciertos valores estéticos, hemos de matizar el sentido en que decimos poder: Es bello, en efecto, todo lo concerniente a aquél, pero ¿es bello también lo concerniente al poder de una banda de ladrones? No. Caben dos explicaciones de esto: Cabe pensar que si esa banda carece de prestigio es porque carece también de la fuerza suficiente para contrarrestar aquella que reprime a sus miembros. Por lo que si un día se hiciera poderosa como el Estado, la buena consideración social de sus miembros –y la estética de sus modales y formas– sería equivalente a la del Estado y sus miembros.

Pero también cabe pensar que todo lo referente a un poder sin ética repele, y que el poder agrada –es propiamente poder– cuando su voluntad la legitima una ética. Hay una frase de Talleyrand –normalmente atribuida a Napoleón– que dice así: «Sire, se puede hacer cualquier cosa con las bayonetas, excepto sentarse sobre ellas»<sup>15</sup>.

Esta vinculación de poder y legitimidad lo es no sólo en cuanto a que, sin ésta, no hay propiamente poder, sino fuerza bruta, sino tam-

---

<sup>15</sup> Vid. Richard A. SCHERMERHORN, *El Poder y la Sociedad*, Edit. Paidós, 1963, 57. *Society and Power*, Edit. Studies in Sociology, Random House, New York, 1961, cap. III.

bién, en cuanto a que la legitimidad del mismo determina su duración, como dice Talleyrand, y demostró suficientemente Gramsci y la sociología política moderna. Y en la misma línea escribió Freud: «El poderío de tal comunidad se enfrenta entonces, como “Derecho” con el poderío del individuo, que se tacha de “fuerza bruta”... Así, pues, el primer requisito cultural es el de la justicia, o sea, la seguridad de que el orden jurídico, una vez establecido, ya no será violado a favor de un individuo, sin que esto implique un pronunciamiento sobre el valor ético de semejante derecho...»<sup>16</sup>.

Pero no sólo la legitimidad refuerza el poder (y hasta lo constituye, pues si no sería fuerza bruta), sino que también el poder —como dije— determina ésta. En efecto, el hecho de ser fuerte determina, en los débiles, la tendencia a respetarle. Y sólo si hay cierta proximidad al poderoso, por quien no lo es tanto, pero tiene fuerza suficiente para sentirse con cualidades para mantenerse independiente, puede ver sin valor la voluntad de aquél.

Esta postura aquí expuesta la refleja el respeto carismático de los pueblos atrasados a sus líderes. Es el gran poder que ejercen éstos lo que les hace sagrados ante aquéllos, así como infalible su criterio y ética a su voluntad. Primero, porque los consideran como la defensa más eficaz contra sus comunes enemigos; segundo, porque son los virtuales tiranos de esos súbditos, y, al ser capaces, así, de ejercer más tiranía, despiertan, con frecuencia, el agradecimiento en sus súbditos.

Ser poderoso, pues, es la piedra angular del poder legítimo. Y, a partir de ahí, de un sistema de moralidad (normas que concuerdan con su voluntad soberana) y de criterios estéticos (las formas que gustan al poder).

Aquí radica la belleza de lo jurídico: En que sus formas (desde la ley a las togas y birretes, pasando por el buen estilo al hacer y decir) gustan —e indican— poder.

Y hasta el valor sustancial de lo jurídico (la Justicia) se sentiría así mermado, si se lo desconecta del poder. Y ¿cómo quedaría la ciencia jurídica, desvinculada de sus formalidades y adornos? Pues decimos de ella lo mismo: que, si en vez de conectar lo expuesto con el poder social conectara —y gustara— a los grupos marginales; o que, si en vez de utilizar un lenguaje culto y erudito (con frecuencia latinizante) utilizara un sencillo y preciso *cheli*, nuestros engolados jurisconsultos desprecian aquélla. Es por lo que yo siempre he pensado que sin esas formalidades exquisitas al uso del jurista, lo que vemos como ciencia quedaría reducido a simples afirmaciones inteligentes<sup>17</sup>.

Pero lo sustancial de esa belleza (jurídica) y de lo complaciente del ejercicio de sus distintas profesiones, es que son una válvula de

<sup>16</sup> Ibídem.

<sup>17</sup> Para una mejor comprensión del fenómeno, *vid.* Norberto ÁLVAREZ, *Jalones para una Teoría Crítica de la Dignidad humana*, Publicaciones del autor, 1996.

escape de la agresividad reprimida de muchos profesionales –sobre todo jueces y fiscales– del derecho. ¿Cuántos jueces hay que, al castigar a los adúlteros, liberan agresividad contra su mujer y el hombre que le gusta? ¿Cuántos, al castigar al ratero, castigan a los que les impiden salir tranquilos de noche? Y si pudiéramos psicoanalizar a los que castigan con dureza al violador, al estuprante, al pedófilo..., ¿seguiríamos manteniendo que el juez es menos esclavo de esta mezquina naturaleza que cubrimos todos (desde con alhajas y perfumes hasta con comportamientos virtuosos) que el ciudadano más tirado, para seguir considerándole la garantía de la libertad?

Lo mismo digo de los iracundos abogados, aunque en éstos, en el interés que ofrece su profesión (determinante también de la belleza de su ejercicio) juega un papel importante el espíritu lúdico de la profesión.

Comoquiera que sea, todo contribuye a aumentar el interés –y belleza– de las formalidades jurídicas: terminología, formalidades, maneras y estilos.



## ¿Cuál es el desafío de Dworkin?

Por PABLO RAÚL BONORINO

Universidad de Mar del Plata  
Universidad de León  
S.A.D.A.F.

1. Dworkin inició *Law's Empire* (Dworkin 1986, en adelante *LE*) con un enigmático cuestionamiento al positivismo jurídico: el llamado «argumento del agujón semántico», que se puede reconstruir de la siguiente manera:

(1) Toda teoría jurídica debe poder explicar la mayoría de los desacuerdos importantes que se producen en la práctica jurídica como casos de «desacuerdos genuinos» (presupuesto 1).

(2) Para que un desacuerdo sea considerado «genuino», los términos en los que se formulan las posiciones enfrentadas deben significar lo mismo para cada uno de los contendientes. Cuando esto no ocurre, el desacuerdo entre ellos es meramente verbal: creen que discuten pero en realidad están utilizando las palabras con diferentes significados y, en consecuencia, están hablando de cosas diferentes (presupuesto 2).

(3) Para enfrentar con éxito el análisis de estas cuestiones, resulta de vital importancia determinar previamente qué se entiende por «significado». La semántica es la disciplina filosófica que se ocupa de responder la pregunta «¿qué es el significado?». En consecuencia, toda explicación de los desacuerdos jurídicos presupone necesariamente alguna afirmación semántica, y cuando una explicación resulta poco satisfactoria debemos buscar las razones de esta falla en dichos presupuestos (presupuesto 3).

(4) Las teorías semánticas del derecho consideran que el significado de los términos está determinado por los criterios establecidos por las reglas compartidas que rigen su uso. En consecuencia, no se pueden concebir desacuerdos genuinos en relación con lo que

Dworkin llama «casos centrales» a los se aplican dichos términos. Los desacuerdos respecto de casos centrales no pueden ser considerados disputas genuinas, según la teoría semántica que Dworkin está cuestionando, porque dichos desacuerdos implican una disputa sobre los criterios mismos que determinan el significado de los términos que en ellos se emplean, y no sobre su aplicación en ciertos casos marginales. En estos casos, quien adopte una semántica basada en criterios, debe afirmar que quienes discuten o bien están hablando idiomas diferentes o bien uno de los dos no puede ser considerado un hablante competente del lenguaje en el que se desarrolla la disputa. Las dos alternativas conducen a la misma conclusión: una discusión de ese tipo constituiría un típico ejemplo de pseudo-disputa verbal (*LE*: 42).

(5) Las disputas entre juristas en los llamados «casos difíciles», esto es, aquellos casos frente a los que expertos en cuestiones jurídicas difieren a la hora de determinar su solución, constituyen lo que Dworkin denomina «desacuerdos teóricos» respecto del derecho. Estos desacuerdos teóricos surgen en torno a la verdad de ciertas proposiciones jurídicas, fundamentos del derecho, que dependen, en última instancia, de la forma en que se responda a la pregunta «¿qué es el derecho?». Estas disputas versan sobre casos centrales de aplicación de «derecho», y en consecuencia constituyen discusiones sobre los criterios de aplicación de dicha expresión (*LE*: 44).

(6) Las teorías semánticas del derecho, en concordancia con los supuestos que adoptan respecto del significado expresados en (4), son aquellas que han intentado responder a la pregunta «¿qué es el derecho?», explicitando cuáles son los criterios con la que los juristas emplean la expresión «derecho» (*LE*: 32).

(7) Según las teorías semánticas del derecho, los desacuerdos de los juristas en los casos difíciles deben ser explicados como ejemplos típicos de pseudodisputas verbales (*LE*: 44).

(Conclusión) Las teorías semánticas del derecho resultan inaceptables porque ofrecen una explicación extravagante de los desacuerdos teóricos que se producen de forma corriente en la práctica jurídica (*LE*: 44).

La forma imprecisa en la que Dworkin identificó el blanco al que apunta con este argumento, aludiendo a ciertas posiciones filosóficas preocupadas por explicar el significado de la palabra «derecho», ha llevado a muchos a subestimar su importancia. El propio Hart consideró que la propuesta que expusiera en *El concepto de derecho* (Hart, 1994, en adelante *TCL*) no se veía afectada por el argumento de Dworkin, toda vez que su pretensión no era la de explicar el significado de la palabra «derecho». Sostuvo también que su posición y la que éste defendía en *LE* podían ser entendidas como complementarias (*TCL*: 246-7). Esta interpretación, no reñida con el propio texto de Dworkin, es la que llevó a Hart a no considerar necesario responder al argumento del aguijón semántico en el escrito en el que se encontraba trabajando antes de su muerte. Me refiero al *Postscript* publicado en



la segunda edición de *TCL*. En el trabajo que Dworkin dedicó a analizar este borrador póstumo de Hart, insiste con la caracterización de la teoría de Hart como una teoría semántica, pero hace la salvedad de que lo que le impide dar cuenta de los desacuerdos teóricos es el tipo de teoría semántica que presupone. El problema residiría en que Hart supondría una semántica basada en criterios [*criterial semantics*] (Dworkin 1994: 9-16).

La defensa de Hart, en otras palabras, consistió en sostener que su teoría no podía ser considerada una «teoría semántica del derecho» porque en ningún lugar de su obra podían encontrarse elementos que permitieran atribuirle la afirmación (6). Sin embargo, la forma en la que Dworkin entiende la propuesta de algunos de los filósofos del derecho contemporáneos no deja de tener cierto viso de verosimilitud. Recientemente se han publicado dos réplicas al argumento del aguijón semántico (Endicott 1998 y Raz 1998), las que resultan particularmente interesantes pues consideran que el argumento de Dworkin es mucho más importante y destructivo que lo que el propio Hart creía. En ambos casos la estrategia crítica consiste en cuestionar la forma en la que Dworkin entiende los presupuestos semánticos de la teoría de Hart (premisa 4) y, en consecuencia, rechazar la conclusión de su argumento.

En este trabajo sostendré: (1) que las críticas que formula Endicott resultan insatisfactorias, pues se apoyan en una interpretación problemática de los presupuestos semánticos de *TCL*, y porque las razones que aporta no son suficientes para mostrar que con dicha interpretación la posición de Hart resultaría claramente preferible a la de Dworkin; (2) que la réplica de Raz constituye una refutación aceptable, pero que lleva a darle la razón a Dworkin cuando sostiene que la labor de elucidación conceptual no puede concebirse como una tarea exclusivamente descriptiva; (3) que ambas posiciones comparten un punto de partida común: el convencionalismo, y una debilidad común: no interpretan el argumento del aguijón semántico como un ataque al propio convencionalismo. Una vez comprendido de esta manera el desafío de Dworkin, queda en evidencia que la manera más eficaz de enfrentarlo es cuestionando los propios fundamentos semánticos de su propuesta, lo que requiere analizar y criticar su peculiar concepción de la interpretación.

2. Endicott (1998) sostiene: (1) que los argumentos de Dworkin son críticas poderosas para una teoría que adopte una semántica basada en criterios, pero que Hart no defiende ninguna afirmación semántica que pueda entenderse de esa manera, y (2) que las tesis semánticas que Hart en realidad defiende en *TCL* no sólo no resultan vulnerables a ninguna de las críticas que pueden extraerse de *LE*, sino que, además, ofrecen mejores explicaciones que aquellas que se derivan de la semántica interpretativa de Dworkin, por lo que deben ser preferidas a éstas.

En relación con la primera cuestión, Endicott afirma que Hart no posee una teoría semántica basada en criterios (ni ninguna teoría semántica articulada) sino que sus afirmaciones semánticas son mucho más simples y modestas. Para Hart, la extensión de un concepto sólo podría expresarse mostrando cómo sus instancias de aplicación se relacionan con los casos centrales o paradigmáticos en los que se utiliza. Estas relaciones son analógicas, y la analogía nunca puede ofrecer pruebas incontrovertidas para determinar la aplicación de un concepto (Endicott 1998: 286). Si esta interpretación fuera correcta, la teoría de Hart podría dar cuenta tanto del acuerdo como del desacuerdo en torno al concepto de derecho. La comunicación estaría garantizada por el carácter indiscutible de los paradigmas, mientras que los desacuerdos serían explicables por las distintas posibilidades que existirían a la hora de establecer relaciones analógicas entre dichos paradigmas y otros casos a los que se pretendería aplicar el mismo concepto. De acuerdo con esta interpretación de las tesis semánticas de Hart, se debe aceptar que *TCL* no puede ser considerado el blanco del argumento del aguijón semántico tal como lo formula Dworkin.

Los argumentos que Endicott brinda en apoyo de esta primera afirmación se reducen a una interpretación de los presupuestos semánticos de la obra de Hart que no es compartida por aquellos que se han dedicado a analizar en detalle los presupuestos de sus trabajos (cf. Bayles 1992, MacCormick 1981, Hacker 1977, Baker 1977), y que en muchas ocasiones resulta forzada (Endicott 1998: 288-290). No obstante, creo conveniente no cuestionar el argumento de Endicott en este punto, pues la atribución de tesis semánticas a Hart que realiza se basa exclusivamente en una interpretación de las imprecisas afirmaciones que aquél formula o presupone en *TCL*. Discutirlas requeriría ingresar en disputas exegéticas en torno a un texto que no aborda directamente esta problemática. Por otra parte, esta maniobra argumentativa para mantener a Hart a salvo del aguijón semántico parece reducirse a mostrar que su teoría en realidad no constituye el blanco del argumento de Dworkin. Entendida de esta manera, parecería una mera sofisticación (menos convincente) de la forma en la que respondió el propio Hart. Sin embargo, no es ésta la intención de Endicott. Lo que en realidad está proponiendo es redefinir el objeto del debate entre Hart y Dworkin reduciéndolo a una sola cuestión: ¿pueden ser indiscutibles los paradigmas? (Endicott 1998: 285). Para tener éxito debe mostrar que Dworkin está equivocado cuando defiende una respuesta negativa a este interrogante, y a ello se dedica en la segunda parte de su argumentación.

Endicott sostiene que los conceptos abstractos poseen casos centrales de aplicación o paradigmas que son indiscutibles, por lo que Dworkin estaría equivocado cuando afirma que los casos paradigmáticos no constituyen verdades conceptuales, sino afirmaciones contingentes con «aroma conceptual», que gozan de una situación privile-

giada en la práctica interpretativa pero que no son inmunes a la revisión (*LE*: 72). Existen ciertos paradigmas persistentes de conceptos abstractos. Son ejemplos de este tipo de paradigmas la *Odisea* respecto del concepto abstracto «poesía épica», *El Danubio Azul* en relación con «música» y *el potro* correlacionado con «castigo cruel». A su entender, ninguna concepción o teoría sobre estos conceptos abstractos que no tuviera en cuenta los paradigmas mencionados serviría para dar cuenta de las otras instancias de aplicación del concepto. Esto significa que no podría ser considerada ni siquiera como una teoría o concepción de *ese* concepto. Por lo tanto, Dworkin debería reconocer que ciertos paradigmas resultan indiscutibles, y que en ese sentido resultan verdades conceptuales (Endicott 1998: 294).

Una posible réplica de Dworkin podría consistir en sostener que si alguien dijera algo como «*El Danubio Azul* no es música», su teoría semántica permitiría explicar que comprendiéramos su afirmación y que al mismo tiempo pudiéramos considerarla falsa, por ser el producto de una mala teoría interpretativa de nuestras prácticas artísticas actuales. Estas afirmaciones extravagantes, como las llama Endicott, constituirían en cambio un grave problema para la semántica modesta de Hart. Si el significado del concepto *M* consiste en las características salientes del objeto *d*, quien afirmara «*d* no es *M*» estaría sosteniendo un enunciado sin sentido. El dilema surgiría porque un enunciado sin sentido carece de significado y no puede ser considerado ni verdadero ni falso. Sin embargo, Dworkin tiene razón cuando dice que en realidad podemos comprender las afirmaciones extravagantes y considerarlas falsas (Endicott 1998: 295).

Endicott sostiene, en primer lugar, que las afirmaciones extravagantes, aún siendo sin sentidos, pueden ser consideradas significativas si se aceptan las tesis semánticas modestas. «*El Danubio Azul* no es música», por ejemplo, podría ser entendida como una afirmación con sentido figurado, con la que se pretendería afirmar «*El Danubio Azul* es una mala pieza musical». Estos usos parasitarios de un concepto, en realidad son significativos por el carácter indiscutible de los casos paradigmáticos que aparentemente ponen en discusión. En segundo lugar, para que sea posible la comunicación, Hart requeriría la existencia de un acuerdo general respecto de los casos paradigmáticos. Pero dicho acuerdo no necesitaría ser absoluto, lo cual permitiría considerar como hablantes competentes a quienes emitiesen una afirmación extravagante genuina (Endicott 1998: 296-7).

La descripción de Dworkin de la situación que estamos considerando consistiría en atribuir a quien emite una afirmación extravagante, como la mencionada anteriormente, una teoría o concepción errónea respecto del concepto abstracto. Para probar este error, un interpretativista debería desarrollar una teoría que compita con la mala teoría y que permitiera mostrar con éxito por qué la misma no puede ser considerada una concepción satisfactoria del concepto en cuestión. Endicott cree que el problema de esta explicación radica en

que lo que en ella se considera una mala teoría sobre un concepto, en realidad no podría ser considerada una teoría sobre dicho concepto. Una teoría que permitiera apoyar la afirmación «*El Danubio Azul* no es música», no podría ser considerada una teoría que utilizara el concepto de «música» que actualmente poseemos. Esto no significa que mañana no pueda cambiar la situación y que, por ejemplo, *El Danubio Azul* pudiera dejar de ser considerado música. Pero en ese caso deberíamos decir que ha cambiado el concepto de música en relación con el que poseíamos, y no que se ha desarrollado una nueva concepción o teoría sobre el mismo (Endicott 1998: 295-6).

Endicott cree que, teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede concluir que las tesis semánticas modestas permiten ofrecer mejores explicaciones de los desacuerdos que las tesis semánticas interpretativas que supuestamente defendería Dworkin. Sin embargo, esto no resulta tan claro. El éxito de su argumento depende, en primer lugar, de que se acepte que el proceso interpretativo que describe Dworkin constituye su teoría semántica para dar cuenta de conceptos abstractos, como «derecho». Esto implica entender las críticas que formula a las «teorías semánticas» en *LE* como dirigidas únicamente a las «teorías que adoptan cierta posición semántica». En segundo lugar, requiere admitir que la lectura de la posición de Dworkin que realiza Endicott resulta la mejor interpretación posible de la misma. En tercer lugar, se debería aceptar que es preferible atribuirle sentido a una afirmación extravagante considerándola el producto de un acto de habla indirecto que como derivada de una concepción errónea del concepto en cuestión, ya que de esta manera se podrían explicar mejor los desacuerdos que pueden surgir en torno de dichas afirmaciones. Lo primero puede ser concedido (ver Dworkin 1994), pero para poder tomar posición en relación con el segundo y tercer punto, deberíamos considerar la plausibilidad que cabe asignarle a la teoría general de la interpretación constructiva que defiende Dworkin (ver Dworkin 1985 y 1986). Analizar en detalle las razones que Endicott esgrime en su defensa requeriría reconstruir y evaluar la teoría interpretativa de Dworkin, pues en realidad se trata de una crítica a los fundamentos de su propuesta, entendidos como tesis semánticas. Sin embargo, en ningún momento de su exposición Endicott se detiene en esta cuestión. Sólo presenta una descripción acartonada de la forma en la que un supuesto interpretativista dworkiniano se enfrentaría a una afirmación extravagante.

Dworkin sostiene que el significado de los «conceptos interpretativos» sólo puede ser determinado interpretando la práctica social en la que se emplean. Interpretar consiste, en todos los casos, en mostrar al objeto interpretado en su mejor perspectiva. Toda interpretación debe ajustarse a los rasgos relevantes del objeto a interpretar y debe mostrarlo como lo mejor que puede ser dentro de su género. Existe, en consecuencia, una estrecha conexión entre ofrecer una interpretación y asumir una posición respecto de ciertas cuestiones controvertidas

sobre lo que hace valioso al objeto interpretado. Dos especialistas competentes que posean distintas convicciones sustantivas sobre el valor a dar a los objetos de su dominio, podrían estar en desacuerdo, por esa razón, aun sobre la manera en que identifican el objeto a interpretar.

Según Dworkin, no se puede entender la labor de la filosofía como un análisis neutral de los conceptos fundamentales que se utilizan en el seno de una práctica social. ¿Qué es lo que puede ofrecer entonces el filósofo a los participantes de estas prácticas? Dworkin sostiene que existen al menos dos cuestiones respecto de las cuales la filosofía puede dar una visión de una práctica social más general que la que suelen ofrecer las teorías que se utilizan en ella. Estas cuestiones están relacionadas con el grado de acuerdo del que gozan ciertas proposiciones en el seno de la práctica. Es imprescindible que exista acuerdo en torno a ciertas creencias (sobre ciertos contenidos y características de la práctica) para que puedan surgir los desacuerdos interpretativos en torno a otras creencias (relacionadas con su valor). Estos acuerdos son contingentes, y cualquier informe que se haga de los mismos también lo será. Teniendo en cuenta estas características básicas, Dworkin considera que son dos las labores principales de las que pueden ocuparse los filósofos. La primera, es aislar los conceptos centrales de la práctica, aquellos que permitan entender las disputas como enfrentamientos entre diversas concepciones sobre dichos conceptos. La segunda, es identificar ciertos paradigmas, esto es, ciertas exigencias de la práctica que en un momento determinado de su desarrollo constituyen rasgos no controvertidos que permiten poner a prueba las nuevas interpretaciones que se propongan (*LE*: 68-70).

Endicott sostiene que el punto de desacuerdo entre Hart y Dworkin es el carácter indiscutible de los casos paradigmáticos de aplicación de los conceptos abstractos. Sin embargo, Dworkin sólo pretende explicar con su «semántica interpretativa» el significado de los que denomina «conceptos interpretativos». Dworkin considera que el significado de ciertos conceptos (a los que llamaré «ordinarios» para diferenciarlos), como «libro», puede ser entendido como proviniendo del conjunto de reglas que establecen los criterios de uso (*LE*: 68, 72). Pero esta forma de entender el significado resulta inadecuada para otros, entre los que se encuentra «derecho», a los que denomina «conceptos interpretativos».

La pregunta que debemos hacernos es: ¿el desacuerdo entre Endicott y Dworkin es genuino? ¿Son lo mismo los «conceptos abstractos» a los que se refiere Endicott en su argumento y los «conceptos interpretativos» cuyo significado pretende explicar Dworkin? Endicott no aclara a que llama «conceptos abstractos», sólo hace una enumeración al inicio de su exposición. Allí afirma que «poesía épica», «música» y «castigo cruel» son ejemplos de conceptos abstractos. El último de ellos sería considerado por Dworkin un «concepto interpretativo» sin lugar a dudas (ver Dworkin 1997). Pero «poesía épica» y

«música», por el contrario, no parecen guardar diferencias relevantes con el concepto «libro», que Dworkin expresamente considera fuera del alcance de la expresión. Un elemento característico de los «conceptos interpretativos» es su carácter esencialmente valorativo, uno de los rasgos que Dworkin parece haber adoptado del trabajo de Gallie al que remite en este tramo de su exposición (ver Gallie 1956). Su preocupación es explicar los desacuerdos que surgen en torno a enunciados formulados empleando «conceptos interpretativos» (o que dependen de la verdad de proposiciones en los que se utilizan dichos conceptos), no pretende dar cuenta del significado de todas las expresiones del lenguaje que también se utilizan en el marco de un desacuerdo.

El problema reside en que ciertos conceptos, como «música», pueden ser empleados de las dos maneras. Puede utilizarse como «libro», para aludir en general a cierto tipo de manifestación artística, y en ese caso resultan casos paradigmáticos de aplicación tanto *El Danubio Azul* como la nana improvisada con la que noche a noche intento (infructuosamente) hacer dormir a mi pequeño hijo. Pero también puede utilizarse con mayúsculas, «Música», para aludir a los grandes hitos del arte musical. Cuando abrimos un volumen titulado «Historia de la música», entendemos el uso de «música» de esta manera. Por eso esperamos encontrar la novena sinfonía de Beethoven o los dramas musicales de Wagner, pero de ninguna manera mis horribles nanas. En este último sentido, «música» no resulta diferenciable de «castigo cruel», y debería ser considerado por Dworkin un «concepto interpretativo». La misma ambigüedad pragmática parecen presentar otros conceptos similares como «escultura», «pintura» e incluso «arte». Es lo que Endicott denomina, sin dar mayores razones, un uso parasitario del concepto.

Endicott emplea «música» de ambas maneras a lo largo de su argumentación: como concepto ordinario en sus premisas y como concepto interpretativo en su conclusión. Cuando afirma que «*El Danubio Azul* no es música», es una afirmación extravagante, está empleando «música» como concepto ordinario. Cuando plantea las discrepancias entre Hart y Dworkin como alternativas para dar cuenta de ese tipo de afirmaciones, y critica la explicación que este último ofrecería, debe entenderlo como un concepto interpretativo, pues con su semántica interpretativa Dworkin sólo aspira a explicar el significado de este tipo de conceptos. ¿Qué pasaría si pretendiéramos eliminar esta tensión del argumento de Endicott? La expresión «*El Danubio Azul* no es música», entendiendo el concepto «música» como un concepto interpretativo (y por ende valorativo) no constituiría una afirmación extravagante, sino una toma de posición frente al arte musical. Y en este caso tiene razón Dworkin: todos los paradigmas son, en principio, revisables, como da sobradas muestras la historia del arte. Pondré sólo un ejemplo. Durante cuatrocientos años el *Apollo de Belvedere* fue el paradigma escultórico indiscutible de desnudo masculino, todos

los artistas de la época estudiaban y discutían sus características, era la pieza más visitada y el orgullo del museo que la poseyera. Hoy en día se encuentra totalmente olvidada, se mantiene en exhibición por su valor histórico, y es visitada sólo por turistas que contratan tours organizados (ver Clark 1997: 23-24). A nadie se le ocurriría decir por ello que no se trata de una escultura (en sentido ordinario), pero la afirmación «El *Apollo de Belvedere* no es escultura» (en sentido valorativo) no sería entendida como una afirmación extravagante, sino todo lo contrario.

En ese caso, deberíamos elegir entre dos maneras de explicar los desacuerdos que podrían surgir respecto de la verdad de dichas afirmaciones:

(1) Según la forma en la que Endicott propone entender los presupuestos semánticos de Hart, dichos desacuerdos serían genuinas disputas valorativas encubiertas. Para mostrar que quien emite una afirmación extravagante está equivocado, se deberían explicitar y cuestionar los presupuestos valorativos desde los que la misma fue emitida.

(2) Según Dworkin, esos desacuerdos manifiestamente valorativos pueden explicarse por las distintas concepciones que respecto de aquello que hace a una pieza musical una buena pieza musical poseen quienes discuten. Para mostrar que quien ha emitido la afirmación extravagante se encuentra en un error se debería explicitar y cuestionar la concepción del concepto que presupone.

Una vez puestas las cosas de esta manera, la disputa entre Endicott y Dworkin parece una discusión meramente verbal. Lo que Dworkin llama «conceptos interpretativos», Endicott lo denomina «uso parasitario de ciertos conceptos». Según Dworkin un desacuerdo respecto de la verdad de una afirmación extravagante es un desacuerdo interpretativo originado por las distintas concepciones respecto de lo que es valioso en la práctica en cuestión, mientras que para Endicott constituyen desacuerdos valorativos encubiertos. Dada la falta de una explicación de estos últimos, se podría concluir que la propuesta de Dworkin resulta incluso más satisfactoria a ese respecto que la que propone Endicott. Al menos enfrenta directamente la cuestión. Que las tesis semánticas atribuidas a Hart resulten preferibles a las que Endicott le atribuye a Dworkin parece ser una cuestión sumamente discutible.

Resumiendo, el primer argumento que hemos analizado resulta sumamente débil, pues el texto de Hart parece asumir un compromiso con una semántica basada en criterios, y quizás hasta de forma más plausible que el que pueda surgir en relación con las tesis modestas que le atribuye Endicott. El segundo, en cambio, no alcanza a mostrar que las tesis semánticas modestas sean claramente preferibles a las supuestas tesis semánticas interpretativas atribuidas a Dworkin. Ambas podrían explicar los desacuerdos en torno a enunciados que

empleen conceptos con una dimensión valorativa (se denomine a estos «conceptos interpretativos» o «usos parasitarios de un concepto») casi de la misma manera, con una leve ventaja para Dworkin porque intenta hacer frente a la cuestión de fondo, que queda sólo sugerida en la propuesta de Endicott. No pretendo haber mostrado con mis reflexiones que las tesis de Endicott resultan irremediabilmente equivocadas, para ello debería haber argumentado con mayor profundidad en relación con los dos aspectos centrales de su exposición. Sin embargo, creo que ha quedado de manifiesto que existen buenas razones para preferir una posición que permita lograr los mismos objetivos y que no requiera comprometerse con afirmaciones en sí mismas problemáticas.

3. Considero que la forma en la que Raz (1998) critica el argumento de Dworkin resulta menos cuestionable en este sentido, pues no requiere suponer tesis semánticas modestas en *TCL* ni una semántica interpretativa en *LE*, ni supuestos desacuerdos en torno a presuntas afirmaciones extravagantes. Sostiene que el argumento del aguijón semántico resulta imprescindible para afirmar que Dworkin defiende una teoría sobre la naturaleza del derecho. Si el mismo resultara inaceptable, se debería concluir que *LE* sólo contiene una teoría de la decisión judicial en el mundo jurídico anglosajón (Raz 1998: 282). Pero también reconoce que, en caso de ser correcto, el aguijón semántico sería un argumento capaz de dañar seriamente la propuesta teórica de Hart (Raz 1998: 281-2).

Todo el peso de la crítica de Raz descansa en dos argumentos independientes con los que pretende mostrar que Dworkin presupone una respuesta equivocada para la pregunta ¿qué son los criterios que surgen de las reglas que rigen el uso de los conceptos? Si se tienen en cuenta algunas características del uso de conceptos y de las explicaciones conceptuales, ignoradas por Dworkin al formular su posición, se puede refutar el aguijón semántico.

El primer argumento apela a la complejidad y falta de transparencia de las explicaciones en términos de criterios, para mostrar cómo es perfectamente posible que exista acuerdo en el uso de ciertos conceptos y que al mismo tiempo puedan darse disputas genuinas sobre cuál es el criterio para su aplicación. Los criterios utilizados para explicar un concepto son, por lo general, enunciados que establecen la relación del concepto a explicar con otros conceptos, o bien que muestran la forma en que el mismo se aplica a algunos ejemplos considerados paradigmáticos. Dado que no existen explicaciones conceptuales canónicas, las mismas pueden ser formuladas de las maneras más diversas, según los conceptos o ejemplos a los que se apele. Y si tomamos en cuenta que tampoco existen explicaciones exhaustivas de un concepto, ni aun aquellas formuladas en términos de condiciones necesarias y suficientes, toda explicación conceptual se centra en ciertas características esenciales del concepto explicado y deja muchas



otras sin mencionar. Esta característica permite explicar porque en muchas ocasiones la gente discute sobre ciertas explicaciones conceptuales aparentemente opuestas, cuando en realidad no existe desacuerdo alguno por tratarse de explicaciones compatibles. Todas estas consideraciones muestran que los desacuerdos respecto de los criterios que rigen el uso de ciertos conceptos entre aquellos que de hecho los utilizan no sólo son posibles, sino que también parecen ser inevitables (Raz 1998b: 265-66).

El argumento del agujón semántico se apoya en el error de pensar que, si es cierto que la corrección de una explicación conceptual es juzgada por su capacidad para reflejar correctamente las reglas que regulan su uso que son compartidas por todos los usuarios del concepto, entonces esas explicaciones deben ser lo suficientemente transparentes como para no permitir que surjan dudas respecto de su corrección. El carácter opaco y la complejidad de este tipo de explicaciones, puesta de manifiesta en el párrafo anterior, muestran que este presupuesto es muy poco plausible (Raz 1998: 266).

El segundo argumento muestra como la posibilidad de que surjan disputas y desacuerdos respecto de los criterios que determinan el uso correcto de un concepto entre aquellos que lo comparten, se puede entender sin problemas si se tiene en cuenta la relativa independencia de los conceptos interconectados a los que se suele apelar para explicarlos. La explicación de un concepto requiere inevitablemente la utilización de otros conceptos con los que aquel se encuentra conectado, conceptos cuyo uso correcto se encuentra determinando a su vez por ciertos criterios. Pero de esta característica no se puede derivar que los criterios con los que se utilizan los conceptos relacionados formen parte de las reglas que gobiernan el uso correcto del concepto que se pretende explicar. Esto es precisamente lo que la crítica de Dworkin parece ignorar (Raz 1998: 269-270).

Cuando Dworkin afirma que quienes sostienen la posibilidad de explicar apelando a criterios el concepto de derecho no pueden dar cuenta de las disputas teóricas sobre los fundamentos del derecho (*LE*: 4-5), parece confundir los diferentes niveles de abstracción que pueden existir en la descripción de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Para él, tanto las disputas sobre los criterios de los conceptos interconectados como aquellas que surgen en relación con el concepto que se pretende explicar, constituyen desacuerdos del mismo tipo, esto es, desacuerdos sobre el criterio de aplicación del concepto de derecho. La relativa independencia de los conceptos, puesta de manifiesto en el párrafo anterior, muestra claramente que Dworkin se equivoca al criticar de esa manera las explicaciones basadas en criterios. El error consiste en considerar que todos los desacuerdos sobre las condiciones de verdad de un concepto constituyen desacuerdos teóricos sobre el mismo, cuando en realidad debería tener en cuenta que los llamados desacuerdos teóricos pueden estar relacionados con la aplicación de los conceptos interconectados con el con-

cepto a explicar. Dado que los conceptos relacionados de esa manera poseen cierta independencia, la existencia de ese tipo de desacuerdos no excluyen la posibilidad de formular explicaciones en términos de criterios para los conceptos involucrados (Raz 1998: 270).

Un ejemplo posiblemente ayude a comprender mejor el argumento de Raz. Si se pretende explicar el concepto de «guerra justa» y se asume que una condición para considerar a una guerra como una guerra justa es que exista cierta proporcionalidad entre las medidas que se toman en ella y los perjuicios que se pretendieron evitar con la misma, entonces se podría decir que, dado que el juicio de proporcionalidad al que se alude en la explicación requiere la comparación de la severidad de distintos perjuicios, la comprensión de la forma de llevar a cabo esta comparación forma parte de la comprensión del concepto mismo de guerra justa. Esto implica que o bien se comprenden todos los conceptos interconectados o bien no se comprende ninguno de ellos, y también que en caso de que se pueda comprender sólo en cierto grado alguno de los conceptos relacionados, este será el grado máximo de comprensión que podrá predicarse de todos ellos. Pero esto no es cierto. Si ignoráramos, para seguir con el ejemplo propuesto por Raz, la forma de comparar diferentes perjuicios, esta ignorancia sólo significaría que, ante ciertas guerras, a veces no podríamos determinar si constituyen o no guerras justas. Pero de ninguna manera esto nos llevaría a considerar que poseemos una comprensión incompleta o defectuosa del concepto de guerra justa, porque los criterios con los que juzgamos la importancia relativa de ciertos perjuicios no forman parte de las reglas que gobiernan el uso correcto del concepto en cuestión. Esto es precisamente lo que presupone el argumento de Dworkin, y por ello es que el mismo resulta refutado una vez que se tiene en cuenta la relativa independencia de los conceptos interconectados (Raz 1998: 269).

¿Qué cabe decir sobre la fuerza y alcance de estos argumentos? Creo que a lo largo de su trabajo Raz aporta razones suficientes para considerar que el argumento del aguijón semántico no resulta lesivo para aquellas posiciones que defienden la posibilidad de ofrecer explicaciones conceptuales en términos de criterios. Sin embargo, se podría sostener que las posiciones semánticas que Dworkin pretende criticar son aquellas que afirman que la gente se vale de ciertos criterios para usar las expresiones lingüísticas, y no para explicar su significado. Estas explicaciones se darían apelando al conjunto de reglas compartidas que establecen esos criterios, lo que en otras palabras, significaría que es necesario aludir en ellas al comportamiento de todos los usuarios competentes de dichas expresiones.

Raz afirma, en contra de esta posible objeción, que es un error pensar que de la afirmación de que el criterio para el uso de un concepto depende del hecho de que refleje la regla común que rige su utilización, se puede derivar que el único argumento posible para apoyar los enunciados con los que se pretende dar un informe de esos criterios es

mostrar como todos los usuarios competentes utilizan ese concepto. El error reside en que de esta manera se estarían confundiendo los presupuestos necesarios para compartir conceptos, con aquellas razones utilizadas en las disputas respecto de los contornos de los mismos (Raz 1998: 268). Resulta sumamente excepcional hallar una disputa que pueda resolverse mostrando que uno de los involucrados en ella está utilizando alguna expresión clave con un sentido diferente de aquel con el que comúnmente se utiliza. Por lo general, en las disputas en torno a explicaciones conceptuales encontradas, se suelen emplear como razones ejemplos claros, analogías, conexiones conceptuales comúnmente aceptadas y sus consecuencias, y no la apelación a la existencia de reglas compartidas. «*The sharing of the rule is assumed. It is not part of the argument*» (Raz 1998b: 269) («Que la regla es compartida se presupone. No forma parte de la discusión»).

Raz reconoce que esta forma de caracterizar la labor de análisis conceptual lleva a considerar que Hart estaba equivocado al sostener que la misma podía ser entendida como una tarea exclusivamente descriptiva. Es un error pensar que las explicaciones conceptuales en términos de criterios excluyen las consideraciones valorativas, pues las mismas deben concentrarse en identificar cuales son los criterios para el uso correcto de los conceptos describiendo el contenido de ciertas reglas compartidas (Raz 1998b: 267). Si esta afirmación fuera correcta, no significaría ningún elemento a favor del aguijón semántico. Pero como constituye un error, esto permite afirmar que Hart estaba equivocado al pensar que la tarea de elucidar el concepto de derecho constituía una tarea descriptiva y que Dworkin está en lo correcto al sostener que esa tarea implica realizar consideraciones evaluativas (Raz 1998: 268).

4. ¿Son las «estrategias» de Endicott y Raz en los artículos objeto de análisis tan disímiles como pudiera parecer a simple vista? Para poder responder a esta cuestión es necesario realizar algunas precisiones. ¿A qué estrategias nos estamos refiriendo? ¿Cuáles son los elementos que definen una «estrategia argumentativa»? Una «estrategia argumentativa» puede ser caracterizada a partir de los siguientes elementos (esta lista no pretende ser exhaustiva):

1. Objetivos perseguidos.
2. Tesis defendidas.
3. Argumentos para apoyarlas.

En relación con los objetivos perseguidos creo que cabrían al menos tres formas de entender los trabajos de Endicott y Raz que estamos considerando: (a) como estrategias de crítica al argumento de Dworkin; (b) como estrategias para proteger a Hart del ataque de Dworkin; (c) como estrategias para defender una forma plausible de análisis conceptual compatible con una posición positivista. La diferencia entre (a) y (b) podría ser cuestionada si se entendiera que la

única finalidad perseguida por Dworkin con el argumento del agujón semántico fuera la de criticar la posición de Hart. Pero creo que la importancia del argumento para muchas de sus tesis positivas es innegable (ver Bonorino 1999), por lo que resulta conveniente distinguirlos. Teniendo en cuenta los objetivos perseguidos sus estrategias son divergentes. El trabajo de Endicott resulta un ejemplo claro de (b), mientras que el de Raz plausiblemente perseguiría (a) o (c) (entendiendo, además, la disyunción como incluyente). Lo que de ninguna manera pretendería, como queda claro en el final del artículo, es (b): a pesar de las críticas al agujón semántico el carácter descriptivo que Hart atribuye a su empresa teórica es socavado por la argumentación propuesta por Raz.

En relación con las tesis defendidas, y dada la complejidad de los trabajos, encontramos tanto convergencias como divergencias. Están de acuerdo en una tesis muy básica: el agujón semántico no lastima al rival contra el que fue dirigido, es un argumento falaz. Pero aquí termina el acuerdo, al menos en lo que a las tesis expresamente formuladas. Mientras Raz llega a esta afirmación mediante la defensa una variante sofisticada de «semántica basada en criterios», Endicott considera que se debe abandonar esa posición reemplazándola por lo que podríamos denominar una «semántica basada en paradigmas».

Por último, teniendo en cuenta sus argumentos, nos encontramos con un desacuerdo aparente, pero que puede encerrar un acuerdo básico en el nivel de los presupuestos filosóficos más profundos. La forma en la que argumenta Endicott puede hacer pensar que sus «casos paradigmáticos + analogía» en realidad sólo significa proponer un origen distinto para los criterios que determinan el significado de los conceptos. En lugar de las reglas compartidas, como supone Dworkin, los criterios surgirían de la aplicación analógica de los «casos paradigmáticos» a los que se aplican los conceptos. La flexibilidad para explicar los desacuerdos sobre los criterios se la da el uso de un esquema de inferencia no demostrativo, y el soporte para poder considerarlos genuinos el carácter inamovible de los casos paradigmáticos de aplicación. Raz, en cambio, adopta una perspectiva diferente pero para decir exactamente lo mismo: la falta de transparencia y la interconexión le permiten explicar los desacuerdos sobre los criterios, y las reglas compartidas le permiten fijar el objeto de la disputa. Es aquí donde viene el acuerdo profundo: tanto los «casos paradigmáticos» como las «reglas de uso compartidas» constituyen la base del desacuerdo. ¿Cuál es su fundamento? El acuerdo extendido respecto de los mismos, en última instancia, la existencia de ciertas convenciones sociales. Mantener el poder explicativo de sus propuestas en las dos direcciones señaladas (desacuerdos profundos pero al mismo tiempo genuinos) parece requerir la adopción de alguna variante de convencionalismo. En este punto serían estrategias similares, diferentes sólo en el énfasis que ponen en algunos de los elementos con las que se apoyan.

Lo que estos autores no han tomado en cuenta es que, en un sentido más amplio, el aguijón semántico también ha sido interpretado como un ataque al convencionalismo en general, presupuesto filosófico sobre el que se asienta la propuesta teórica de Hart y gran parte de la filosofía analítica contemporánea (ver Marmor 1992, Brink 1988). Entendido de esta manera, el desafío de Dworkin todavía seguiría en pie a pesar de los esfuerzos refutativos que hemos analizado, pues en su variante más poderosa estaría dirigido contra los presupuestos profundos de los argumentos de Endicott y Raz.

5. Kenneth Kress (1987) ha señalado, a mi entender acertadamente, que el argumento del aguijón semántico ataca la concepción del derecho ejemplificada por la obra de Hart en dos niveles. Dworkin interpreta al positivismo jurídico como aquella doctrina que defiende el carácter incontrovertido del derecho tanto en el nivel de la práctica jurídica como en el nivel del análisis conceptual, y en ambos casos lo hace apelando al convencionalismo. Las proposiciones emitidas por los actores de la práctica jurídica, en condiciones ordinarias de interacción, se encuentran determinadas por la aceptación por parte de los mismos de un criterio compartido para individualizar el contenido del sistema jurídico. Este criterio (o criterios) se deriva de la aceptación de una regla maestra de reconocimiento, que existe en la medida que es compartida por los funcionarios y ciudadanos de la práctica jurídica (primer nivel). La existencia de una regla de esta naturaleza en todo sistema jurídico se deriva, a su vez, de la existencia de un acuerdo o convención respecto del uso correcto del término «derecho». El enunciado que afirma esta necesidad se considera una verdad conceptual, derivada de las reglas compartidas para el uso de expresiones lingüísticas, y apoyada en última instancia en una teoría del significado convencionalista (segundo nivel).

Andrei Marmor (1992: 6 y ss.) sostiene que el argumento del aguijón semántico no afecta a la posición de Hart en el segundo de los niveles que hemos diferenciado, esto es en el nivel de lo que denominó su enfoque teórico. El propio Hart rechaza explícitamente las perspectivas semánticas respecto del concepto de derecho (cf. *TCL*: 204). Sin embargo, Dworkin afirma que los teóricos semánticos sufren un bloqueo a este respecto, por lo que las propias expresiones programáticas de Hart no son suficientes para mostrar que el resto de sus afirmaciones no pueden verse afectadas por el aguijón semántico. Los juristas semánticos tienen que aceptar que los participantes de la práctica jurídica comparten las mismas reglas de uso de la palabra «derecho», si pretenden describir los desacuerdos teóricos como disputas genuinas (ver *supra*).

Pero el argumento así entendido, continua diciendo Marmor, no resulta en modo alguno persuasivo. Los desacuerdos teóricos en otras áreas, por ejemplo en epistemología en torno al concepto de «conocimiento», no surgen porque la gente no sepa el significado de la expre-

sión, sino porque difieren en la forma de articular dicho conocimiento en una teoría correcta sobre lo que significa «conocer». En suma, Marmor muestra que del hecho de que existan desacuerdos sobre el significado de un concepto no se puede derivar que quienes participan del mismo desconozcan el significado de la palabra, o bien que sólo se limiten a discutir sobre ejemplos marginales de aplicación de la misma. ¿Por qué Dworkin se empeña en negar la posibilidad de que existan desacuerdos genuinos en torno a la cuestión «¿qué es el derecho?» a menos que se asuma o bien que los mismos sólo pueden limitarse a casos marginales de aplicación o bien que reflejan ignorancia semántica? (Marmor 1992: 8).

La respuesta de Marmor a esta pregunta es contundente: «... *The only way of understanding these perplexities involves a recognition that what Dworkin is arguing against are not really semantic theories of law but conventionalism in general.*» (1992: 8) («... la única manera de comprender esas perplejidades implica un reconocimiento de que aquello contra lo que Dworkin está argumentando no son las teorías semánticas del derecho, sino el convencionalismo en general»). Sin embargo, aclara que la tarea de reconstruir el argumento contra el positivismo en estos términos es una tarea difícil, principalmente por las distintas formas en las que Dworkin ha tratado la cuestión.

El «aguijón semántico», entendido como un desafío general al convencionalismo, puede ser reconstruido, según Marmor, de la siguiente manera (Marmor 1992: 8-9):

(1) Según el positivismo jurídico, las condiciones de validez jurídica están determinadas por las reglas sociales y por las convenciones prevalecientes en una comunidad. Son estas convenciones las que permiten identificar qué acciones o procedimientos crean derecho, y todo el derecho tiene este origen, por lo que cabe afirmar que todo derecho tiene fuentes convencionales.

(2) Esta perspectiva convencional de la validez jurídica no puede explicar como el derecho es capaz de imponer obligaciones en los casos controvertidos. Las convenciones expresan un grado de acuerdo en la comunidad, acuerdo que desaparece cuando surgen casos controvertidos. Esto lleva al positivismo jurídico a afirmar que en los casos controvertidos no hay ningún derecho que imponer a las partes, pues dichos casos surgen necesariamente fuera del ámbito de aplicación de las convenciones existentes en la comunidad.

(3) Pero esto último no puede ser sostenido, pues los jueces y abogados cuando actúan en la práctica jurídica consideran que numerosas leyes son obligatorias a pesar de su naturaleza controvertida.

(Conclusión) Dado que el positivismo jurídico se compromete con la afirmación de que el derecho es incontrovertido, el mismo resulta falso.

Esta reconstrucción permite ver claramente como el argumento del «aguijón semántico» refleja la vieja controversia contra el convencionalismo. Desde el punto de vista de la teoría del lenguaje contemporánea, el positivismo, dado su carácter esencialmente convencionalista, asume una posición antirrealista sobre el significado de «derecho» (Marmor 1992: 8). Simplificando, se podría decir que esto significa que las condiciones de verdad de las proposiciones en las que se emplea el término derecho, de las que depende su significado, no son independientes de las creencias de los sujetos que las formulan. Quienes sostienen que el derecho es una cuestión de convenciones sociales, se comprometen con la afirmación de que el derecho en realidad es aquello que una comunidad de juristas y jueces piensan o creen que es el derecho. Para el convencionalismo no hay nada más para el derecho que aquello que se encuentra manifiesto en las reglas y prácticas que de hecho siguen las personas en una comunidad determinada (Marmor 1992: 9).

Si se acepta lo dicho anteriormente, y, además, Dworkin está en lo cierto respecto a la forma en que se desarrollan las controversias en la práctica jurídica (posición que Marmor le concede, aunque no sin oponer ciertos reparos), entonces el convencionalismo podría ser una posición que se autorrefuta. Si en los casos difíciles los jueces y abogados reconocen que no sólo las normas identificadas de forma incontrovertida a partir de una regla de reconocimiento resultan jurídicamente obligatorias, entonces el convencionalismo puede ser refutado tomando como base sus propias afirmaciones: «... *Either law is not what lawyers and judges think it is, in which case law is not a matter of conventions, or –if it is what lawyers and judges think– conventionalism is false, as they do not see the law as purely a matter of conventions*» (Marmor 1992: 9) («... o bien el derecho no es aquello que los abogados y jueces piensan que es, en cuyo caso el derecho no es una cuestión de convenciones, o bien –si el derecho es lo que los abogados y jueces piensan– el convencionalismo es falso, en la medida en que ellos no ven al derecho puramente como una cuestión de convenciones»).

David Brink (1988) también sostiene que el aguijón semántico constituye una crítica acertada a las teorías semánticas empiristas en general (como las defendidas por Frege, Lewis, y Carnap entre otros) y específicamente a la variante convencionalista de las mismas (presupuesta por Hart).

Las teorías semánticas empiristas se caracterizan, según este autor, por afirmar dos tesis respecto del significado de los términos: (1) que el significado de una expresión consiste en el conjunto de descripciones o propiedades que los usuarios del lenguaje asocian con ella, y (2) que el significado de una expresión determina su referencia. Esto lleva a identificar el significado de un término con el conjunto de criterios empleados por los usuarios para aplicarlo, y a considerar que la

extensión de una palabra incluye solamente todas aquellas cosas que satisfacen dichos criterios (Brink 1988: 112).

El tipo de asociación requerida por la primera de las afirmaciones puede ser entendido de dos maneras diferentes: (1.1) individualista, en ese caso el significado depende del criterio que el usuario asocia con la expresión, o (1.2) convencionalista, en el que el significado depende de los criterios convencionalmente asociados con el término, esto es por aquellos criterios utilizados de hecho por la mayoría de los hablantes al usarlo correctamente (Brink 1988: 112).

Una interpretación adecuada de la teoría de Hart, especialmente en lo que respecta al razonamiento judicial, muestra que la misma se apoya en una versión convencionalista de la teoría semántica tradicional. Los términos jurídicos poseen un significado determinado sólo en la medida en que exista un acuerdo extendido entre los usuarios respecto a las descripciones asociadas con los mismos. Los llamados casos fáciles son aquellos que exhiben algunas de las propiedades o satisfacen las descripciones convencionalmente asociados con los términos legales en los que están formulados. Los casos difíciles, por el contrario, son aquellos en los que existe un desacuerdo en torno a la aplicación de los términos legales, las propiedades de los mismos no se encuentran convencionalmente asociadas con ningún término jurídico. Por eso, de acuerdo a la teoría semántica tradicional, se puede concluir que dichos casos no se encuentran regulados por el derecho y que, en consecuencia, su resolución requiere un ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte.

También los argumentos de Endicott y Raz se apoyan en una variante convencionalista de lo que Brink denomina «teoría semántica tradicional». Endicott requiere un acuerdo extendido respecto de los casos paradigmáticos de aplicación de un concepto, pues son los que permiten determinar el significado de los términos mediante inferencias analógicas. Por su parte, Raz hace descansar los desacuerdos genuinos sobre los criterios que determinan el significado de una expresión en el acuerdo presupuesto respecto de las reglas que rigen el uso de los términos que se emplean para formular las distintas posiciones.

El argumento con el que David Brink critica la teoría semántica tradicional, presupuesta en la concepción del razonamiento jurídico de Hart y en los dos argumentos que hemos analizado, consiste en analizar las consecuencias que asumir la versión convencionalista de dicha teoría puede tener en otros ámbitos de creencias. El dominio que escoge para ponerla a prueba es el de la ciencia, y su estrategia argumental consiste en mostrar como la teoría semántica en cuestión puede llevar a posiciones altamente implausibles en filosofía de la ciencia. De esta manera, Brink cree encontrar razones suficientes para rechazar el convencionalismo semántico, no sólo en lo que respecta al discurso jurídico, sino de manera general (Brink 1988: 115). Consideremos en detalle su argumentación.



La pregunta inicial es «¿cómo se podría explicar, con una teoría semántica tradicional, aquello que normalmente describiríamos como un desacuerdo en el seno de una comunidad científica en torno a las propiedades de alguna unidad física, como por ejemplo «masa»? La primera respuesta que se podría dar, desde una versión convencionalista de la teoría, es que si hay una teoría prevaleciente sobre la masa, que sólo es controvertida por una minoría de la comunidad científica en cuestión, entonces dicha minoría se contradice a sí misma cuando niega que la masa posea las propiedades que convencionalmente se asocian con ella. Esta consecuencia es absurda, porque se puede pensar que la minoría en casos como el descrito se halla equivocada, sin tener que afirmar que en realidad pretenden defender una posición ininteligible, incoherente o sin sentido desde el punto de vista semántico.

La variante individualista no corre mejor suerte. A partir de esta variante deberíamos explicar el desacuerdo afirmando que la mayoría utiliza el término con un significado, mientras que la minoría lo utiliza con otro diferente. Dado que en estas teorías semánticas el significado determina la referencia, la consecuencia a la que lleva la versión individualista es también absurda. No se puede representar el desacuerdo entre la mayoría de la comunidad científica y la minoría como un desacuerdo genuino respecto de la naturaleza de la masa. Dado que se identifican dos idiolectos diferentes en el seno de la comunidad, y que los enunciados que aparentemente colisionan para dar lugar al desacuerdo poseen significados diversos en cada uno de ellos, la conclusión es que en realidad no hay desacuerdo, pues los contendientes están aludiendo a cosas diferentes con sus enunciados. El desacuerdo es puramente verbal, como el que existiría entre un sujeto que afirmara que es necesario llevar siempre velas en las procesiones nocturnas (utilizando «vela» para referirse al objeto de cebo que permite generar luz) y otro que le contestara que no es cierto (aludiendo con «vela» al trozo de tela capaz de mover objetos aprovechando la fuerza del viento). Toda posición que lleva a considerar que los desacuerdos en el interior de una comunidad científica poseen las características antes reseñadas, debe ser rechazada (Brink 1988: 114).

Se podría ensayar una variante para mostrar que la teoría semántica tradicional, no sólo resulta inadecuada si se consideran las disputas científicas en su aspecto sincrónico, sino que también llevaría a consecuencias absurdas en el plano diacrónico. Si se analizaran con ella los desacuerdos que se pueden detectar entre comunidades científicas sucesivas, por ejemplo entre las concepciones newtonianas e einsteinianas respecto de la masa, los resultados que se obtienen son igualmente absurdos. No existiría desacuerdo entre ambas comunidades científicas, pues en realidad hablarían de cosas diferentes cada vez que emplearan el término masa. Aceptar esta explicación implicaría reconocer que en realidad no existe desacuerdo posible entre sucesi-

vas comunidades científicas, y que sólo hay cambios científicos (Brink 1988:114).

Las consecuencias contraintuitivas que se derivan de la teoría semántica tradicional pueden ser halladas con la misma facilidad en el ámbito jurídico. Ante un desacuerdo respecto de la forma en que se debe entender el alcance normativo de expresiones como «igual protección» o «castigo cruel», nos veríamos obligados a considerarlo o bien como una confusión conceptual de aquellos que sostienen la posición minoritaria (si adoptamos una versión convencionalista), o bien como una seudodisputa verbal (si adoptamos la posición individualista). Los cambios de creencias a lo largo del tiempo en relación con lo que constituye un castigo cruel, por ejemplo, deberían ser considerados un cambio en la cuestión sobre la que se discute. De esta manera, la teoría semántica tradicional se muestra incapaz de distinguir el cambio de creencias respecto de cierta cuestión, de aquellos cambios que se operan en la cuestión misma objeto de debate (Brink 1988: 115).

Resumiendo, dado que resulta deseable poder explicar cómo la gente puede tener desacuerdos genuinos, esto es, dar cuenta que existen situaciones en las que quienes se encuentran en desacuerdo poseen creencias enfrentadas respecto de alguna cuestión y aun así afirmar que están hablando de lo mismo, la teoría semántica tradicional debe ser rechazada. Esto último no es imprescindible, pero Brink considera mucho más dificultoso intentar resolver los problemas desde el interior de una teoría semántica tradicional que optar por un cambio radical de la misma (Brink 1988: 115, nota 14).

6. Si se entiende el desafío de Dworkin como un cuestionamiento al convencionalismo, se puede comprender de manera más clara la importancia de su llamado «giro interpretativo». Este constituiría el intento más acabado del autor por fundar una propuesta semántica que permitiera explicar de manera más satisfactoria los desacuerdos profundos como desacuerdos genuinos, y al mismo tiempo de aportar una razón adicional para rechazar el convencionalismo. Pero también la teoría interpretativa del derecho, que Dworkin presenta en *LE*, constituye la defensa de un enfoque teórico radicalmente diferente del que encarna la obra de Hart.

Ni Endicott ni Raz enfrentan el cuestionamiento de Dworkin entendido como una crítica al convencionalismo en general, sino que se apoyan en alguna de sus variantes para refutar la reconstrucción del argumento del agujón semántico que proponen. Por ello no encontramos en los dos trabajos que hemos analizado ni una respuesta a las críticas al convencionalismo que señala Brink, ni tampoco una crítica a la forma en la que Dworkin podría responderlas desde su semántica interpretativa. Una vez comprendido de esta manera el desafío de Dworkin, se pone de manifiesto que la manera más eficaz de enfrentarlo es cuestionando los fundamentos de su propuesta, lo

que exige someter a crítica su enfoque constructivo de la interpretación.

Es cierto, tal como señala Brink, que Hart considera el significado de los términos jurídicos basándose en una teoría semántica tradicional a la hora de argumentar en defensa de su teoría de la decisión judicial. Pero el objetivo del aguijón semántico es la concepción de la teoría jurídica de Hart, por lo que resulta relevante determinar si la defensa de la misma supone adoptar una teoría semántica respecto del término «derecho». Las razones que brinda Brink, y que he expuesto en el punto anterior, no están relacionadas con esta última cuestión, la que (a pesar de la importancia para la eficacia del argumento del aguijón semántico) no parece encontrar ningún apoyo satisfactorio en sus argumentos.

El aguijón semántico no es un buen argumento, pero su verdadero desafío parece residir en aquello que deja en evidencia en las distintas respuestas que hemos considerado. Algunas de las cuestiones más acuciantes que debe enfrentar expresamente la filosofía analítica del derecho son «¿Qué son los conceptos?» y «¿Qué es elucidar un concepto?». De la respuesta que demos a estos interrogantes depende, en gran parte, la evaluación que hagamos de muchas de las disputas que actualmente pueblan el dominio de la filosofía jurídica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAKER, Gordon P., «Defeasibility and Meaning», en Hacker, P. M. S., y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977.
- BAYLES, Michael D., *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht-Boston-London, 1992, pp. xi + 316.
- BRINK, David O., «Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review», *Philosophy and Public Affairs*, 17, 1988, pp. 105 y ss.
- BONORINO, Pablo Raúl, «El aguijón derrotable», *Analisi e Diritto*, año 1999, en curso de edición.
- CLARK, Kenneth, *Civilización*, Alianza, Madrid, 1997, 501 pp.
- DWORKIN, Ronald Myles, *A Matter of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 1985 (reprinted 1986), p. 425.
- *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986, xiii + 470 pp. Existe traducción al castellano de Claudia Ferrari, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- «Hart's Posthumous Reply», 1994 (borrador inédito, «Reading for the Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory», School of Law, New York University, 22 de septiembre de 1994, 30 pp.).
- «Comment», 1997 (a A. Scalia, «Common-Law Courts yn a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws»), en Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, pp. 115-127.

- ENDICOTT, Timothy, «Herbert Hart and the Semantic Sting», *Legal Theory*, 4, 1998, 283-300.
- GALLIE, W. B., «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956, 167-198.
- HACKER, Peter Michael Stephen, «Hart's Philosophy of Law», en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, second edition, with a Poscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994, ix + 315 pp.
- KRESS, Keneth J., «The Interpretive Turn», *Ethics*, 97, 1987, 834-60.
- MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, London, 1981, pp. 184.
- MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 189 pp.
- RAZ, Joseph, «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparition», *Legal Theory*, 4, 1998, 249-282.

# Por una dogmática conscientemente política

Por ALBERTO BOVINO Y CHRISTIAN COURTIS

«PROHIBIDO CANTAR.  
PROHIBIDA LA BARAJA.  
PENA: EXPULSION DEL LOCAL  
(Sin excepciones.)

–¿Por qué prohibido cantar?

–Para evitar las grescas. Aquí no se canta de alegría. Si alguien lo hace, se delata: está borracho de un modo peligroso.»

Antonio DI BENEDETTO, *El silencio*.

## INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídica constituye la actividad central de los juristas o doctrinarios –se trata, desde el punto de vista cuantitativo, de la producción teórica y bibliográfica más importante generada en el campo disciplinario del derecho, excediendo notoriamente el volumen de publicaciones de otras disciplinas jurídicas como la filosofía del derecho, la sociología del derecho o la historia de derecho—. Sin embargo, pese a esa ostensible preeminencia, la filosofía del derecho se ha dedicado poco al conocimiento producido por la dogmática, tal vez por considerarlo contingente y poco riguroso. La paradoja que produce esta situación es doble: la filosofía del derecho desatiende la producción dogmática –producto principal de la actividad de los juristas– y la dogmática tiene poco interés por los temas de investigación de la filosofía del derecho. La intención de este trabajo es la de discu-

tir críticamente algunas consideraciones demasiado apresuradas acerca de los presupuestos y del papel jugado por la dogmática jurídica, provenientes de la filosofía del derecho. A partir de esta discusión, formulamos las bases de una reconstrucción teórica posible de la labor dogmática, que refleja algunas tendencias que pueden efectivamente constatarse en la obra de doctrinarios de distintas ramas del derecho. Finalmente, abordamos algunas dificultades teóricas con las que se enfrenta la dogmática cuando pretende llevar a cabo sus objetivos.

## 1. LA DOGMÁTICA JURÍDICA SEGÚN NINO

Uno de los teóricos que dedicó mayor atención al análisis y crítica de la dogmática en nuestro medio fue Carlos Santiago Nino. Esa preocupación no sólo surge del hecho de que Nino le dedicara dos trabajos específicos al tema<sup>1</sup>, sino que también se detecta en otros trabajos producidos a lo largo de su vida, desde los más tempranos<sup>2</sup> hasta los más últimos<sup>3</sup>. Dada la lucidez y la jerarquía de la obra de Nino, su opinión sobre la materia resulta un punto de partida interesante para discutir la forma en que la filosofía del derecho aborda el estudio de la dogmática. A continuación exponaremos sintéticamente algunas de las ideas desarrolladas por Nino.

### 1.1 ¿Es la dogmática jurídica «dogmática»?

Nino sostiene que la denominación «dogmática jurídica» es preferible a otras pues ella «pone de manifiesto el lugar central que ocupa en esta actividad la aceptación dogmática de determinados presupuestos»<sup>4</sup>. La palabra «dogma» se utiliza, en este contexto, en relación a prescripciones o normas que no pueden ser calificadas como verdaderas o falsas. Así, se dirá que se acepta «racionalmente» una norma cuando se la sostiene luego de haberla confrontado con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad, etc., y que se la acepta «dogmáticamente» cuando se la sostiene sin esa confrontación<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> NINO, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (Consideraciones)*, Ed. Universidad Autónoma de México, 1974; *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica (Algunos modelos...)*, Ed. Universidad de Carabobo, 1979.

<sup>2</sup> Ver, por ej., BACQUÉ, J. A., y NINO, C. S., «Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas», en *La Ley*, 1967, t. 126, pp. 966 y ss.

<sup>3</sup> NINO, Carlos S., «La huida frente a las penas», en *No Hay Derecho*, núm. 4, s. ed., Buenos Aires, 1991, pp. 7 y ss.

<sup>4</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 17.

<sup>5</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 18.

Definido el objeto de la ciencia jurídica como un conjunto de normas, es necesario saber si: *a)* la inclusión de cierta norma en el sistema implica algún tipo de reconocimiento; y *b)* si ese reconocimiento es «racional» o «dogmático». En este sentido el autor destaca que el apego de los iusnaturalistas racionalistas a la legislación de la codificación no era dogmático sino racional, pues la legislación establecía el programa jurídico propio del racionalismo<sup>6</sup>. Esa nueva actitud, que sustentó la escuela de la exégesis y, en general, la jurisprudencia de conceptos, si bien tuvo ciertas resistencias (escuelas científica y del derecho libre, jurisprudencia de intereses), trascendió su tiempo y determinó la adhesión de los juristas posteriores al principio de la preeminencia otorgada a la ley como fuente del derecho<sup>7</sup>. Desde que esa actitud logró su consolidación, ningún hecho, crítica o circunstancia logró una modificación sustancial en ella. Por esta razón, se sostiene que esa actitud de adhesión se da actualmente entre los juristas<sup>8</sup>, y que ella consiste en el acto de avalar lo que otro (el legislador) ha prescrito, es decir, en el acto de recomendar a los jueces la aplicación del derecho positivo<sup>9</sup>, pues «el legado permanente del racionalismo y de la exégesis no consistió, principalmente, en sus criterios valorativos, sino en la actitud de adhesión hacia el derecho legislado»<sup>10</sup>.

Así, «la aceptación por parte del jurista es dogmática y basada en criterios puramente formales»<sup>11</sup>. El autor destaca la utilidad de la teoría de Kelsen para fundar esta actitud que representa un iusnaturalis-

<sup>6</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 23. Si bien NINO reconoce que la influencia de los juristas sobre el derecho positivo se ha dado en otros momentos históricos, también señala la excepcional transcendencia del racionalismo por tres razones: «nunca los ideales de los juristas fueron tan explícitos e influyeron tanto en la reforma del derecho positivo como los del racionalismo, nunca la legislación positiva tuvo un grado tan alto de sistematización como la codificación de los siglos XVIII y XIX y nunca los juristas reflexionaron tanto sobre su papel y sus nuevos presupuestos como después de esa codificación» (p. 25).

<sup>7</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 26 y ss. Para la exégesis, la preeminencia de la ley también implicaba el reconocimiento de un criterio exclusivo en el proceso de asignación de significado al texto legal: la voluntad del legislador. Los embates de las otras corrientes fueron efectivos para relativizar este segundo principio proponiendo nuevos criterios, pero no lograron alterar la importancia del texto legal como fuente de derecho (p. 28).

<sup>8</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 30. Lo mismo opina Genaro Carrió: «hay una línea de pensamiento jurídico que exhibe una clara tendencia de justificar al Estado, el derecho puesto, por el mero hecho de serlo... Quizá, buena parte del pensamiento jurídico dogmático –nuestro pensamiento jurídico– está gravemente atacado por ese virus» (citado por NINO, p. 30, nota 15).

<sup>9</sup> Según NINO, al dogmático no le interesa «lo que los jueces van a decidir, sino cómo deben decidir» (NINO, *Consideraciones*, p. 31).

<sup>10</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 29.

<sup>11</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 32. NINO destaca la importancia del concepto de validez en Kelsen, uno de cuyos significados posibles se identifica con la fuerza obligatoria de la norma jurídica, como parte de la ideología dogmática. Tanto NINO como Carrió sostienen que Kelsen no fundó un nuevo modelo de ciencia jurídica, sino que fue el «gran teórico de la ciencia dogmática del derecho» (ver p. 34, nota núm. 20).

mo encubierto denominado «positivismo ideológico», que considera valiosa toda norma positiva por el hecho de pertenecer a un orden coactivo, con lo cual el criterio de aceptación coincide con el criterio para afirmar su validez<sup>12</sup>.

## 1.2 La reformulación del sistema legislado

Nino destaca que la reformulación del sistema legislado es una de las funciones más importantes de la dogmática jurídica, y que esta función no resulta incompatible con la adhesión al derecho positivo pues la utilización de ciertas técnicas oculta esta función creadora<sup>13</sup>. Esta función creadora de derecho es ocultada por las técnicas de interpretación utilizadas por los dogmáticos<sup>14</sup> y por el desarrollo de elaboraciones conceptuales denominadas «teorías jurídicas»<sup>15</sup>. La operación de los mecanismos y técnicas que reformulan el derecho legislado presupone un bagaje de construcciones teóricas generales caracterizadas por su elevado nivel de abstracción, por la multiplicidad de categorías conceptuales y por su amplio grado de generalidad<sup>16</sup>.

Si analizamos las teorías que ocupan un lugar central en la labor dogmática advertiremos que ella tiene consecuencias normativas bajo un ropaje descriptivo. El método utilizado es coherente con la ideología dogmática, pues sirve para mantener no en los hechos sino en el plano simbólico un elemento esencial de esa ideología: la adhesión acrítica al derecho legislado<sup>17</sup>. De allí que se deba distinguir dos funciones de la teoría dogmática:

a) *Función explicativa*: consiste en servir como explicación del derecho positivo.

b) *Función legislativa*: si las elaboraciones dogmáticas se limitaran a la función señalada anteriormente, ellas consistirían en una versión simplificada de las normas positivas. Pero la tarea dogmática no sólo deduce reglas y principios del derecho positivo, sino que además permite realizar inferencias de reglas y principios *no contenidos* en el sistema legislado. La fecundidad de una teoría dogmática puede ser medida en términos de las posibilidades para deducir de ella reglas no contenidas en el derecho positivo<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 29.

<sup>13</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 41.

<sup>14</sup> NINO toma como ejemplo, en este sentido, al método de interpretación utilizado para determinar la acción típica contenida en la ley penal, que agrega consecuencias normativas no previstas en la ley (*Consideraciones*, pp. 41 y ss.).

<sup>15</sup> NINO toma como ejemplo, en este sentido, la teoría del bien jurídico elaborada por la dogmática jurídico-penal (*Consideraciones*, pp. 55 y ss.).

<sup>16</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 53.

<sup>17</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 78.

<sup>18</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 80.



De este modo, las teorías permiten reconstruir el sistema legislado, explicando las reglas y los principios que derivan del texto legal, como también estableciendo reglas que completan lagunas, estipulan criterios para resolver conflictos entre normas o restringen o amplían el alcance de las normas. Finalmente, debe aclararse que esa «doble vinculación con las normas legisladas y las reglas originadas en la misma dogmática permite presentar a estas últimas como derivadas de los mismos presupuestos que aceptó el legislador al formular su sistema. A esos presupuestos se los hace figurar como formando parte del sistema del legislador, por lo cual también se presentan como integrando ese sistema las normas generales que es posible inferir de ellos»<sup>19</sup>.

Finalmente, Nino destaca la importancia que tiene la ficción del «legislador racional». Ello porque de las propiedades ficticias de ese legislador racional (singular, imperecedero, único, conciente, coherente, etc.<sup>20</sup>) se desprenden principios de interpretación<sup>21</sup> que justifican un conjunto muy amplio de soluciones jurídicas originales: «La ficción que comentamos permite atribuir esas soluciones efectivamente originales a la voluntad de la cual derivan las soluciones jurídicas positivas»<sup>22</sup>. A pesar de que el legislador no es como lo describe la ficción utilizada –su racionalidad es una cuasihipótesis aceptada dogmáticamente y no sometida a verificación empírica–, las pautas normativas derivadas de esa ficción prescriben que los juristas deben interpretar el derecho como si el legislador se asemejara a la ficción<sup>23</sup>.

### 1.3 Conclusiones

Uno de los aspectos más criticado de la dogmática apunta, especialmente, al carácter metafísico de muchas de sus proposiciones. A pesar de ello, los distintos operadores del sistema jurídico (legisladores, jueces, abogados) toman en cuenta las elaboraciones teóricas de la dogmática, razón por la cual esa actividad cumple una función relevante en la vida social<sup>24</sup>.

Sin embargo, la teoría ha dejado de lado el estudio de la actividad dogmática tal cual ella se desarrolla efectivamente y de las funciones que ella desempeña. Los elementos principales de la ideología dogmática que determinan sus funciones son: *a)* el dogma de que los jueces deben aplicar el derecho tal como ha sido sancionado por el legislador; *b)* el ideal de que los jueces adecuen sus decisiones a los

---

<sup>19</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 81.

<sup>20</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 85 y ss.

<sup>21</sup> Sobre estos principios, cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 92 y ss.

<sup>22</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 88.

<sup>23</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 90.

<sup>24</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 104.

estándares valorativos vigentes; y c) la concepción del ordenamiento positivo como sistema coherente y unívoco de reglas jurídicas. El dogma de la adhesión al derecho positivo es incompatible, aparentemente, con la función creadora de nuevas soluciones, y para mantener la operatividad de ambos ideales se recurre a un complicado desarrollo conceptual que presenta la reformulación del derecho como un conjunto de soluciones ya contenidas en el derecho positivo<sup>25</sup>.

Entre las técnicas utilizadas por la dogmática se halla el uso de ficciones que, en general, responden a concepciones sinceras de los juristas propias del racionalismo acerca de su objeto de estudio<sup>26</sup> y, a la vez, «constituyen pautas de casi tanto valor vinculante como los textos legales»<sup>27</sup>.

El principal problema de la dogmática consiste, en opinión de Nino, en su fachada supuestamente descriptiva y en los errores conceptuales que la sostienen<sup>28</sup>. Sin embargo, la actividad de los juristas responde a pautas racionales y sus consecuencias pueden ser evaluadas conforme a criterios intersubjetivos<sup>29</sup>. Ello pues la dogmática —como razonamiento moral— es un tipo de razonamiento deductivo análogo al que utilizan las ciencias empíricas<sup>30</sup>, que utiliza criterios y principios que, al mismo tiempo que permite la inferencia de soluciones no contenidas en el texto legal, no se oponen abiertamente al sistema del derecho positivo. Esta circunstancia permite «contar con criterios racionales para resolver una controversia o evaluar una conclusión con mucha más amplitud de lo que es posible en relación a la moral»<sup>31</sup>. Por ello, a pesar de que la dogmática no es una ciencia descriptiva empírica ni una ciencia formal no se puede negar su racionalidad o la posibilidad de controlar intersubjetivamente sus soluciones<sup>32</sup>.

## 2. EN DEFENSA DE UNA CONCEPTUALIZACIÓN NO INGENUA DE LA DOGMÁTICA

El análisis que sigue pretende constituir, en cierta medida, un alegato defensivo de un modelo dogmático que, sin repetir vicios de concepciones dogmáticas del pasado, cumpla una función útil para la creación y aplicación del derecho. Previamente, sin embargo, es importante señalar algunos puntos en los que la caracterización de

<sup>25</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 105.

<sup>26</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 106.

<sup>27</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 107.

<sup>28</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 108.

<sup>29</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 108 y s.

<sup>30</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 110.

<sup>31</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 113.

<sup>32</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 114.

Nino acerca de lo que realmente hace la dogmática es incompleta, excesivamente estereotipada o sencillamente errónea. De todos modos, es justo reconocer que subsisten elaboraciones teóricas que presentan todos los vicios señalados por Nino<sup>33</sup> –v. gr., conclusiones manifiestamente contrarias al derecho positivo<sup>34</sup>– y otros vicios adicionales –la complejidad y abstracción crecientes de los desarrollos teóricos<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Respecto del carácter científico de la dogmática y de las consecuencias que la suposición de ese carácter produce en el ámbito teórico, es ilustrativa la opinión de Schünemann: «Ordenación y regulación del saber existente, averiguación de las contradicciones que se den y disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al problema prueban, por tanto, el valor de la construcción sistemática, ineludible en cualquier ciencia desarrollada» («Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en AA.VV., *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 32).

Lo más interesante de esta afirmación es que es formulada en un contexto en el cual se compara las proposiciones de un paleobiólogo acerca del origen del *homo habilis* con las proposiciones formuladas por los juristas. De este modo, el párrafo esconde y confunde las diferencias entre una ciencia descriptiva y el saber jurídico. El paleobiólogo que sistematiza los datos sobre el *homo habilis* no altera su objeto de estudio, sólo predica sobre él. En la concepción de Schünemann, sin embargo, la disciplina jurídica, para ser científica, *debe* modificar su objeto –el conjunto de normas jurídicas positivas, por ej., cuando las reglas no presentan coherencia sistemática alguna–. Los criterios de sistematicidad, en este contexto, no derivan de la necesidad de aplicar las normas jurídicas de una forma más o menos coherente en orden a la realización de algún criterio material de justicia –v. gr., la igualdad– sino, en todo caso, de una necesidad metodológica propia del conocimiento científico. Esta confusión de planos, en el caso inequívoca, es uno de los principales errores que NINO atribuye a la dogmática. Sin embargo, no siempre los autores incurren en este error, pues las reglas formuladas por los juristas para otorgar cierto grado de coherencia y de completitud al sistema pueden ser «explicadas» y justificadas en términos valorativos que presupongan el reconocimiento de los defectos del texto legal.

<sup>34</sup> Si bien el concepto de «función creadora» de derecho que Nino atribuye a la actividad de los juristas presenta problemas, como discutiremos más adelante, existen casos en los cuales las conclusiones normativas propuestas no pueden conciliarse de ningún modo con el contenido de las normas que intentan «explicar». Cf., por ejemplo, las argumentaciones que pretenden fundar jurídicamente el incumplimiento de la obligación de establecer el juicio por jurados en materia penal. Sobre este tema, con abundantes citas bibliográficas de los participantes en el debate, cf. GORANSKY, M. D., «Un juicio sin jurados», en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 103 y ss.; MAIER, J. B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2.<sup>a</sup> ed., t. I, § 7, C.

<sup>35</sup> En algunos casos, los modelos desarrollados llegan a tal grado de abstracción y complejidad que pueden ser considerados un ejercicio de demostración de capacidad teórica antes que la reexpresión coherente de un sistema de soluciones para decidir casos reales. Estos desarrollos aumentan la complejidad del modelo innecesariamente, haciéndolo cada vez más oscuro e incomprensible, generando una multiplicación geométrica de categorías, sutilezas y distinciones que provocan en algunos casos una reificación de esas categorías conceptuales sin base legal alguna que, al ser aplicadas, pueden negar la solución expresa contenida en la ley o, en ocasiones, impiden otras interpretaciones posibles del texto legal. Un ejemplo de este último caso es el de las afirmaciones doctrinarias acerca de la «indisponibilidad» de ciertos bienes jurídicos, sin sustento legal alguno, que impiden interpretar los tipos penales que no hacen referencia al consentimiento en el sentido de que ellos sólo

La caracterización de la dogmática jurídica y de sus funciones realizada por Nino reviste un indudable valor teórico. Es posible, sin embargo, cuestionar algunas de sus afirmaciones. Cabe aclarar, en primer lugar, que la visión de Nino describe una dogmática única –y en este sentido parece presumir la figura de un «dogmático racional» equivalente a la idea del «legislador racional»– que simplifica en demasía el pensamiento dogmático, al menos si comparamos su modelo con el de las corrientes más actuales de la dogmática penal, civil o constitucional.

## 2.1 La adhesión formal al derecho positivo

Una de las afirmaciones que Nino realiza con mayor firmeza se refiere a la actitud de adhesión formal al derecho positivo propia del positivismo ideológico que «se da entre los juristas»<sup>36</sup>. No obstante, luego relativiza esa afirmación cuando reconoce que esta adhesión resultaría contradictoria con la función creadora de la dogmática, razón por la cual aclara que la adhesión acrítica al derecho legislado no es real y sólo es un mecanismo que se utiliza simbólicamente para ocultar la función creadora de la labor de los juristas<sup>37</sup>.

Sin embargo, este señalamiento corre el serio riesgo de decir bastante poco. En primer lugar, la cuestión del contenido del «derecho positivo» dista de ser una cuestión simple. La confluencia de una serie de factores que sumariamente ejemplificaremos complejiza de modo notable la determinación del «contenido real» del derecho positivo:

---

prohíben aquellos comportamientos realizados contra la voluntad de la víctima. Sobre el problema de la indisponibilidad del bien jurídico «vida», cf. RIVACOBBA Y RIVACOBBA, M. DE, «Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana», en *Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989; sobre el valor del consentimiento en la teoría del delito, cf. BACIGALUPO, E., «Consentimiento del lesionado en el derecho y en la dogmática penal españoles», en *Revista Derecho Penal*, Ed. Juris, Rosario, 1992, núm. 1; BOVINO, A., «Sobre el consentimiento del no ofendido», en *Revista Derecho Penal*, Ed. Juris, Rosario, 1993, núm. 2; RUSCONI, M. A., «El problema del lugar sistemático del consentimiento del ofendido», en *Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, 1991, núm. 1.

Esta circunstancia produce consecuencias negativas, pues, además de cumplir con la función de reducir las posibilidades de comprensión del derecho por parte de las personas no entrenadas para ello y de aumentar aún más la brecha entre esas personas y el sistema jurídico, aumenta la necesidad de recurrir a los profesionales del derecho y el círculo de problemas que exigen su participación y, por ende, brinda más poder a aquellos que detentan ese tipo de saber.

<sup>36</sup> Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 30, en donde agrega la opinión coincidente de Genaro Carrió, a quien cita textualmente en la nota núm. 15. Esta generalización que parece aludir a la totalidad de los juristas dogmáticos es una simplificación extrema que coincide con la imagen de «buen dogmático» (equivalente al «legislador racional») que NINO utiliza recurrentemente a lo largo de todo su análisis.

<sup>37</sup> Cf. *Consideraciones*, p. 78.

a) Los problemas de indeterminación lingüística de las normas, tal como han sido formulados por el enfoque analítico característico de Hart y Carrió, que en este punto resulta compatible con las ideas de Kelsen. Por un lado, el hecho de que las proposiciones jurídicas hagan uso de los lenguajes naturales, con un muy escaso nivel de redefinición técnica, hace que aquellas arrastren todas las imperfecciones de los lenguajes naturales: vaguedad, ambigüedad, carga emotiva, etc. Por otro lado, el hecho de que la legislación emplea expresamente conceptos regulativos o normativos –entre los que se incluyen los llamados «conceptos jurídicos indeterminados»– cuyo alcance sólo puede ser concretado a partir de valoraciones sociales: son ejemplos de ello las nociones de «moral pública y buenas costumbres», «buen padre de familia», «buena fe», «reglas del arte o de la profesión», etc.

b) El problema de las inconsistencias o contradicciones lógicas de las normas, tematizado también por la corriente analítica.

c) El hecho –discutido extensamente a partir del aporte de Ronald Dworkin<sup>38</sup>– de que el orden jurídico esté compuesto, además de por normas o reglas en sentido estrecho, por estándares tales como principios y directrices, cuya función difiere de la de aquéllas. Como se sabe, se ha caracterizado a los principios como mandatos de optimización, dado que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible<sup>39</sup>. Principios y directrices también forman parte del derecho positivo, y su consideración a la par de las normas conlleva para el intérprete problemas de interpretación suplementarios. Entre ellos, el de la coexistencia en el orden jurídico de principios ideológicamente inconsistentes<sup>40</sup>.

d) La estructura jerárquica y escalonada del orden jurídico agrega un nuevo plano de indeterminación, ya que la aplicabilidad de una norma a un caso está sujeta al examen de su compatibilidad formal y sustancial y, por lo tanto, la selección misma de la norma que rige el caso puede depender de su comparación con una norma de rango superior. Pese a que este es un tópico clásico en la teoría del derecho –basta con recordar la polémica desatada a partir de la noción de «norma alternativa» propuesta por Kelsen–, la importancia de esta cuestión se ha acrecentado a partir del afianzamiento del constitucionalismo y de la creación de mecanismos de control de constitucionalidad<sup>41</sup>. Ferrajoli ha enfatizado dos formas de incumplimiento de los límites y vínculos que la constitución impone al legislador: las antinomias, que consisten en violaciones a un límite formal o sustancial

<sup>38</sup> DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 72-83.

<sup>39</sup> ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 86.

<sup>40</sup> Robert Gordon ofrece un ejemplo de interpretaciones «individualistas» y «altruistas» de una misma situación contractual en «Cómo descongelar la realidad legal: una aproximación crítica al derecho», en este mismo volumen. Consultar además la extensa bibliografía citada.

<sup>41</sup> Ver, por todos, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 855-868; en este mismo volumen, «La democracia constitucional».

estipulado en la constitución –un quebrantamiento de aquello que el legislador no debe hacer– y las lagunas, que consisten en el incumplimiento de un mandato dirigido por la constitución al legislador –es decir, en la omisión de aquello que el legislador está obligado a hacer<sup>42</sup>–. En el caso de nuestro país, y de varios otros países de América Latina, esta cuestión cobra una especial magnitud, dada la enorme ampliación de límites y obligaciones impuestos al legislador a partir de la constitucionalización de un número importante de pactos de derechos humanos, y del otorgamiento de jerarquía suprallegal a otros tratados y disposiciones<sup>43</sup>.

e) El hecho –importantísimo para el abogado práctico, pero muchas veces soslayado por los filósofos de tendencia analítica– de que el conjunto de normas con las que operan los intérpretes y aplicadores del sistema jurídico no se limita a lo sancionado por los poderes con facultades legislativas o reglamentarias, sino que también está integrado por las interpretaciones jurisprudenciales de esas reglas –de modo que el «contenido del derecho positivo» está compuesto, para cualquiera que quiera investigar la regulación normativa de un caso, no sólo por la regla «desnuda» dictada por el legislador, sino por el conjunto de decisiones judiciales que interpretan el alcance de la regla–. En este sentido, el «derecho positivo» también formado por un conjunto no siempre coherente de casos jurisprudenciales.

Todos estos factores, además, se potencian mutuamente. Por ejemplo, los términos empleados por las constituciones y por los tratados de derechos humanos están afectados por problemas de indeterminación lingüística, o de contradicciones lógicas, y contienen conceptos jurídicos indeterminados, de modo que cuando se compara una norma inferior con una norma constitucional o de un pacto de derechos humanos, los problemas de indeterminación o contradicción pueden afectar a cualquiera de los dos términos de la comparación. Lo mismo sucede con los principios, que pueden estar contenidos en la constitución o en pactos de derechos humanos, o en la legislación inferior, y que evidentemente están atravesados por problemas de indeterminación lingüística. Y lo mismo sucede con las sentencias judiciales. Las combinaciones de estos problemas pueden multiplicarse interminablemente<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 876-880; «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-31; «La democracia constitucional», *op. cit.*

<sup>43</sup> V., en general, ABREGÚ, M., y COURTIS, C. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997.

<sup>44</sup> Tal vez el movimiento que ha explotado más críticamente el problema de la indeterminación en las áreas particulares del derecho sea el de *Critical Legal Studies*. Ver, por todos, GORDON, R. W., «Cómo descongelar la realidad legal: una aproxima-

De modo que la determinación de cuál es el contenido del derecho positivo –requisito previo a la «adhesión dogmática al derecho positivo»– constituye ya un problema complejo y multiforme, abierto a múltiples posibilidades y a variables interpretativas y valorativas de diverso signo. La «adhesión formal» de dos juristas dogmáticos distintos al mismo «objeto» puede tener como resultado soluciones completamente divergentes, aunque en ambos casos se diga que ellos «adhieren formalmente al derecho positivo». De hecho, las discusiones interpretativas sobre el derecho positivo, a la que gran parte de la dogmática se dedica con fruición, se producen justamente a partir de la afirmación por parte de los contendientes de que la solución que cada uno propone surge de la interpretación del derecho positivo<sup>45</sup>.

En segundo lugar, la afirmación de que los juristas dogmáticos adhieren necesariamente al derecho positivo, en el sentido de concordar ideológicamente con el contenido del derecho positivo, es simplemente falsa, hecho fácilmente demostrable desde que una de las funciones características de la dogmática jurídica, además del intento de descripción del contenido del derecho positivo, es la crítica a las soluciones del derecho positivo que consideran incorrectas desde el punto de vista tanto lógico como valorativo. Los tratados y libros de derecho están plagados de proposiciones de *lege ferenda*, en las que los autores, reconociendo que no existe forma de interpretar una determinada norma de modo de ajustarse a su valoración personal, señalan la necesidad o conveniencia de una modificación legislativa o jurisprudencial. Esto lleva a distinguir al menos tres funciones en la dogmática<sup>46</sup>:

a) Una función expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir el derecho positivo cuyo contenido no es considerado problemático<sup>47</sup>. En este caso, hablar de adhesión formal al derecho

---

ción crítica al derecho», *op. cit.*; KENNEDY, D., *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999.

<sup>45</sup> Cfr. en este sentido la afirmación de LUHMANN: «la función (de la dogmática) consiste... no en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente al revés, en el aumento de libertades en el trato con experiencias y textos. La conceptualidad dogmática posibilita la toma de distancia también y precisamente allí donde la sociedad espera vinculación». (énfasis en el original). LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid, 1983, p. 29. En el mismo sentido, FERRAZ Jr., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, Max Limonad, San Pablo, pp. 96-97; PEÑA GONZÁLEZ, C., «Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil», en *Estudios Públicos*, núm. 60, primavera 1995, CEP, Santiago, p. 331.

<sup>46</sup> En *Algunos modelos...*, NINO propone dos niveles en los que los juristas dogmáticos «deben desarrollar» su labor teórica para cumplir «una función importante» al «encara(r) la tarea de discutir problemas axiológicos para la actividad jurisdiccional» (p. 105). Estos dos niveles se acercan a las dos últimas funciones que describimos a continuación. Sin embargo, nuestro análisis afirma que los juristas dogmáticos vienen de hecho desarrollando estas funciones desde hace tiempo, sin necesidad de seguir los consejos de NINO.

<sup>47</sup> Cumpliendo una función pedagógica, expositiva. V. ROXIN, C., «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal», en *Política criminal y*

positivo como un vicio del dogmático tiene tanto sentido como hablar de la adhesión formal de un geógrafo al paisaje que describe.

b) Una función cuya orientación pretende ser descriptiva, en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo, pero también tiene un componente prescriptivo, ya que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación por sobre otras<sup>48</sup>. Esta función –llamémosla *de lege lata*, para mantener el término tradicional–, tal como lo venimos diciendo, no está exenta de problemas discursivos y argumentativos, ya que se propone señalar soluciones que se pretenden racionalmente derivables del derecho positivo. Si recordamos el complejo cuadro descrito en el punto anterior, cabe señalar que los juristas dogmáticos más refinados despliegan una tarea de reconstrucción posible del contenido del derecho positivo, señalando argumentos o motivos que favorecen su reconstrucción particular frente a otras reconstrucciones rivales o alternativas. Esta labor, lejos de consistir en una tarea de descripción mecánica, implica una gran serie de problemas, que incluyen, entre otros: i) problemas de determinación semántica del sentido de los términos de las normas o principios que se pretenden aplicables; ii) problemas de determinación teleológica (por ejemplo, la discusión acerca de los «fines» de la norma); iii) problemas de compatibilidad sistemática (por ejemplo, la determinación de los alcances de la coexistencia de dos institutos que responden a justificaciones opuestas); iv) problemas de compatibilidad histórica (por ejemplo, la interpretación de instituciones previas a una reforma constitucional de acuerdo a los nuevos principios constitucionales), v) problemas lógicos (por ejemplo, la solución de contradicciones normativas). Una de las tareas más frecuentes desarrolladas por los dogmáticos se vincula con la necesidad de proponer soluciones particulares para casos considerados problemáticos y, en este sentido, pretende constituirse en guía intelectual para el eventual aplicador del derecho positivo –paradigmáticamente, al juez– que se enfrente al caso en cuestión. Resulta obvio que para hacer esto, el jurista deba asumir como punto de partida el derecho positivo vigente –lo que pretende es ofrecer una guía de solución de casos particulares a partir del contenido del derecho positivo–. El argumento de la «adhesión dogmática» al derecho

---

*estructura del delito*, PPU, Barcelona, 1992, p. 36 : «Una tal sistematización del material jurídico facilita el estudio de los estudiantes...». Carlos Peña la caracteriza como «una función cognoscitiva de describir el derecho vigente, ordenándolo en términos más económicos y sencillos que aquellos con que aparece en su presentación original». V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Qué hacen los civilistas», en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, p. 26.

<sup>48</sup> Cfr. MARKKU HELIN, quien califica a las interpretaciones de la dogmática ante casos cuya solución no ha sido aún establecida como *recomendaciones*, por oposición a *aserciones*. V. HELIN, M., «Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica», en AARNIO, A., GARZÓN VALDEZ, E., y UUSITALO, J. (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 208-209.



positivo resulta banal: es obvio que, dada la obligación del juez de fallar en todo caso, los juristas presenten su solución como contenida –o virtualmente contenida, o potencialmente contenida– en el derecho positivo, y esto no tiene nada de malo<sup>49</sup>. Y, por otro lado, tampoco significa que la construcción de hipótesis dogmáticas resulte unívoca, mecánica o rutinaria: como se dijo, aun partiendo de la premisa de la aceptación del derecho positivo vigente, las posibilidades de construcción de soluciones diversas –teniendo en cuenta todos los problemas de indeterminación del contenido del derecho positivo planteados en el punto anterior– son muchas veces sumamente amplias.

c) Una función cuya orientación pretende ser crítico-prescriptiva, y no descriptiva. En esta hipótesis, que denominaremos de *lege ferenda*, el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación o decisión de un caso no puede ser derivada del derecho positivo, y en este sentido, postula que la mejor solución implica *no la adhesión, sino el rechazo* del derecho positivo vigente. Al desarrollar esta actividad, en absoluto infrecuente entre los autores dogmáticos, el jurista debe reconocer que la evidencia semántica, lógica, teleológica, histórica, etc., le impide considerar que la solución que postula sea compatible con el contenido del derecho positivo vigente, y por ello critica la o las soluciones derivables del derecho positivo y aboga por el reemplazo de esas soluciones por la propuesta por él mismo. En general, esta función se entiende dirigida al legislador, aunque –como se explicará en los próximos párrafos, también puede estar dirigida a los jueces–. El sentido de esta función es proponer el abandono de la regla vigente y su reemplazo por una nueva.

La distinción de estas funciones depende también del punto de partida que se asuma como premisa<sup>50</sup>. Ferrajoli, por ejemplo, considera que «la crítica al derecho, conforme a sus propias fuentes de legitimación y de deslegitimación jurídica, es la principal tarea cívica de

<sup>49</sup> El principal cargo de NINO, parece ser que los dogmáticos realizan una función prescriptiva *como si* estuvieran simplemente describiendo (NINO, *Consideraciones...*, p. 107; *Algunos modelos...*, p. 106; v. en el mismo sentido, CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 132). El cargo confunde más de lo que aclara. De acuerdo a nuestra observación, si el derecho positivo es pasible de múltiples reconstrucciones, los dogmáticos pretenden describir una interpretación derivable del derecho positivo, pero es claro que también prescriben su adopción. Un modelo de dogmática puramente descriptivo –tal como el que Kelsen proponía: describir las alternativas semánticas de interpretación sin interceder por ninguna– no ha existido en la historia, por la sola razón de que no puede cumplir el objetivo de ofrecer una guía para solucionar casos. Cfr. HELIN, M., «Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica», *op. cit.*, p. 200.

<sup>50</sup> Luhmann señala la imposibilidad de distinguir con pleno sentido entre argumentos de *lege lata* y de *lege ferenda*. V. LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, *op. cit.*, p. 35. De todos modos, el uso de la distinción tradicional resulta útil para entender el punto de vista del dogmático, es decir, para describir lo que él pretende estar haciendo.

la jurisprudencia y de la ciencia jurídica»<sup>51</sup>. De acuerdo a su propuesta, la tarea del jurista es «explicitar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las (normas) inferiores y correlativamente de ineffectividad sobre las (normas) superiores»<sup>52</sup>. Los juristas cumplen este papel cuando, por ejemplo, denuncian la inconstitucionalidad de una norma inferior: en este caso, «adhieren» a la norma superior, pero «no adhieren» a la norma inferior que critican, sino que la rechazan por inválida<sup>53</sup>.

Otra de las actividades típicas de la dogmática jurídica consiste en la crítica de las soluciones jurisprudenciales, crítica que de hecho supone una similar combinación de ambas funciones. Por un lado, el jurista dogmático cumple una función de *lege lata*, pretendiendo derivar del derecho positivo la solución que considera correcta. Pero por otro lado, frente a una decisión judicial que considera no compatible —ya sea por motivos lógicos o por valoraciones de otro tipo— con esa solución, el jurista *no adhiere* a la solución jurisprudencial, sino que *la rechaza* —por inconsistente con la mejor interpretación posible del derecho positivo que él postula—, sugiriendo su modificación por los mismos jueces que la dictaron o por otros que la revisen. En este sentido, el jurista «adhiera» al contenido de las normas aplicables —de acuerdo a lo que considera su mejor interpretación— pero «no adhiere» a la forma en que ha sido aplicada por el juez, sin que de hecho niegue que la pieza jurisprudencial que critica «forme parte» del derecho positivo. La actitud del jurista frente a la sentencia que considera errónea es similar a la que adopta frente a una norma que considera errónea: debe aceptar su existencia, pero sugiere su modificación —es decir, «no adhiere» a ella.

Como tercera cuestión, la afirmación genérica de que los juristas dogmáticos adhieren o aceptan dogmáticamente el contenido del orden jurídico parece un tanto arriesgada. En muchos casos, las obras de los juristas dogmáticos contienen sus puntos de partida y sus presupuestos justificatorios del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, dos de los penalistas más reconocidos en nuestro medio, Maier<sup>54</sup> y Zaffaroni<sup>55</sup>, han explicitado en sus obras esos presupuestos<sup>56</sup>. El propio

<sup>51</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 878.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 879.

<sup>53</sup> «Es así como la crítica del derecho positivo desde el punto de vista del derecho positivo tiene una función descriptiva de sus antinomias y lagunas y al mismo tiempo prescriptiva de su auto-reforma, mediante la invalidación de las primeras y la integración de las segundas.» FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p., 879.

<sup>54</sup> Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., § 1, dedicado íntegramente al desarrollo de la teoría del derecho de la cual parte y a su justificación del ordenamiento jurídico.

<sup>55</sup> Cf., por ejemplo, *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989, que significa una revalorización y reformulación de la dogmática jurídico-penal con fundamentos iusnaturalistas.

<sup>56</sup> Lo mismo se puede afirmar respecto a la obra de WELZEL, en Alemania: cf. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.

Nino dedicó el último libro que publicara en vida al análisis de la Constitución, en una brillante obra dogmática que explicita minuciosamente sus puntos de partida epistemológicos, filosóficos y políticos<sup>57</sup>. Los ejemplos podrían extenderse largamente<sup>58</sup>. En otros casos, los juristas explican sus puntos de partida al dedicarse al análisis de algún tema concreto<sup>59</sup>. Finalmente, si bien existen autores cuyos trabajos no dedican atención especial a esos aspectos, una lectura atenta de sus elaboraciones teóricas permite descubrir sus presupuestos implícitos<sup>60</sup>.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta, en esta cuestión, consiste en la imposibilidad material de la explicitación efectiva de todos los presupuestos valorativos en cada trabajo doctrinario –y, por extensión, en cada decisión de la práctica jurídica–. Imaginemos qué sucedería en la práctica judicial si cada resolución debiera contener todos sus presupuestos justificatorios. Así, por ejemplo, el juez que autoriza fotocopiar el expediente debería explicar por qué razones la Constitución Nacional es derecho positivo, por qué es válida su designación de juez, por qué es competente para decidir el pedido, por qué es válida la norma que autoriza a conceder el pedido, etc. Del mismo modo, cuando un autor dogmático abordara una cuestión jurídica acotada –por ejemplo, la determinación de un plazo procesal aplicable, la extensión de la responsabilidad extracontractual, el alcance de un término utilizado en el derecho de familia– debería, de acuerdo a ese criterio, fundar su concepción acerca del derecho y el poder, su posición sobre el sentido de la regulación constitucional, su teoría de la interpretación jurídica, su concepción acerca de la justificabilidad de la regulación del área del derecho que esté cultivando, etc. En síntesis, no parece razonable exigir que los juristas tornen explícitos todos sus presupuestos valorativos en cada pieza concreta de su discurso teórico referida al análisis de alguna institución determinada del derecho positivo. Esto convertiría a los dogmáticos en filósofos, y los alejaría de la resolución de cuestiones prácticas. Para los juristas que no se dedican a las preocupaciones teóricas de Nino, la cuestión puede ser importante pero, respecto a su objeto concreto de estudio, no deja de ser secundaria. Quizás lo que Nino pierde de vista es que el derecho, además de ser un objeto de interés teórico, es, antes y principalmente,

---

<sup>57</sup> NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, en especial caps. 1 y 2.

<sup>58</sup> Por mencionar dos trabajos que enmarcan explícitamente los puntos de partida de la respectiva obra dogmática de sus autores, v. BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Ed. Trotta, Madrid, 1991; LORENZETTI, R. L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

<sup>59</sup> Resulta paradigmático, en este sentido, el trabajo de ZAFFARONI, E. R., «La ley de obediencia debida», en *Revista Lecciones y Ensayos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, núm. 50, pp. 23 y ss.

<sup>60</sup> Al menos como para estar seguros de que su adhesión al derecho no es la adhesión formal que Nino critica.

un mecanismo que pretende ordenar comportamientos sociales, y que por tanto la dogmática tiene una finalidad eminentemente práctica: guiar la solución de casos problemáticos<sup>61</sup>.

Por estas razones, el hecho de que el objeto de estudio de los dogmáticos sean las normas jurídicas no permite afirmar, sin más, que ello indica la actitud característica del positivismo ideológico. Esta afirmación resulta de una sobresimplificación excesiva de la labor dogmática, demasiado atada a la concepción teórica que los filósofos del derecho del siglo XIX tenían sobre la dogmática, más que a lo que realmente hacen los juristas dogmáticos.

Por otra parte, tampoco puede afirmarse tan sencillamente que la adhesión simbólica al derecho positivo significa que el jurista modifica el sistema jurídico de modo inconsciente, pues para ello deberíamos dejar de lado a quienes utilizan ese aspecto simbólico como estrategia de persuasión o justificación<sup>62</sup>. Frente al hecho de que una irrupción discursiva que no exprese cierto grado de aceptación del derecho positivo tendrá, casi con seguridad, escasas posibilidades persuasivas, es necesario reconocer la utilización consciente y estratégica de esa aceptación simbólica. Desde el punto de vista persuasivo —lo que pretende la dogmática no es otra cosa que la aceptación de las soluciones que propone por parte de quienes deciden casos<sup>63</sup>— resulta obvio que una de las condiciones de aceptabilidad de una solución dogmática es que se presente como fundada en el derecho positivo vigente, y no en el simple parecer de quien la postula, o en sentimientos subjetivos de justicia, o en concepciones políticas o ideológicas personales. Este mecanismo no sólo es utilizado por los juristas dogmáticos sino también por los jueces, pues —aunque se admita que ellos «crean» derecho— desde el punto de vista discursivo éstos presentan sus soluciones jurisprudenciales como «derivación» del derecho positivo, y no como simple invención. Esta ausencia de consideración de

<sup>61</sup> Ferraz la califica de «pensamiento tecnológico». V. FERRAZ JR., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, op. cit., pp. 89-95. Ver, además, *infra*, 2.3.

<sup>62</sup> En este sentido, cabe preguntarse las posibilidades de influencia efectiva de un discurso que no comparta ningún elemento en común con el discurso técnico-jurídico propio de cierto medio o contexto académico —que actúa así como un condicionamiento preexistente del medio—. Este fenómeno de exclusión de discursos extraños ha sido sufrido personalmente por el mismo Nino. Él contó el impacto de su libro *Los límites de la responsabilidad penal* en la comunidad académica de los penalistas: «dado que hago una crítica radical de las bases de la teoría del delito vigente en sus distintas versiones, pensé que iba a ser objeto de las más acerbadas objeciones y críticas de otros autores, porque realmente trataba de cuestionar los fundamentos mismos de ese desarrollo. Pero no pasó absolutamente nada. O sea que básicamente no tuve ninguna reacción ni comentario dentro del país» (cf. NINO, C. S., «La discusión crítica en nuestro medio académico [entrevista]», en *Lecciones y Ensayos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, núm. 50, pp. 278 y s.). Abordamos el tema en el punto 2.3.

<sup>63</sup> V. FERRAZ JR., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, op. cit., pp. 176-182.

los aspectos estratégicos de la argumentación jurídica nos conduce al siguiente problema.

## 2.2 La función creadora de la dogmática jurídica

Quizás las consideraciones de Nino más esclarecedoras sean las que destacan la labor creativa de los juristas. Sin embargo, sus afirmaciones permiten formular algunos interrogantes.

El primer problema surge del hecho de que para afirmar que los juristas agregan «algo» al derecho positivo, es necesario, al mismo tiempo, afirmar que las normas contienen «algo» unívoco y determinado antes de la tarea interpretativa. Sin necesidad de sostener que las normas no contienen significado alguno, es indispensable aclarar que toda interpretación<sup>64</sup> significa una actividad «creadora» en el sentido que Nino atribuye a esa expresión. Como hemos afirmado antes, el «contenido» del derecho positivo, más que un conjunto unívoco y estable de significados fijos, es el resultado de un proceso incesante de atribución de sentido a normas y principios, selección de reglas o principios aplicables de acuerdo a esa atribución de sentido, extensión y comprensión de esos sentidos para ajustar la regla al caso, y una multiplicidad de otras operaciones intelectuales en las que juegan factores ideológicos, valorativos y extranormativos. El carácter de estas operaciones es fundamentalmente polémico: ante cada «problema», ante cada oportunidad en la que resulta necesario atribuir sentido a una regla para aplicarla, pueden articularse varias soluciones alternativas, motivadas por distintas directrices interpretativas. La tarea fundamental de la dogmática es la de adelantar estos «problemas», estas instancias en las que la atribución de sentido resulte polémica, y ofrecer, a partir de una reconstrucción posible de las otras piezas del rompecabezas –normas de distinto rango, principios, decisiones jurisprudenciales anteriores–, una solución sostenible. El procedimiento argumentativo de la dogmática más refinada acude, además, a la reconstrucción de otras alternativas, y a la discusión de los motivos que aconsejan descartar esas alternativas y preferir la solución propuesta. Esta afirmación contradice la posibilidad de delimitar estrictamente –como ya lo apuntáramos– la oposición entre las funciones descriptivas y creadoras supuestas por Nino, en la medida en que la propia noción de «problema» –que es la que articula en general la elaboración dogmática– supone algún grado de indeterminación en el contenido de las normas, o bien el deseo de desafiar el significado que ha impuesto una comunidad dogmática o una decisión de autoridad. Las obras que se dedican simplemente a repetir las soluciones ya impuestas en la comunidad dogmática o en la jurisprudencia son en

---

<sup>64</sup> Tanto la de los órganos que aplican el derecho como la de quienes formulan elaboraciones teóricas.

general consideradas «manuales» u «obras de divulgación», pero raramente conciten alguna valoración intelectual en tanto trabajo dogmático.

Un segundo problema vinculado con la función creadora surge de la afirmación de que los criterios interpretativos de la dogmática son de invención exclusiva de los juristas, y que derivan de la ficción del «legislador racional». Esta afirmación parte de una correcta apreciación crítica con respecto a la ficción del «legislador reacional», pero resulta totalmente exagerada. En primer término, la formulación de propuestas dogmáticas no requiere en absoluto la formulación de la ficción del legislador racional –de modo que la crítica es acertada si se dirige a las formulaciones dogmáticas que parten de dicha ficción, pero no invalida en absoluto otras articulaciones dogmáticas que no caigan en ese vicio.

En segundo lugar, es posible reinterpetar la función que cumple la ficción del «legislador racional» en términos aceptables, sin necesidad de afirmar esa ficción. En nuestro ámbito, la codificación –y en general la articulación escalonada del orden jurídico– representa la pretensión de lograr cuerpos legales completos, sistemáticos y coherentes que solucionen todos los casos posibles, y los códigos pretenden expresar estas propiedades<sup>65</sup>. Aun cuando los códigos no cumplan *efectivamente* esta pretensión –es decir, aun cuando existan indeterminaciones, contradicciones y lagunas– el sistema jurídico ordena comportarse como si ello ocurriera, a través de la orden dada a los jueces de resolver en todos los casos sometidos a su consideración<sup>66</sup>. Esta «norma de clausura» obliga a articular –a partir del resto del material legal dado– alguna respuesta que pueda considerarse razonablemente derivable del sistema jurídico, solucionando la indeterminación, contradicción o laguna. Por ello, ofrecer una solución dogmática a un «problema» jurídico no implica en absoluto presuponer la existencia de un legislador que racionalmente y de una vez sanciona la totalidad de las normas que forman un sistema jurídico –hipótesis obviamente ficticia–, sino simplemente llevar a cabo la orden de «salvar las impurezas» del sistema, dando a todos los casos planteados una solución que resulte compatible con el contenido del material que sí se considera determinado. Más aún: en muchos casos, el dere-

---

<sup>65</sup> La división en partes generales y especiales, el desarrollo de principios generales pretendidamente exhaustivos, la remisión a reglas generales de un instituto diferente, entre otras circunstancias, no son más que la expresión clara de que se supone que un código es un sistema completo y coherente de soluciones jurídicas.

<sup>66</sup> En el derecho argentino, el art. 15 del Código Civil, de aplicación general, dispone que los jueces «no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes» y, de este modo, no sólo reconoce las posibles inconsistencias y lagunas del ordenamiento jurídico, sino que estipula la irrelevancia de estas circunstancias frente a la necesidad de dar solución al caso. En el ámbito del derecho penal, el principio de legalidad y la prohibición de analogía cumplen una función similar.

cho positivo establece expresamente criterios para resolver casos problemáticos<sup>67</sup>. Estos principios presuponen las imperfecciones e imprevisiones del sistema y, precisamente por ello, brindan pautas que obligan a decidir «como si» el sistema fuera coherente, completo, sistemático.

En tercer lugar, afirmar que los criterios que utiliza la dogmática para postular soluciones resultan exclusivamente de la imaginación de los juristas implica un serio error de juicio. Por un lado, como hemos dicho, si los juristas pretenden que la solución que ellos proponen para un caso deriva del «contenido del derecho positivo», resulta evidente que deben ofrecer alguna prueba de que el criterio o principio en el que fundan su solución tiene algún asidero legal, ya sea por vía de deducción, inducción, analogía o algún otro procedimiento argumentativo. Es cierto que los juristas acuden para fundar las soluciones que proponen a las denominadas «teorías», y que en muchos casos ahorran el paso de vincular la «teoría» a principios o normas de derecho positivo. Pero en algún punto, para que una teoría logre sostenerse como criterio aceptable para fundar soluciones, alguien debe haber establecido una conexión entre su contenido y el que asigna a algunas normas o principios del derecho positivo –de modo que es dudoso que una teoría que demuestre no tener conexión alguna con el «contenido del derecho positivo», o, peor aún, que demuestre ser incompatible con él, tenga demasiado éxito argumentativo—. Y por

---

<sup>67</sup> En el derecho argentino, es el art. 16 del Código Civil el que dice qué debe hacer el juez en estas situaciones: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso». En primer lugar, se admite que las cuestiones deben ser resueltas atendiendo a las palabras o al espíritu de la ley; ello indica que además de las palabras, existe otro elemento reconocido por el derecho para tomar la decisión: el espíritu de la ley. Independientemente de cuál pueda ser el contenido de esta expresión, lo cierto es que es un principio del derecho positivo que se puede acudir a «algo más» que a las palabras de la ley para su interpretación. Pero cuando la cuestión no se resuelve en las palabras o en ese «algo más que las palabras», debe acudir a los principios de leyes análogas. De este modo, el derecho positivo no sólo supone que la regulación de las distintas instituciones se funda en ciertos principios, sino que, además, les otorga la calidad de criterio legal para la decisión de ciertos casos. Ante esta afirmación, podría sostenerse que estos principios son los que están contenidos textualmente en las mismas normas jurídicas de la institución a la que se remite y no fuera de ella. Sin embargo, la disposición sigue adelante y agrega que, cuando el caso siga sin respuesta, debe acudir a los «principios generales del derecho». Estos «principios generales» no necesariamente coinciden con normas concretas –de otro modo sería innecesario remitir a ellos–, de manera que al menos algunos de estos principios están *fuera* de su texto y sólo pueden ser construidos por el intérprete. De este modo, el derecho positivo *ordena* utilizar ciertos mecanismos utilizados por la dogmática. La búsqueda de la «naturaleza jurídica» de alguna institución no reglada que realizan los dogmáticos, por ejemplo –y por absurda que resulte la denominación de «naturaleza jurídica»–, no es más que la aplicación del principio que ordena resolver el caso según las reglas de una institución análoga.

otro lado, dado que existe una comunión importante entre la comunidad dogmática y la comunidad legislativa, en muchos casos los propios criterios o teorías desarrollados por la dogmática son adoptados legislativamente y pasan expresamente a formar parte del derecho positivo<sup>68</sup>.

De este modo, los criterios más importantes que la dogmática utiliza no son sólo «invención» de los juristas sino en algunos casos principios a los que remite el propio derecho positivo, y en otros construcciones teóricas que pretenden dar cuenta del contenido del derecho positivo. En todo caso, aun cuando no se coincidiera con esta afirmación, debe reconocerse que los mejores ejemplos de aplicación del método dogmático reflejan en general los aspectos fundamentales que estructuran el derecho positivo, y que, por ello, puede afirmarse que la dogmática suele generar teorías adecuadas al sistema jurídico sobre el cual opera<sup>69</sup>.

Un tercer problema que Nino plantea se vincula al ocultamiento de los presupuestos valorativos que fundan las soluciones de la dogmática<sup>70</sup>. Sin embargo, esto no es absoluto: por ejemplo –como ya hemos dicho–, las tendencias actuales de la dogmática penal, civil y constitucional exponen cada día más los aspectos valorativos de sus elecciones, incluso en la formulación de sus «teorías generales». Son ejemplos de estas tendencias la postulación –como criterio rector de la interpretación– de la consideración de las consecuencias político-criminales de la solución<sup>71</sup>, o bien de las conse-

<sup>68</sup> Por ejemplo, la incorporación de la «teoría de los actos jurídicos» al Código Civil, o la incorporación de las categorías de la «teoría del delito» al Código Penal alemán, o la incorporación por vía legislativa de soluciones de *lege ferenda* desarrolladas previamente por la dogmática, como la responsabilidad civil por riesgo creado, la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso de derecho, etc.

<sup>69</sup> Esta adecuación, por supuesto, no puede ser predicada de toda elaboración dogmática, sino sólo de aquellas que respeten ciertos criterios mínimos de racionalidad, básicamente análogos a los criterios de aceptabilidad de una teoría científica (v. gr., que no propongan soluciones claramente contrarias a las normas jurídicas vigentes, que no signifiquen desarrollos oscuros, complejos e incomprensibles de escaso valor práctico, que hagan explícitos los presupuestos valorativos que fundan las decisiones, que tengan algún valor explicativo sobre el material jurídico que pretenden integrar, etc.). Sobre la necesidad de adecuación de los criterios generados por la dogmática con el nivel de desarrollo y complejidad del sistema jurídico, v. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., pp. 39-40.

<sup>70</sup> Este ocultamiento parece ser el tema que más preocupa a Nino, pues él reconoce que la adhesión acrítica al derecho positivo es meramente simbólica y, también, reconoce la necesidad de una elaboración teórica que reexprese (es decir, que cumpla las funciones descriptivas y creadoras de derecho) el sistema positivo.

<sup>71</sup> Esta orientación, sin embargo, no se logra por la simple vía de comparar en abstracto las diversas soluciones posibles, sino de analizar detenidamente los efectos que tales decisiones provocarán sobre el mundo. «Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas», señala gráficamente Hassemer (*Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 35). De este modo, la orientación actual tiende a hacer cada vez más



cuencias de la asignación de responsabilidad civil por daño según distintos factores<sup>72</sup>, o bien de las necesidades de tutela de bienes colectivos para determinar el alcance de la legitimación del amparo<sup>73</sup>. Los ejemplos podrían multiplicarse en distintas ramas del derecho. Tampoco es infrecuente, cuando la dogmática discute la solución de casos particulares –problemas de interpretación de tipos penales, o de derechos constitucionales, etc.–, observar el procedimiento argumentativo de comparar valorativamente las alternativas plausibles, a partir de cierta escala axiológica que se asume como parámetro. En síntesis, no es cierto que toda dogmática oculte los presupuestos valorativos que fundan sus soluciones, y menos aún que el ocultamiento de los presupuestos valorativos resulte necesario para que la actividad de los juristas sea clasificada como «dogmática».

### 2.3 Hacia una conceptualización no ingenua de la dogmática

Lo dicho hasta ahora nos permite reconstruir de algún modo el estatuto teórico de la dogmática sin necesidad de hacerla depender de mitos y ficciones endebles. Intentaremos ordenar algunas de las observaciones de los párrafos anteriores, para señalar las notas características de una dogmática autoconsciente del papel que pretende desempeñar.

a) *Carácter práctico*: en primer lugar, cabe recalcar que, en tanto construcción teórica, la dogmática jurídica, aun cuando asuma ribetes especulativos, tiene una finalidad eminentemente *práctica*, en el sentido de pretender constituirse como guía para la toma de decisiones<sup>74</sup>. Si bien parte de la producción dogmática pretende describir y sistematizar el contenido del «derecho positivo», resulta claro que se reconoce mayor calidad intelectual a las obras que intentan generar solu-

---

explícitos los presupuestos valorativos, si bien esta actitud difiere en intensidad en los distintos juristas.

<sup>72</sup> V., por ejemplo, LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., «Esencia y fundamento de la responsabilidad civil», en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, año 11, núm. 61/6, p. 941. Peña considera que el análisis económico del derecho es un ejemplo de dogmática orientada hacia las consecuencias, que, como se sabe, prefiere soluciones a partir de considerar los efectos de las diversas alternativas sobre la riqueza. V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil», *op. cit.*, p. 334 y ss.

<sup>73</sup> V., por ejemplo, GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, pp. II-1/24.

<sup>74</sup> V. ROXIN, C., «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal», *op. cit.*, p. 41. Peña la describe como «una función de auxilio técnico a los operadores del derecho proporcionándoles un conjunto de soluciones coherentes y precisas a ser aplicadas en los casos relevantes de la vida social». V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Qué hacen los civilistas», *op. cit.*, p. 26. En sentido similar, FERRAZ Jr., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, *op. cit.*, pp. 83-85.

ciones para cuestiones consideradas problemáticas<sup>75</sup>, y no a las que se limitan a repetir el contenido de las reglas cuyo significado es generalmente aceptado por la comunidad jurídica. En este sentido, los mayores desafíos de la labor dogmática consisten en reconstruir –a partir del material jurídico cuyo significado se entiende relativamente convenido– soluciones para casos que presentan alguna dificultad interpretativa. Una segunda tarea, reservada a las obras de mayor abstracción teórica, consiste en la generación de «teorías jurídicas», es decir, en la elaboración de categorías conceptuales que intentan dar cuenta, justificar, explicar el sentido de una determinada regulación jurídica –vigente, histórica o hipotética–. En estos supuestos, aunque no siempre se razone a partir de casos problemáticos, de todos modos existe una finalidad práctica mediata, amén de la pedagógico-expositiva: la creación de generalizaciones conceptuales que, eventualmente, aporten criterios para la solución de casos problemáticos<sup>76</sup>.

Una tarea distinta cumplida por la dogmática es la crítica del derecho positivo establecido, o bien la proposición de criterios para la creación de nuevo derecho positivo, en el caso en el que el contenido del vigente se considere desactualizado o insatisfactorio –es lo que antes denominamos función *de lege ferenda*–. También en este caso el cometido del trabajo dogmático es práctico: generar un cambio en el derecho vigente<sup>77</sup>.

b) *Dependencia contextual*: un segundo elemento de suma importancia para conceptualizar la dogmática jurídica consiste en su dependencia de un marco de determinación pragmático. La orientación de un estudio dogmático depende en gran medida de la situación coyuntural del tema tratado en el marco de varias comunidades relevantes: la propia comunidad dogmática, el medio judicial y los poderes legisferantes. Así, el mismo tema puede ser tratado como propuesta legislativa, propuesta de resolución de casos, crítica jurisprudencial o crítica legislativa, dependiendo de la existencia o no de decisiones legislativas o jurisprudenciales acerca del tema abordado. El propio carácter de «problema» depende del grado de consenso sobre el significado de expresiones normativas por parte de ciertas comunidades –al menos de la comunidad dogmática–<sup>78</sup> y del medio judicial. Como hemos dicho, la determinación de cuál sea el contenido del «derecho

<sup>75</sup> Cfr. la opinión de Viehweg: «la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas». VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, p. 146.

<sup>76</sup> Tanto la elaboración de discusiones sobre la «naturaleza jurídica» de un instituto, como la elaboración de «principios generales» o «principios rectores» cumplen esta finalidad.

<sup>77</sup> Como hemos dicho antes, la crítica de la jurisprudencia cumple un papel similar, aunque partiendo de premisas distintas –aceptación de las normas positivas y rechazo de la solución jurisprudencial adoptada partir de ellas.

<sup>78</sup> Cfr. HELIN, M., «Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica», *op. cit.*, pp. 200-201 y 204-210.

positivo» no es en absoluto «evidente», y una de las funciones clásicas de la dogmática es la de proponer soluciones para superar indeterminaciones –indeterminación lingüística, lagunas, contradicciones lógicas–. La superación provisoria de esas indeterminaciones proviene, bien de la aceptación generalizada de un criterio dogmático de solución, bien de la resolución judicial «autoritaria» –que puede seguir o no la sugerencia de algún planteo dogmático–, bien de una iniciativa legislativa que defina con mayor claridad el problema. Nada garantiza, sin embargo, que los consensos provisorios sean eternos: un nuevo planteo dogmático puede sembrar nuevas dudas sobre el asunto, modificando la percepción de lo que se entendía como significado establecido. O bien la propia jurisprudencia puede romper el consenso dogmático, obligando a replantear la cuestión a partir del cambio de marco<sup>79</sup>. O bien un cambio legislativo puede quebrar el marco de discusión previo<sup>80</sup>. En síntesis, la relativa determinación o indeterminación del contenido del «derecho positivo» depende de la situación coyuntural del consenso de una serie de actores pragmáticos. Esto obliga a entender la dogmática en un marco colectivo, en el contexto de relaciones estratégicas, de relaciones de poder –poder de imposición de ciertos significados<sup>81</sup>.

c) *La dogmática como discurso polémico*: hemos señalado ya que uno de los objetos privilegiados de la dogmática es la sugerencia de soluciones para resolver casos problemáticos –o bien problematizados por el propio autor–. Esta característica impone a la investigación dogmática una cierta estructura. Un primer paso consiste en la determinación del problema: poco interés reviste una investigación sobre un caso en el que no existan mayores alternativas, o sobre cuya solución no exista mayor discusión. La dirección que asume la investigación es la demostración de por qué la alternativa que se propone es mejor que cualquier otra alternativa. En este sentido, el discurso

<sup>79</sup> V. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, cap. XII, especialmente pp. 316-326.

<sup>80</sup> Nunca está de más recordar la furibunda opinión de von Kirchmann: «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura», VON KIRCHMANN, J., *La jurisprudencia no es una ciencia*, IEP, Madrid, 1961, p. 54.

<sup>81</sup> En sentido similar, CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 77-79 y 83-86. Sumamente interesante es señalar la posibilidad de dependencia contextual de los propios criterios de argumentación dogmáticos, y por lo tanto, de los criterios de evaluación de calidad de los trabajos dogmáticos. En este sentido, no es infrecuente que obras dogmáticas que –evaluadas desde parámetros conceptuales ajenos al contexto– resulten de excelente calidad pasen desapercibidas o resulten ignoradas. El problema, sin embargo, no es diferente del de la evaluación de los descubrimientos científicos en general. V., por todos, KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1971, pp. 253-262, y «Objetividad, juicios de valor y elección de teoría», en *La tensión esencial*, FCE, 1982, pp. 344-364. Para una discusión de la cuestión en el ámbito jurídico, v. RUIZ MANERO, J., «Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica», en *Doxa*, Alicante, 1985.

dogmático es necesariamente un *discurso polémico*: se construye *contra* otras alternativas posibles –formuladas realmente por otro polemista o imaginadas por el mismo autor–. La tarea que encara el dogmático es la de ofrecer una solución al problema tratado a partir de lo que cree la mejor reconstrucción posible permitida por el material jurídico que tiene a disposición. Dada la variedad de «problemas» normativos (indeterminación lingüística, laguna, contradicción normativa, ambigüedad axiológica), los métodos a través de los cuales se lleva a cabo la tarea de reconstrucción son también variados. Tal vez uno de los puntos de partida comunes sea la demostración de que la solución propuesta no se opone al significado aceptado de las normas que se consideran relevantes, o al menos a algunos de sus posibles significados. Ir un paso más allá implica dar razones que funden la vinculación de la solución propuesta con el derecho positivo cuya vigencia se toma como premisa –razones lógicas, lingüísticas, sistemáticas, históricas, teleológicas–. Avanzar más aún supone dar razones que justifiquen la bondad de la solución que se propone en comparación con la de otras soluciones rivales. En síntesis, demostrar que la solución propuesta puede derivarse del derecho positivo que se adopta como premisa, y que es mejor que otras soluciones.

d) *La discusión sobre valores*: es evidente que detrás de toda solución normativa existe una opción valorativa. Sin embargo, no toda discusión dogmática debe resolverse automáticamente en una discusión sobre valores –y menos aún sobre valores extra-normativos, como demasiado apresuradamente parece sugerir Nino<sup>82</sup>–. Esto llevaría a sobrecargar innecesariamente la finalidad práctica de la dogmática. La discusión se entabla en el plano axiológico sólo cuando el autor dogmático considera que no es posible confinar el tratamiento de un problema a una cuestión semántica, lógica o sistemática, porque –abordada la cuestión desde estos puntos de vista– siguen siendo plausibles varias soluciones alternativas. Si resulta posible descartar una solución por sugerir un uso absurdo de las palabras a interpretar, o por ser claramente contradictoria con el significado aceptado de alguna norma relevante, o incoherente con otras soluciones aceptadas, es poco probable que un jurista pretenda fundar su rechazo acudiendo al análisis axiológico. Ahora bien, dada la relativa plasticidad de los «problemas» jurídicos, no es raro que, mientras un autor cree solucionar una cuestión en el plano lógico o lingüístico, otro vea en él un problema valorativo. Los argumentos considerados relevantes en un plano son minimizados en otro, y esto da como resultado una cierta sensación de inconmensurabilidad –la sensación de un diálogo de sordos–. Como ya hemos dicho, esto se debe a los complejos problemas de indeterminación del contenido del derecho positivo: según uno fije la construcción de su punto de partida, según considere que

---

<sup>82</sup> NINO, *Algunos modelos...*, pp. 102-103.

una premisa está fija o es pasible de determinación, calificará la naturaleza del problema y pretenderá su solución.

La discusión dogmática de mayor riqueza se produce, sin embargo, cuando las soluciones contendientes confrontan conscientemente en el plano axiológico. Sin embargo, son realmente excepcionales los casos en los que una discusión dogmática se resuelve en una discusión filosófica o moral extra-normativa –por ejemplo, a partir de la propia concepción filosófica o política del autor<sup>83</sup>–. Las discusiones axiológicas más comunes pretenden fundar la bondad de una solución dogmática en su mayor consistencia con valores *normativos*, es decir, por valores consagrados (o pretendidamente consagrados<sup>84</sup>) por el sistema jurídico. De todos modos, dada la generalidad e indeterminación de los habituales «valores superiores» del sistema jurídico –justicia, igualdad, dignidad, seguridad–, a medida que el plano de la argumentación se hace más abstracto, la interpretación del sentido de esos valores se acerca bastante a la expresión de la ideología política, moral o filosófica de quien la realiza. Nuestra intención, sin embargo, es remarcar que existe un gran espacio de argumentación axiológica a partir de valores normativos de menor abstracción –en general, de aquellos «principios» que justifican la regulación de algún área del derecho–. Las construcciones dogmáticas más refinadas son aquellas capaces de mostrar que la solución propuesta para resolver un caso problemático resulta de la mejor reconstrucción del sistema jurídico *fundada en la interpretación de los valores consagrados por el sistema*. El jurista dogmático sugiere soluciones a partir de la generación de modelos teóricos compatibles con una interpretación posible de los valores del sistema. Así, las confrontaciones dogmáticas más ricas son aquellas conscientes de que, detrás de una discusión sobre soluciones alternativas para un caso problemático, existe una discusión ideológico-política entre modos distintos de entender cuáles son esos valores –y en las que, por ende, se argumenta en ese plano<sup>85</sup>.

En otro trabajo hemos propuesto un análisis del derecho como cristalización del deseo de regular las condiciones de la vida social. El texto legal puede ser leído como una obra de ficción que crea un marco espacial y temporal, personajes, régimen de convivencia, organización y ejercicio del poder, sistema de distribución de bienes, formas de solución de conflictos. El texto legal –como «obra de ficción»– comparte la función prescriptiva de los textos utópicos, pues ambos construyen la imagen del mundo plasmando el deseo a través

<sup>83</sup> Esta parece ser la sugerencia de Nino. V. *Algunos modelos...*, pp. 102-104.

<sup>84</sup> La construcción dogmática de «principios jurídicos» a partir de la inducción de características o finalidades de la regulación jurídica cumple una función de «cristalización» de valores no consagrados explícitamente por el sistema jurídico. Piénsese, por ejemplo, en el principio de «lesividad» de la conducta punible en materia penal.

<sup>85</sup> V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Qué hacen los civilistas», *op. cit.*, p. 23-25.

de prescripciones que lo configuran. La trama del texto destaca la función política del programa legal como expresión del orden deseado y reconocimiento de escalas axiológicas. La función de la dogmática jurídica, en este contexto, consiste en la reformulación del proyecto utópico contenido en los textos legales. Así, la dogmática desempeña un papel similar al del texto, que sólo difiere en el nivel de detalle y precisión, pues ambos contribuyen a estructurar el orden deseado<sup>86</sup>. El dogmático, a partir de su propia lectura de la novela del derecho, escribe capítulos que pretende se incorporen a ella<sup>87</sup>. En síntesis, gran parte de la tarea dogmática consiste en completar coherentemente la solución de casos problemáticos a partir de cierta reconstrucción ideológico-política del orden jurídico positivo. De la consciencia de los propios juristas acerca de la tarea que desarrollan depende, entonces, la posibilidad de encuadrar los debates dogmáticos en el lugar adecuado, evitando discusiones bizantinas e inconducentes.

### 3. ALGUNAS COMPLICACIONES DEL «USO JUDICIAL» DE LA DOGMÁTICA

#### 3.1 Dogmática y condiciones de aplicación del saber dogmático

Hasta aquí hemos intentado caracterizar el estatuto teórico de la dogmática, señalando cuáles son las funciones que pretende desarrollar. Si una de las tareas privilegiadas de la dogmática jurídica es la formulación de soluciones para la resolución de casos en la práctica,

<sup>86</sup> V. COURTIS, C., «Texto legal y función utópica. Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos», en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1991, núm. 5, pp. 12 y ss. De la misma opinión es nada menos que Georg Henrik von Wright: «De quien dicta una orden o una prohibición –sea un agente individual o una asamblea legislativa– puede decirse normalmente que desea o “quiere” que las cosas sean como las ha prescrito»; «Puede decirse que un orden jurídico y, similarmente, todo código o sistema de normas coherente tiene en mira lo que propongo llamar un estado de cosas *ideal*», «Creo que es una buena caracterización de la actividad llamada *dogmática jurídica* decir que su tarea es exponer y aclarar la naturaleza exacta del estado de cosas ideal que el derecho tiene en mira»; «a fin de que sea racional sustentarlo, el ideal tiene que ser una imagen de un *mundo posible...*», «lo que queda del “reino” (del deber ser) es un mundo alternativo, “ideal”, constituido por los contenidos normativos de un código o de un orden normativo dado»; «Las normas prescriben algo y no describen nada. Pero el contenido de las normas, es decir, aquello que las normas declaran obligatorio, permitido o prohibido, puede decirse que describe un mundo ideal». VON WRIGHT, G. H., «Ser y deber ser», en AARNIO, A.; GARZÓN VALDEZ, E., y UUSITALO, J. (comps.), *La normatividad del derecho*, op. cit., pp. 98-100, 105.

<sup>87</sup> Similar metáfora ha empleado Ronald Dworkin para describir la tarea del juez ante un «caso difícil». V. DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 166-172.

una de las cuestiones principales para evaluar su utilidad real en tanto discurso es la de determinar en qué medida guía efectivamente la decisión de casos prácticos —es decir, en qué medida influye sobre la práctica judicial—. Evidentemente, se trata de una cuestión empírica, que varía enormemente por países y por épocas, pero al menos es posible señalar una vez más la dependencia contextual de la dogmática con respecto a actores que le son ajenos —en especial el medio judicial—. La existencia de una enorme brecha que separe los temas y soluciones propuestos por la dogmática y el sentido de las decisiones judiciales es una pésima señal al respecto del «rendimiento» de sus formulaciones, y más bien indica el cultivo de una suerte de actividad esquizofrénica. En última instancia, las únicas armas para que la dogmática cumpla el papel que se propone serían la fuerza de convicción de sus razones y la socialización de los jueces dentro de los parámetros de la cultura jurídica por ella modelada.

La falta de control de la propia dogmática sobre su empleo judicial permite, sin embargo, abordar el problema desde el ángulo inverso. Los órganos judiciales que producen el discurso jurídico práctico justifican sus decisiones habitualmente en términos de aplicación del derecho positivo reexpresado por la dogmática jurídica. Sin embargo, cabe preguntarse si no existen otros elementos que determinan esas decisiones, variables externas y diferentes de esas valoraciones que la dogmática oculta. Si así fuera, podría afirmarse que el discurso que produce la práctica jurídica, a pesar de justificarse explícitamente en los términos de la dogmática, se estructura a partir de una lógica diferente. Esta suposición contradice abiertamente una idea presupuesta por los juristas: «el discurso jurídico producido por la práctica judicial es la continuidad del discurso teórico en su aplicación a los hechos del caso»<sup>88</sup>.

Esta idea puede ser cuestionada. Si en lugar de concebir a la sentencia como el resultado de la aplicación de criterios establecidos por la dogmática —una operación lógico-deductiva, o una decisión política o moral entre opciones normativas—, «la entendemos como el resultado final de un proceso de lucha en el cual intervienen elementos jurídicos y extra-jurídicos que operan dentro y fuera del tribunal, dirigidos a la defensa estratégica de los intereses involucrados en el conflicto, la atención teórica se desplazará de arriba (las normas y los conceptos dogmáticos) hacia atrás (la práctica judicial)»<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Cf. ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», en *No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1991, núm. 4, p. 10. El autor aclara que la suposición implica la idea de que entre el discurso práctico de los órganos que aplican el derecho y el discurso teórico existe «uniformidad semántica, lo que permite a la teoría jurídica hablar de un solo objeto jurídico, o campo semántico uniforme, y el consiguiente menosprecio de la práctica judicial en tanto se imputa todo desajuste entre discursos a la inoperancia del aparato burocrático de administración de justicia».

<sup>89</sup> ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10.

La inexistencia de uniformidad semántica entre el discurso teórico y la sentencia en el proceso de producción de la decisión judicial ha sido señalada por Marí<sup>90</sup>. Una nota esencial del discurso jurídico consiste en la fractura que ocurre entre el proceso discursivo y su producto final: «Entre el proceso de producción y constitución del discurso jurídico y este discurso como producto-final existe una discontinuidad, un desplazamiento. (...) (Esa ruptura) es un modo de funcionamiento de los mecanismos sociales. (...) El principio que lo organiza es un principio de control (...) ubicado en un campo de formaciones no discursivas, a saber, de instituciones, de acontecimientos políticos y de sucesos de distribución del poder. (...) Ese desajuste (está) pues, construido por la *praxis* social variable históricamente...»<sup>91</sup>.

El conflicto es el elemento que caracteriza la producción del discurso judicial. El proceso, como subrogación de la guerra, define la posición de los litigantes retroactivamente y en virtud de la actividad desplegada para obtener la decisión. No gana quien tiene razón, sino que quien gana, tiene razón. Los litigantes utilizan con irreverencia el discurso dogmático, trastocando, segmentando y aun utilizando piezas contradictorias, estratégicamente, atendiendo a la actividad de la contraparte y la postura del juzgador. El resultado de este proceso, la sentencia, se funda en los términos del discurso dogmático sin aludir a los múltiples elementos y variables que la configuraron<sup>92</sup>. Así, el discurso judicial es un mecanismo que construye estratégicamente sus soluciones. Por ello, estudiar un caso a partir de su sentencia implica convertir esa sentencia en una pieza «aséptica» y suponer la existencia de una falsa uniformidad semántica entre el discurso práctico y las elaboraciones de la dogmática<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> MARÍ, E. E., «Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales», en AA.VV., *El discurso jurídico*, Ed. Hachette, Buenos Aires, p. 58.

<sup>91</sup> RUIZ, A., «La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas», en *Crítica Jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1986, núm. 4, p. 165.

<sup>92</sup> En este proceso, el discurso de los abogados se entrecruza dentro y fuera del expediente con múltiples discursos, acotando y redefiniendo la realidad por las marchas y contramarchas de la actividad probatoria, que expresa la lucha por definir los hechos y la verdad jurídica aplicable al caso. «La autonomía de la teoría jurídica, creada por la idea de que el derecho es separable de las valoraciones políticas de los jueces, otorga legitimidad a las decisiones tomadas en nombre de la ley. Los académicos dedicados al derecho dan legitimidad al sistema y el principio del *stare decisis* es una “justificación que legitima falsamente” decisiones que son esencialmente sociales y políticas» (RUSSELL, J. S., «The Critical Legal Studies challenge to contemporary mainstream legal philosophy», en *Ottawa Law Review*, 1986, vol. 18, p. 15, la traducción es nuestra).

<sup>93</sup> ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10. El mismo fenómeno ha sido demostrado desde el enfoque sociológico a través de investigaciones empíricas de la criminología de la reacción social sobre los procesos de criminalización secundaria. Estas investigaciones han señalado la existencia de patrones uniformes de criterios extranormativos que orientan la selección de los individuos a crimi-



A pesar de ello, la concepción del derecho mayoritaria que subyace a la dogmática excluye completamente la consideración de la práctica jurídica o bien supone relaciones erróneas entre el programa establecido en el texto legal –y reformulado por la dogmática– y la instancia en donde tiene lugar la práctica jurídica como práctica social. En el primer caso, se acota todo el fenómeno jurídico a un conjunto de textos explicados por juristas teóricos que se ocupan de sus aspectos formales a través de un reduccionismo que propone el ideal de neutralidad y ahistoricidad del derecho y concibe las decisiones judiciales como un mero proceso de aplicación de reglas generales al caso concreto<sup>94</sup>. En el segundo caso, se establece una relación de continuidad entre el discurso dogmático y el discurso de la práctica jurídica, idea que define al discurso teórico «por lo que excluye como objeto teórico: las características del funcionamiento de la práctica

---

nalizar. Factores como la raza, o la posición social y económica tienen más influencia en la decisión que la gravedad del hecho.

Sobre la influencia de la raza en las decisiones de la justicia penal en los EE.UU., cf. PELLER, G., «Criminal Law, Race, and the Ideology of Bias: Transcending the Critical Tools of the Sixties», en *Tulane Law Review*, 1993, vol. 67, p. 2231; WRIGHT, B., *Black Robes, White Justice*, Ed. Carol Publishing Group, Nueva York, 1993, 2.<sup>a</sup> ed.; ROBERTS, D. E., «Crime, Race and Reproduction», en *Tulane Law Review*, 1993, vol. 67, p. 1945; «Race and the Prosecutor's Charging Decision», en *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, p. 1472; APPLGATE, A. G., «Prosecutorial Discretion and Discrimination in the Decision to Charge», en *Temp. Law Quarterly*, 1982, vol. 55, p. 35; DAILEY, D., «Prison and Race in Minnesota», en *University of Colorado Law Review*, 1993, vol. 64, p. 761.

El criminólogo alemán Sack denomina «metarreglas» a estos patrones de comportamiento que determinan la decisión de los casos fundados en estas variables –cuya relevancia no se reconoce explícitamente–. Su análisis distingue entre reglas (reglas jurídicas generales que se aplican para dar la respuesta jurídica al caso) y metarreglas (reglas sobre la interpretación y la aplicación de las reglas generales). La originalidad de la propuesta de Sack consiste en haber sugerido un «desplazamiento» del análisis de las «metarreglas» del plano prescriptivo de la metodología jurídica al plano descriptivo de la sociología. Así, el concepto de «metarregla» no queda limitado a los principios normativos conscientemente aplicados por el intérprete de las reglas generales, sino que se transforma en el de los mecanismos que real y efectivamente actúan en la mente y en la actividad del intérprete. Estas metarreglas, configuradas por la interacción en la estructura social, permiten describir cómo opera en la realidad la administración de la justicia penal en la atribución de responsabilidad penal, es decir, cuál es la importancia relativa de las distintas variables (pertenezcan o no al discurso jurídico) en el proceso de configuración de las decisiones que los jueces penales toman habitualmente. Estas metarreglas de aplicación de las reglas jurídicas del derecho penal son seguidas, conscientemente o no, por los integrantes de las instancias oficiales que participan en los procesos de criminalización, y su contenido se vincula con leyes, mecanismos y estructuras objetivas de la sociedad basadas en relaciones de poder entre grupos e individuos y relaciones sociales de producción. Estas «metarreglas» no sólo explican la «cifra negra», sino también y especialmente, cómo opera la distribución social del castigo. Sobre este problema, cf. BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1993, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 104 y ss.

<sup>94</sup> ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10.

judicial y el proceso de producción y transformación de su propio discurso»<sup>95</sup>.

Desde esta perspectiva, las instituciones que producen las prácticas jurídicas no son una mala copia –distorsionada por la praxis– del sistema explicado por la teoría jurídica, sino un modelo distinto a ese modelo teórico, un sistema independiente que tiene su propia lógica, sus propias reglas que lo estructuran y dan sentido a cada uno de sus actos<sup>96</sup>. La relación más estrecha entre práctica jurídica y discurso dogmático es la utilización irrespetuosa de sus piezas realizadas por quienes revisten poder para racionalizar las solicitudes y decisiones que toma el aparato de administración de justicia (y, al mismo tiempo, ocultar los criterios efectivamente utilizados).

Así, se elaboran conceptos dogmáticos para una justicia que no existe y, al mismo tiempo se elude la elaboración de un discurso que resulte aplicable para las instituciones existentes. Este estado de cosas permite sospechar de la validez de *toda esa producción teórica*: «Como lo ha puesto en evidencia la epistemología (Althusser, Bachelard, Moulines) las teorías incluyen sus condiciones de aplicación en su aparato conceptual, por lo que la ignorancia o las falsas ideas acerca del funcionamiento de la práctica jurídica afectan en su validez a toda la producción teórica»<sup>97</sup>.

Ello no significa, claro, que los textos legales y las teorías dogmáticas no tengan influencia alguna sobre la práctica jurídica, sino simplemente que el empleo práctico de la teoría generada por la dogmática no siempre coincide con el sentido para el que ésta fue originariamente formulada. Siempre existe una tensión entre el programa legal formulado por la dogmática y las decisiones de la práctica jurídica. Esa tensión no sólo se resuelve de modos diferentes para las diversas promesas contenidas en el programa utópico<sup>98</sup>. Los múltiples condicionamientos que resuelven esa tensión, por otra parte, además de variar en el tiempo, influyen en distinta medida sobre diferentes tipos de conflictos sociales<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10.

<sup>96</sup> COURTIS, C., «En ese orden de cosas», en *No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1991, núm. 3, p. 8.

<sup>97</sup> ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 11. En el campo de la epistemología de las ciencias, existen formulaciones similares. V., por ejemplo, MARÍ, E., quien pone énfasis en la inclusión dentro de la ciencia de sus condiciones de aplicación, en *Elementos de epistemología comparada*, Puntosur, Buenos Aires, pp. 30-37.

<sup>98</sup> Pues los grados de realización de esas promesas en la práctica pueden ir desde una realización completa hasta la no realización. Así, mientras es posible afirmar que el derecho de propiedad garantizado constitucionalmente alcanza un efectivo grado de protección cuando se trata de conflictos interindividuales que no involucran al Estado, también se puede constatar el incumplimiento de otras promesas del texto constitucional (por ej., los derechos sociales del art. 14 *bis* o la garantía del juicio por jurados).

<sup>99</sup> Así, por ej., la ausencia de independencia del poder judicial respecto del poder ejecutivo puede tener mucho peso en casos de delitos cometidos por funcionarios y escasa influencia para algunos delitos comunes.

El reconocimiento de la lógica que informa el discurso jurídico práctico, ignorado por la teoría jurídica tradicional, explica la propuesta de ampliar el objeto de estudio formulada por la teoría crítica. Ello permite preguntarse: «¿Con qué categorías conceptuales hay que dar cuenta de la presencia en el campo de producción semántico del derecho, de otros discursos que no obstante ser distintos en su origen y función lo determinan y fijan las condiciones de su aparición material?»<sup>100</sup>.

### 3.2 Los problemas del discurso teórico de los dogmáticos

Las elaboraciones teóricas de los juristas dogmáticos, como instancia de conocimiento del derecho positivo, reexpresan el programa utópico contenido en los textos jurídicos, para indicar a los autorizados legalmente cómo deben aplicar el derecho. La reexpresión del programa utópico contenido en los textos legales comprende los fundamentos y las soluciones que los operadores jurídicos deben adoptar en sus decisiones para la realización del orden deseado. Sin embargo, los dogmáticos trabajan habitualmente sólo sobre los textos legales, y, en general, ignoran el nivel de la práctica jurídica que produce el discurso jurídico práctico. Si aquélla es la finalidad de las elaboraciones teóricas, es hora de preguntarnos por la idoneidad de la teoría jurídica para alcanzar tal fin. La influencia de la teoría aumentará en la medida en que más materializados estén sus principios en la lógica de la práctica jurídica y disminuirá cuando las piezas teóricas sólo sirvan para ocultar los criterios que efectivamente informan esa práctica y que difieren de los criterios teóricos. El mayor grado de materialización de los principios del discurso teórico depende de múltiples condicionamientos sociales y políticos, muchas veces externos a los órganos que aplican el derecho. Aun en el caso de un alto grado de materialización de los principios utópicos, siempre habrá un espacio en el que esos principios sean ignorados<sup>101</sup>.

Ello permite afirmar que la teoría jurídica tradicional no siempre resulta idónea para cumplir con cierto grado de efectividad el fin que se propone. La restricción de su objeto a la dimensión normativa agrava el problema pues impide el reconocimiento de los elementos extra-normativos que determinan la práctica jurídica, de la forma en

---

<sup>100</sup> MARÍ, E., «¿Qué iusfilosofía para la Argentina de la postmodernidad?», en *No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1991, núm. 3, p. 27.

<sup>101</sup> Es lo que Ferrajoli denomina «la irreducible ilegitimidad política del poder en el estado de derecho». V. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 886. Especialmente en el ámbito del derecho penal, aun en países con un alto grado de influencia del discurso teórico, parece imposible eliminar ciertos elementos ajenos al programa jurídico de constituciones y pactos de derechos humanos.

que operan estos elementos y del grado de influencia de cada uno de ellos.

En el ámbito de una cultura jurídica cuya práctica reconoce un grado escaso de realización del programa utópico –y desconoce los criterios de formación del discurso práctico propuestos por la teoría jurídica–, las posibilidades y dificultades para realizar el programa legal estarán más condicionadas por circunstancias externas al discurso jurídico que por el contenido del texto legal. Si ello es así, aun el discurso teórico que reexpresa el programa legal lealmente –es decir, sin alterarlo profundamente y sin negar los principios que lo estructuran– deviene superfluo, pues las posibilidades de realización del programa están más condicionadas por circunstancias externas a ese discurso que por la necesidad de contar con una reformulación adecuada del texto legal. En una situación tal, la sola presencia de los textos legales resulta suficiente para expresar el orden deseado, y las posibilidades del texto legal de influir efectiva o ineffectivamente en la realización de la utopía no variarán de modo significativo por la existencia de una elaboración teórica que la reformule. Como consecuencia la utilidad social de la actividad teórica de los juristas disminuye sensiblemente.

### 3.3 Algunas opciones

Según hemos visto, una de las causas de la escasa efectividad del discurso teórico para determinar el discurso jurídico práctico consiste en que aquél habitualmente no se interesa por las efectivas condiciones de producción de éste. Parte de esta limitación es, desde luego, estructural e irreducible. Sin embargo, existen excepciones que representan el reconocimiento de esas condiciones de producción y dan soluciones que las tienen en cuenta e intentan disminuir o neutralizar su influencia. El reconocimiento de esas condiciones supone al menos la apertura de la dogmática a una orientación sociológica, capaz de relevar las propias dificultades de concreción.

El surgimiento del derecho laboral resulta un caso paradigmático del intento de realizar la promesa incumplida del derecho civil de posibilitar las relaciones contractuales entre personas libres e iguales. Sólo a partir del reconocimiento de ciertos condicionamientos materiales que impedían esas relaciones en las condiciones garantizadas legalmente pudo desarrollarse una rama jurídica fundada en principios que incorporaron las condiciones de aplicación del derecho a las relaciones laborales para disminuir la desigualdad material de los contratantes. El surgimiento de una dogmática crítica, orientada a señalar la inadecuación de las categorías jurídicas del derecho civil para ajustarse a cierto ideal de justicia, llevó a la construcción de técnicas y categorías teóricas –finalmente convertidas en derecho positivo– estructuradas íntegramente a partir de la consideración de esos condi-

cionamientos externos<sup>102</sup>. Por carriles similares ha transcurrido la evolución del derecho del consumo, cuyos dogmáticos se han dedicado a construir categorías para corregir los desequilibrios de poder entre profesional y consumidor que son efecto de la tematización de los contratos de consumo a partir de la teoría del derecho civil clásico<sup>103</sup>. Otra excepción que en cierto modo influye toda una rama del derecho se vincula al derecho comercial. La fuerza normativa de los usos comerciales no pudo sino ser reconocida, teniendo en cuenta las condiciones de aplicación del derecho comercial, a pesar de que esa rama fuera codificada (piénsese en la tensión generada por la idea de inmovilización del derecho que representa un código y el valor concedido a las prácticas mercantiles para variar las reglas jurídicas)<sup>104</sup>.

En otras ramas del derecho pueden hallarse más excepciones, aunque no siempre como principios estructuradores, sino como decisiones acotadas a algún problema determinado. El derecho penal –afectado en cualquier país por la irracionalidad de los criterios prácticos de selección de casos y por las arbitrariedades de sus operadores– brinda algunos ejemplos de excepciones limitadas a ciertos problemas específicos. Tal vez un ejemplo de ello sea, en la Argentina, la reforma del Código Procesal Penal federal anterior, que al incorporar la prohibición de valorar la confesión «espontánea» prestada en la comisaría significó un intento de reducir la brutalidad policial contra los imputados. La reforma se inspiró en la crítica dogmática a la norma, orientada por la evaluación de sus condiciones de aplicación.

Un ejemplo muy ilustrativo en el derecho de los EE.UU. se vincula con varias decisiones de la Corte Suprema declarando la invalidez del procedimiento de decisión sobre la imposición de la pena de muerte a partir del reconocimiento de la discriminación racial –probada estadísticamente– que orienta profundamente esa práctica. La Corte obligó a los estados a adoptar procedimientos tendientes a reducir la influencia de los prejuicios raciales<sup>105</sup>. La clausura del procedimiento en casos en los cuales el fiscal está autorizado legalmente a perseguir pero el motivo concreto que impulsó su decisión se considera ilegíti-

---

<sup>102</sup> Es obvio que la transformación no fue producto de la mente de algunos dogmáticos, sino reflejo del cambio de situación en las relaciones de poder entre patronos y empleados. Pero una vez dadas las condiciones políticas para responder legalmente al problema, la teoría jurídica tuvo que tener en cuenta los condicionamientos materiales (la desigualdad entre los contratantes) para dar una solución efectiva. V. HEP-  
PLE, B. (comp.), *La formación del derecho del trabajo en Europa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pp. 78-98; LE GOFF, J., *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830-1989)*, Calligrammes, Quimper, 1989, pp. 73-116; EWALD, F., *L'Etat Providence*, Grasset, París, 1986.

<sup>103</sup> V. BOURGOIGNIE, T., *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Ed. Departamento de Consumo y Turismo, Vitoria-Gasteiz, 1994.

<sup>104</sup> V. GALGANO, F., *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1981, pp. 96-97.

<sup>105</sup> Cf., entre otros, *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972); *Woodson v. North Carolina*, 428 US 280 (1976); *Roberts v. Louisiana*, 428 US 325 (1976); *Gardner*

mo es otro ejemplo<sup>106</sup>. En estos casos, la construcción de criterios jurídicos está inspirada en la necesidad de incluir la evaluación de factores extranormativos como filtro de la toma de decisiones legales.

Las excepciones también surgen como propuestas del discurso teórico de los penalistas. Una propuesta reciente de Zaffaroni representa un esfuerzo teórico que dedica especial atención a los condicionamientos externos y propone criterios para reducir su influencia en las decisiones judiciales. La categoría de la «vulnerabilidad» es un ejemplo claro del sentido de su propuesta<sup>107</sup>.

Uno de los efectos más beneficiosos de la incorporación al discurso teórico de los condicionamientos externos consiste en la transformación del procedimiento judicial: el ámbito del proceso deja de ser un lugar que impide la discusión del problema y se transforma en un ámbito que lo nombra, lo reconoce y lo cuestiona. Así, no sólo se permite que un individuo concreto organice su estrategia para reducir la influencia de esos condicionamientos sino que, además, se genera una nueva instancia para organizar la lucha contra tales condicionamientos<sup>108</sup>.

Los ejemplos sugieren la necesidad de un cambio en la teoría jurídica si su finalidad consiste en formular un sistema que oriente la

---

*v. Florida*, 430 US 349 (1977); *Pulley v. Harris*, 465 US 37 (1984); *Turner v. Murray*, 476 US 28 (1986).

A pesar del intento, la influencia de la raza continuó siendo significativa en perjuicio de las minorías, circunstancia que motivó un voto en disidencia en un fallo reciente reconociendo la imposibilidad de evitar la discriminación: «Aun con el más sofisticado marco legal que regule la pena de muerte, la raza del acusado continúa desempeñando un papel principal en la decisión acerca de quién debe morir y quién debe vivir» (*Callins v. Collins*, 114 S.Ct. 1127, 1135 [1994] [disidencia del juez Blackmun]) (traducción nuestra). Lo más interesante del voto es que todas las afirmaciones referidas a la arbitrariedad y al racismo con que se condena a muerte a personas negras son aplicables a todo proceso penal, más allá de la pena que se aplique.

<sup>106</sup> La clausura de la persecución se aplica en dos tipos de casos. El primer caso se da cuando el fiscal decide perseguir en respuesta al ejercicio legítimo de un derecho del imputado (por ej., demandar al estado por maltrato policial durante la detención). Sobre este tipo de casos, denominado persecución vindicativa (*vindictive prosecution*) y considerado como una violación del debido proceso, cf. *Blackledge v. Perry*, 417 US 21 (1974); *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357 (1978); *US v. Goodwin*, 102 S.Ct. 2485 (1982). Sobre este desarrollo jurisprudencial, cf. GARNICK, M. G., «Two Models of Prosecutorial Vindictiveness», en *Georgia Law Review*, 1983, vol. 17, p. 467.

El segundo caso se da cuando se inicia la persecución, por un delito que habitualmente no se persigue, sólo contra una persona o grupo de personas que comparten ciertas particularidades (por ej., sólo persigue por ese delito a las personas de cierta raza). Sobre este tipo de casos, denominado persecución selectiva (*selective prosecution*) y considerado una violación al principio de igualdad, cf. *Wayte v. US*, 470 US 598 (1985). Sobre el desarrollo jurisprudencial, cf. KANE, P. S., «Why Have You Singled Me Out? The Use of Prosecutorial Discretion for Selective Prosecution», en *Tulane Law Review*, 1993, vol. 67, p. 2293.

<sup>107</sup> Cf. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, cit., cap. VI, III, pp. 271 y ss.

<sup>108</sup> Así, por ejemplo, el caso estadounidense sobre la pena de muerte no sólo permite al condenado resistir la decisión de imponer esa pena sino que, adicionalmente, abre un nuevo espacio político en el escenario judicial para luchar contra el racismo.

interpretación y aplicación del derecho positivo. Mientras la teoría jurídica mantenga limitado su objeto, sus posibilidades de actuar efectivamente sobre la práctica jurídica no variarán de modo significativo y, al mismo tiempo, colaborará –por omisión– a la ocultación de los criterios que efectivamente informan la aplicación del derecho y a facilitar su utilización, al poner la racionalidad de su discurso al servicio de la justificación de prácticas arbitrarias opuestas al programa utópico. Si la teoría jurídica pretende sinceramente colaborar en la realización de la utopía, no tiene más alternativa que incorporar enfoques que excedan la dimensión normativa del fenómeno jurídico. Mantener su visión idealizada y formalista del derecho no sólo implica la escasa utilidad social de la actividad de los juristas sino que, lo que es más grave, convierte a estos últimos en cómplices de la arbitrariedad.





## De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder\*

Por RAFAEL DE ASÍS ROIG

Universidad de Jaén

Las propuestas sobre el significado de la expresión Estado de Derecho pueden, en lo básico, ser el resultado de dos tipos de investigaciones. Por un lado, aquellas que pretenden describir el uso correcto de esa expresión y que varían, además de por los rasgos que integran cada propuesta, por el ámbito de conocimiento en el que se sitúan –por ejemplo, el de la ciencia jurídica constitucional, el de la ciencia política, o el de la filosofía jurídica y política–. Por otro, aquellas que pretenden con esa expresión describir una manera correcta de entender la relación entre el Derecho y el Estado. Ahora bien, igual que en el caso anterior, este segundo tipo de investigación está condicionado por el ámbito del que se extraen los criterios de corrección. Pues bien, este trabajo se enmarca en este segundo tipo de investigación y dentro de él me referiré a diferentes formas de entender como correcta, desde un punto de vista moral, la relación Derecho y Poder.

Adelanto ya que en estas páginas no defenderé un modelo correcto de relación entre Derecho y Estado, sino más bien, presentaré algunos de los puntos aspectos más significativos de ciertos modelos. De todas formas, desde el examen de esta presentación, podrá deducirse la opción por un modelo concreto como es el representado por lo que denominaré como modelo democrático exigente. Esta consideración debe circunscribirse al ámbito de la teoría de la justicia y en este sen-

---

\* Agradezco a F. Javier Ansuategui y M. C. Barranco los comentarios que hicieron a un borrador de este trabajo. Igualmente agradezco al Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas la ayuda suministrada para su realización.

tido supone entender dicho modelo como correcto desde un punto de vista político y moral, pero no implica considerar que ése sea el significado correcto desde otros puntos de vista. En definitiva se trata de una opción por una forma de entender la relación entre el Derecho y el Estado y no de una opción sobre el significado correcto de la expresión Estado de Derecho.

Como acabo de señalar, el término Estado de Derecho ha servido en ocasiones para ejemplificar un modelo de relación correcta desde un punto de vista moral y político entre el Estado y el Derecho. En esta línea, es posible destacar en la actualidad tres grandes modelos de Estado de Derecho que se corresponden con otros tantos modelos de relación entre el Derecho y el Estado, y que podemos identificar con los términos liberal, democrático y garantista. Ciertamente, como señalé al comienzo, no son los únicos modelos posibles. En este sentido, en *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*<sup>1</sup>, tuve ocasión de referirme, tomando como referencia a la filosofía del Derecho, a otros cuatro modelos de Estado de Derecho, a saber, el restringido, el estricto, el exigente y el que denominé como modelo enfrenado. Ahora bien, estos modelos o bien es difícil presentarlos en el ámbito de la teoría de la justicia, o bien son susceptibles de integrar, en lo básico, dentro de los tres tipos planteados.

Así, por ejemplo, es difícil presentar un concepto restringido de Estado de Derecho, que se caracteriza por la ausencia de contenidos de moralidad, como modelo propio de la Teoría de la Justicia<sup>2</sup>. En efecto, se trata de un modelo que no asume criterios de corrección moral y que sólo tendría sentido, en este ámbito, si se defendiese la idea de que no es posible sostener criterios de moralidad o que es correcto moralmente mantener una idea de Estado de Derecho vacía de contenidos morales. En todo caso, esto no es obstáculo para proponer este modelo en otros ámbitos.

---

<sup>1</sup> Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 1999.

<sup>2</sup> Incluso se ha criticado, con carácter general, que el modelo restringido sea un modelo de Estado de Derecho. *Vid.*, en este sentido, ANSUATEGUI ROIG, F. J., «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», en *Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid*, 2000 (ahora también en *Sistema*, en prensa). Por otro lado, según J. A. López García, este modelo de Estado de Derecho sí que recoge unos contenidos de moralidad que se desprenden de la idea de moral interna. Estos contenidos de moralidad consistirían, según este autor, «en el (deber de) respeto, con independencia de fines, de los rasgos identificadores del Estado de Derecho (restringido)...». LÓPEZ GARCÍA, J. A., «Algunas reflexiones a propósito de los modelos de Estado de Derecho», en prensa. No obstante, como creo haber señalado, la moral interna que defiende el modelo restringido, aunque pueda parecer paradójico, no es moral. Dicho de otra forma, los rasgos que componen esa expresión no poseen necesariamente una justificación moral. Otra cosa es que los miembros del poder político y jurídico deban respetarlos para actuar conforme a las exigencias de un Estado de Derecho y que ese respeto, en definitiva, pueda presentarse como una obligación moral. Sobre el tema, *vid.* próximamente ESCUDERO ALDAY, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, en prensa.

Por otro lado, el modelo estricto se caracteriza, entre otras cosas, por la defensa de la autonomía individual, siendo difícil diferenciarlo en la práctica del modelo liberal, que se caracteriza por la defensa de los derechos individuales. En efecto, aunque desde un punto de vista teórico es posible distinguir la defensa de la autonomía individual de la de los derechos individuales, en la práctica se trata de una distinción que pocas veces se tiene en cuenta<sup>3</sup>.

Por su parte, el llamado modelo exigente<sup>4</sup>, que intenta combinar democracia y derechos<sup>5</sup>, es finalmente bien un modelo democrático, bien un modelo garantista. Será un modelo democrático si hace predominar precisamente las dimensiones procedimentales de la democracia sobre los derechos; mientras que se convertirá en garantista si, por el contrario, sitúa los derechos por encima de dichas dimensiones<sup>6</sup>.

Por último, el que denominé como modelo enfrentado, representado por la concepción del Estado Constitucional, o no es un modelo de Estado de Derecho (que es por otro lado lo que suelen señalar algunos de sus defensores)<sup>7</sup>, o se identifica con el modelo garantista al des-

<sup>3</sup> La distinción entre autonomía individual y derechos individuales puede hacerse, al menos, por dos caminos estrechamente conectados. El primero sería aquel que a través de la exaltación de la autonomía de la voluntad justifica el posible rechazo de los derechos individuales. Dicho de otra forma, se defiende la corrección de cualquier decisión autónoma de los individuos, incluso cuando esta supone renunciar a un derecho individual. El segundo camino sería aquel que sitúa a la autonomía de la voluntad por encima de los derechos individuales entendiendo que estos expresan o pueden expresar una limitación excesiva de la libre voluntad de los sujetos apoyada además en el ejercicio del poder jurídico-político. LÓPEZ GARCÍA, J. A., en su trabajo citado, entiende que el modelo estricto es un modelo no jurídico importado de la ciencia (e ideología) económica. Sin embargo, aunque es cierto que lo que defiende este modelo es la desregularización y la idea del Estado mínimo, no tiene que estar necesariamente conectado con la economía, o dicho de otra forma, lo está al igual que lo pueden estar el resto.

<sup>4</sup> Tomo el nombre del trabajo de PISARELLO, G., «Por un concepto exigente de Estado de Derecho», *Sistema 144*, 1998.

<sup>5</sup> En efecto, este modelo se caracteriza, entre otras cosas por la defensa de los derechos individuales, políticos y sociales. En este sentido, justifica una forma democrática de poder limitada por los derechos individuales y sociales.

<sup>6</sup> Tal vez resulte procedente señalar como aunque estemos utilizando el término derechos para identificar a los llamados derechos individuales y sociales, no son estos sus únicos sentidos. En efecto, que duda cabe que la idea de democracia se caracteriza al menos, por la defensa de una serie de contenidos traducibles también derechos: los derechos de participación. En este sentido, afirmar que el modelo exigente se convierte en democrático si hace prevalecer las dimensiones procedimentales de la democracia sobre los derechos, sólo se entiende si incluimos en esas dimensiones a los derechos participación y, por tanto suponemos que lo que caracteriza a este modelo es la prevalencia de estos derechos sobre los otros.

<sup>7</sup> Vid., por ejemplo, ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 34. Sobre el planteamiento de G. Zagrebelsky puede consultarse el *Anuario de Filosofía del Derecho*, tt. XIII y XIV, 1996-97. También ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «¿Crisis del positivismo jurídico?: Dos respuestas italianas, Zagrebelsky y Scarpelli», en *Derechos y Libertades*, 2, 1994, pp. 113 y ss.

tacar, en definitiva, la relevancia de los derechos individuales y sociales<sup>8</sup>.

Pues bien, la diferenciación entre modelo liberal, democrático y garantista, surge, en primer lugar, por el tipo de contenido de moralidad que se incluye en cada uno y que principalmente aparece bajo la forma de derechos. Ahora bien, en este punto, es posible a su vez distinguir los modelos atendiendo, además, en primer lugar al supuesto carácter sustantivo o procedimental que presentan dichos contenidos de moralidad, y, en segundo lugar, a quien es el encargado de desarrollarlos y garantizarlos en última instancia.

Atendiendo al catálogo de los derechos que se incorporan, en términos generales puede afirmarse que el modelo liberal se caracteriza por la defensa de los derechos individuales (aunque es posible que se abra a dimensiones participativas), mientras que el garantista lo hace por la defensa de los derechos individuales y sociales.

Por su parte, el democrático en este punto posee dos variantes que podríamos entender como débil y exigente. El modelo democrático débil asume una idea de democracia en sentido formal (básicamente pluralismo y participación), si bien presupone la defensa de la autonomía individual<sup>9</sup>, y con ella los derechos individuales. El democrático exigente se caracteriza por integrar y compaginar la defensa de la democracia en sentido débil, con los derechos sociales. Este modelo puede presentar al menos dos variantes según la concepción de los derechos que se maneje. La primera podríamos describirla mediante el uso del término sustancial, y en definitiva se caracterizaría por la defensa de un contenido sustancial derivado de los derechos individuales y sociales que, a la postre, se situarían en un plano superior al de las decisiones democráticas y que hacen que esta versión del modelo democrático coincida, en lo básico, con el modelo garantista. La segunda, por su parte, se caracteriza por la defensa de un contenido procedimental o formal derivado de los derechos individuales y sociales que, también se sitúan en un plano superior respecto a las decisiones democráticas, pero que acercan (eso sí no identifican) esta versión al modelo democrático débil. El siguiente criterio de distinción entre estos modelos guarda relación precisamente con la diferenciación entre contenidos de moralidad sustancial y procedimental.

En efecto, otra de las formas de diferenciar estos tres modelos consiste en prestar atención al carácter sustancial o procedimental de los contenidos de moralidad que incorporan en su concepto de Estado de Derecho. En lo que aquí me interesa, defender contenidos de morali-

---

<sup>8</sup> Es importante advertir como, el modelo garantista puede variar según la forma de entender y justificar los derechos, es decir, por la adopción de una teoría de los derechos.

<sup>9</sup> Sobre la relación entre autonomía individual y democracia *vid.* ROSS, A., *¿Por qué democracia?*, trad. de R. J. Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 111 y ss.

dad significa afirmar que el Derecho en ese ámbito debe seguirlos, o dicho de otra manera, implica señalar la existencia de unos contenidos de moralidad determinantes de la corrección de un Derecho que quiera integrarse en un modelo correcto de relación entre Derecho y Estado. Lo anterior implica que existe un ámbito normativo que vale, en términos de corrección, no porque así lo declara un órgano jurídicamente competente sino porque está en conformidad con una teoría moral. Pues bien, en este punto es posible diferenciar dos tipos de teoría moral: por un lado, aquellas que se caracterizan por la defensa de una serie de principios y criterios que son predominantemente de carácter sustancial; por otro, las que aluden a una serie de criterios de carácter predominantemente procedimental. Así, mientras las primeras presentan criterios de corrección que sirven para evaluar el contenido de las decisiones, sin que para ello tenga una relevancia directa quien y cómo las toma, las segundas precisamente se centran en este segundo tipo de cuestiones (la corrección de la decisión no depende tanto de su contenido sino de cómo y quién la toma).

Vaya por delante que es difícil hablar de criterios de moralidad meramente procedimentales, ya que incluso aquellos que se presentan como tales esconden tras de sí ciertas dimensiones sustanciales. Ahora bien, esto no obsta para establecer esta diferencia, siempre y cuando seamos conscientes de lo anterior.

En todo caso, esta distinción adquiere relevancia en este trabajo ya que es posible referirse también a dos concepciones de los derechos que varían por su carácter predominantemente sustancial o predominantemente formal y que, finalmente, repercuten en dos formas de entender la relación entre el Derecho y el Estado.

Ahora bien, esta manera de diferenciar entre distintos tipos de teorías de los derechos puede utilizarse en un sentido distinto al aludido anteriormente. Señalé antes la dificultad de catalogar una teoría moral como meramente procedimental o formal. Pues bien, esta dificultad se acrecienta si proyectamos nuestra reflexión en una teoría moral concreta como la que representan los derechos. En este ámbito, suele ser habitual entender que los derechos representan ciertos contenidos de moralidad de carácter sustancial. Por ello, la distinción entre éticas procedimentales y sustanciales presenta ciertos problemas cuando se proyecta en los derechos.

En este sentido, la diferenciación puede llevarse a cabo para aludir el grado de sustantividad de la teoría que se defiende o, dicho de otra manera el grado de determinación de dichos contenidos sustantivos. Así, desde este punto de vista, una teoría de los derechos predominantemente sustancial defiende un alto grado de determinación en los derechos y presenta a estos como los criterios con los que evaluar el contenido de las decisiones y de las normas. Por su parte, una teoría de los derechos predominantemente procedimental, considera a los derechos como instrumentos que facilitan el ejercicio de la libertad de elección pero que difícilmente suministran criterios conclu-

yentes para evaluar el contenido de las decisiones y de las normas. Así, los derechos se caracterizan por su alto grado de indeterminación, lo que no es otra cosa que afirmar que aunque existen ámbitos sustanciales que deben ser descartados, más allá de estos la corrección de la decisión o de la norma difícilmente puede ser planteada en términos de contenidos.

Y es precisamente en este punto en donde esta forma de entender la teoría de los derechos como teoría predominantemente procedimental se relaciona con la diferenciación entre éticas procedimentales y sustanciales. En efecto, cuando se relacionan los derechos con las éticas procedimentales suele hacerse para defender dos tipos de ideas. Por un lado la idea de que los derechos están en las estructuras del procedimiento correcto (que es el camino que aquí seguiré), por otro, la idea de que los derechos son el resultado del procedimiento correcto (que puede en cierto sentido ser compatible con lo anterior sí con ello se quiere decir que la decisión o la norma que respeta el procedimiento, también respeta los derechos porque estos están en el procedimiento).

En este sentido, trasladar la teoría de los derechos al ámbito de una ética procedimental puede suponer considerar que los derechos indican un procedimiento correcto para tomar decisiones o elaborar normas. Si nos fijamos bien, esta forma de entender los derechos es algo que puede ser asumido por lo que antes he denominado como teorías de los derechos predominantemente sustanciales y predominantemente procedimentales. Para ambas la decisión o la norma correcta es aquella que se adopta en virtud de un procedimiento correcto que es el que respeta a los derechos. Sin embargo, normalmente las sustanciales asumen lo anterior dotando de un alto grado de determinación a los derechos desde el que además es posible resolver el problema del contenido correcto de la decisión o de la norma. Por el contrario, las predominantemente procedimentales, destacan la indeterminación de los derechos, lo que unido a la defensa de la participación como instrumento desde el que tratar ese problema, le hace abrirse a la democracia (eso si no a una democracia ilimitada sino a aquella que respeta el mínimo contenido determinado de los derechos).

Pues bien, teniendo en cuenta esto, es posible catalogar el modelo garantista como un modelo predominantemente sustancial y el modelo democrático como un modelo predominantemente procedimental. Así, el primero me proporciona criterios morales con los que catalogar como correcta una decisión o una norma que afectan a su contenido, sin prestar atención a quién y cómo ha tomado esa decisión o ha creado esa norma o subrayando que esta es una cuestión secundaria o, mejor, que adquiere importancia desde lo anterior. Por su parte, el segundo me proporciona criterios morales con los que catalogar como correcta una decisión o una norma que afectan, principalmente a quién y cómo ha tomado esa decisión o ha creado esa norma, si bien

acotando parcialmente, al menos en la versión exigente, el ámbito de su actuación <sup>10</sup>.

Permítaseme que haga una pequeña reflexión sobre la posible proyección de la distinción anterior en el ámbito de la teoría del Derecho. En efecto, creo que existen dos corrientes en ese ámbito que puede identificarse, al menos parcialmente, con estas dos formas de entender los derechos. Una de ellas es precisamente la del garantismo y la otra la del llamado positivismo jurídico renovado <sup>11</sup>. Ambos planteamientos se presentan como neopositivistas y pretenden dar cuenta de la presencia de los derechos en el Derecho, corrigiendo, de alguna manera, los rasgos que tradicionalmente servían para identificar al positivismo (o a lo que algunos llaman como el paleopositivismo <sup>12</sup>). Estos rasgos pueden resumirse en los tres siguientes: la defensa de una concepción sistemática del Derecho presidida por las ideas de unidad, coherencia y plenitud; la defensa de una conexión aleatoria entre el Derecho y la moral (es decir, todo Derecho expresa una opción moral, pero no hay unos contenidos determinados de moralidad que necesariamente deban estar presentes en un Derecho para ser considerado como tal); la consideración que el criterio último de validez normativa es formal.

Pues bien, tanto el garantismo como el positivismo renovado subrayan el carácter mixto de los sistemas jurídicos y por tanto, pare-

<sup>10</sup> En efecto, la decisión aparece mínimamente acotada desde una determinada forma de entender los derechos que adquiere dimensiones sustanciales de carácter mínimo. Así, en este punto es posible integrar por ejemplo a las posiciones que al respecto mantienen en España Gregorio Peces-Barba (al que mas adelante me referiré y que en este punto presenta una construcción que puede resultar problemática) y Elías Díaz, si bien, ciertamente este último se acerca más o tiene más en cuenta, de forma clara, dimensiones sustanciales. *Vid.* al respecto DÍAZ, E., «Derechos humanos y Estado de Derecho», en LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL, J. A., *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, Dykinson-Universidad de Jaén, 2000, pp. 123 y ss. Por otro lado, esa distinción puede tener sus excepciones, en el sentido de poder presentar una configuración garantista procedimental y democrática sustancial. Ahora bien, esta última sería difícilmente distinguible de la garantista sustancial. Respecto a una posible posición garantista procedimental, independientemente de que no es lo que precisamente defiende el principal exponente de esta corriente (L. Ferrajoli), sería quizá más coherente en cuanto a sus resultados últimos (la exaltación de la figura del juez) que el garantismo sustancial, eso si proyectando los contenidos procedimentales en el proceso de decisión judicial.

<sup>11</sup> *Vid.* sobre lo primero FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, R. Cantarero y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1997, y más en concreto para el tema que nos ocupa, *Derechos y garantías*, trad. de P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999. Sobre lo segundo, *vid.* PECES-BARBA, G., *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, y más concretamente, para el tema que nos ocupa, «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 11, Dykinson, 1999 (trabajo que se publicó como epílogo a la primera edición de la obra de G. ZAGREBELSKY citada, *El derecho dúctil*, pero que, sin embargo, no ha aparecido en sucesivas ediciones).

<sup>12</sup> *Vid.* FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., pp. 19 y ss.

cen ya desde este momento enfrentarse al positivismo estricto (que me parece un término mejor que el de paleopositivismo <sup>13</sup>). Ahora bien, para saberlo habría que examinar como funciona ese carácter mixto (ya que el positivismo estricto puede también referirse a dicho carácter en lo que podríamos denominar como decisiones intermedias pero no así en las decisiones últimas). Evidentemente, esta tarea requeriría de una atención mucho mayor de la que podemos aquí realizar. Sin embargo, tal vez sea oportuno apuntar algunas consideraciones <sup>14</sup>.

Pues bien, lo relevante de esta consideración del carácter mixto del sistema, o lo problemático, aparece en el ámbito de la interpretación de la Constitución y más en concreto en la forma de calificar como correcta una decisión de ese tipo entre las posibles.

Imaginemos así un supuesto en el que desde un mismo enunciado constitucional referido a un derecho, es posible elaborar tres tipos de Leyes: L1, L2 y L3. Todas y cada una son el resultado de una determinada manera de entender ese precepto constitucional. Supongamos que el Parlamento adopta L2, pero que existe un conjunto de sujetos que estando legitimados interponen un recurso creyendo que L2 es incorrecta. El órgano encargado de resolver esta controversia entiende que L2 es incorrecta ya que le parece que la interpretación correcta sería L3 (alguien podría pensar que esto es extralimitarse en su función pero para el garantismo no hacerlo sería provocar una laguna y este órgano tiene la obligación de colmar lagunas constitucionales, además de intentar lograr la mayor coherencia) <sup>15</sup>. Ahora bien, el garantismo no puede justificar la corrección de L3 diciendo que es la adoptada por el

<sup>13</sup> Y también que el de normativismo ensimismado. *Vid.* esta expresión en el prólogo que Andrés Ibáñez, P., hace a la obra de L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit., p. 9. De todas formas, esta defensa del carácter mixto de los sistemas es difícilmente compatible con el positivismo jurídico salvo que queramos modificar completamente su significado.

<sup>14</sup> Antes de hacerlo creo importante subrayar como el garantismo establece una distinción entre vigencia (formal) y validez (sustancial) que conlleva negar algunos de los rasgos de la idea de sistema (en concreto la coherencia y la plenitud) y por tanto le hacen separarse más del positivismo estricto. *Vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 876 y ss; *Derechos y garantías*, cit., pp. 24 y ss.

<sup>15</sup> Aunque no es este el lugar, ya lo he apuntado, para detenerse en el examen del garantismo y su concepción sobre el Derecho, tal vez sea oportuno aclarar que evidentemente, lo anterior no implica que el juez constitucional pueda, según este planteamiento, elaborar decisiones que tengan la consideración formal de una Ley, sino más bien establecer que la interpretación correcta del enunciado constitucional sea la que expresa L3. Por otro lado, ciertamente el garantismo asumiría, creo, sin dificultad, el ejemplo cuando el enunciado constitucional expresase una norma de derechos sociales. En cambio tal vez existiría una mayor dificultad si se tratara de una norma de derechos individuales dada la defensa que este planteamiento hace de la idea del Estado liberal mínimo y del Estado social máximo (*vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 866). Otro ejemplo que podría servirnos, y sobre el que el garantismo suele detenerse es el de las llamadas omisiones legislativas. En todo caso su tratamiento podría hacerse de forma similar.



competente ya que estaría hablando en términos de vigencia. Su pronunciamiento tendría que ir más allá de lo formal diciendo que el contenido de L3 es el correcto. Para ello aludiría al enunciado constitucional, si bien, esto sería un mero recurso justificatorio, o dicho de otra manera, esto sólo se entendería si se afirmase que los derechos poseen un significado independiente del que puedan dar los órganos jurídicamente competentes lo que supone mantener una teoría moral, en este caso predominantemente sustancial, sobre los derechos que, por otro lado incluso podría llegar a decir que tampoco L3 vale ya que lo correcto es L1. En efecto, nótese que tanto el Parlamento como el órgano que revisa su decisión expresan, según su entender, formas correctas de entender la Constitución. Y lo mismo hace el garantismo. Ahora bien, para este existe una forma correcta que invalida las anteriores y que no queda más remedio que pensar que aun tomando como referencia la Constitución se sitúa por encima de esta <sup>16</sup>.

Si nos centramos ahora en el positivismo renovado, el problema presenta las mismas características. Ahora bien, existen tres puntos que permiten diferenciar estos planteamientos. El primero se traduce en el ya mencionado carácter predominantemente sustancial o procedimental que se atribuye a los derechos. Para el garantismo la corrección es una cuestión de contenidos de las decisiones <sup>17</sup>, mientras que el positivismo renovado presta atención al procedimiento <sup>18</sup>. Esto a su vez, conlleva, como segundo punto de distinción y como apuntaré más adelante, que normalmente el garantismo de protagonismo en su concepción sobre el Derecho al juez, mientras que el positivismo renovado lo haga con el Parlamento. Por último, el garantismo entien-

---

<sup>16</sup> Aunque L. Ferrajoli, parte de una definición de los derechos que considera formal, entiende que se trata finalmente de «vínculos sustanciales normativamente impuestos... tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado». O, también, principios sustanciales «relativos a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir». *Derechos y garantías*, cit., pp. 51 y 52 (respectivamente).

<sup>17</sup> Lo que no implica, como ya hemos visto, desatender el procedimiento, sino precisamente ajustar este al contenido altamente determinado que expresan los derechos.

<sup>18</sup> Ciertamente esta cuestión no está del todo clara en los planteamientos de G. Peces-Barba. En efecto, aunque en su trabajo *Ética, Poder y Derecho*, pretende describir lo que denomina como la ética pública (que se expresa a través de los derechos), como una ética procedimental, en «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», afirmaciones de este tipo se combinan con otras que dan a entender lo contrario (tales como la idea de que los derechos establecen directamente límites a los contenidos de las decisiones –p. 125–). Sin embargo, y obviando estos puntos oscuros, es posible pensar que cuando G. Peces-Barba habla de contenidos materiales no está haciendo referencia a contenidos sustanciales sino a lo que hemos denominado como contenidos predominantemente procedimentales. Vid. PECES-BARBA, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», cit., p. 127. Vid sobre este problema ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «La Declaración universal de derechos humanos y la ética pública», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVI, 1999, pp. 199 y ss. Sobre la posición de G. Peces-Barba, puede consultarse el trabajo de BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 239 y ss.

de que estos criterios de moralidad son criterios de validez (y por tanto también para esta posición de corrección moral), mientras que el positivismo renovado en ocasiones parece plantearlos sólo como criterios de corrección moral<sup>19</sup>.

Es precisamente este punto el que separa claramente el garantismo del positivismo si bien el primero puede afirmar que se trata de un planteamiento sólo válido en los Estados constitucionales y que da cuenta de los derechos una vez juridificados. De ser así, el problema del garantismo no sería ya el de ser fiel o no al positivismo sino más bien el de ser un planteamiento de filosofía jurídica<sup>20</sup>.

Volviendo al ámbito de éste trabajo, se habrá observado como la reflexión anterior ha girado en torno a dos modelos que expresan otras tantas formas de entender la relación entre el Estado y el Derecho, y ha dejado a un lado el modelo liberal. Sin embargo, lo dicho vale también para este modelo. En este sentido podríamos diferenciar un modelo liberal fuerte y un modelo liberal débil, caracterizando al primero por la consideración de los derechos individuales como contenidos predominantemente sustanciales y al segundo por la consideración de los derechos individuales como contenidos predominantemente procedimentales, lo que además permitiría acercar este modelo al democrático débil e incluso, aunque con más problemas, al exigente procedimental. Lo que ocurre es que normalmente el liberal es sustantivo, más allá de la defensa de la autonomía individual que es algo que, por otro lado, como hemos visto presumen las diferentes versiones del democrático<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., pp. 19 y ss.; PECES-BARBA, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», cit., pp. 125 y 126. De todas formas, esto tampoco está claro en los planteamientos de G. Peces-Barba. Incluso podría pensarse que esta interpretación es errónea, maxime si tenemos en cuenta que, en ocasiones, se refiere a la ética pública como componente necesario del Derecho («Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», cit., p. 123), o a la moralidad pública como contenido identificador del Derecho («Derecho y Poder: el poder y sus límites», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., pp. 97 y ss.).

<sup>20</sup> En todo caso, la virtualidad del garantismo dependería de si es cierto uno de los presupuesto de los que parte y que no es otro que la afirmación de que el positivismo jurídico estricto (el que llama como paleopositivismo) es incapaz de dar cuenta del funcionamiento de los derechos en los sistemas constitucionales. Pues bien, creo que en este punto el garantismo se equivoca. Como ha señalado L. Prieto, «esto es algo que puede ser asumido por el positivismo sin necesidad de ninguna corrección, por más que en el Estado decimonónico no fuese habitual establecer dichas exigencias sustantivas, justamente por la carencia de Constituciones normativas y no por culpa de las tesis positivistas». Vid. PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 27. Ahora bien, en relación con la cita de L. Prieto, lo que habría que discutir es si el positivismo es capaz de dar cuenta de los derechos como criterios sustanciales, o mejor, como criterios sustanciales altamente determinados. Sobre la posición de L. Prieto, vid. recientemente BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 253 y ss.

<sup>21</sup> No obstante tal vez la construcción de Eusebio Fernández sobre el Estado de Derecho podría seguir este camino y también su forma correcta de entender la rela-

Un último punto que sirve para diferenciar entre estos modelos se refiere al órgano encargado de desarrollar y garantizar los contenidos de moralidad que se defienden. Lo común en este punto, consiste en considerar a los derechos como la fuente de corrección moral indiscutible y a partir de aquí se plantea cómo deben ser desarrollados y garantizados por el Derecho, cuestión ésta en la que vuelve a adquirir relevancia el manejo de una concepción predominantemente sustancial o predominantemente procedimental.

La actividad que consiste en desarrollar el significado de los derechos, en el ámbito de las teorías predominantemente sustanciales, no es discrecionalidad o, quizá mejor, posee una discrecionalidad muy baja. Existe un contenido sustancial determinado que excluye (o que debe excluir), al menos de forma relevante, la discrecionalidad<sup>22</sup>, por lo que el problema de la garantía, o mejor, de la comprobación de que el desarrollo es correcto adquiere una enorme relevancia.

Si proyectamos la reflexión anterior en los modelos liberal y garantista, que como señalé mantenían una visión de los derechos predominantemente sustancial, el desarrollo de los derechos puede recaer en órganos parlamentarios, pero siempre y cuando se entienda que dicha competencia está limitada en cuanto a sus resultados, por lo que el problema de la garantía, o mejor, de la comprobación de que el desarrollo es correcto adquiere una enorme relevancia.

En lo que se refiere a las teorías predominantemente procedimentales, la actividad de desarrollo de los derechos, posee una alta discrecionalidad. Los criterios de moralidad (los derechos) expresan básicamente procedimientos pero no información, o mejor, no información precisa sobre el contenido de las decisiones. Existe una importante discrecionalidad y lo que se exige es un desarrollo ajustado al procedimiento que se deduce de esa forma de entender los derechos (en donde no hay discrecionalidad o al menos esta es muy baja).

Si proyectamos esta reflexión en el modelo democrático, el desarrollo de los derechos recae necesariamente en órganos parlamentarios, siendo esta una dimensión esencial que, por otro lado, no implica dejar sin importancia el problema de las garantías.

---

ción entre el Derecho y el Estado, que es capaz de abrirse a los derechos sociales. Vid. su trabajo «Hacia un concepto restringido del Estado de Derecho», en LÓPEZ GARCÍA, J. A. y DEL REAL, J.A., *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, cit., pp. 103 y ss.

<sup>22</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», en AA.VV., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 24 y 28. Digo que debe excluir una discrecionalidad relevante porque L. Ferrajoli asume que detrás del pronunciamiento sobre la validez de las normas hay un juicio de valor (vid. *Derecho y razón*, cit., p. 875), asumiendo cierta discrecionalidad. Lo que ocurre es que es a los jueces (y también a los juristas) a quienes les corresponde llevar a cabo ese juicio de valor y por tanto determinar la validez de las normas (en términos de contenido). Y afirmar esta posibilidad implica, entre otras cosas, disminuir de forma relevante la discrecionalidad.

Así, y en relación con ese problema, estos dos tipos de teorías sobre los derechos pueden llegar a idénticas conclusiones, pero desde caminos distintos y con diferente significado. Más en concreto, como veremos, el problema de las garantías de los derechos en ambas teorías va a centrarse en un órgano judicial, si bien difieren en la forma de entender a este y en el alcance de su actuación.

Las concepciones de los derechos predominantemente sustanciales, desde el conocimiento de qué decisiones poseen un contenido correcto o, al menos, cuáles son los contenidos que no pueden poseer las decisiones, entienden que la garantía de los derechos (de los criterios de corrección moral), debe quedar en manos de un órgano imparcial, de un órgano desinteresado que no pretenda falsear dichos criterios. De esta forma, la idea de la imparcialidad se proyecta tanto en el desarrollo de los derechos como en la garantía de este desarrollo<sup>23</sup>.

Esta forma de entender la imparcialidad y la alta determinación de los contenidos de moralidad suele llevar, como ocurre en el modelo garantista, a exaltar la figura de los órganos judiciales como los verdaderos garantes de los criterios de corrección moral<sup>24</sup>.

Por su parte, las concepciones de los derechos predominantemente procedimentales, también pueden asumir esa idea de la imparcialidad si bien con unos resultados distintos. Este tipo de posiciones, como he señalado, desconocen, por regla general, el contenido correcto de las decisiones, o mejor, hacen depender la corrección de la decisión que desarrolla los derechos del cumplimiento de una serie de procedimientos y del mantenimiento de una visión procedimental de los mismos que admite plurales contenidos sustanciales. En este sentido, en lo referente a la garantía el órgano imparcial puede tener sentido pero siempre y cuando su actuación se dirija principalmente al análisis del sometimiento a las exigencias procedimentales. De esta forma, la idea de la imparcialidad no se proyecta en el desarrollo de los derechos y sí en su garantía pero dándole un alcance exclusivamente procedimental.

La importancia del procedimiento y la escasa información que en materia de contenidos suministran los derechos en las posiciones predominantemente procedimentales suele llevar, como ocurre en el modelo democrático, a exaltar la figura de los órganos parlamentarios, lo que no tiene porque llevar consigo la minusvaloración de un poder judicial, respetuoso con el procedimiento democrático y que

---

<sup>23</sup> Ahora bien, se trata de una imparcialidad que sólo tiene sentido en los casos difíciles, ya que en los fáciles, lo que se exige al órgano es precisamente compromiso con esos criterios. En todo caso, esta idea no está del todo clara en los planteamientos de L. Ferrajoli. En efecto, aunque su posición culmina con la exaltación del poder judicial, no está claro que esto sea consecuencia de su presunto carácter imparcial. *Vid.* al respecto, mi trabajo *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., pp. 100 y 101.

<sup>24</sup> *Vid.* FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 26.

controla su actuación desde los criterios procedimentales que caracterizan esta posición.

Resulta importante señalar como la visión procedimental de los derechos que defiende el modelo democrático supone defender una serie de límites con los que evaluar la corrección de las decisiones. Pero además, esto no es obstáculo para abrirse al examen de la corrección del desarrollo discrecional de los derechos también en lo que se refiere a su contenido. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría con los otros modelos, este examen cuenta con mínimos referentes sustantivos, por lo que adquiere enorme relevancia el tipo de órgano que lo efectúa. Y en este punto, el modelo se decantará por un órgano parlamentario<sup>25</sup>.

Con carácter general, de lo anterior se deduce que las posiciones predominantemente sustanciales sobre los derechos, que en este análisis se corresponden con el modelo liberal y el garantista, tienden a exaltar la relevancia que, en lo que a los derechos se refiere, debe tener el Poder judicial, mientras que las predominantemente procedimentales, hacen lo mismo con el Parlamento.

Pues bien, desde las reflexiones anteriores es posible destacar finalmente tres modelos de relación entre el Derecho y el Poder en el ámbito de la teoría de la justicia: el liberal, el garantista y el democrático.

Tanto el modelo liberal como el garantista van a defender un tipo de relación entre el Derecho y el Poder presidida por el respeto a unos derechos, entendidos en términos sustanciales, y que para el primero vienen representados por los derechos individuales y para el segundo además por los derechos sociales. Estos derechos, para ambos modelos son contenidos sustanciales desde los que evaluar las decisiones del poder proyectadas en el Derecho, siendo en última instancia un órgano de naturaleza judicial el que debe preservar dichos contenidos.

Por último el modelo democrático puede ser entendido de dos formas: débil o exigente. Básicamente la diferencia entre uno y otro radica en el contenido de derechos que incorporan a la hora de establecer la relación entre el Derecho y el Poder. Así, el modelo democrático débil se caracteriza por defender una serie de contenidos de moralidad en forma de derechos individuales, protección del pluralismo y participación, mientras que el democrático exigente incorpora también derechos sociales. Ahora bien, en ambos modelos, estos contenidos son entendidos en términos procedimentales y desde ellos se evalúan las decisiones del poder proyectadas en el Derecho. Un Derecho que no reconoce estos contenidos o un Poder que no los respeta no pueden

---

<sup>25</sup> En este sentido, desde el modelo es posible defender, por ejemplo la existencia de un control de la constitucionalidad de las decisiones parlamentarias que pueda ir más allá de lo meramente procedimental, pero que debe ser llevado a cabo por un órgano de naturaleza parlamentaria.

ser considerados como correctos desde un punto de vista moral. El órgano encargado de defender y proteger esos contenidos debe ser en última instancia, en estos modelos, un órgano de naturaleza parlamentaria, aunque se abre también a la posibilidad de que sea de naturaleza judicial, siempre y cuando su actuación esté presidida por el respeto a dichos criterios.

Así las cosas creo que la opción por un modelo de relación entre el Derecho y el Estado presidida por los derechos humanos, pasa por el examen de las consideraciones que he venido realizando hasta aquí. Dicho de otra forma, entiendo que optar por un modelo u otro exige tomar partido por una determinada visión de los derechos y con ella por un modelo de garantía de los mismos, pero además, dada la necesaria proyección del tema en el ámbito jurídico, es necesario también dar cuenta del funcionamiento real que los rasgos de los modelos tienen en la práctica jurídica.

Ciertamente, un examen detenido de estas cuestiones exigirían como mínimo llevar a cabo una serie de reflexiones sobre qué teoría de los derechos es la más correcta, siendo esto algo que difícilmente puedo realizar en esta sede<sup>26</sup>. Así como adelanté al comienzo, expondré sólo algunas consideraciones que permitan entender los problemas que poseen los modelos anteriores.

En este sentido, considero difícil defender como modelos correctos de relación ente el Derecho y el Estado, desde los derechos, a los que denominé como liberal y democrático débil. Estos modelos defienden una idea de los derechos insuficiente y hasta inconsistente (la defensa de derechos individuales y no de derechos sociales).

Es este un problema que no afecta al modelo garantista y el democrático exigente. Como he venido subrayando posicionarse por un modelo u otro puede estar condicionado por la manera de entender los derechos y, en este caso, por mantener una visión predominantemente sustancial o procedimental de los mismos. Aclaro ya desde el principio que me parece mucho mas satisfactoria una visión procedimental.

Obviamente tanto el abandono de los modelos liberal y democrático débil como la defensa de una teoría de los derechos procedimental exigen exponer las razones de este posicionamiento. No obstante se trata de una tarea que excedería los límites de un trabajo como este. Por eso, seguiré otro camino en la justificación que tiene que ver más con las consecuencias de estos modelos.

Defender una visión predominantemente sustancial de los derechos implica, como he señalado, establecer una serie de límites en los contenidos posibles de las decisiones sobre los derechos, que deben ser respetados por los órganos que los desarrollan y garantizan. Ahora

---

<sup>26</sup> Al respecto vid. próximamente *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación desde el dualismo*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.

bien, esto supone que, o bien entiendo que esos contenidos sustanciales son compartidos por toda la humanidad y que por tanto su desarrollo y garantía es una cuestión poco conflictiva (en términos de corrección), o bien entiendo que el órgano encargado de garantizarlos en última instancia comparte esta visión sustancial de los derechos. En este sentido, la defensa de esta posición me parece complicada por dos motivos. En primer lugar porque es difícil pensar en unos contenidos sustanciales determinados que sean correctos para todos, y en segundo lugar porque también es difícil pensar que esos contenidos sustanciales sean al menos compartidos por el poder judicial (y lo mismo vale en relación con el Parlamento). A ello se podría contestar que precisamente por la complejidad de los contenidos sustanciales es por lo que se deja en manos de un órgano imparcial su garantía. Sin embargo, no me parece que este sea un argumento válido, ya que a través de él lo que se está haciendo es dejar en manos de órganos imparciales la determinación de los contenidos de moralidad sustanciales (los derechos). Y esto implica, en primer lugar elevar no ya a autoridad jurídica a esos órganos sino también a autoridad moral; y, en segundo lugar, aceptar la posibilidad de que una actuación política como es aquella en la que se decide sobre derechos pueda ser presentada como imparcial<sup>27</sup>. El garantismo, de esta forma, lo que hace es presentar como algo ajeno a la política este tipo de decisiones y, de esta manera presenta una realidad artificial que sirve para justificar, finalmente mediante el recurso de la imparcialidad, la decisión política judicial<sup>28</sup>.

La visión predominantemente procedimental tiene por su parte el problema de presentar un contenido sustancial mínimo en los derechos y también el de dejar en manos de las mayorías su significado último. No obstante, me parece que representa más fielmente la reali-

---

<sup>27</sup> Como ha señalado A. Calsamiglia, toda decisión interpretativa es una cuestión política. *Vid.* CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, pp. 34 y 77. Y este carácter se acrecienta cuando estamos en presencia de derechos. De todas formas, es importante advertir que esto no tiene por qué resultar contradictorio con el garantismo ya que este defiende el carácter valorativo del examen de constitucionalidad. Lo que ocurre es que al mismo tiempo defiende la idea de que los derechos están sustraídos del ámbito de la política (*vid.* FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 47). Con ello, finalmente es el juez el encargado de exponer lo correcto de los derechos (que es algo político) pero presentándose como un órgano imparcial.

<sup>28</sup> Resulta significativo como este tipo de planteamientos va de la mano de una crítica al funcionamiento de las democracias que es bastante acertado, pero que no tiene en cuenta el hecho de que esos males no son algo consustancial a ese modelo sino más bien patologías que deben ser resueltas. En este sentido, representa una especie de huida hacia delante, *Vid.* GASCÓN, M., «El Imperio de la Ley. Motivos para el desencanto», en *Jueces para la Democracia*, 22, 1998, p. 35. Sobre este problema pueden consultarse los trabajos de PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 7, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5 y ss., y de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbordadas*, Civitas, Madrid, 1999.

dad jurídica y en ese sentido, además de poseer razones morales que la justifican, no transforma la realidad ni se presenta, necesariamente, como recurso justificatorio de la actuación de aquellos que tienen la última palabra sobre los derechos. Por otro lado, como vimos, no es sinónimo de ausencia de control ni tiene porqué llevar a reducir el espacio de la crítica jurídica<sup>29</sup>. En relación con esto último presenta límites a las decisiones democráticas (los derechos como expresión de una ética procedimental), configura parámetros críticos con los que enjuiciar el funcionamiento real de las democracias<sup>30</sup>, y asume la posibilidad de enjuiciamiento crítico de los contenidos de esas decisiones<sup>31</sup>, eso sí asumiendo que no existe una única respuesta correcta.

---

<sup>29</sup> Como tampoco lleva a ello un planteamiento positivista estricto. *Vid.* en contra, FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 33.

<sup>30</sup> En efecto, el modelo democrático exigente expone una serie de requisitos de la decisión sobre los derechos que adquieren una dimensión crítica en relación con el funcionamiento real de las democracias en el ámbito de los Estados sociales.

<sup>31</sup> Sobre todo al establecer requisitos necesarios para el desarrollo de los derechos individuales, políticos y sociales.



# Cuestiones y textos: sobre la enseñanza de la teoría y la filosofía del Derecho

Por AURELIO DE PRADA GARCÍA  
Universidad Complutense de Madrid

«Todos creen que cualquiera participa de la justicia y de la virtud política en general.»

PLATÓN, *Protágoras*.

«... no cabe aprender filosofía alguna, sólo se puede aprender a filosofar.»

KANT, *Crítica de la razón pura*.

« ... todo saber pasa por la pregunta.»

GADAMER, *Verdad y método*.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si bien nuestra comunidad iusfilosófica realiza periódicos esfuerzos de autocomprensión <sup>1</sup> en los que, de manera más o menos for-

---

<sup>1</sup> Vid., por ejemplo, el número 15 de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1975, dedicado a «La filosofía del Derecho en España», o el número 1 de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1984, titulado «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho». En cuanto a la Teoría del Derecho, vid., por ejemplo, los números 31 y 32 de *Persona y Derecho*, Pamplona, 1994 y 1995, dedicados a «El estatuto de la Teoría del Derecho».

zada<sup>2</sup>, suele tratarse del lugar que deben ocupar las enseñanzas de la filosofía y la teoría del derecho, un observador externo no podría dejar de sorprenderse ante la ausencia de investigaciones dirigidas a examinar la cuestión de la metodología docente a aplicar a tales enseñanzas<sup>3</sup>.

Y ello tanto más cuanto que, según la legislación vigente<sup>4</sup>, para incorporarse a los cuerpos docentes universitarios, cuerpos de los que se nutre básicamente dicha comunidad, ha de defenderse un «proyecto docente». Defensa en la que, obviamente, la metodología docente juega un papel crucial y que, por lo mismo, debiera propiciar las reflexiones sobre cuál resulta ser la más adecuada.

Pudiera pensarse, con todo, que no cabe tal sorpresa y que la ausencia de investigaciones al respecto se debe a un acuerdo cuasi-unánime de esa comunidad iusfilosófica sobre la metodología docente más apropiada, pero ello no acaba de compadecerse con los notables cambios que pueden apreciarse en los manuales, en los libros de texto, materiales didácticos ... de dicha comunidad. Cambios que, al afectar, de un modo u otro, a los presupuestos de metodología docente y de evaluación y también, en consecuencia, a la misma comprensión de la disciplina, parecen exigir cierta atención.

## 2. TEXTOS

Y, en efecto, por comenzar por alguno de esos cambios, quizás el menos relevante, podría aludirse al hecho de que, si bien siguen apareciendo manuales que rondan o superan las 600 páginas<sup>5</sup>, se aprecia

<sup>2</sup> «... quienes están llamados a la docencia de disciplinas de tipo formativo general que tienden a religar la experiencia jurídica con su contexto socio-cultural, abordándolas desde premisas históricas, económicas, sociológicas o filosóficas, se ven abocados, por propia sensibilidad autocrítica o apremiados por motivaciones externas (como pueden ser las amenazas de reforma, reducción y, en el peor de los casos, de supresión que periódicamente les acechan) a preguntarse a sí mismos y a explicar a los demás la razón de ser de su presencia en las Facultades de Derecho». PÉREZ LUÑO, A. E.: *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Mergablu, Sevilla, 1998, p. 260.

<sup>3</sup> Una excepción: las V Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, dedicadas, sin embargo, no a la enseñanza de la Filosofía del Derecho sino a la del Derecho. Y en efecto en el monográfico núm. 5 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, «La Filosofía y la enseñanza del Derecho.» Madrid, 1982, coord. por Robles Morchón, G., y Romero Moreno, J. M., y que recogía los trabajos aportados a esas Jornadas, se mezclan artículos sobre problemas de la enseñanza de la filosofía del derecho (Sánchez de la Torre, Pérez Luño, Peces-Barba, Ara Pinilla...) con otros sobre la enseñanza, en general, del derecho (Capella, Ballesteros y de Lucas, Lorca Navarrete, Castro Cid...).

<sup>4</sup> Arts. 35 a 38 de la LRU.

<sup>5</sup> Por ejemplo, HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, 647 pp.; PUY MUÑOZ, F., y LÓPEZ MORENO, A. (coords.): *Manual de Teoría del Derecho*, Colex, Madrid, 1999, 602 pp.

una notable disminución cuantitativa. Y así, frente a los manuales de los años 70, como los de Recasens y Legaz, ciertamente espléndidos pero también ciertamente abrumadores para los alumnos a los que iban dirigidos<sup>6</sup>, el tamaño hoy habitual ronda entre las 300 y las 400 páginas<sup>7</sup>.

Aunque ello se explique, quizás, por la aprobación de los nuevos planes de estudio y la reducción de algunas asignaturas a cuatrimestrales, no deja de tener su importancia pues el contenido, la materia de la asignatura, parece tender a reducirse significativamente con las consecuencias que ello tiene de cara al alumno. Si es que «se trata de contribuir al ideal ilustrado de pensar con la propia cabeza»<sup>8</sup>, obviamente no es lo mismo que para ello se necesiten alrededor de 700 páginas a que baste con, más o menos, la mitad.

Un cambio paralelo al anterior, y probablemente más relevante, lo constituye la aparición, cada vez más frecuente, de manuales de autoría colectiva<sup>9</sup> o, por ser más exactos, a base de diversas aportaciones individuales, de diversos «textos» de diferentes autores. Cambio que parece comportar cierta ruptura con la concepción solipsista de la docencia iusfilosófica tradicionalmente y aún hoy dominante.

Y, en efecto, frente a los manuales más o menos extensos, con un «texto» único, obra de un solo autor, la aparición de obras colectivas, con varios «textos», parece suponer una concepción de la filosofía del derecho como obra colectiva, como obra de diversos autores que colaboran en común en la empresa iusfilosófica, «en la cacería de la verdad», por decirlo con Poliziano<sup>10</sup>.

No parece preciso resaltar las diferencias en cuanto a la metodología docente que una y otra concepción comportan, pues si la

---

<sup>6</sup> El *Tratado general de filosofía del derecho*, de L. RECASENS SICHES, Porrúa, México, 1975 (la primera edición es de 1959) tiene 717 pp. La *Filosofía del Derecho*, de LEGAZ, tiene 836 (la 5.ª edición es de 1971).

<sup>7</sup> Así, por citar algunos de los más recientes: ALMOGUERA CARRERES, J.: *Lecciones de Teoría del Derecho*, Reus, Madrid, 1995, 350 pp.; BARRÈRE UNZUETA y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 294 pp.; BETEGÓN, J., y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid, 1997, 390 pp.; DE LUCAS, J. (coord.): *Introducción a la Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 390, pp.; MONTORO BALLESTEROS, A.: *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 342 pp., y PÉREZ LUÑO, A. E., y otros: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, 252 pp.

<sup>8</sup> LUCAS, J. DE: «Prólogo a la segunda edición», en *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit. 18.

<sup>9</sup> Vid., por ejemplo, los recogidos en la nota número 7.

<sup>10</sup> «Ocurre como en las cacerías, que, si uno se dedica a perseguir él solo a la fiera, nunca o muy difícilmente la alcanzará; pero si busca la ayuda de otros cazadores, llegará con facilidad hasta su misma guarida. También en esta especie de cacería tras la verdad hay muchos lugares ásperos y fragosos cercados de árboles y de temibles sombras, que son difíciles de atravesar si uno va solo.» POLIZIANO, A.: *Estancias, Orfeo y otros escritos*, Cátedra, Madrid, 1984, p. 242. Ed. bilingüe de F. Fernández Murga.

primera, la de los manuales obra de un solo autor, con un solo texto «cerrado y concluso», parece abonar el método de las llamadas «clase magistrales»<sup>11</sup>, así como los sistemas de evaluación que le son inherentes<sup>12</sup>, en los segundos parece quebrar la idea de filosofía perfectamente acabada y conclusa y primar la de «obra abierta», con las consecuencias pertinentes en lo que a metodología docente se refiere.

Podría pensarse que esta conclusión es ilegítima y que lo procedente sería derivar de los manuales de autoría colectiva una especie de confesión implícita de impotencia por parte de sus autores. Autores que no serían capaces de elaborar un manual completo, un «texto» único y acabado, por sí solos, individualmente, desde la «terrible soledad del propio filosofar»<sup>13</sup>.

En otros términos, los manuales de redacción colectiva no responderían a una concepción no solipsista del quehacer iusfilosófico sino a la incapacidad de cada uno de sus autores y ello tanto más cuanto que, efectivamente, no suele haber una asunción colectiva plena de todo el manual, sino que cada autor suele responder exclusivamente de su parte, de su «texto»<sup>14</sup>, por mucho que se discutan en común las diversas aportaciones individuales<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> «Tradicionalmente, el método de enseñanza más usado y abusado, en nuestras Facultades de Derecho ha sido la clase teórica o la denominada clase magistral. Constituye un método unidireccional, en el que el profesor expone los puntos principales de un temario, que no siempre se concluye, y en el que el alumno toma, más o menos apresuradamente, notas o apuntes, asumiendo una actitud pasiva y acrítica al respecto.» ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Introducción» a ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Textos básicos de Teoría del Derecho*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994, p. 10.

<sup>12</sup> «Que un investigador apacible pierda siquiera tres cuartos de hora en exponer oralmente sin pulir, lo que pulcramente escrito puede leer el alumno en su casa en media hora es un solemne disparate. No digamos nada, si además nos empeñamos en que luego el alumno se lo aprenda de memoria y lo almacene lo suficiente para que no se degrade antes de evacuarlo en un pintoresco examen. Al final quedará como recuerdo una vaga familiaridad con algunos problemas y cierta terminología.» OLLERO, A.: *¿Qué hacemos con la Universidad?*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1985, p. 87.

<sup>13</sup> Por decirlo con Ortega: «...el filósofo auténtico que filosofa por íntima necesidad no parte hacia una filosofía ya hecha, sino que se encuentra, desde luego, haciendo la suya, hasta el punto de que es su síntoma más cierto verle rebotar de toda filosofía que ya está ahí, negarla y retirarse a la terrible soledad de su propio filosofar. Prólogo a "Historia de la Filosofía", de Emile Bréhier», en *Obras Completas*, Revista de Occidente & Alianza, Madrid, 1983, vol. 6, p. 402.

<sup>14</sup> Vid., por ejemplo, BARRÈRE UNZUETA, M. A., y otros: «Presentación» a *Leciones de Teoría del Derecho*, cit., p. 13. «De cualquier modo, o por eso mismo, la responsabilidad de lo que aquí cada cual expone y defiende es absoluta y exclusivamente individual.»

<sup>15</sup> «... cada uno de los autores preparó un texto acerca de los problemas que se le encargaron, textos que, una vez discutidos y revisados, se incluyen según el criterio final del responsable del mismo.» DE LUCAS, J.: «Prólogo a la primera edición» de *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 19.

Pero no parece ser el caso, pues, al margen de que, en ocasiones, se apela a un fondo común o una escuela <sup>16</sup> desde las que se realizan las diversas aportaciones individuales al manual común, en otras se asume tal «empresa colectiva» con todas sus ventajas e inconvenientes. Ventajas e inconvenientes, como la falta de uniformidad, homogeneidad, e incluso las contradicciones de los diversos «textos» individuales, que, a veces, cuando son «de fondo», ni siquiera se tratan de eliminar <sup>17</sup>.

Más aún, en ocasiones se aduce que esos «inconvenientes» no son tales sino que, muy por el contrario, acaban redundando en ventajas para el alumno, por cuanto le obligan a «elegir lo que estime más coherente» <sup>18</sup>. Con lo cual, este tipo de manuales no sólo parecen abundar en la tendencia a la asunción de una forma no solipsista de la labor iusfilosófica, sino que parecen extremarla al ampliar los sujetos de dicha labor: los propios alumnos, a quienes, de ese modo, se obliga a participar activamente en la docencia iusfilosófica. Remedando a Kant, se trataría de «textos» que, lejos de pensar por el alumno, le obligan a ello <sup>19</sup>.

<sup>16</sup> «Pudiera suscitar dudas sobre la posibilidad de cumplir esos propósitos, y sobre el propio título de la obra, el hecho de su autoría colectiva. Dada la pluralidad infinita de concepciones teóricas del Derecho, su elaboración por diversos autores parece abocada a traducirse en “unas” más que en “una” teoría del Derecho. No obstante, en los tres profesores que comparto conmigo la autoría de la obra se da un rasgo común... más allá de las peculiares preferencias y enfoques personales, se da entre nosotros esa “manera o rasgo común de ver las cosas”, que se reputa como versión flexible o genérica de una “escuela” y, en todo caso, una larga experiencia intelectual de trabajo conjunto en equipos de investigación.» PÉREZ LUÑO, A. E.: «Prólogo» a *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, cit., p. 15.

Vid. también, PUY MUÑOZ, F., y LÓPEZ MORENO, A. (coords.): «Prólogo» al *Manual de Teoría del Derecho*, cit. p. 25: «La unidad de fondo está garantizada con un método ecléctico matizado de iusnaturalismo; o si se quiere, de ese conjunto de iusnaturalismos que atraviesan la historia de la jurisprudencia y que le prestan su color occidental y cristiano a la filosofía perenne.»

<sup>17</sup> «Finalmente, se mantiene también el carácter de empresa colectiva, con todas las virtudes y defectos que ello implica; virtudes, como la de haber permitido reunir a la mayor parte de los profesores numerarios (a todos los que lo eran cuando se inició el trabajo) de *Teoría y Filosofía del Derecho de la Universidad Castilla-La Mancha*, tanto en su esfuerzo investigador como, sobre todo, en el desarrollo cada día más uniforme de los programas docentes; pero también defectos, como la falta de homogeneidad e incluso las contradicciones, consecuencia inevitable de los plurales enfoques y concepciones de sus cuatro autores, pluralidad que, al menos, en relación con los aspectos de fondo, ni siquiera ha pretendido ser eliminada.» BETEGÓN, J., y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, cit., pp. XIII y XIV.

Vid. también, GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F.: «Introducción» a *El derecho y la justicia*, cit., p. 13.: «Ni siquiera es preciso decir que cada autor se ha expresado en su trabajo de acuerdo con sus criterios, sin que hayamos pretendido en ningún momento uniformidad de tipo alguno.»

<sup>18</sup> PUY MUÑOZ, F., y LÓPEZ MORENO, A. (coords.): «Prólogo» al *Manual de Teoría del Derecho*, cit., p. 25.

<sup>19</sup> «Tengo a mi disposición un libro que me presta su inteligencia...». KANT, «¿Qué es Ilustración?», en *Filosofía de la Historia*, FCE, Madrid, 1992, p. 25. Trad. de E. Imaz.

Por cierto que esa misma tendencia a la participación de los estudiantes puede apreciarse incluso en obras de autoría individual en las que, de un modo y otro, también se reivindica <sup>20</sup> con lo cual, y resumiendo, parece que los cambios en manuales, libros de texto, lecciones... de nuestra comunidad iusfilosófica son más significativos de lo que a primera vista pudiera parecer, pues en ellos pueden apreciarse, junto a la tendencia, tradicionalmente y aún hoy dominante, a una concepción solipsista de la docencia iusfolosófica, síntomas claros de la emergencia de una nueva concepción. Una concepción que ve en la empresa iusfilosófica una tarea colectiva asumida no como remedio a una, más o menos presunta, incapacidad para la elaboración de una completa iusfilosofía personal, sino como la más apropiada y que además, incluso, trata de hacer de los alumnos sujetos partícipes en ella.

### 3. CUESTIONES

Ahora bien las conclusiones a que acaba de llegarse no dejan de ser provisionales, pues, hasta aquí, no hemos examinado más que uno de los aspectos en que los que cabe apreciar cambios en nuestra comunidad iusfilosófica omitiendo toda referencia al cambio quizás más relevante en lo que a la metodología docente respecta: la aparición de libros con preguntas y ejercicios destinados a los alumnos y ello tanto en obras de autoría individual <sup>21</sup> como colectiva <sup>22</sup>. Un cambio, proba-

<sup>20</sup> Vid., por ejemplo, DIAZ, E.: *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 9: «De lo que se trata ahora es, pues, de hacer de la necesidad virtud y de aprovechar bien los cuatro meses escasos concedidos a la pobre filosofía. No digo que dar ya redactados a los estudiantes parte de los apuntes -pues depende, además, de lo que ahí se diga- sea el único ni, tal vez, el mejor camino para ello. Yo también conozco otros dotados de mucha más alta excelencia y los practico en la medida en que materialmente puedo hacerlo, en especial, a través de una mayor y más activa participación directa de los estudiantes.»

<sup>21</sup> Por citar algunos, ATIENZA, M.: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993; CALVO GARCÍA, M.: *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992; ELÓSEGUI ITXASO, M.: *Materiales de prácticas de Teoría del Derecho*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1998; NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983; ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Civitas, Madrid, 1998; TORRES RUIZ, J. R.: *Tests de Historia de la Filosofía Jurídica y Política. I, Antigüedad greco-romana*, PPU, Barcelona, 1991. En este apartado podría incluirse también la obra de FERNÁNDEZ GALIANO, A., y DE CASTRO CID, B.: *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho natural*, Universitas, Madrid, 1999, pues si bien, en cuanto que son dos autores, habría de incluirse en el apartado de las obras colectivas, la autoría asumida por cada uno ellos de, por así decirlo, una de las dos «asignaturas» que incluye el libro: *Teoría del Derecho y Derecho natural*, parece justificar su inclusión entre las obras de autoría individual.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Textos básicos de Teoría del Derecho*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1994; AÑÓN ROIG, M. J., y otros: *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995;

blemente propiciado por la obligatoriedad de clases prácticas, paralelo al que acaba de ilustrarse en relación a los «textos» y que, por ello mismo, obliga a recalcar aún más la provisionalidad de las conclusiones recién reseñadas.

Por cierto que no se trata de una novedad exclusiva de la comunidad iusfilosófica, dado que también aparece en textos de filosofía general. Textos donde, al final de cada capítulo, se propone al lector un memorándum de cuestiones y ello no sólo para que repita por sí mismo la indagación que acaba de leer, sino asumiendo que quizás esa indagación propia le lleve a conclusiones opuestas a las del autor<sup>23</sup>.

No parece preciso insistir en que ello parece abundar en la tendencia a una concepción no solipsista a que venimos aludiendo, y no ya en lo que toca a la iusfilosofía, sino a la filosofía a secas, a la filosofía en general. Abundamiento tanto mayor cuanto que esa concepción no solipsista de la labor filosófica se asume señalando explícitamente sus presupuestos: una concepción de la filosofía no como revelación hecha por quien lo sabe todo al ignorante, sino como «diálogo entre iguales que se hacen cómplices en su mutuo sometimiento a la fuerza de la razón y no a la razón de la fuerza»<sup>24</sup>; la consiguiente reivindicación del modo filosófico originario: el diálogo<sup>25</sup>, decidiéndose a tratar al otro como si fuera también filósofo<sup>26</sup> y las correspondientes implicaciones políticas democráticas<sup>27</sup>.

Desde luego, no es nuestro propósito examinar aquí las tendencias que, hoy por hoy, pueden observarse en la filosofía en general, impli-

---

ATIENZA, M., y otros: *244 Preguntas de introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1986.

<sup>23</sup> Vid. SAVATER, F.: *Las preguntas de la vida*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 12.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> «Pero, con Platón, la filosofía presenta su radical instalación en el lenguaje; en el lenguaje propiedad de una comunidad, objeto de controversia y de análisis. Los diálogos de Platón constituyen, por ello, una de las formas más originales, a través de la que nos ha llegado la filosofía. Platón aproximó lo que suele denominarse pensamiento a la forma misma en la que el pensamiento surge: el diálogo. Pero no el diálogo como posible género literario, sino como manifestación de un espacio mental en el que concurría el lenguaje, de la misma manera que en el espacio de la Polis concurría la vida. Así, consecuente con la realidad de la época, Platón llevó a cabo, para hablar-nos de las ideas, la casi contradictoria operación de “escribir” diálogos. Porque un diálogo es, en principio, el puente que une a dos o más hombres para, a través de él, exponer unas determinadas informaciones e interpretaciones sobre el mundo de las cosas y de los significados. En este sentido podríamos decir que, para la filosofía, “en principio fue el diálogo”, o sea, la presencia viva y originaria del *Logos*.» LLEDO, E.: «Introducción general» a *Platón, Diálogos*, Gredos, Madrid, 1981, p. 13.

<sup>26</sup> SAVATER, F.: *Las preguntas de la vida*, cit., p. 65.

<sup>27</sup> *Ibidem*. Vid. también LLEDÓ, I.: «Introducción general» a *Platón, Diálogos*, cit., p. 14.: «Fruto de la democracia que se había iniciado en el siglo V a.C., el diálogo supuso la eliminación del lenguaje dogmático. La verdad se desvelaba no en el imperio del sacerdote o del rey, sino en la coincidencia de los hombres, en el enfrentamiento de sus opiniones, en las que no había, en principio, nadie que administrase ese discurso, que lo impusiese desde el espacio privilegiado de un monólogo sin respuesta.»

caciones y presupuestos incluidos, sino, mucho más modestamente, las que se observan en nuestra comunidad iusfilosófica; con lo que lo procedente ahora es, si se quiere y como máximo, reseñar el ejemplo que acaba de mostrarse en la filosofía general como refuerzo de la tendencia no solipsista que venimos apreciando en nuestra comunidad iusfilosófica.

Ahora bien, ese ejemplo tiene, en lo que nos toca, alguna virtualidad más y, ciertamente, parece obligarnos a matizar alguna de las conclusiones a que antes llegamos. En concreto, la conexión que, con cierta ligereza, establecimos entre obras de autoría individual y concepción solipsista del quehacer iusfilosófico, de un lado, y obras de autoría colectiva y concepción no solipsista, de otro. Conexión puesta ahora en cuestión al menos en lo que a las obras de autoría individual con preguntas y ejercicios respecta, pues tales obras parecen responder a una concepción no solipsista, más o menos acentuada, lo que nos obliga a volver sobre nuestros pasos y examinar con mayor cautela ese tipo de obras.

Yendo a ello, cabe constatar que en los manuales de autoría individual con preguntas y ejercicios, tales preguntas y ejercicios suelen integrarse en el propio manual si bien con diferencias notables que conviene analizar y que confirman la ligereza de nuestro análisis anterior. Y, en efecto, no parece irrelevante que las preguntas y ejercicios se sitúen bien al final de cada capítulo, bien en bloque, al final de todos los capítulos correspondientes a la, por así llamarla, parte teórica del manual<sup>28</sup>.

En el primer caso, con las preguntas y ejercicios al final de cada capítulo, parece abonarse una tendencia a la concepción no solipsista o, al menos, a una mayor participación del alumno. Tendencia, por cierto, más o menos acentuada en la que, y ello abunda todavía más en nuestra ligereza, cabría establecer matices; pues no es, obviamente, irrelevante que, por ejemplo, la materia se divida en seis o siete capítulos con los seis o siete apartados correspondientes de preguntas y ejercicios<sup>29</sup> a que se divida en cincuenta y nueve lecciones con las correspondientes preguntas y ejercicios al final de cada una de ellas<sup>30</sup>. El, por así llamarlo, «grado de construcción» del texto de la asignatu-

---

<sup>28</sup> ATIENZA incluye al final de cada uno de los capítulos de su *Tras la justicia* una serie de «Cuestiones», al igual que C. S. NINO al final de cada uno de los capítulos de su *Introducción al análisis del derecho*, cit., y que G. ROBLES al final de cada una de las lecciones de su *Teoría del Derecho*. M. CALVO, por su parte, divide el texto de su *Teoría del Derecho*, cit., en dos partes: una teórica, caps. I-VI, y otra de ejercicios prácticos, caps. VII-X, que se corresponde, grosso modo, con los capítulos de la parte teórica.

<sup>29</sup> Las obras de ATIENZA y NINO citadas en la nota anterior constan respectivamente de seis y siete capítulos.

<sup>30</sup> ROBLES, G.: *Teoría del Derecho*. cit, incluye ejercicios, al final de cada una de las cincuenta y nueve lecciones de su obra. Su texto consta de 376 páginas, mientras que, por ejemplo, el de NINO tiene 467.



ra, así como el grado de participación que se demanda de los estudiantes es obviamente diferente en un caso y otro<sup>31</sup>.

Dejando las conclusiones que se derivan de semejantes diferencias para cuando procedan y pasando a los manuales de autoría individual en los que hay dos bloques perfectamente diferenciados: texto por un lado y preguntas y ejercicios por otro, no al final de cada capítulo sino en bloque, no parece preciso insistir en que semejante ubicación parece quebrar la tendencia a una concepción no solipsista que venimos ligando, en general, a los textos de autoría individual con preguntas y ejercicios.

Y, en efecto, en este tipo de textos, estaría, de una parte, la iusfilosofía más o menos acabada del autor en cuestión, en bloque, con un considerable grado de construcción del texto, y de otra, asimismo en bloque, los ejercicios y preguntas a los alumnos; ejercicios y preguntas con un valor obviamente diferente, desde ese punto de vista, al que tendrían de estar situados al final de cada capítulo. Huelga decir que ello parece abundar más bien en la concepción solipsista del quehacer iusfilosófico y ello tanto más cuanto que, a veces<sup>32</sup>, las preguntas y ejercicios ni siquiera tienen la misma extensión capitular que la parte teórica.

Con todo lo cual parece que debemos matizar la conclusión a que antes llegábamos, pues si no parecía acertado ligar, sin más, obras de autoría individual con concepción solipsista de la docencia iusfilosófica, dada la presencia en alguna de ellas de preguntas y ejercicios, tampoco cabe incluir a todas estas últimas en la tendencia a una concepción no solipsista.

Y, en efecto, como acaba de verse, algunas parecen decantarse más hacia la concepción solipsista, si bien no en su versión más fuerte. De modo que habría que hablar más bien de una graduación según la cual las obras de autoría individual sin preguntas y ejercicios parecen responder a una concepción solipsista, las que incluyen texto y preguntas por separado, en bloques separados, estarían asimismo dentro de ese planteamiento aunque de forma más débil y, por fin, las que incluyen preguntas y ejercicios al final de cada capítulo, se decantarían, al parecer, hacia una concepción no solipsista y ello tanto más cuanto menor fuera la extensión de los capítulos, el grado de construcción del texto, y, correlativamente, mayor el número de preguntas y ejercicios.

Pudiera pensarse que, con esto, disponemos ya de un mapa completo de los cambios que, en relación a la metodología docente, se aprecian en nuestra comunidad iusfilosófica y que procedería pasar a las conclusiones pertinentes, pero ello parece prematuro pues, y volvemos a abundar en nuestra ligereza, estamos omitiendo un análisis:

---

<sup>31</sup> ROBLES justifica la ausencia de epígrafes en su texto en la finalidad de «hacer trabajar activamente» a los estudiantes. *Vid. Teoría del Derecho* cit. p. 15.

<sup>32</sup> CALVO, M.: *Teoría del Derecho* cit., por ejemplo, dedica seis capítulos a la parte teórica, caps. I-VI, y cuatro a la de ejercicios prácticos, caps. VII-X.

el de las obras colectivas con preguntas y ejercicios dirigidos a los alumnos.

Y en efecto, se recordará que, más arriba, llegamos a ligar tales obras colectivas, a base de diversos textos individuales, con la tendencia a una concepción no solipsista del quehacer iusfilosófico. Sin embargo en aquel análisis no hicimos distinción entre obras colectivas con o sin preguntas y ejercicios, lo cual, a la vista de las conclusiones a que acaba de conducirnos el análisis de las obras de autoría individual con ejercicios, resulta una deficiencia más por nuestra parte que urge corregir.

Con todo, podríamos aducir en nuestro descargo que esa falta de distinción estaba más que justificada puesto que, cuando existen preguntas y ejercicios correspondientes a algunas de esas obras de autoría colectiva, suelen aparecer al margen de la obra en cuestión; al margen por así decirlo del «texto de la asignatura», en un libro diferente<sup>33</sup>. Y, en efecto, no hay, hasta donde llega nuestro conocimiento, obras colectivas que incluyan tanto el texto, la materia de la asignatura, como las preguntas y ejercicios dirigidos a los alumnos, con lo que nuestra ligereza en el análisis apenas sí podría considerarse tal.

Ahora bien, eso no pasaría de una mera circunstancia atenuante pues tal dato, a la vista de los anteriores análisis, es sumamente relevante y ello hasta el punto de obligarnos a cuestionar la conexión que más arriba establecimos entre obras de autoría colectiva y tendencia a una concepción no solipsista de la iusfilosofía. Y, en efecto, parece que el caso de los textos colectivos con preguntas y ejercicios en otros textos se asemejaría al caso de los manuales de autoría individual que incluyen preguntas y ejercicios pero no al final de cada capítulo sino en un bloque compacto, al final de la obra. Textos que como vimos habría que considerar no como exponentes de la tendencia a una concepción no solipsista, como a primera vista podría parecer, sino más bien de la solipsista, aunque desde luego en una versión más débil que la de los textos de autoría individual que no incluyen ejercicios.

Pero no parece que podamos equiparar uno y otro tipo de obras sin más, siquiera sea porque el grado respectivo de construcción del texto varía considerablemente y, en efecto, en un caso se trata de un «texto» de autoría individual, con un grado considerable de construcción del texto y en el otro de un «texto» a base de «textos» individuales, contradicciones, falta de uniformidad... incluidas y asumidas.

Y no sólo eso, cabe dudar de la posibilidad misma de equiparación, pues parece arriesgado situar en una misma categoría, en lo que aquí respecta, obras que incluyen las preguntas y ejercicios correspondientes aunque sea en posición secundaria, y obras cuyas correspondientes preguntas y ejercicios están físicamente separadas, apareciendo en

---

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, AÑÓN ROIG, M. J., y otros: *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, cit.

otros libros, en otros soportes diferentes. La inclusión y la separación material respectivas, con todo lo que ello comporta, obliga ciertamente a distinguir ambas clases de textos.

En otras palabras, si bien en los textos de autoría individual que incorporan preguntas y ejercicios al final de la obra cabría apreciar no sólo la tendencia solipsista, implícita en la construcción individual del texto, sino también cierta tendencia a la concepción no solipsista, por la presencia de preguntas y ejercicios; en las obras colectivas con preguntas y ejercicios en textos aparte, cabría apreciar la tendencia a la concepción no solipsista, implícita en la construcción colectiva del texto, pero también un rebajamiento de esa tendencia al separar físicamente el «texto» de la asignatura y las preguntas y ejercicios correspondientes.

Y ello tanto más cuanto que esa separación física no sólo suele comportar distancia intelectual, pues tales libros de preguntas y ejercicios suelen considerarse mero complemento de la parte teórica<sup>34</sup> o destinarse a clases prácticas<sup>35</sup> sino que, en consecuencia, a veces no hay coincidencia entre los autores del «texto» de la asignatura y los del texto de preguntas y ejercicios, que se encargan a profesores ayudantes. Huelga extenderse en todo lo que ello implica a nuestro respecto<sup>36</sup>.

En definitiva, y resumiendo, parece que disponemos ya del mapa completo de los cambios que pueden apreciarse en nuestra comunidad iusfilosófica en relación a la metodología docente. Cambios, ciertamente, de una riqueza y variedad mayor de lo que suponíamos, pues, a la vista de lo anterior no cabe hablar sin más de libros de autoría individual y libros de autoría colectiva, con las, en principio, tendencias

---

<sup>34</sup> Vid. AÑON ROIG, M. J., y otros: *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, cit., p. 9: «Los materiales y ejercicios que a continuación presentamos han sido elaborados como complemento didáctico del programa de Teoría del Derecho.»

<sup>35</sup> Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Introducción» a *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., p. 13. «... los materiales que se presentan aquí constituyen una colección representativa de los elementos de trabajo utilizados en las clases prácticas de la asignatura de Teoría del Derecho por los miembros del Área de Filosofía del Derecho, Moral y Política, de la Universidad Carlos III de Madrid, desde el curso 1989-90.»

<sup>36</sup> «En este punto, cabe señalar que, en relación con el docente, las clases prácticas requieren un importante esfuerzo y preparación. Parece que en nuestras Facultades ha sido tradicional criterio según el cual se dejaban estas clases en manos de ayudantes y profesores noveles, de acuerdo con planteamientos que las consideraban simples o sencillas. Sin embargo, puede ser conveniente no ignorar que, precisamente en las clases prácticas, en las que se pretende una distinta actitud por parte del alumno, y en las que los esquemas pedagógicos deben ser más flexibles que en las clases teóricas, el profesor puede encontrarse sometido a muchas más preguntas, cuestiones o dudas. Necesariamente, debe estar en condiciones de afrontarlas y de conducir eficaz y provechosamente el desarrollo de las clases. Evidentemente, la capacidad para ser un buen profesor de clases prácticas presupone el ágil dominio de un programa.» ANSUÁTEGUI ROIG, J.: Introducción a *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., pp. 11 y 12.

respectivas a una concepción solipsista y otra no solipsista a partir del diferente grado de construcción del texto, sino que resulta obligado examinar las diferentes variedades que se producen en uno y otro caso.

Y así, en lo que toca a los libros de autoría individual habría de distinguirse entre libros con o sin preguntas, y, en relación a aquéllos, a los que incorporan preguntas, los que las sitúan al final de cada capítulo y los que lo hacen al final de toda la obra, con las consiguientes repercusiones en cuanto a la gradación en la tendencia a una concepción no solipsista de la asignatura. Por fin, también habría que subdividir los que incorporan preguntas al final de cada capítulo, según el grado de construcción del texto: mayor o menor número de capítulos, ausencia o presencia de epígrafes... y el consiguiente grado de demanda de participación de los estudiantes.

Los libros colectivos, por su parte, habrían de subdividirse en principio según el grado mayor o menor de aceptación implícita o explícita de una concepción no solipsista y luego en con o sin preguntas y ejercicios correspondientes. División ésta última que, como acaba de verse, lleva a considerar los libros colectivos que se acompañan, en otro texto, de preguntas y ejercicios en un grado de aceptación de la concepción no solipsista inferior al de los libros colectivos que no incorporan, en modo alguno, preguntas y ejercicios.

Pero a todo esto, y una vez más, nuestro análisis resulta deficiente pues, hasta aquí, hemos omitido un aspecto que, a la vista de las divisiones y subdivisiones que acaban de reseñarse, quizás no sea baladí. Y, ciertamente, no hemos prestado atención alguna al hecho de que los libros con preguntas y ejercicios destinados a los alumnos presentan asimismo diferencias notables y, en concreto, una que puede afectar a las conclusiones que acabamos de derivar.

En efecto, hay textos, de autoría tanto individual como colectiva, que incluyen no sólo preguntas sino también las respuestas correspondientes<sup>37</sup>, lo que, obviamente, parece presuponer un alto grado de construcción del texto de referencia dado que cabe una solución unívoca, «correcta», de las cuestiones planteadas con la consiguiente asunción de una concepción solipsista de la docencia iusfilosófica.

Por contra, otros textos, tanto de autoría individual<sup>38</sup> como colectiva<sup>39</sup>, incluyen preguntas y ejercicios sin que se dé la solución, lo que

<sup>37</sup> Así el texto de ATIENZA, M. y otros: *244 Preguntas de introducción al Derecho*. cit., se divide en una parte de preguntas (pp. 9-75) y otra de respuestas (pp. 79-108). También el libro de TORRES RUIZ, J. R.: *Tests de Historia de la Filosofía Jurídica y Política. I, Antigüedad greco-romana*, cit., incluye las soluciones de los tests.

<sup>38</sup> Ni ATIENZA, M.: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, cit., ni CALVO, M.: *Teoría del Derecho*, cit., ni NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, cit., ni ROBLES, G.: *Teoría del Derecho*, cit., facilitan las soluciones a las cuestiones planteadas.

<sup>39</sup> Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., y otros: *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., y AÑÓN ROIG, M. J. y otros: *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, cit.

parece abundar en una concepción no solipsista, más o menos acentuada, de la docencia iusfilosófica. Más aún, en ocasiones, se reconoce abiertamente que no se conocen algunas respuestas<sup>40</sup>, e incluso, en el extremo, se admite llanamente que «la mayor parte de los problemas que se plantean no pueden recibir una respuesta definitiva y unívoca»...<sup>41</sup>. Huelga señalar las implicaciones que a nuestro respecto se derivan.

Con todo lo cual, en efecto, parece que debemos admitir que nuestro mapa no era todo lo completo que debiera y que la subdivisión entre libros colectivos e individuales con preguntas según la diferente ubicación e importancia correlativa que antes realizamos debe entrecruzarse con la subdivisión que acabamos de realizar entre libros que incorporan respuestas «correctas» o unívocas y libros que dejan las cuestiones «abiertas», pasando, por fin, a derivar las conclusiones pertinentes.

### 3. CUESTIONES Y TEXTOS

Pero ello sería precipitado pues, abundando, esperemos que por última vez, en nuestra ligereza, resulta que el mapa que venimos trazando resulta incompleto al omitir un tipo de textos que parecen llevar al extremo las tendencias hacia una concepción no solipsista de la docencia iusfilosófica aquí esbozadas. Más aún, quizás no sólo incompleto sino también inexacto pues los textos hasta aquí omitidos parecen romper con las coordenadas mismas, con los presupuestos que subyacen a lo hasta aquí expuesto.

Y, en efecto se trata de, por decirlo de algún modo, «textos»<sup>42</sup> en los que las preguntas y los ejercicios no son posteriores al, por así llamarlo, «texto» de la asignatura, como en todos los manuales hasta aquí aludidos, sino previos y en los que propiamente no hay un texto más o menos construido sino una suerte de selección de textos de diferentes autores que vienen, al parecer, a proporcionar, en su caso, una posible ilustración para una posible respuesta a la pregunta en cues-

---

<sup>40</sup> Así, NINO, C. S.: *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. XIV: «... para tranquilidad de los estudiantes, tengo que confesar que no sé cómo contestar algunas de esas preguntas», o ROBLES, G.: *Teoría del Derecho*, cit., p. 15: «A la tarea de estudio también te ayudarán los ejercicios que siguen a cada capítulo; algunos de ellos son francamente difíciles.»

<sup>41</sup> AÑÓN ROIG, M. J., y otros: *Materiales y ejercicios de Teoría del Derecho*, cit., p. 10.

<sup>42</sup> Vid. GONZÁLEZ SOLER, D., y otros: *Cuestiones y Textos de Filosofía y Teoría del Derecho*, Reus, Madrid, 1993; *Cuestiones y Textos de Historia de la Filosofía del Derecho, Moral y Política*, Reus, Madrid, 1995, y *Cuestiones y Textos de Historia de la Filosofía del Derecho, Moral y Política. Del Renacimiento a Kant*, Dykinson, Madrid, 1997.

ción. Todo lo cual hace sumamente difícil incluir este tipo de obras en alguna de las categorías que hemos venido dibujando.

Ciertamente, en la medida en que tales obras vienen firmadas por varios autores parece que su lugar natural sería el de los textos de autoría colectiva, a base de diversas aportaciones individuales, pero ello es más que dudoso, pues, como acaba de indicarse, no hay propiamente aportación individual de un texto, más o menos construido, al conjunto sino, más bien, una selección conjunta de textos de diversos autores.

Tratando de forzar las cosas, podría argüirse que tales textos sí habrían de incluirse en los de autoría colectiva, por cuanto que, además de esa autoría conjunta de la selección de los textos, hay una autoría colectivamente asumida de las preguntas y ejercicios, con lo que habría una doble asunción de la concepción no solipsista de la labor iusfilosófica. No parece preciso insistir en lo forzado de semejante argumentación que, por lo demás, alguna virtualidad debía tener, parece llevar a concluir que el lugar natural de tales «textos» sería el de las obras de preguntas y ejercicios destinados a los estudiantes.

Sin embargo, también esa adscripción resulta más que dudosa toda vez que no parece haber ningún texto de referencia, con un mínimo grado de construcción, al que se remitan, a diferencia de lo que, como vimos, solía ocurrir en tal tipo de textos.

Podría aducirse, con todo, que ése sí que sería el lugar más apropiado para este tipo de textos pues ya hacemos alusión, más o menos implícita, a obras de preguntas y ejercicios sin texto explícito de referencia<sup>43</sup>, pero ello, al margen de servir de prueba, una vez más, de nuestra ligereza, no es pertinente, dado que en este caso, las preguntas y ejercicios son anteriores a los textos, a diferencia de lo que ocurre en las demás obras que incorporan, de un modo u otro, tales preguntas y ejercicios.

En realidad, tal tipo de obras parece que habrían de incluirse en una nueva categoría que aunase características tanto de las obras de autoría colectiva, a base de diversos textos individuales, como de las colectivas de preguntas y ejercicios.

Y, en efecto, en relación a éstas últimas, parece que las obras que ahora estamos tratando de clasificar van más allá, por cuanto que no asumen el rebajamiento implícito o explícito que, como vimos, suelen padecer ese tipo de obras, al relegarse bien a mero complemento didáctico de la explicación teórica, bien al ser redactados por profesores de inferior categoría, sino que, muy por el contrario, se reivindicaban, de algún modo, como «texto», ciertamente a construir, de la asignatura.

---

<sup>43</sup> Vid., por ejemplo, ANSUÁTEGUI, F. J., y otros: *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit.

En cuanto a las obras colectivas a base de diversas aportaciones individuales, parece claro que las que ahora nos ocupan también van más allá precisamente en la asunción de la tendencia no solipsista de la docencia iusfilosófica. Una asunción, con la consiguiente demanda de participación del alumno, que parecen extremar hasta el límite.

Y, en efecto, no parece preciso, aquí y ahora, rastrear en la mayeútica socrática o indagar en la hermenéutica contemporánea para poner de relieve todas las implicaciones de utilizar, como punto de partida, «preguntas» en vez de un texto con un mínimo grado de construcción<sup>44</sup>. Tampoco parece preciso insistir en lo que ello supone de cara a los alumnos, pues semejante proceder parece comportar una demanda directa a su participación, a, si se quiere, una primera aportación, por su parte, de material para la construcción colectiva del «texto» de la asignatura.

Un modo de construcción que, por lo demás, reivindica claramente el modo filosófico dialógico al que más arriba nos referimos; un diálogo en el que entran también los textos escogidos y que parece implicar aquel tratar a los otros, alumnos incluidos, como filósofos, a que también más arriba hicimos alusión.

Un modo de construcción, en fin, que parece reivindicarse asimismo como tal, como mero modo, como construcción perpetua... pues uno de sus objetivos parece ser, precisamente, el de propiciar nuevas preguntas<sup>45</sup>, asumiendo, así, que preguntar es más difícil que contestar<sup>46</sup> y, con ello, una determinada concepción, no ya sólo de la iusfilosofía, sino de la filosofía en general<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Vid., por todos, GADAMER, H. G.: *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1996, vol. I, pp. 439 y ss. Trad. de A. A. de Aparicio y R. de Agapito.

<sup>45</sup> GONZÁLEZ SOLER, M. D., y otros: *Cuestiones y textos de Filosofía y Teoría del Derecho*. cit. p. 13. Vid. también SAVATER, F.: *El valor de educar*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1997, pp. 163 y 164: «Y en especial se ha de potenciar en quienes aprenden la capacidad de preguntar y preguntarse, esa inquietud sin la cual nunca se sabe realmente nada aunque se repita todo. Una de las constataciones más alarmantes de la enseñanza actual es que los maestros de párvulos se ven agobiados por lo mucho que preguntan los niños, mientras que los de universidad nos quejamos porque jamás preguntan nada. ¿Qué ha ocurrido en esos años que separan la escuela de las facultades para que se les pasen las gozosas ganas de inquirir...?»

<sup>46</sup> «Uno de los más importantes descubrimientos que aporta la presentación de Sócrates por Platón es que, contrariamente a la opinión dominante, preguntar es más difícil que contestar.» GADAMER, H.G.: *Verdad y método*, cit., vol. I, pp. 439 y 440. Trad. de A. A. de Aparicio y R. de Agapito.

<sup>47</sup> MUGUERZA, J.: *Desde la perplejidad*, FCE, México-Madrid, 1990, p. 46: «... la filosofía apenas es más que un conjunto de cuestiones incesantemente planteadas y vueltas a replantear, de problemas siempre abiertos, de perplejidades que nos asaltan una y otra vez: el suplicio de Tántalo, el castigo de Sísifo o la condena de las Danaides son, en verdad, los mitos emblemáticos del oficio.»

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Pero, a todo esto, parece claro que nuestro mapa de las modificaciones observables en nuestra comunidad iusfilosófica en relación a la metodología docente no resultaba del todo exacto y que, además de las diversas variedades que al respecto hemos encontrado: textos de autoría individual o colectiva, con preguntas o sin preguntas y ejercicios, incorporadas al final del capítulo, del texto, o en otro texto, con o sin solución..., deberíamos haber indagado con mayor detenimiento los presupuestos implícitos en cada una de ellas. Puede, sin embargo, que para ello no baste con un observador, más o menos externo, de esa comunidad.



# La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Extranjería

Por ÁNGELES GALIANA SAURA  
Universitat Rovira i Virgili

## I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El objeto del presente artículo se centra en una disciplina aún escasamente estudiada en nuestro país: la técnica legislativa. Así es posible afirmar que el interés por la técnica legislativa resulta novedoso, pues es desde hace aproximadamente unas tres décadas cuando se está produciendo una perceptible y creciente atención hacia la mejora de la calidad de la producción normativa. En concreto, a mediados de los años ochenta comienzan a proliferar en España los estudios que se ocupan de distintos aspectos que pretenden lograr la mejora efectiva de las leyes<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La preocupación progresiva por mejorar la calidad de los productos normativos se puede constatar a través de las «Normas sobre régimen de asesoramiento a las Comisiones del Congreso de los Diputados y del Senado», aprobadas por las Mesas del Congreso y del Senado en su sesión conjunta del día 26 de junio de 1989, en cuya norma cuarta, apartado *a*), se señala como tarea a desarrollar por los Letrados de las Cortes: la de redactar, con ocasión de cada proposición o proyecto de ley encomendados a su asesoramiento, y antes de la iniciación de la fase de ponencia, un informe con el siguiente contenido: incidencia de la nueva iniciativa legislativa en la normativa vigente en la materia; análisis técnico-legislativo del proyecto o proposición, argumentando sobre la corrección de su estructura y la ordenación lógica de sus preceptos, sobre el rigor de los aspectos ortográficos, léxico y estilo, sobre la corrección de

De esta preocupación son fruto en particular diversos trabajos publicados<sup>2</sup>.

Por tratarse de una disciplina de nuevo orden, la delimitación de su contenido no está totalmente definida y la doctrina no es uniforme respecto a su denominación. Una aproximación a lo que algunos autores denominan «Técnica Legislativa» y otros «Técnica Normativa» servirá para situar el problema.

Un concepto restringido será el utilizado por el colectivo GRETEL, que considera que la *técnica legislativa* trata de la composición y redacción (*drafting*) de las leyes y disposiciones jurídicas<sup>3</sup>, en alusión estricta a cuestiones de lenguaje y de homologación formal relativas al procedimiento de elaboración de la ley. Frente a esta definición, otros autores prefieren hablar de *Técnica Normativa* como una disciplina que no se limita únicamente a tratar los aspectos formales o procedimentales de creación normativa, sino que amplía su campo de actuación respecto al análisis de la inserción de una norma en un ordenamiento<sup>4</sup>, esto es, la integración en el ordenamiento a partir de las

---

las concordancias y remisiones...; análisis jurídico del contenido del proyecto o proposición, confrontando el texto con el conjunto del ordenamiento y, en particular, con los principios constitucionales y con la doctrina del Tribunal Constitucional. Cfr. LÓPEZ-MUÑIZ DE MENDIZÁBAL, B., y DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., «Técnica legislativa y sistemas expertos», en *Revista de las Cortes Generales* núm. 27, 1992, p. 183.

<sup>2</sup> En este sentido, P. Salvador Coderch, miembro y uno de los principales representantes de GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), afirma que en España no hay tradición de Técnica Legislativa; lo que sí hay es una tradición muy antigua de prácticas, usos y de «técnicas» de legislar y de redactar documentos normativos cuya recopilación sistemática, comparación y evaluación son las primeras tareas que se habrá de plantear la disciplina naciente de la Técnica Legislativa. Cfr. SALVADOR CODERCH, P., «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», en VV. AA., GRETEL, «Curso de Técnica Legislativa», *Cuadernos y Debates*, núm. 14, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 14.

Más en concreto, véase: VV. AA., GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986; VV. AA., GRETEL, «Curso de Técnica Legislativa», cit.; VV. AA., *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1989; VV. AA., *Técnica Normativa de las Comunidades Autónomas*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1990; VV. AA., *Técnica Normativa. El procediment intern d'elaboració de les normes*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1991; VV. AA., *La técnica legislativa a debate*, Tecnos, Madrid, 1994.

<sup>3</sup> P. Salvador Coderch apunta que, por tradición y extensión, la técnica legislativa se aplica también a la elaboración de documentos jurídicos que no son normas y disposiciones, como, por ejemplo, sentencias o contratos. Cfr. SALVADOR CODERCH, P., «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», en VV. AA., GRETEL, «Curso de Técnica Legislativa», cit., p. 11.

<sup>4</sup> En este sentido F. Sainz Moreno afirmará que «El problema no se encuentra sólo en defectos imputables a cada norma aislada, sino también al ordenamiento en su conjunto. Por eso, la técnica normativa ha de establecer reglas que sirvan tanto para mejorar la calidad de las normas en sí mismo consideradas como, sobre todo, la adecuada integración de esas normas en el ordenamiento. Consideradas aisladamente, las normas han de reunir unos requisitos mínimos de claridad expresiva, de estructura formal y de lógica interna; consideradas en relación con el contexto, las normas han de ajustarse a las circunstancias de la realidad sobre la cual actúan y han de integrarse en un ordenamiento preexistente». Vide SAINZ MORENO, F., «La técnica norma-

complejas conexiones competenciales de un Estado con varios centros de poder legislativo.

Por tanto, el concepto de técnica legislativa no es doctrinalmente pacífico, sino más bien un concepto abierto sobre el que caben diversas interpretaciones<sup>5</sup>. En todo caso, sea cual fuere la amplitud que cada uno otorgue a esa expresión, lo que sí parece claro es que con ella pretende lograr una misma finalidad: la mejor calidad técnica del Derecho. Sus objetivos deben ser la claridad, la seguridad y la eficacia del ordenamiento jurídico.

Esta disciplina parte, pues, de una voluntad política de regular un determinado aspecto de la realidad que se formula estructural y lingüísticamente en términos normativos, y finaliza con la promulgación de la norma, ya que su objeto de estudio es el procedimiento de elaboración normativa. Su principal preocupación consiste en definir los defectos que pueden viciar la elaboración de la norma desde su gestación en la idea o voluntad de regularizar un aspecto determinado de la vida social, hasta su promulgación y su entrada en vigor, y cómo estos vicios pueden ser solucionados (o, mejor, evitados).

---

tiva: *el seu significat dins el context autonòmic*», en VV. AA., *Tècnica Normativa: el procediment intern d'elaboració de les normes*, cit., p. 21.

También, y al respecto, se ha pronunciado J. TUDELA ARANDA en «La legitimación competencial de las leyes», en VV. AA., *La Técnica Legislativa a debate*, cit., pp. 94 y ss., afirmando que si bien en un primer momento el interés por la técnica normativa se centró en la adecuada elaboración de los textos normativos, poco a poco se fue ampliando su ámbito de actuación respecto a aspectos más complejos, como la integración de la norma en el ordenamiento, especialmente en lo referido a las dificultades derivadas de la coexistencia de diversos órdenes jurídicos. Para este autor, «el legislador debe buscar una corrección en la elaboración de las normas que trascienda su propio contenido para permitir su correcta asimilación por el ordenamiento. De ahí que se prefiera la expresión técnica normativa».

Por su parte, P. DÍEZ LAGO en «Algunas consideraciones sobre técnica legislativa en sede parlamentaria», en VV. AA., *La técnica legislativa a debate*, cit., p. 224, entiende la calidad de la ley en una doble faceta: interna (lenguaje legal claro y preciso y estructura formal coherente) y externa (armoniosa integración en el ordenamiento jurídico y aplicación efectiva en la sociedad).

<sup>5</sup> La técnica legislativa puede abarcar desde una estricta reducción al procedimiento externo de legislación (fundamentalmente centrada en aspectos de lenguaje y estructuración en sus fases administrativa y parlamentaria), hasta una visión más amplia, en la que llegue a incluirse el procedimiento interno de legislación (de formación y desarrollo de la voluntad legislativa). Para otros incluye también aspectos de lógica interna de las normas y el análisis previo de su posible operatividad práctica, su viabilidad, sus costes y sus repercusiones. Ejemplo es L. Martín Rebollo, quien afirma que «cuestiones formales, de lógica, de sistemática, de lenguaje, de oportunidad, de integración ordinamental y de interpretación normativa se arropan bajo el genérico título de técnica legislativa». Vide MARTÍN REBOLLO, L., «La técnica legislativa: reflexiones discretas sobre el método y el procedimiento», en VV. AA., *La técnica legislativa a debate*, cit., p. 74.

## II. EL OBJETIVO DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA: UNA «BUENA» LEY

Los estudios de técnica legislativa, como rama especializada de un saber más amplio y general –la Ciencia de la Legislación–<sup>6</sup>, son una consecuencia directa de la crisis del Estado del bienestar en una de sus facetas: la crisis de la legislación. El punto de partida lo constituye una conciencia generalizada sobre la existencia de una degradación de los niveles de calidad de la producción normativa como consecuencia de la masificación y aceleración de la tarea legislativa, que dan lugar a problemas de inconsistencias, redundancias, defectuosa redacción de las normas que las hacen incomprensibles o inviables, etc. Esta decadencia se acentúa aún más a partir del desarrollo del Estado del bienestar, en el sentido que el Estado pasa de espectador a protagonista de la vida económica, de manera que la regulación jurídica penetra en diversos aspectos de la actividad económica, cultural, profesional, etc., y supone la extensión de la normatividad a esferas antes exentas, de manera que la ley contemporánea incorpora cada vez más medidas tendentes a regular las relaciones socioeconómicas de sus destinatarios, con lo que se va convirtiendo en una ley más compleja y particular, abandonando poco a poco las notas de generalidad y abstracción que la caracterizaban<sup>7</sup>. La progresiva expansión de las tareas estatales ha producido la juridificación de muchas situaciones o materias que con anterioridad quedaban fuera del campo de dominio del Derecho. Esto hace que las leyes sean enunciados jurídicos con cualquier contenido, que si bien es su característica básica –la reserva material–, también constituye un potencial y hasta peligroso instrumento político de control cuando una ley se crea con la finalidad de modificar situaciones específicas y delimitadoras en el tiempo<sup>8</sup>.

El Derecho cada vez se usa más como un instrumento para la consecución de objetivos políticos, y esta afirmación resultará confirmada con el objeto de análisis de las siguientes páginas: la Ley Orgá-

---

<sup>6</sup> Esto es, «Ciencia de la legislación que tiene por objeto el estudio de la legislación en su aspecto evaluativo, institucional y procedimental, es decir, el proceso general de producción de leyes y normas». Así la caracteriza PAGANO en «Ripensare la tecnica legislativa anche in funzione della informatica giuridice», IV Congreso Internacional sobre Informática y Reglamentaciones Jurídicas, Roma, 1988, citado por LÓPEZ MUÑIZ DE MENDIZÁBAL, B., y DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., *Técnica legislativa y sistemas expertos*, op. cit., p. 179.

<sup>7</sup> Sobre la decadencia de la ley, véase PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

<sup>8</sup> Cfr. RUIZ SANZ, M., «De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1997), p. 646.

nica 4/2000, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

La trascendencia que puede tener esta Ley para todos los ciudadanos, y no solamente para los extranjeros, pues a todos afecta de alguna u otra manera, y su reciente y complicado proceso consensuado de elaboración, puede ser un buen ejemplo para mostrar algunos de los criterios que, brevemente, se expondrán sobre técnica legislativa. Además, la Ley de Extranjería se ha convertido en una de las más importantes leyes de la anterior legislatura, porque pretende afrontar el complejo problema de la necesaria integración de la inmigración en nuestro país, mucho más conflictivo que a primera vista podría parecer en el momento de su redacción<sup>9</sup>, pues conlleva, tal y como señala J. De Lucas, problemas como los del estatuto de las minorías étnicas, religiosas y nacionales y las tensiones entre las exigencias de integra-

---

<sup>9</sup> Aunque, tal y como afirma D. López Garrido en su intervención en los debates parlamentarios por el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso de los Diputados, nuestro país es uno de los que más bajos índices de extranjeros tiene en su territorio, «entre un 1,7 y un 1,8 por 100, frente a una media comunitaria del 6 por 100. No hay, por tanto, un problema de inmigración si se tiene voluntad política para ello, pero es evidente que la vigente ley de extranjería no sirve, está obsoleta y es una ley de desintegración, hecha con criterios de orden público y no con criterios de acogida y de salvaguarda de derechos básicos para el conjunto de ciudadanos que viven en este país». Vide «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados». Pleno y Diputación Permanente, núm. 277, de 1999, sesión plenaria núm. 267 celebrada el 25 de noviembre de 1999, p. 14948.

Pero el problema en nuestro país no es tanto de cantidad como de la procedencia de esta inmigración, básicamente extracomunitaria y de un nivel económico precario, pues buscan en la emigración una vía de escape a la pobreza y a la miseria. Esta situación es la que da lugar a los problemas de intolerancia manifestados en actitudes racistas y xenofobas. Lo que se ha de evitar es, como señala J. de Lucas, considerar la presencia de extranjeros como una patología u otro tipo de alarma social tales como la criminalidad o la droga. Así se asocian los rasgos de diferencia «incompatible» (la más visible es la étnica), más competencia y amenaza (para el mercado de trabajo, para la pirámide de población, para la «propia identidad»), más desorden (los extracomunitarios como «ejército de reserva de la delincuencia», como causa de la «inseguridad ciudadana», vinculados a las formas de delincuencia que merecen más rechazo social: narcotráfico, terrorismo y delitos contra la libertad sexual y la propiedad). Todo ello se traduce en la criminalización de los extracomunitarios, en su presentación como un problema de «orden público» frente al cual debe primar la respuesta policial sobre la jurisdiccional, sobre la garantía de los derechos. Cfr. DE LUCAS, J., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Antrazyt, Barcelona, 1996, pp. 107-108

Sobre los problemas de la lucha contra el racismo, véanse los trabajos de J. DE LUCAS, y concretamente: *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1992; *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994; *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, cit., pp. 113 y ss.; «Qué significa ser hoy antirracista» y «Nuevo racismo», en VV. AA., *Sociedad democrática, sociedad multicultural. Dossier sobre Inmigración y Racismo*, Harresiak Apurtuz, Hegoa (Instituto de Estudios para el desarrollo y la economía internacional), Gasteiz, 1997, y «El buen antirracista», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 72, 1997, pp. 37-43.

ción y el respeto por la diversidad y la propia identidad. Éste es uno de los factores que propician el renacer de un fantasma que recobra impulso en el continente: el racismo<sup>10</sup>. A todo ello cabe añadir que la presencia de una fuerte inmigración extracomunitaria y el resurgimiento de los fenómenos de xenofobia y racismo ponen en cuestión el estatuto de ciudadanía: la polémica acerca de la integración/automarginación saca a la luz las contradicciones que sacuden el supuesto básico de la ciudadanía, la convivencia entre sujetos no estrictamente homologables, la asimetría que tensiona al máximo la capacidad de conjugar igualdad y diferencia<sup>11</sup>.

Se partirá de la idea de que, como todas las normas, también ésta puede ser siempre perfeccionada. En este comentario de técnica legislativa se pretende, por una parte, reconocer algunas de las cualidades técnicas de la Ley, pero, sobre todo, aportar sugerencias que la habrían podido mejorar, aun sin ánimo de exhaustividad.

## II.1 La necesidad de una nueva ley

Con carácter previo a la decisión legislativa se ha de determinar si es o no necesario redactar una nueva ley, básicamente por la imperatividad de lograr determinados fines u objetivos que no se pueden alcanzar con el Derecho vigente<sup>12</sup>.

Aquí, y entrando ya en el análisis de la Ley Orgánica 4/2000, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, se ha de apuntar que lo cierto es que la legislación de extranjería que estaba vigente en nuestro país desde 1985 era una legislación que favorecía la ilegalidad de los inmigrantes. Era necesaria una

<sup>10</sup> Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, cit., p. 13.

Ligados a la inmigración se encuentran los fenómenos racistas y xenófobos que, tal y como afirma J. de Lucas, encuentran «su caldo de cultivo en momentos de crisis económica, social y política: no sólo es un problema derivado de situaciones de paro y miseria, de las dificultades que conllevan las situaciones de grave depresión de caos económico y social; también tiene sus raíces en la pérdida de los signos de la propia identidad colectiva, sobre todo en los casos –es el problema en no pocos países del Este– en los que el monopolio de la legitimidad por parte del partido único ha supuesto la desaparición de toda referencia legitimadora al caer los regímenes en cuestión». Vide DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993, pp. 88-89.

<sup>11</sup> Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, cit., p. 69.

Sobre los conceptos de «ciudadanía» y «derechos de los ciudadanos», véase también MARSHALL, T. H., y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linares, Alianza Editorial, Madrid, 1998, y FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 97-123.

<sup>12</sup> Cfr. MONTORO CHINER, M. J., «La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes», en *Revista Española de Administración Pública* núm. 48, 1985, p. 514.

nueva normativa en esta materia para facilitar la regularización de la situación de la población de inmigrantes que en España, sin alcanzar las tasas de otros países europeos, está experimentando un crecimiento importante, así como y sobre todo su integración en la sociedad española<sup>13</sup>.

La Ley Orgánica 7/1985, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, fracasó en buena parte de sus objetivos; además, la situación de la inmigración en el Estado español es, hoy en día, sustancialmente diferente de la que se producía a principios de la década de los ochenta. Aquella Ley, que en su título pretendía garantizar los derechos y libertades de los extranjeros en España, no los garantizaba<sup>14</sup>. Tal y como bien afirma E. Vidal, la Ley contradecía la finalidad manifestada en su exposición de motivos, que, paradójicamente, era la de reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, en continuidad con la línea del derecho histórico que por razones de demografía y economía partía de la equiparación. Sin embargo, la condición que imponía de residir legalmente en España para ser acreedor al disfrute de los derechos y libertades, junto con las restricciones que imponía a determinados derechos, como los de sufragio, libertad de circulación interna, de reunión, de asociación, educación y libertad de afiliación sindical y de huelga, y la más que dudosa técnica jurídica, que permitía no ya la discrecionalidad, sino la manifiesta arbitrariedad de la Administración, justifican las críticas y denuncias del carácter xenófobo y racista de la Ley<sup>15</sup>. Es por ello que se venía reivindicando la puesta en marcha de reformas legales que fueran capaces de lograr la plena integración social de los inmi-

<sup>13</sup> Quizá sería conveniente matizar el comentario anterior. Si se cuestiona únicamente si era o no necesaria una nueva Ley de extranjería, creo que se podría estar de acuerdo de forma casi unánime en responder afirmativamente; ahora bien, otro elemento de juicio diferente será el de si la regulación de la nueva Ley es o no la más apropiada, lo cual nos llevaría a otro punto de análisis que no pretende ser el objeto de estas páginas, centrándose únicamente en aspectos de técnica legislativa, y por tanto examinando básicamente los aspectos formales (y no tanto de contenido o de fondo) de la Ley.

<sup>14</sup> Era una Ley que mantenía importantes dosis de discriminación y que no era eficaz como instrumento de control del flujo migratorio. Las diversas bolsas de irregulares que se han creado a lo largo de estos años son indicativas de que la Ley de 1985 y las políticas que la acompañaron no fueron eficaces. Esa situación ponía en dificultad dos principios fundamentales en materia de política de inmigración: la integración y la convivencia social.

De esta regulación llamaba la atención el hecho que se afirmara que partía de un punto de vista «realista», entendiéndose por tal, tal y como señalan J. DE LUCAS, M. J. AÑÓN y E. VIDAL, la primacía de la consideración del orden público y la ideología de la seguridad, un modelo de tratamiento «gubernativo» antes que «judicial». Cfr. «Notas sobre una legislación amenazante», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, pp. 269 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. VIDAL GIL, E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, Valencia, 1999, p. 405.

grantes. Se reclamaba la necesidad de desarrollar un generoso proceso de regularización que tendiera a sacar de la ilegalidad a un amplio colectivo de personas sumidas en la clandestinidad y marginación <sup>16</sup>.

En la actualidad no es suficiente con una ley que controle los flujos migratorios, sino que es imprescindible la adopción de medidas que aseguren también la integración de los extranjeros que se trasladan al territorio español, la gran mayoría con vocación de permanencia. La realidad actual pone de manifiesto la necesidad de dar reconocimiento a una serie de derechos a los extranjeros que los equipare a los españoles, otorgándoles, de este modo, una igualdad de oportunidades que permita su efectiva y real integración y asegure, asimismo, una convivencia basada en los valores de la igualdad, la tolerancia, la justicia y la libertad <sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Aunque en realidad no ha sido así, pues la regularización que acompañará a la actual Ley de extranjería dejará fuera de la misma a aquellos inmigrantes que llegaron después del 1 de junio de 1999. Sobre esta cuestión, véase la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la Resolución de 16 de marzo de 2000, de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior y de la Dirección General de las Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regularización de extranjeros, previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y aprobado mediante Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero.

La Ley sólo legitima la estancia en el caso de que se consiga un contrato de trabajo para el empleo; de esta manera se concibe la inmigración como «mano de obra necesaria». Al identificar residencia legal y contrato de trabajo, la Ley deja sin resolver el problema de la inseguridad y la exclusión de las personas inmigrantes que trabajan en sectores poco regularizados. Con este sistema de permisos, buena parte de la gente que ahora va a regularizarse volverá a caer en la irregularidad al no poder presentar un contrato de trabajo estable.

<sup>17</sup> Tal y como se indica en la exposición de motivos de la proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Congreso de los Diputados, núm. 179-1, 122/000158, el 18 de marzo de 1998, «La correcta integración de los inmigrantes es primordial para evitar situaciones de marginación o desigualdad que puedan comportar la segmentación de la sociedad o la conversión de sus miembros en ciudadanos de segunda categoría, situación no buscada por el legislador ni deseada por nadie».

En el mismo sentido se orientaba la proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 7/1985, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida al Congreso de los Diputados, núm. 175-1, 122/000154, de 18 de marzo de 1998, donde, en su exposición de motivos, se afirmaba que «resulta evidente que las manifestaciones de racismo y xenofobia, que hicieron su aparición en nuestro país en estos últimos años, exigen una adecuada regulación, en todos los ámbitos, de las relaciones jurídicas de las personas de distinto origen sobre las bases del máximo respeto a los derechos fundamentales y a la diversidad cultural, teniendo siempre presente el principio de no discriminación». Asimismo, se consideraba que era necesario adecuar la anterior Ley de extranjería a la realidad «con el objetivo de favorecer la integración social y la convivencia intercultural de los inmigrantes extranjeros. Los inmigrantes pretenden trasladarse de forma permanente, por lo tanto, es necesario favorecer su plena integración. Y para conseguir dichos objetivos, se hace imprescindible establecer medidas que garanticen la efectiva igualdad de derechos». Los objetivos de la futura Ley Orgánica sobre extranjería, según esta proposición, deberían



El objetivo de la Ley actualmente vigente es el de conseguir la plena integración de aquellos extranjeros que tienen su residencia en España, y para ello se reconocen expresamente un conjunto de derechos que propician la estabilidad de su permanencia en el mismo<sup>18</sup>. Su finalidad es, en gran parte, la de lograr la integración social de los inmigrantes: así se reconocen una serie de derechos políticos y sociales, se establece una situación de flexibilidad y de seguridad jurídica. La reforma era necesaria para hacer posible la efectividad, y no sólo el reconocimiento, de los derechos de los extranjeros; y en este sentido es destacable la sustitución del concepto de «ilegal» por el de «irregular», dado el sentido peyorativo que alcanza el primer término; la flexibilización de las causas que pueden dar lugar a la prórroga del permiso de residencia, etc.<sup>19</sup>. Así, también, y en este sentido de integración social, se regula por primera vez en la ley el derecho del extranjero a una reagrupación familiar, de manera más amplia y favorable.

En definitiva, era necesaria una nueva ley que introdujera una serie de avances respecto a la anterior legislación, avances de entre los que cabe destacar los siguientes: a) el reconocimiento de bastantes dere-

---

consistir en «conseguir de forma efectiva el pleno ejercicio de los derechos y deberes de los extranjeros que entran en el Estado español, y, sobre todo, conseguir la máxima integración para aquellos que lleven un determinado número de años viviendo y trabajando».

También en la misma línea se inspira la proposición de Ley Orgánica de reforma, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto al Congreso de los Diputados, núm. 189-1, 122/000167, el 2 de abril de 1998, que, en su exposición de motivos pone de relieve que en los años de vigencia de la Ley de 1985 se «ha demostrado, sobre todo, cómo ha favorecido la marginación de los inmigrantes que viven en el Estado español, que dificulta su proceso de integración social, disminuye sus derechos sociales», y que se hace necesario «afrontar la situación actual de acoger e integrar dentro del conjunto de la sociedad las personas procedentes de otros lugares y culturas con el fin de construir una sociedad que respete la diversidad y a la vez se enriquezca de la convivencia entre personas de diferentes culturas. Por todo ello se hace necesaria una adecuada regulación, en todos los ámbitos, de las relaciones jurídicas de las personas de distinto origen sobre las bases del máximo respeto a los derechos fundamentales y a la diversidad cultural, teniendo siempre presente el principio de no discriminación».

<sup>18</sup> De la nueva normativa cabe señalar, en primer lugar, el reconocimiento expreso de unos derechos que corresponden a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, en tanto que derechos inherentes a la propia condición de persona. Entre ellos, se amplía el derecho a la asistencia jurídica gratuita de cualquier extranjero independientemente de su situación de ilegalidad/legalidad, a los procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de la entrada, expulsión o salida obligatoria del territorio español. Sin embargo, se mantiene la exclusión de los extranjeros ilegales pobres no empadronados o en los demás procedimientos judiciales.

<sup>19</sup> En este sentido, la Ley ha aliviado la situación de los extranjeros residentes, como por ejemplo en el terreno de la participación política en los procesos electorales. La nueva Ley contiene especiales y evidentes avances en el campo de la asistencia sanitaria y social; reconoce la vida familiar como un derecho básico del emigrante residente, suaviza el régimen sancionador, entre otras medidas de mejora.

chos sociales antes negados a los inmigrantes; la novedad es que algunos de esos derechos alcanzan a los no regularizados, si bien deben estar empadronados, aunque es preciso señalar que algunos de estos derechos, aun sin ser reconocidos, ya se venían disfrutando en la práctica<sup>20</sup>; b) en el régimen sancionador, particularmente la no expulsión por estancia ilegal, se mejora la regulación del sistema de infracciones y sanciones estableciendo una más correcta clasificación; la consecuencia más importante es que la estancia ilegal sólo puede sancionarse con multa, no con expulsión; c) incluye además la posibilidad de regularización tras demostrar dos años de estancia ininterrumpida en España, y d) finalmente, el mayor alcance de la reagrupación familiar.

No cabe olvidar que si se analizan los debates parlamentarios, los proyectos de ley presentados por diferentes grupos parlamentarios, el proyecto de ley finalmente redactado de forma consensuada, y las enmiendas efectuadas al mismo, en comparación con el texto finalmente aprobado, es posible deducir cuáles eran los objetivos originales o gestacionales de esta Ley y los que podrían haber sido recogidos si se hubieran aceptado algunas de las enmiendas propuestas<sup>21</sup>.

## II.2 Eficacia, efectividad y eficiencia de la ley

Por otra parte, ha de valorarse no solamente la eficacia, sino también la efectividad y eficiencia de la nueva regulación. Esto significa que el legislador debe detectar la relación entre la necesidad de la nueva regulación, los objetivos que se persiguen con ella y las reglas jurídicas que impone; es decir, valorar la posible eficacia de la norma para alcanzar el fin propuesto. La efectividad de una regulación se mide, pues, no sólo por su vigencia real, sino por el grado de consecución de los objetivos fijados por el legislador<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Como por ejemplo el derecho a una asistencia sanitaria pública de urgencias, o el derecho a la enseñanza básica gratuita para los menores.

<sup>21</sup> A pesar de que las enmiendas al proyecto de ley que efectuó en su momento el Grupo Parlamentario del Partido Popular iban en general dirigidas hacia una línea más restrictiva del objeto de esta Ley. Por ejemplo, se solicitó que el artículo 7, que recoge la libertad de reunión y manifestación, fuera reconocido únicamente a los extranjeros que se hallaren regularmente en España, y no tal y como finalmente se ha aprobado «a todos los extranjeros que se encuentran en España», tanto regular como irregularmente.

Quizá otro ejemplo relevante de esta línea más restrictiva de derechos es la enmienda que efectuó al artículo 24, en su párrafo segundo, considerando que no era admisible la asistencia letrada para las personas a las que se ha denegado la entrada en España.

<sup>22</sup> Cfr. MARTÍN CASALS, M., «Planificación de la intervención legislativa», en VV. AA., GRETEL, *Curso de Técnica Legislativa*, cit., p. 240.

Sobre la distinción entre los conceptos de eficacia, eficiencia y efectividad, véase CALSAMIGLIA, A., *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1993.

Dada la reciente aprobación de esta Ley, y, en consecuencia, el breve plazo de vigencia del que ha dispuesto, aún es pronto para realizar un balance de la eficacia y efectividad reales de esta Ley. Ahora bien, lo que en este análisis interesa poner de relieve es la necesaria condición de efectuar estudios previos de tipo sociológico y de impacto económico previos a la elaboración de la Ley para facilitar su posterior cumplimiento.

Los objetivos de la Ley son claros: reconocimiento y garantía de una serie de derechos y la integración de los inmigrantes en la sociedad española. Ahora bien, el grado de consecución de estos objetivos dependerá de la existencia de medios económicos y administrativos suficientes para hacer efectivos los derechos que se reconocen; pero no sólo esto, sino que también se hace depender de la voluntad y de aceptación de esta Ley por parte de los ciudadanos españoles y extranjeros respecto a facilitar su inserción.

Se busca la utilidad y eficacia política de la norma, tanto en su proceso de gestación como en su resultado. Se considera que el orden jurídico no puede quedar ajeno a la garantía de mínimos existenciales o a la atención de ciertas necesidades sociales. El Derecho debe, por tanto, asegurar la realización efectiva de los derechos<sup>23</sup>, y no únicamente su reconocimiento.

La anterior regulación sobre extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, establecía en su exposición de motivos que quedaba asegurada la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallaren legalmente en España. Pero, no obstante, a lo largo de su articulado se observa una contradicción entre su contenido normativo, concebido primordialmente como un conjunto de normas de «policía», y los principios inspiradores de su exposición de motivos y de su título. En este sentido, se imponía la necesidad de revisar el articulado de la Ley de 1985, con el fin de adecuarlo a los objetivos enumerados en su preámbulo: reconocimiento de los derechos y libertades proclamados en la Constitución (pues así lo reconoce expresamente el artículo 13 de la Constitución Española), garantizar a los extranjeros legalmente establecidos en España unas cotas aceptables de derechos y libertades, eliminando cualquier trato discriminatorio, pues la realidad actual del Estado español demuestra que no se han solucionado, hasta el momento, muchos de los problemas de los inmigrantes que habitualmente residen en territorio español, pues el problema aquí es, como indica E. Vidal, el de *la «tensión deri-*

---

<sup>23</sup> Sobre este aspecto, *vide* DE LUCAS, J., y AÑÓN, M. J., «Necesidades, razones, derechos», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, pp. 55 y ss.; AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 308 y ss; así como AÑÓN, M. J y RUIZ SANZ, M., «Creación del Derecho y necesidades sociales», en VV. AA., *Derecho y Sociedad*, M. J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 157 y ss.

vada de las exigencias de integración de los extranjeros y el reconocimiento de la igualdad en la diversidad, con la afirmación de la identidad nacional»<sup>24</sup>.

A partir de la promoción de los derechos, el Derecho pasa de ser un sistema normativo formal compuesto por reglas cuyo cometido consiste en orientar directamente la conducta de los miembros de la sociedad, a regular cada vez con más intensidad el establecimiento y puesta en marcha de una estructura burocrática suficiente, orientada a conseguir la realización de fines sociales<sup>25</sup>. En el Estado Social las leyes indican los fines u objetivos a perseguir, son normas concretas, «leyes medida». De este modo, el contenido regulativo de la norma debe buscarse en estricta conexión con su adecuación a la posterior ejecución y con los efectos que con ella se persiguen; en este caso se trata, en fin, de facilitar la integración, dificultar la exclusión y aislar las actitudes racistas.

En el acto de creación legislativa intervienen numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos...), lo que conlleva una relación de fuerzas, de forma que las leyes son «pactadas» y que, para conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, pueden llegar a ser contradictorias, caóticas u oscuras. Cobran así protagonismo los agentes sociales, que dotan al ordenamiento jurídico de reglas condicionadas a la relación de fuerzas, al servicio de intereses particulares o sectoriales.

Si algo ha estado ausente del debate sobre la nueva Ley de extranjería ha sido precisamente la necesaria movilización de los sectores sociales implicados. La sociedad española y los inmigrantes tienen mucho que decir y opinar sobre todas estas cuestiones, algo que quizá no se ha tenido presente con la suficiente intensidad, pues en este caso ha prevalecido el acuerdo político entre grupos parlamentarios para lograr el suficiente consenso para aprobar la Ley, más que la voluntad social de los realmente implicados o afectados por esta normativa o por sus representantes; y no cabe olvidar que la simplificación, la manipulación política del debate, sólo puede generar la incompreensión de la mayoría, así como puede ser el germen de sentimientos xenófobos.

### II.3 La viabilidad de la ley

Por último, durante el procedimiento de elaboración de la norma hay que valorar su viabilidad jurídica, social y económica<sup>26</sup>, esto es,

<sup>24</sup> Vide VIDAL GIL, E., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, cit., pp. 396-397.

<sup>25</sup> Cfr. CALVO GARCÍA, M., «Paradojas regulativas: las contradicciones del Derecho en el Estado intervencionista», en VV. AA., *Derecho y Sociedad*, cit., p. 103.

<sup>26</sup> La relación del Estado con la sociedad industrial necesita del denominado «análisis económico del Derecho», en sentido descriptivo (como cálculo de costes y

si tiene probabilidades de poder llevarse a cabo, de ser cumplida, y para ello debe contar con la existencia de una infraestructura administrativa y judicial capaz de asumir su control efectivo; debe calcular el coste económico de la norma en proporción con el beneficio o utilidad que de ella se espera<sup>27</sup>, así como ha de tener presente el grado de aceptación de la norma, que depende, en gran parte, de su comprensión por sus destinatarios<sup>28</sup>.

No es suficiente con la promulgación de la norma para que ésta cumpla su función, sino que además debe ser conocida por sus destinatarios<sup>29</sup>, por lo cual ha de ser publicada<sup>30</sup>. Pero no sólo esto, sino que además debe ser «comprensible» o comunicativa.

---

beneficios) y en sentido normativo (como indicador de racionalidad y de eficiencia del legislador ordinario). Cfr. IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo Ajuria, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 162.

<sup>27</sup> Al respecto, F. Sainz Moreno afirma que «es cierto que el juicio sobre la adecuada proporción entre el coste y el beneficio de una norma es un juicio político, no siempre equiparable al juicio que precede a una decisión económica. Es un juicio que no puede racionalizarse y cuantificarse totalmente». De esta manera, hay determinados bienes jurídicos que no pueden medirse en términos coste/beneficio. *Vide SAINZ MORENO, F.*, «Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (art. 88 CE)», en VV. AA., *La calidad de las leyes*, cit., p. 40.

Respecto al coste económico de la Ley aquí estudiada, únicamente me remito a las palabras de la diputada Fernández Sanz, quien, en los debates parlamentarios en el Congreso de los Diputados, recordó el análisis de la Ley de extranjería que efectuó Price Waterhouse & Cooper del coste que tendrían los nuevos derechos, y se elige la sanidad por ser, posiblemente, el derecho cuya universalización para los irregulares más coste tendría. Universalizar, extender la sanidad en torno a 70.000 inmigrantes irregulares que podemos tener en este momento en el país, se calcula que tendría un coste algo menor a 5.000 millones de pesetas. *Vide* «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Pleno y Diputación Permanente, núm. 277 de 1999, sesión plenaria núm. 267, celebrada el 25 de noviembre de 1999, p. 14955.

<sup>28</sup> Por lo que se refiere a la comprensibilidad de las normas, me remito a los problemas relacionados con el uso del lenguaje jurídico, y sobre ello véase, entre otros, ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Tecnos, Madrid, 1989; SAINZ MORENO, F., «Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural», en VV. AA., *La Técnica Legislativa a debate*, cit.; WRÓBLEWSKI, J., «Les langages juridiques: une typologie», en *Droit et Société. Revue internationale de théorie et de sociologie juridique*, núm. 28, 1988; KALINOWSKI, G., «Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi», en *Archives de Philosophie du Droit*, XIX, 1974; MORESO, J. J., «Lenguaje jurídico», en VV. AA., E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996; PRIETO DE PEDRO, J., «Los vicios del lenguaje legal. Propuestas de estilo», en VV. AA., *La calidad de las leyes*, cit.; PRIETO DE PEDRO, J., *Lenguas, lenguaje y Derecho*, Civitas, Madrid, 1991; de este aspecto me ocupé en «La incidència de la tècnica legislativa en el llenguatge jurídic», en *Revista de Llengua i Dret* núm. 31, septiembre de 1999.

<sup>29</sup> El sentido de la ignorancia del derecho en la sociedad democrática no es otro que el de garantizar la validez y eficacia del Derecho, que no se hallará supeditada a pretextos de su desconocimiento por parte de sus destinatarios. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 77.

<sup>30</sup> Sobre la publicación de las normas se puede consultar BIGLINO CAMPOS, P., *La publicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1993; así como SALVADOR CODERCH, P., «La publicación de las leyes», en VV. AA., GRETEL, *Curso de Técnica Legislativa*, cit., pp. 201-230.

Uno de los problemas más importantes de los que se debe ocupar la técnica legislativa será el de elaborar propuestas tendentes a mejorar la posterior ejecución de la norma, y facilitar la aplicación de la norma a los operadores jurídicos en general. Una ley dictada careciendo de «cobertura administrativa» es por ello una ley inútil, en cuanto que no se va a aplicar y ha requerido un esfuerzo de confección y debate que podría haberse ahorrado.

El título IV es el más importante desde este punto de vista, pues es el que regula la «Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración». Se trata aquí de prever en la misma ley los mecanismos necesarios para facilitar su aplicación. Así se prevé una coordinación con los órganos administrativos para controlar el fenómeno migratorio y los órganos imprescindibles para una correcta actuación administrativa; de esta manera se regula la constitución de un Consejo Superior de Política de Inmigración, encargado de coordinar las actuaciones de las Administraciones Públicas. Teniendo en cuenta que en materia de inmigración confluye la actuación de todas las Administraciones Públicas (General del Estado, autonómicas y locales), se prevé la creación de este Consejo en el que se encuentren representados estos poderes públicos, el cual deberá establecer una política global y la correspondiente coordinación de las medidas adoptadas en materia de inmigración. Asimismo, se pretende asegurar que las Administraciones Públicas encargadas de la aplicación de la nueva normativa en esta materia respeten íntegramente sus preceptos, instando al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, a que establezcan una respuesta disciplinaria para todos aquellos funcionarios o empleados públicos que obstaculicen la efectividad de los derechos reconocidos a los extranjeros.

También se hace referencia en este título al apoyo por parte de los poderes públicos al movimiento asociativo de los inmigrantes, y aquí se ve con más claridad la finalidad de la Ley respecto a la integración de los mismos.

En este sentido, también se regula el Foro para la Inmigración, compuesto por representantes de la Administración Pública, de asociaciones de inmigrantes y de organizaciones sociales de apoyo. Constituye un órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de inmigración.

En conclusión, y a falta de desarrollo reglamentario, la sensación que puede extraerse de esta regulación es que se han intentado prever los mecanismos burocráticos y administrativos necesarios para facilitar la aplicación efectiva de la Ley. Esto puede suponer un adelanto, pues se deja menos margen al reglamento, o, lo que es lo mismo, a la facultad del Ejecutivo para desarrollar estos aspectos.

### III. PROBLEMAS FORMALES O DE ESTRUCTURA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La claridad y concisión necesarias para la inteligibilidad de un texto jurídico pasan indudablemente por una estructura interna adecuada de su contenido regulador.

Los problemas de estructura formal de las normas versan sobre la ordenación de las leyes, es decir, sobre su división y sistematización. Quedan incluidos aquí una serie de aspectos relativos a la configuración interna de los textos normativos, cuya consideración resulta necesaria, porque una formulación incorrecta de la norma no garantiza la uniformidad deseada en su aplicación y adjudica poderes normativos a los órganos de aplicación del Derecho y a los intérpretes normativos<sup>31</sup>.

La legislación está formada por una serie de disposiciones coordinadas dentro de cada cuerpo legal, formando con otras normas un todo, de tal manera que un artículo de una ley desgajado de su contexto y aislado puede resultar carente de sentido o insuficiente<sup>32</sup>. Éste es el sentido de lo que se llama integración sistemática.

La división en partes de una ley es una cuestión convencional, de práctica legislativa; no existe regulación normativa respecto a cómo debe estructurarse, pero es importante que las leyes se dividan siempre de la misma forma, de esta manera se facilita el trabajo tanto del intérprete como del propio legislador. En todo caso, el orden de exposición de un texto legal tiene que ser funcional, en el sentido de que deberá servir para clarificar el significado de la ley mostrando sus relaciones internas, propiciando una interpretación sistemática de sus enunciados, etc.<sup>33</sup>.

Para una buena ordenación de la norma articulada hay unas reglas mínimas a seguir; así, en general, en la redacción de una ley se ha de ir de lo que es general a lo particular, de lo que es más importante a lo que tiene una importancia secundaria, las normas permanentes irán antes que las temporales, las norma técnicas (como las relativas a vigencias) irán al final<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. GUASTINI, R., «Questioni di tecnica legislativa», en *Le Regioni*, 2-3, 1985, p. 223.

<sup>32</sup> N. Pérez Serrano ya señaló en el año 1947 que «una inmoderada preocupación de sistemática puede entorpecer en ocasiones, porque entonces se multiplican las subdivisiones, o se quieren englobar en artículo único, y por tanto adiposo, reglas o preceptos que deben ir separados y como esculpidos para que no se dificulte su aplicación». Vide PÉREZ SERRANO, N., «El estilo de las leyes», en *Escritos de Derecho Político*, I, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, p. 241.

<sup>33</sup> Cfr. ITURRALDE DE SESMA, V., «Cuestiones de técnica legislativa», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 24, 1989, p. 242.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 244.

### III.1 El título de la ley

En nuestro ordenamiento jurídico, las leyes se estructuran comenzando por el nombre del tipo de norma (ley, ley orgánica, decreto-ley, reglamento, etc.), la fecha y el número de la norma y su título, al que sigue el articulado. En principio cada ley debe estar asignada a un objeto, que debe expresarse en su título, con la finalidad de facilitar la identificación de la norma. De ahí la necesaria relación entre el título y la materia regulada. Por este motivo se suele señalar que el título debe ser único para cada ley, preciso, exacto y completo, pero también breve y concreto<sup>35</sup>. El título ha de ser preciso y conciso, es decir ha de omitir todo lo que no sea necesario para su identificación.

En nuestro ejemplo se trata de una Ley Orgánica, número 4 del año 2000, de 11 de enero, y se titula «Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social». Un título, en mi opinión, demasiado amplio para su contenido normativo. Debería haber sido más breve y conciso, como por ejemplo «sobre los derechos y libertades de los extranjeros», pues es innecesario determinar que es «en España», ya que es de sentido común que una ley de origen estatal español tenga aplicación en el territorio de la nación española. Asimismo, las palabras «y su integración social» muestran una opción de política legislativa, un mensaje lanzado a la comunidad que no era imprescindible en su titulación, ya que el título de una ley ha de servir únicamente para identificar el objeto de una ley con la mayor claridad posible; ahora bien, quizá la inclusión de estas palabras en el título de la ley se deba al hecho de que carezca de exposición de motivos o preámbulo, y por tanto se busque ya en el propio título señalar los objetivos de la ley, al no explicarse con posterioridad los motivos o finalidades que llevan a la elaboración de esta Ley, que modifica y deroga una ley anterior sobre, en principio, un mismo objeto regulativo.

Si se analizan el proyecto de ley y los debates parlamentarios, se puede deducir que la inclusión de las palabras «y su integración social» en el título de la Ley era debida –como ya se ha puesto de relieve– a que la finalidad de dicha Ley no se centra únicamente en la voluntad de regularizar la situación de los inmigrantes, sino, y sobre todo, a facilitar su inserción, su integración en la sociedad española, reconociéndose a tal efecto una amplia serie de derechos políticos y sociales, de los que podrán ser titulares los extranjeros<sup>36</sup>. Se trata, en

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 239; así como también *vide* SALVADOR CODERCH, P., «El título de las leyes», en VV. AA., GRETEL, *Curso de Técnica Legislativa*, cit., pp. 47-71. Cabe destacar aquí que P. Salvador considera el título de la norma como un compuesto de tres elementos: la categoría normativa, el número y la fecha de la norma y su objeto.

<sup>36</sup> Si bien se introduce una buena dosis de confusión –como se analizará con posterioridad– respecto a la delimitación subjetiva de tales derechos al no ser recono-



fin, de facilitar la integración, dificultar la exclusión y aislar las actitudes racistas.

### III.2 La división de la norma

Una ley puede dividirse en tres partes: una parte expositiva, una parte dispositiva, y una parte final. Aunque es posible encontrar leyes que no contengan parte expositiva o parte final, pues éstas no son imprescindibles.

#### A) *Parte expositiva*

La parte expositiva consta de un preámbulo o exposición de motivos<sup>37</sup>. Con carácter general, puede decirse que el preámbulo y la exposición de motivos son enunciados que suelen anteceder al articulado de algunos documentos normativos, en los que el legislador expresa las finalidades y los principios inspiradores de la Ley o, en general, los motivos que le han conducido a adoptar esa regulación y no otra<sup>38</sup>, de forma que son utilizados frecuentemente como signos de la «intención del legislador» vinculantes a la hora de su interpretación. Han de describir y justificar el contenido material de la ley<sup>39</sup>. El preámbulo o exposición de motivos ha de hacer referencia a los antecedentes de la ley, a sus objetivos y a las competencias en el ejercicio de las que se dicta, así como ha de ayudar a determinar las innovacio-

---

cidos a todos los extranjeros, sino diferenciando varias situaciones: la del residente, la del empadronado ilegal y la de los ilegales.

<sup>37</sup> En nuestro ordenamiento, en virtud del artículo 88 de la Constitución Española, todos los proyectos de ley deben incluir una exposición de motivos, así como ir acompañados de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos. El Tribunal Constitucional, en sentencia 108/1986, de 29 de julio, ha interpretado el mandato del artículo 88 CE, en el sentido de que la ausencia de las exposiciones de motivos y de los antecedentes sólo puede entenderse como una vulneración de la Constitución cuando las propias Cámaras señalen que tales datos constituyen un elemento de juicio necesario para adoptar su decisión.

<sup>38</sup> J. Prieto de Pedro propone los siguientes criterios para la redacción de preámbulos y exposiciones de motivos: 1) la conveniencia de que obligatoriamente todas las normas incluyan estos textos explicativos; 2) su reconocimiento y configuración como textos complejos que han de servir, en sus diferentes partes, a varias finalidades: encuadrar la norma nueva en el ordenamiento; justificar la necesidad de la norma y sintetizar en un lenguaje sencillo aquellas normas que afecten a un gran número de ciudadanos. Cfr. PRIETO DE PEDRO, J., *Lenguas, lenguaje y Derecho*, cit., p. 121.

<sup>39</sup> Según las «directrices» que el colectivo GRETEL propone, el contenido del preámbulo debe ser el siguiente: a) el preámbulo describirá concisamente el objeto y objetivos de la ley. Una alusión a su finalidad, breve y concretamente expresada, se podrá incluir alternativamente en el preámbulo o al inicio del articulado de la ley en forma de disposiciones directivas; b) el preámbulo, como parte que es de la ley, evitará alabanzas, exhortaciones y declaraciones didácticas. Vide VV. AA., GRETEL, «Directrices», en *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, cit., pp. 295-296.

nes que introduce respecto al régimen jurídico hasta su promulgación. Los preámbulos pueden ofrecer, aunque no aporte contenido normativo, una posibilidad de criticar una ley, mostrando, por ejemplo, la existencia de una inadecuación entre los fines que se señalan en el preámbulo y el contenido normativo de la misma<sup>40</sup>.

Respecto a la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería, cabe señalar que es de relevancia el hecho que carezca de preámbulo o exposición de motivos, más aún tratándose de una regulación sobre un objeto tan conflictivo: los derechos de los inmigrantes. Es por ello que una exposición de motivos donde se señalaran cuáles eran los concretos objetivos a alcanzar por esta Ley, por qué era necesario reformar y derogar la anterior Ley de extranjería, cómo se ha de alcanzar y en qué sentido se ha de entender la integración social de los inmigrantes en España, y, finalmente, dónde se decanta la intención del legislador, hubiera servido para clarificar su contenido y facilitar su aceptación no solamente por los extranjeros residentes en España, sino también por el resto de ciudadanos españoles. Sin embargo, no hubo suficiente acuerdo parlamentario, puesto que la exposición de motivos fue enmendada, y finalmente se decidió aprobar la Ley prescindiendo de ella.

#### B) *Parte dispositiva*

Las disposiciones directivas son parte dispositiva de la ley y están colocadas como su primer o primeros artículos. Prescriben a los órganos de aplicación la finalidad a perseguir, indicando, eventualmente, los medios para su consecución; indican, así, la dirección en la cual se orienta la ley. Las disposiciones directivas suelen desarrollar el título de la ley, de tal modo que en ellas aparecen las ideas principales o características esenciales de la regulación legal. Desarrollando el título de la ley en una frase, pretenden eliminar los equívocos que podrían suscitarse sobre el objeto de la regulación en relación a un título que debe ser corto y lleno de contenido. Así, la disposición directiva intenta proporcionar un avance del contenido de la ley, en la medida en que dice de un modo más completo aquello que era de esperar de su título. En un sentido más amplio, son también disposiciones directivas aquellas que incluyen el ámbito personal, material, territorial o temporal de la ley, sin indicar nada sobre la dirección en la cual ésta se orienta<sup>41</sup>.

En concreto, los artículos 1 y 2 de la Ley 4/2000 delimitan el ámbito personal de aplicación de la misma; nos dan una definición de las

<sup>40</sup> Cfr. ATIENZA, M., «Sociología jurídica y ciencia de la legislación», en VV. AA., R. Bergalli (coord.), *El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, PPU, Barcelona, 1989, p. 57.

<sup>41</sup> Cfr. MARTÍN CASALS, M., «Preámbulo y disposiciones directivas», en VV. AA. GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, cit., p. 88.

personas a las que debe considerarse como «extranjeros», así como aquellas que quedan excluidas de esta regulación. Son, por tanto, disposiciones directivas, especialmente relevantes en una ley que, como ésta, carece de exposición de motivos o preámbulo. Es por ello que estos dos primeros artículos se ubican en un título preliminar y no en un título I.

La parte dispositiva se puede dividir en libros, títulos, capítulos y secciones y artículos<sup>42</sup>. La unidad básica es el artículo; la utilización de las restantes unidades de división depende de la extensión de la ley y de razones sistemáticas.

La Ley analizada se divide únicamente en títulos, capítulos y artículos. No se utiliza la división por libros porque no tiene la suficiente extensión como para proceder a esta sistematización.

La división por títulos debe reservarse para aquellas leyes que tengan partes perfectamente diferenciadas, y comprendan uno o más capítulos.

Los capítulos se usarán para indicar las distintas partes de la ley. Cada capítulo debe tener un contenido temático unitario, que debe definirse en su título, y comprenden uno o más artículos.

El artículo existe en todas las leyes, se numera consecutivamente y la numeración no se interrumpe para volver a comenzar en ningún caso. Además, es conveniente que todas las leyes utilicen el mismo sistema de numeración (ordinales o cardinales, en números o letras). A veces los artículos resultan titulados, con lo que se facilita el uso de la ley, la localización concreta de un tema es más rápida, y además produce una homogeneidad en el contenido normativo<sup>43</sup>. Como regla general, puede señalarse que cada artículo debería disciplinar un aspecto concreto de la materia regulada por la norma.

Una crítica sistemática que se puede efectuar a la Ley de extranjería en este punto puede centrarse en su artículo 1, que señala la delimitación del ámbito de aplicación de la misma; por ello las exclusiones de su ámbito deberían haber entrado también en este artículo 1, en un párrafo tercero, en lugar –tal y como se hace– de situarlas en un artículo 2, ya que como se acaba de indicar cada artículo ha de centrarse en un aspecto concreto de la materia, en este caso en el ámbito de aplicación personal de la Ley. Además, si el propio legislador incluye un artículo 2 dedicado a regular las exclusiones del ámbito, ¿qué sentido tiene que en el artículo 1, en su párrafo segundo, se

<sup>42</sup> Sobre la partición interna de la norma, vide FUSARO, C., «Nuove regole per la formulazione tecnica dei testi legislativi», en *Quaderni Costituzionali*, a. VI, núm. 1, 1986, especialmente pp. 149 y 155, así como CASTIÑEIRA, M. T., «Sistemática y división de las leyes», en VV. AA., GRETEL, *Curso de Técnica Legislativa*, cit., pp. 121-133, o, de la misma autora, pero analizando la legislación catalana, «División de las leyes», en VV. AA., GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, cit., pp. 105-125.

<sup>43</sup> Cfr. CASTIÑEIRA, M. T., «Sistemática y división de las leyes», *op. cit.*, p. 126.

excluya de la aplicación de esta Ley a las personas que les sea aplicable el régimen comunitario?<sup>44</sup>, pues ésta no deja de ser otra exclusión y, por tanto, o bien todas las exclusiones se sitúan en el artículo 1 –lo cual me parece lo más acertado–, o bien se ubican en el artículo 2.

En el mismo sentido de crítica a la sistematicidad de la Ley se puede observar la regulación del artículo 36, titulado de los «permisos especiales», cuyo contenido debería haber sido incluido en el artículo 35 sobre «el permiso de trabajo», pues la regulación del primero no es más que la de las prórrogas del permiso de trabajo, por la estrecha conexión en el contenido de ambos preceptos<sup>45</sup>.

### C) *Parte final*

El legislador goza de una libertad casi total para configurar esta parte final: no existen preceptos legales que le impongan pautas de obligado cumplimiento. Este hecho obliga a la doctrina a hacer propuestas de técnica legislativa a partir de la práctica legislativa<sup>46</sup>. Lo que sí puede exigirse al legislador es que, al configurar la parte final, mantenga siempre una estricta constancia o uniformidad y un mínimo de coherencia<sup>47</sup>. Así como se ha de evitar que la parte final de una ley se convierta en una especie de cajón de sastre donde el legislador ponga todo lo que no ha sabido colocar en la parte dispositiva.

La parte final se puede subdividir en cuatro categorías, que deberían ir en el siguiente orden: disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales<sup>48</sup>.

Respecto al contenido que debe regular cada tipo de disposición, únicamente indicaré que éste es variable y doctrinalmente confuso y discutido, pues en múltiples ocasiones en la práctica legislativa se

<sup>44</sup> A excepción de que la aplicación de la Ley 4/2000 les sea más favorable.

<sup>45</sup> Asimismo, me parece correcta la enmienda que efectuó el Partido Popular añadiendo al título del artículo 35 «por cuenta ajena» tras el permiso de trabajo, pues es un título más coherente con su contenido.

<sup>46</sup> Así, C. Viver afirma que «se trata fundamentalmente de decirle al legislador que haga mejor lo que ya hace, más que de proponerle modelos supuestamente perfectos contruidos con base en genéricas definiciones doctrinales». *Vide VIVER PI-SUNYER, C., «Parte final de las leyes», en VV. AA., GRETEL, Curso de Técnica Legislativa, cit., p. 138.*

<sup>47</sup> Por uniformidad se entiende que si la parte final se divide en diversas categorías, siempre se utilicen las mismas (siempre y cuando sean necesarias); que se respete el mismo orden entre ellas; que tengan siempre el mismo contenido, y que se siga siempre el mismo orden de preceptos dentro de cada categoría.

Por coherencia se entiende que las categorías se han de construir a partir de criterios homogéneos, capaces de darles una cierta unidad interna; y que estas categorías se construyan como categorías cerradas: deben contener únicamente los preceptos que responden a estos criterios homogéneos de definición. *Ibíd.*, pp. 138-139.

<sup>48</sup> Aunque el legislador estatal a veces no sigue la división estricta de categorías y engloba cláusulas derogatorias en disposiciones finales; por ejemplo, un mismo tipo de preceptos no los sitúa siempre dentro de una misma categoría. *Ibíd.*, p. 141.

añaden verdaderos preceptos dispositivos en disposiciones adicionales<sup>49</sup>; por otra parte, tampoco se utilizan en el sentido apropiado las disposiciones derogatorias, pues la regla seguida en la práctica legislativa no es la de detallar con precisión las normas que se derogarán en virtud de la normativa que entrará en vigor, sino que se suele limitar a hacer una mención genérica a la derogación por contradicción o incompatibilidad con la norma posterior de igual o superior rango<sup>50</sup>; por último, y respecto al régimen de las disposiciones transitorias, cabe decir que éstas deberían contener la regulación del derecho intertemporal, es decir, las reglas que tienen como objetivo facilitar el tránsito de la Ley antigua a la nueva, regulando situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley<sup>51</sup>.

La parte final de la Ley Orgánica 4/2000 consta de una disposición adicional, de disposiciones transitorias, de una disposición derogatoria y de disposiciones finales.

<sup>49</sup> Por eso C. Viver considera que las disposiciones adicionales deberían incluirse para establecer los preceptos que se regulan los regímenes jurídicos especiales. *Ibidem*, pp. 147-149.

<sup>50</sup> Tal y como señala J. Aguiló, hay cuatro casos que se pueden calificar de derogación: *a)* el caso de las «cláusulas derogatorias concretas», es decir, aquellas que mencionan a las formulaciones de normas que derogan (son cláusulas del tipo «queda derogado el artículo x de la ley y»; *b)* el caso de las «cláusulas derogatorias genéricas», es decir, aquellas que no mencionan a las disposiciones que pretenden derogar (del tipo «quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley); *c)* también se considera como una derogación la que se produce en la fase de interpretación y aplicación del Derecho a la hora de determinar las relaciones de preferencia entre normas jurídicas incompatibles. Así, ante un conflicto de normas incompatibles, los juristas operan dando por supuesto que uno de los actos de promulgación de las normas lo era también de derogación. En consecuencia, denominan principios derogatorios a los criterios que gobiernan la referida ordenación, esto es, a los principios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, y, finalmente, *d)* es también un acto derogatorio la sustitución de textos de las fuentes del Derecho, aunque no cambie la materia a que se refieren (es el caso, por ejemplo, de los textos refundidos).

En realidad, y como señala el autor, de todos estos casos se pueden extraer dos tipos relevantes de actos derogatorios: los expresos y los tácitos, que se corresponden respectivamente con los casos *a)* y *c)*. El caso *b)*, esto es, el de las «cláusulas derogatorias genéricas», puede ser reducido al *c)* porque dichas cláusulas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de *lex posterior*. Y el caso *d)* es irrelevante, porque o bien se realiza incorporando cláusulas derogatorias concretas [en cuyo caso sería reducible al caso *a)*], o bien lo único que genera es redundancia. Por tanto, derogación expresa será la que se realice a través de cláusulas derogatorias concretas y derogación tácita será la que tenga lugar por la edición de normas incompatibles. Cfr. AGUILÓ REGLÀ, J., *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995, pp. 96-106.

Además, sobre el contenido propio y el empleo de las disposiciones derogatorias, véase PEÑARANDA RAMOS, J. L., «Las disposiciones derogatorias de las leyes», en VV. AA., *La calidad de las leyes*, cit., pp. 229-248.

<sup>51</sup> Esto es, hechos, actos, relaciones o instituciones jurídicas reguladas por una ley anterior y los efectos consumados, los producidos pero no consumados o los futuros de esas situaciones pendientes. Esta regulación transitoria puede consistir en: la declaración de la pervivencia de la ley antigua para regular esas situaciones jurídicas

La disposición adicional regula el plazo máximo para la resolución de expedientes de prórroga del permiso de residencia o de renovación del permiso de trabajo. En este sentido hubiera sido más conveniente ubicar sistemáticamente esta disposición dentro del articulado y no en la parte final, y, en concreto, debería haber sido ubicada en un capítulo IV del título II, pasando el actual capítulo IV a un capítulo V, justo después de la regulación del permiso de trabajo y de residencia; pues si seguimos las recomendaciones de J. M. Mestres i Serra<sup>52</sup>, en las disposiciones adicionales cabe incluir como contenido: los regímenes especiales; las órdenes o autorizaciones de contenido no normativo; las excepciones, dispensas y reservas de aplicación de normas, y los preceptos residuales que no se puedan colocar en otro lugar de la ley.

Las disposiciones transitorias de la Ley 4/2000 facilitan la acomodación de las situaciones anteriores al régimen de esta nueva Ley, en concreto el procedimiento de regularización de inmigrantes<sup>53</sup>.

Su disposición derogatoria deroga la Ley Orgánica 7/1985, que era la que regulaba la materia de extranjería anteriormente; derogación realizada de forma expresa, siguiendo la fórmula más correcta.

De entre sus disposiciones finales cabe destacar las que tratan sobre las modificaciones que se efectúan al Código Penal, las que determinan un plazo de seis meses para aprobar su Reglamento de desarrollo (que quizá debería haber sido incluido en una disposición transitoria), y la que fija su entrada en vigor, que resulta totalmente innecesaria, pues lo único que hace es afirmar que entrará en vigor a los veinte días de su completa publicación, que es el régimen general de entrada en vigor de las leyes<sup>54</sup>.

---

previas; la declaración de la aplicación inmediata de la ley nueva a las mencionadas situaciones jurídicas, o, en la regulación de las mismas mediante un régimen jurídico autónomo (es decir, diferente del de la ley antigua y del general de la ley nueva), el del llamado derecho transitorio material o sustancial.

Asimismo, también se encuentran dentro de estas disposiciones preceptos que regulan de modo autónomo y provisional situaciones jurídicas nuevas —para facilitar la aplicación definitiva de la ley que entrará en vigor—; o que, con el mismo fin, declaran la pervivencia provisional de la ley antigua para regular situaciones jurídicas nuevas. En realidad, se trata de disposiciones transitorias impropias, dado que se aplican sobre situaciones jurídicas que no son previas a la entrada en vigor de la ley. Cfr. VIVER PI-SUNYER, C., *Parte final de las leyes*, *op. cit.*, pp. 153-156.

<sup>52</sup> Cfr. «L'estructura de la norma articulada», en VV. AA., GRETEL, *La redacció de les lleis*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública, Barcelona, 1995, p. 93.

<sup>53</sup> El Derecho intertemporal tiene como objetivo el facilitar el tránsito de una ley a otra, a base de precisar el régimen jurídico aplicable a las denominadas situaciones jurídicas pendientes (es decir, a las situaciones nacidas bajo la legislación derogada, pero que perviven al entrar en vigor la nueva ley). Cfr. VIVER PI-SUNYER, C., *La parte final de las leyes*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>54</sup> Véase al respecto el artículo 2.1 del Código Civil, que dispone así: «Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, si en ellas no se dispone otra cosa.»

#### IV. OTRAS INCORRECCIONES DE TIPO FORMAL

Como incorrecciones de tipo formal cabe destacar algunas más, como las que a continuación se señalarán:

El título I y su capítulo I se titulan de idéntica forma: «derechos y libertades de los extranjeros», con lo cual deja sin sentido todo el título, pues si los derechos y libertades se encuentran en el capítulo I, ¿de qué sirve dividir el título en cuatro capítulos? Además, las otras divisiones en capítulos de este título I lo que hacen es agrupar una serie de derechos que tienen una especial relación o conexión, como por ejemplo el capítulo II se titula «reagrupación familiar» y que consta de dos artículos: uno relativo al derecho a la intimidad familiar, y otro donde se indican los familiares que pueden ser reagrupados.

Sin embargo, considero que el capítulo IV no debería haber sido incluido en el título I, sobre derechos y libertades, pues este capítulo hace referencia a las medidas antidiscriminatorias, y no reconoce expresamente el derecho a la igualdad de los extranjeros y la prohibición de la discriminación, sino qué actos son considerados como antidiscriminatorios, con lo que no era necesario ubicarlos sistemáticamente en un capítulo diferenciado, sino que hubiera sido más apropiado regularlos en el artículo 3, relativo a la «igualdad con los españoles e interpretación de las normas», o bien en un título independiente, pues no se trata propiamente del reconocimiento de derechos subjetivos.

Otra crítica de tipo formal que se puede efectuar a esta Ley es que se encuentran algunas remisiones<sup>55</sup> a otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no es lo más aconsejable teniendo en cuenta que dicha Ley va dirigida básicamente a personas no nacionales que, precisamente por esta razón, muy probablemente ignoren nuestro Derecho. Un ejemplo se encuentra en el artículo 4.2, que se remite a la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana, para determinar los supuestos y requisitos en que los extranjeros pueden ser privados de su documentación, y, por tanto, del medio para proceder a su identificación, con lo que más apropiado hubiera sido reproducir literalmente en este precepto cuáles son estos supuestos<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> La técnica de la remisión supone una regulación por referencia, *per relationem*, a otra regulación. Hay remisión cuando un texto legal (la llamada norma de remisión) se refiere a otra u otras disposiciones, de forma tal que su contenido deba considerarse como parte de la normativa que incluye la norma de remisión.

La existencia de remisiones es inevitable en cualquier legislación, pero siempre que surge la posibilidad de acudir a una remisión hay que considerar posibles alternativas, pues el precio que puede conllevar el uso de la técnica de la remisión puede ser el de la pérdida de claridad y comprensibilidad del texto legal. Cfr. SALVADOR CODERCH, P., «Las remisiones», en VV. AA., GRETEL, *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*, cit., pp. 224-229.

<sup>56</sup> Aunque aquí cabe tener presente que precisamente una de las finalidades de la técnica de la remisión es la de la economía normativa, la de evitar repeticiones inú-

Del título II se puede criticar la sistemática de su capítulo II, pues si en su primer artículo se enumeran las situaciones en las que pueden encontrarse los inmigrantes, deberían haberse contemplado todas las situaciones y no sólo las tres que enumera (de estancia, residencia temporal y residencia permanente), pues posteriormente se regulan dos más (la de los apátridas y refugiados y la de los menores). Pero, es más, pues este capítulo II debería haber sido ubicado previamente a la regulación de los derechos de los extranjeros, ya que no todos los derechos se reconocen a todos los inmigrantes, sino que depende de la situación administrativa en la que se encuentren<sup>57</sup>.

Respecto al capítulo III, sobre permiso de trabajo y regímenes especiales, su correcta sistematización debería haberse efectuado en dos capítulos diferenciados, pues si bien tienen alguna conexión, facilita su interpretación su ubicación separada: una donde se señalara la normativa sobre la obtención del permiso de trabajo, y otra donde se indicaran los regímenes especiales.

De este título II cabe destacar la regulación contenida en el artículo 29.3, que ha sido uno de los puntos más polémicos de la Ley, pues supone la posibilidad de acceder a la residencia temporal acreditando una estancia ininterrumpida de dos años y hallarse empadronado en el momento de formular la petición y acreditar medios económicos<sup>58</sup>. Respecto al régimen de los estudiantes, parece que no se contemple la posibilidad de pasar de la situación de estudiante a residente. Paradójicamente, podrían hacerlo por la vía irregular del artículo 29.3.

Al título III, sobre las infracciones y su régimen sancionador, se puede criticar el hecho que las sanciones y las infracciones estén reguladas sin diferenciarlas en dos capítulos independientes, pues,

---

tiles; no obstante, tratándose de esta Ley y de su ámbito de aplicación personal, considero que la seguridad jurídica, la claridad y la comprensibilidad han de prevalecer sobre los criterios de economía normativa.

<sup>57</sup> Hubiera sido correcto en este sentido recoger la enmienda presentada por el Grupo del Partido Popular, en el sentido de añadir un artículo 28 bis con la siguiente redacción: «Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente». La justificación es la claridad sistemática que exige que se haga constar el denominador común que existe entre las dos situaciones de residencia.

<sup>58</sup> El Partido Popular enmendó el artículo 29.3, y propuso la siguiente redacción: «La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y lo hubieran renovado al menos en dos ocasiones. Para acceder a la residencia temporal por esta vía será preciso acreditar medios económicos de subsistencia y haber permanecido de forma continuada en el territorio español desde la obtención del primer permiso de residencia». La justificación es evitar el incremento de la inmigración irregular hacia España y contemplar la situación de las personas que se encuentran irregularmente, pero que tienen arraigo, como lo demuestra el hecho de haber tenido permiso de residencia. Contempla la situación de personas a las que excepcionalmente se les pueda otorgar residencia, aun sin reunir los requisitos necesarios.



aunque conectados, tienen contenido normativo diferenciado. Incluso se podría decir que la regulación de las infracciones debería haber constituido un capítulo I; la regulación de la potestad sancionadora (artículo 46), las sanciones (artículo 51) y la expulsión<sup>59</sup> del territorio (artículos 53 y 54), un capítulo II; la prescripción de las infracciones y de las sanciones, junto con el recurso a las resoluciones administrativas sancionadoras (artículo 59), un capítulo III, y, finalmente, la regulación del retorno y del internamiento, un capítulo IV.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar, únicamente quisiera poner de relieve que la finalidad de estas páginas no era la de discutir sobre el contenido regulativo más o menos acertado, más o menos amplio o restrictivo de derechos de esta Ley, sino únicamente resaltar que, debido a que era necesaria una nueva Ley sobre extranjería y debido a la complejidad de su objeto y a la dificultad para lograr una ley suficientemente consensuada, su discusión sobre el fondo y la problemática y polémica suscitada a nivel de la opinión pública, ha relegado la de su formalidad, de sus aspectos más técnicos, que no deben dejarse de lado, pues son muy importantes para su correcta aplicación y eficacia.

No cabe olvidar que la preocupación por los problemas de técnica legislativa es relativamente reciente, debido a que la teoría general del Derecho no se ha ocupado fundamentalmente de los problemas de creación normativa, al centrar sus análisis básicamente en la teoría de la norma y en la teoría del ordenamiento jurídico, así como sobre problemas de argumentación y aplicación del Derecho. Se puede afirmar, tal y como hace V. Zapatero<sup>60</sup>, que esto es debido a que la formación del jurista ha partido siempre de la norma promulgada, sin ofrecer una visión unitaria de su proceso de elaboración —estudiado en parte por el Derecho Administrativo y en parte por el Derecho Constitucional—; pero tampoco la Sociología del Derecho se ha ocupado suficientemente de la producción normativa<sup>61</sup>. No obstante, la aplicación de la Sociología en el ámbito de la gestación normativa resultará conveniente para producir normas de calidad, pues no debe olvidarse la necesaria vinculación de la norma a la realidad

<sup>59</sup> Pues la expulsión no es más que otro tipo de sanción, alternativa a la multa.

<sup>60</sup> Cfr. ZAPATERO, V., «De la Jurisprudencia a la Legislación», en *DOXA* 15-16, vol. II, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1994, p. 769.

<sup>61</sup> Así, R. Treves señala que la producción normativa no es precisamente uno de los campos más cultivados en que se centra la investigación empírica de la Sociología. Vide TREVES, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones y problemas*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, pp. 166 y ss.

social a la que posteriormente ha de ser aplicada, con lo que un análisis sociológico puede orientar la redacción de la norma en aras de propiciar su futuro cumplimiento y viabilidad. Es por ello que resulta importante poner de relieve la necesidad de una buena técnica legislativa para elaborar las leyes, pues no se trata solamente de cuestiones de índole formal insignificantes, sino que una correcta formalización de la norma es imprescindible para su claridad, comprensibilidad y aplicabilidad.

## La función judicial: entre la ciencia y el control social

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ

Universidad de Granada

Si existe alguna pregunta clave en relación al trabajo interpretativo que evidencie el proceso circular y abierto donde la Filosofía, la Ciencia y la Sociología del Derecho se interconexionan, se necesitan y se retroalimentan, ésta entiendo que se enunciaría del siguiente modo: ¿qué puede aportar la Filosofía del Derecho a la práctica jurídica?

No creo que esta pregunta pueda ser tachada de soberbia por parte de los operadores del Derecho, puesto que estoy convencida de que la teoría y la práctica deben darse la mano para aclarar ciertos conceptos, sugerir cursos de acción, y debatir todas aquellas cuestiones que muestran la naturaleza no científica del Derecho como instrumento de ordenación social. Para que el Derecho sea captado en la totalidad de su desenvolvimiento, y sirva, en consecuencia, mejor a la ciudadanía, se exige poner de manifiesto la «parcialidad» y las carencias del método científico, así como recuperar los mitos que aún se mantienen vivos en nuestra dogmática jurídica, y ésta es una misión irrenunciable de la Filosofía del Derecho.

Sin embargo, y en este sentido, no sólo intentaremos aportar algunas tesis que permitan comprender mejor la práctica judicial, así como sugerir algunas vías que contribuyan de alguna manera a mejorarla, sino que nos plantearemos el auténtico papel que cumple y desempeña el intérprete del Derecho o, en general, los operadores jurídicos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Es curioso que ya nadie, en nuestros días, crea en la incuestionable racionalidad del legislador y, sin embargo, el empeño por seguir perpetuando la imagen técnico-científica del Derecho, desde la for-

mación en serie de juristas en nuestras facultades de Derecho, hasta en el momento de aplicación e interpretación del Derecho, mantenga como dogma la neutralidad y objetividad del juez. No es mi intención contribuir a la deslegitimación del oficio de jurista o a descalificar la misión del juez, todo lo contrario. Pero lo cierto, y citando a W. Paul, es que «los jueces se han convertido tendencialmente en creadores de Derecho y configuradores políticos. La imagen tradicional de un jurista apolítico, que interpreta conforme al *sistema* y no hace otra cosa que subsumir el hecho bajo la norma ha desaparecido de la praxis profesional hace tiempo»<sup>1</sup>. Me parece, pues, necesario rescatar a jueces y juristas de la comfortable morada que les preparó el positivismo legalista, o de la no menos comfortable e insonorizada estancia preparada por algunas teorías actuales sobre interpretación jurídica.

Y quizá, para enfrentarnos directamente con esta problemática, debiéramos empezar por el principio. Hoy sabemos que el credo jurídico positivista legalista que ordenaba al juez limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos lógicos y, en consecuencia, abstenerse de decisiones arbitrarias propias, se encuentra del todo superado. La imagen del juez como mero técnico, que ha de subsumir el hecho en la norma a fin de llegar a una conclusión; alguien, en suma, que «puede y debe comportarse como un autómeta que se limita a pronunciar el fallo previsto en una ley cuando los elementos de hecho examinados coinciden con los descritos en la propia ley»<sup>2</sup>, ha perecido. Juzgar implica siempre decidir. El juez, en este sentido, no es «la boca que pronuncia la palabra de la ley, seres inanimados que no pueden modelar ni su fuerza ni su vigor»<sup>3</sup>; ni tampoco este tercer Poder —el judicial— es un Poder nulo<sup>4</sup>. Incluso en la actualidad, algunos autores como Conde-Pumpido Tourón han llegado a afirmar «que en una sociedad posmoderna avanzada, el tercer Poder del Estado, el Poder judicial —con sus deficiencias y limitaciones— abandona el fondo de la escena y pasa a situarse en el primer plano»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Vide PAUL, W., «Formación del jurista entre teoría y praxis», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 20, 1980-1981, p. 127.

<sup>2</sup> Vide PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, opus cit., p. 28. Asimismo, la superación del dogma de la inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, y la aparición de obras como las de Bülow o Rümelin, entre otras, hizo evidente que el juez no es el juez mudo que pronuncia la palabra de la ley. Nos referimos al célebre discurso rectoral de Tubinga e inaugural de Leipzig de Oscar Bülow sobre *Ley y Judicatura* (1885) y al no menos conocido discurso de Tubinga de Gustav Rümelin sobre *Juicios de valor y decisiones arbitrarias*, de 1891.

<sup>3</sup> Vide MONTESQUIEU, Ch. L., *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. VI, «De la constitución de Inglaterra», trad. de N. Estévez, ed. Claridad, Buenos Aires, 1971, p. 194.

<sup>4</sup> Recordemos las palabras textuales de Montesquieu, «[...] des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque facon nulle».

<sup>5</sup> Vide CONDE PUMPIDO-TOURÓN, C., «Sociedad, democracia y justicia», *Jueces para la Democracia*, núm. 21, 1/1994, p. 24.

Ello obliga a tener que plantearse con rigor y sin tapujos la realidad del proceso de decisión judicial y de sus protagonistas, y ubicarla en las condiciones actuales de expansión del papel del Derecho y la jurisdicción.

Las razones de este, llamemos, imperialismo jurídico y jurisdiccional parten de *cambios en la estructura del sistema jurídico*, después de la primera mitad del siglo XX, con su evolución bajo las formas de Estado Constitucional de Derecho; y de *cambios en la estructura del sistema político* con motivo del desarrollo del Estado Social<sup>6</sup>, alcanzando los tentáculos del Derecho al mundo de la economía y a la sociedad, en general.

La primera transformación, esto es, la que afecta a la estructura del sistema jurídico, se produce básicamente después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de las aberraciones de los regímenes nazis<sup>7</sup>. El modelo tradicional paleopositivista de Estado de Derecho donde la primacía del imperio de la ley y la mayoría desplaza el papel del juez a mera «buche de la loi», se transforma en Estado Constitucional de Derecho, donde la garantía de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución se erigirán sobre los titulares de los poderes públicos, y corregirán los abusos de éstos. De la máxima «auctoritas non veritas facit legem» –máxima de ruptura con el viejo iusnaturalismo–, y en donde validez es igual a positividad, se pasa a una dimensión más completa del Estado de Derecho. Ahora todos los Poderes públicos, incluido el Legislativo, deberán someterse al orden jurídico constitucional; y la validez de las normas no dependerá de su entrada en vigor, sino de su coherencia con los principios constitucionales. En palabras de Ferrajoli: «La validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de una ley, sino una cualidad

---

<sup>6</sup> Cfr. FERRAJOLI, L., «Jurisdicción y democracia», *Jueces para la democracia*, núm. 29, julio 1997, p. 3.

<sup>7</sup> En opinión de Alessandro Baratta, el reproche del genocidio y aberraciones de la Alemania nazi al fracaso del principio de legalidad después de la Segunda Guerra Mundial responde a un craso error de conocimiento de la historia jurídico-política. Según Baratta, las características del liberalismo alemán eran bien distintas a las europeas: predominio de lo jurídico frente a lo político; pertenencia de la Soberanía al Estado, personificado en la figura del monarca; primacía del poder ejecutivo y judicial, frente al legislativo; equívoca contraposición entre ley y Derecho. La versión jurídica idealista alemana enmascara la estructura autoritaria con que surge el Reich. De este modo, en 1848, los jueces alemanes no se atuvieron a la ley, sino que juzgaron conforme entendía el poder fáctico oligárquico. Cfr. BARATTA, A., «El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual», *Sistema*, núm. 17-18, abril 1977, pp. 11-23. Rothenberger lo resumirá en palabras rotundas, el nacionalsocialismo «reclama del juez que en la interpretación se alce contra el texto y contra el fin de la ley cuando la aplicación de una ley antigua contraste con el sano sentimiento del pueblo [...]. Cuanto más subjetiva y exclusivamente el juez se halle ligado a las ideas del nacionalsocialismo, tanto más objetivas y justas serán sus sentencias»; *vid.* ROTHENBERGER, C., «La situazione della giustizia in Germania», *Rivista di Diritto pubblico*, núm. 35, 1943, pp. 4 y ss.

contingente que está ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución»<sup>8</sup>.

Esto significa la superación del legalismo estrecho, y el reconocimiento de que el fenómeno jurídico es algo más que la ecuación simple Derecho = Ley. El Derecho se constituye, además, de valores y principios jurídicos fundamentales, y «la tarea de los jueces se resolvería en una lectura de la ley en clave constitucional»<sup>9</sup>. El legalismo queda superado y convertido en garantismo.

La segunda de las transformaciones ya anunciada que afecta a la estructura del sistema político descansa en la complejización del Derecho con motivo del incremento de las funciones propias del Estado Social. El Derecho ya no reducirá su actividad a regular el marco formal de garantías de un libre intercambio, sino que se introducirá materialmente en el contenido y en esferas tradicionalmente independientes de su actuación. Pero el no haberse previsto ni formulado las formas institucionales de un Estado Social de Derecho –esto es, garantías efectivas para los nuevos derechos y mecanismos de control político y administrativo– ha motivado, no obstante, un conjunto de desórdenes significativos, que atribuirán a la jurisdicción un nuevo papel: el de la defensa de la legalidad contra la criminalidad y los abusos del poder político. Nos referimos a un incremento de discrecionalidad de los Poderes públicos, al fantasma de la corrupción política, en definitiva, a una crisis de legalidad en la esfera pública. Y esto se hace especialmente urgente en nuestros días, en que estamos asistiendo a «la crisis de la razón jurídica», según Ferrajoli<sup>10</sup>, a la crisis de la propia capacidad reguladora del Derecho. El Derecho como forma de control social pierde terreno en favor de otras formas de ordenación de la vida más sutiles y dulces, pero con frecuencia más totalizadoras, abandonando al individuo a un importante grado de indefensión.

Asimismo, autores como Otto Bachof señalan la manifestación de cambios significativos en el Parlamento. Ahora, más que la representación del pueblo por individuos independientes, destacan las dictaduras de los partidos. Del mismo modo, la presión de determinados grupos extraparlamentarios para que prosperen sus intereses, comienza a colocar al Parlamento en una situación de vulnerabilidad permanente. Así como el incremento de la carga de trabajo legislativo de los Parlamentos, impide a éstos asesorar –por completo– las leyes con el cuidado que sería necesario para poder seguir manifestando sin recelos y abiertamente la confianza primitiva a la ley. «Pero si todo este desarrollo es inevitable –al menos en parte–, –y citando a Bachof en su

<sup>8</sup> Vid. FERRAJOLI, L., «Jurisdicción y democracia», *op. cit.*, p. 4.

<sup>9</sup> Vid. SAAVEDRA, M., «La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», en *Jueces para la democracia*, núm. 18, 1/1993, p. 4.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Trotta, Madrid, 1995, y «El Derecho como sistema de garantías», en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 461-495.

obra *Jueces y Constitución* (1959)— necesita también forzosamente de un contrapeso: una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos; una fuerza que decida, al mismo tiempo, con la mayor autoridad posible, si en un conflicto eventual esos valores han quedado salvaguardados, asegurando o restableciendo la paz jurídica. Esa fuerza sólo puede ser el juez»<sup>11</sup>.

Pues bien, ante esta situación de reconocimiento explícito de que el Derecho es algo más que ley; que existen valores y principios constitucionales que deben ser protegidos y garantizados por el ordenamiento jurídico; y que el juez ocupa, en ese sentido, un papel fundamental como garante de la constitucionalidad y control de los abusos de discrecionalidad de los poderes públicos, habrá que plantearse qué tipo de crítica política y jurídica se puede lanzar al poder judicial en un Estado como el nuestro, social y democrático de Derecho. Y esto es así, porque si peligroso ha sido a lo largo de la historia, un ejecutivo y un legislativo absolutista y déspota, cuanto más un tercer poder que, en palabras de Ernest Forsthoff, pueda decidir «apoyándose en el Derecho, sobre cuándo está él mismo sujeto a la ley y cuándo deja de estarlo»<sup>12</sup>.

Si resulta manifiesto que tanto lo que hacen los juristas teóricos como lo que hacen los juristas prácticos no posee la certeza que en otro tiempo se le supuso, habrá, en consecuencia, también que situar al dogmático y, sobre todo, al operador jurídico en un lugar y con una responsabilidad muy distinta de la que se desprende del modelo positivista. El alejamiento parece patente, como dice Alexy desde la primera página de la *Teoría de la argumentación jurídica*<sup>13</sup>: «uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológica jurídica contemporánea» es que «la decisión jurídica, que pone fin a una disputa científica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como ver-

<sup>11</sup> Vid. BACHOFF, O., *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963, p. 45.

<sup>12</sup> FORSTHOFF, E., «Del Estado de Derecho al Estado de Justicia», 1959, pp. 41 y ss. Cfr. BACHOFF, O., *Jueces y Constitución*, *op. cit.*, p. 16. Estas palabras forman parte de un debate abierto y polémico surgido en Alemania a tenor de la función de control que la Ley Fundamental de Bonn otorga al juez frente a los otros dos poderes del Estado: el legislativo y el ejecutivo. Los juicios al respecto comprenden desde una adhesión entusiasta hasta una repulsa violenta. Entre los autores que participan de esta primera postura destaca René Marcic («Del Estado de Derecho al Estado Judicial: El Derecho como medida del Poder», 1957); en la segunda nos encontramos al ilustre profesor de Derecho Público de Heidelberg, arriba citado, Ernest Forsthoff.

<sup>13</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

daderos o probados»<sup>14</sup>. Junto a los «casos fáciles» donde la claridad de la premisa mayor y menor permite la simple aplicación del método lógico deductivo para hallar la conclusión del silogismo –que no la decisión–, coexisten «casos difíciles» donde el razonamiento deductivo sigue jugando un papel importante pero no suficiente<sup>15</sup>.

Si esto es así, ¿cómo mantener los viejos ideales, de la certeza y seguridad jurídicas?, ¿el Derecho se resuelve en un conjunto informe de decisiones subjetivas y arbitrarias?, ¿cómo dejar tanto poder –sin control– en manos de la discrecionalidad?

Nuestra tesis, en la línea de Atienza<sup>16</sup>, es que la tarea del juez es la de decidir sin ser un decisionista. Debe tratar de potenciar al máximo los aspectos cognoscitivos de su práctica, sin perder de vista que siempre quedará, al menos, un resto de voluntad y que esto significa reconocer que juzgar supone detentar un poder. ¿Cómo podemos mantener ese equilibrio, evitando caer en fórmulas decisionistas, o en fórmulas deterministas, como Montesquieu convencido de que se puede juzgar sin decidir?

Para afrontar las exigencias que acabo de enunciar, debemos partir de tres cuestiones ideológicamente comprometidas para la Teoría del Derecho actual: el carácter de las fuentes que suministran al juez estándares, valores y criterios que aparecerían en el momento interpretativo; el modo de realizar la interpretación y de articular estos estándares; y por último, el problema de justificación de la actividad judicial.

Retrotraigámonos al pasado. Después de la experiencia jurídica y jurisdiccional nacionalsocialista –y de caída del imperio de la ley– cualquier empresa que en adelante pretendiera recuperar un control sobre el razonamiento jurídico y sobre la argumentación judicial debía compensar el arrumbamiento del principio de vinculación de la ley mediante algún otro expediente que legitimase directamente a la judicatura o bien proporcionase formas de control sobre el proceso de adopción de sus decisiones. Parecía necesario justificar el proceso de formación de las decisiones judiciales de acuerdo con ciertos criterios objetivos e ideológicamente plausibles, de modo que la vinculación de la ley no cediese paso a la pura arbitrariedad subjetiva. Y aunque los intentos fueron múltiples –y aunque sólo sea a título indiciario– me atrevería a recogerlos en dos grandes apartados. Por una parte, mencionaríamos las propuestas de las *Teorías de la argumentación en general*<sup>17</sup>, centradas en el

<sup>14</sup> Ibídem, p. 23.

<sup>15</sup> WROBLEWSKI, J., «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46.

<sup>16</sup> ATIENZA, M., «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, op. cit., p. 125.

<sup>17</sup> Prieto Sanchís califica a estas corrientes de pensamiento bajo el rótulo de «Pensamiento problemático». Al respecto, ITURMENDI, J., prefiere hablar de «nueva dogmática» tal y como lo recoge en «Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la Filosofía del Derecho», en *Estudios de Filosofía del*



momento interpretativo como núcleo de la realidad jurídica, y en la búsqueda de «la racionalidad de lo relativo»<sup>18</sup>, un conocimiento supraindividual de los jueces que impide el puro subjetivismo arbitrario. Y por otra haríamos referencia a lo que llamaremos «*normativismo realista*»<sup>19</sup> que, aunque coincide con la anterior en la crítica a la interpretación mecanicista, no resulta tan exagerado en lo que a la devaluación de las leyes se refiere, ni se obsesiona con el momento interpretativo como punto neurálgico de lo jurídico. No obstante, el reconocimiento de la dimensión creativa de las sentencias, aun cuando se despreocupe por los valores y prejuicios del juez, coloca a este pensamiento en una posición sumamente avanzada y sugerente. Pues bien, entre las propuestas que constituyen la primera vía, merecen la pena destacar las Teorías de la argumentación en general: la tópica jurídica de Viehweg, la hermenéutica gadameriana o de Josef Esser, la nueva retórica de Perelman... Mientras que formando parte del segundo bloque –el normativismo realista– figuras como Kelsen, Hart o el realista Ross van a resultar ineludibles.

Ahora bien, aun cuando no podamos detenernos en cada una de estas teorías, sí merece la pena referirnos a ellas *grosso modo* y recuperar y conjugar aquellas ideas que entendamos deben presidir el momento de la decisión judicial.

Las Teorías de la argumentación representan un intento por reconducir la ética a la razón, ahora razón práctica, frente a la razón pura o, si se quiere, y aludiendo a Bobbio, el descubrimiento de una tierra que ha permanecido durante mucho tiempo inexplorada tras el triunfo del racionalismo matematizante<sup>20</sup>. Éste es el problema al que se ha dedicado toda la corriente de las teorías de la argumentación jurídica, que en un afán por superar el irracionalismo que podría apoderarse de toda interpretación, considera necesario establecer un modelo argumentativo que haga controlable el razonamiento jurídico, incluso más allá de la letra y del espíritu de la ley. De ahí que se insista tanto en la

---

*Derecho y Ciencia jurídica en memoria y homenaje a D. Luis Legaz y Lacambra*, t. I., *op. cit.*, pp. 604 y ss. No obstante, Prieto Sanchís entiende que «esta terminología puede inducir a error y confusión, ya que la “nueva dogmática” parte de unas premisas distintas, cuando no opuestas a las de la “vieja dogmática”». Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 54, nota a pie de página núm. 28.

<sup>18</sup> Tomo esta expresión de OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y Positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, p. 113.

<sup>19</sup> La expresión es de PECES BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 263 y ss.

<sup>20</sup> BOBBIO, N., «Prefazione» a la traducción italiana de PERELMAN, Ch., y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966, p. XIII. Existe traducción al castellano, PERELMAN, Ch., y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, J. Sevilla Muñoz (trad.), Gredos, Madrid, 1989.

«motivación» de la sentencia<sup>21</sup> –más que en su fidelidad a la ley–, rasgo que caracteriza a este género de planteamientos.

Sin embargo, la devaluación de la eficacia de las leyes, y las posibilidades de la lógica convierten a la interpretación en el tema estrella de la realidad jurídica, y esto plantea serios problemas. «De un lado, porque el conocimiento supraindividual y las reglas que se proponen para sustituir al principio de vinculación es discutible que consigan su propósito, lo que tiene algunas consecuencias a la hora de configurar la posición y responsabilidad de los tribunales en el Ordenamiento jurídico. De otra parte, una vez devaluada la norma, resulta difícil recomponer la unidad del sistema a partir del complejo y problemático mundo de las decisiones judiciales. Por lo demás, no es preciso subrayar el estímulo iusnaturalista<sup>22</sup> que puede nacer de estos planteamientos»<sup>23</sup>. La Teoría de la argumentación, al partir y al exagerar desafortunadamente la debilidad lógica deductiva del Derecho, se olvida de que sin lógica no hay justificación racional posible. Es discutible, por consiguiente, que este conocimiento supraindividual hen-

<sup>21</sup> Recordemos que actualmente se exige la motivación en la sentencia respecto de todas las pretensiones solicitadas, y que la ausencia de alguna de éstas supone la violación del artículo 24.1.º de la Constitución. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1983, de 11 de julio, fundamento 3 a). Otra cosa es la reflexión que podamos hacer sobre si la motivación constituye un medio eficaz para ejercer la crítica de las decisiones judiciales o si, por el contrario, aquélla presenta más bien un carácter simbólico o formal que nada o muy poco dice sobre las auténticas razones del fallo. Aun cuando posteriormente trataremos el tema de la justificación distinguiéndola de la explicación, he de señalar aquí el error en que suelen incurrir buena parte de los prácticos del Derecho, y entre ellos nuestro Tribunal Constitucional, confundiendo ambos procesos y definiendo el concepto de una «motivación» suficiente de las sentencias, «como explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión» (STC 55/1987, de 13 de mayo). No obstante esta confusión explícita, motivar las sentencias significa *justificarlas*, y para lograrlo no basta con mostrar el modo en que se ha producido una determinada decisión –proceso psicológico, sociológico...–, sino mostrar las razones que *permiten ver una decisión como algo aceptable*. En los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es bien distinta.

<sup>22</sup> La continua referencia a la «naturaleza de la cosa» desde la hermenéutica gadameriana hasta la nueva retórica de Perelman –cuando alude a las técnicas de disociación de nociones–, puede conducir a resultados iusnaturalistas, o si se prefiere a la admisión de otro Derecho situado en la esfera del sentimiento colectivo, de la prudencia, de la naturaleza de la cosa... Desde esta perspectiva se comprenden las siguientes palabras de Perelman cuando afirma que «el razonamiento judicial, tal como actualmente se concibe no permite establecer una distinción tan neta como la del siglo XIX entre Derecho natural y Derecho positivo», PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1976), trad. de L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979, p. 180. Asimismo, autores como Foriers sostienen que el juez acude y debe acudir al «Derecho natural positivo» que son reglas no formuladas legislativamente, pero que no son ni subjetivas, ni arbitrarias, sino que son parte irreductible del ideal de la vida individual y social. Cfr. FORIERS, P., «Le juriste et le Droit naturel. Essai de définition d'un Droit naturel positif», en *Revue Internationale de Philosophie*, 1963, XVIII, pp. 335 y ss.

<sup>23</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., p. 52.

chido de valores resulte viable en una sociedad fluida, abierta y pluralista; y además, sin reclamación alguna de responsabilidad política al juez.

En efecto, ya se haga referencia a una serie de misteriosos *topoi* capaces de generar el consenso de todos<sup>24</sup>, o como hace la hermenéutica a un «ordenamiento de valores anteriores a toda legislación»<sup>25</sup> o la tradición, el principio de autoridad y los prejuicios<sup>26</sup>, ya se recurra, como en el caso de la nueva retórica, a un Derecho distinto del Derecho aparente expresado en la ley<sup>27</sup>, lo cierto es que para garantizar la racionalidad y la objetividad de la argumentación racional, tanto la tópica como la nueva retórica y la hermenéutica invocan una serie de discutibles principios extrasistemáticos que permiten preservar la figura del juez como órgano político vinculado, no a la ley pero sí a estas reglas y pautas hermenéuticas. En todo caso, supone —básicamente en el planteamiento hermenéutico y retórico— la creencia y la defensa de un conocimiento supraindividual que se forma con el tiempo en el seno de los grupos sociales, un conocimiento que es asumido por el juez y que impide, o al menos, cercena, el subjetivismo de la decisión.

El problema principal de este pensamiento dialéctico es que deposita una confianza excesiva en las virtudes del razonamiento y esto puede desembocar en referencias valorativas extralegales y, no obstante, pretendidamente, objetivas.

Del mismo modo, la renovación que se pretende desde las teorías de la argumentación más modernas, más que romper con el tradicional formalismo jurídico, termina en «un nuevo intento fallido de salvaguardar la ideología de la certeza jurídica intentando integrar la ineludible toma en consideración de los factores materiales de la aplicación del Derecho con una fórmula que asegure la objetividad y previsibilidad de la decisión jurídica»<sup>28</sup>. Pero, ya se hable de la aportación de buenas razones que puedan convencer a un auditorio universal —Perelman—, o de que éstas puedan ser aceptadas por todos en una situación ideal de diálogo —Apel o Habermas—, o sencillamente aceptadas por un «auditorio particular ideal»<sup>29</sup> —Aarnio—, estas situaciones ideales sólo pueden existir en la imaginación filosófica, decidiendo al final el juez, individualmente y según su conciencia.

<sup>24</sup> Vid. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, op. cit. Sobre la tópica jurídica, vid. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

<sup>25</sup> Vid. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

<sup>26</sup> Vid. GADAMER, H. G., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1977.

<sup>27</sup> Vid. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit.

<sup>28</sup> Vid. CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 218.

<sup>29</sup> AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 284.

En cualquier caso, y antes de continuar con nuestra línea argumentativa, sí debemos señalar las dos dificultades insalvables que entraña este pensamiento, en opinión de Prieto Sanchís. Por una parte, el recurso de la tradición o el consenso sólo puede servir para grupos cerrados y homogéneos, que no para sociedades como la nuestra, abierta y pluralista, donde hallar valores o principios de justicia material potencialmente «consensuales» sería una tarea francamente difícil, y desde luego, ideológica. Por otra, la fórmula del consenso serviría para una sociedad no democrática, ya que en un marco democrático, la Constitución y las leyes recogerían el «consenso» de la voluntad general. «Ciertamente, el juez puede recurrir a elementos extrasistemáticos, por ejemplo en caso de laguna; su decisión entonces responderá, tal vez, a las reglas de la moral mayoritaria, sin que ello signifique en modo alguno que esa moral respalde su decisión como lo haría la ley o la Constitución»<sup>30</sup>.

Ante esta situación, creo que merece la pena llamar a las cosas por su nombre, y reconocer que el juez crea Derecho, y que tiene una responsabilidad social y política ante el Pueblo que lo legitima, según los artículos 1.2 y 117.1 de la Constitución.

Éste es un aspecto que no aparece desarrollado en la obra de Kelsen, empeñado en prescindir de la dimensión política o fáctica en la explicación del Derecho, pero que quizás podría desprenderse de su planteamiento. Examinémoslo.

Frente al planteamiento ya referido, obsesionado en buscar un razonamiento jurídico que haga controlable la decisión de los jueces, las teorías normativistas realistas descuidan éste, al entender la interpretación jurídica como asunto de Política jurídica y no de la Ciencia del Derecho. «No existe –en palabras de Kelsen– genéricamente ningún método –caracterizable jurídico-positivamente– según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el “correcto”; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico»<sup>31</sup>.

De este modo, tanto Kelsen como Hart –al que luego aludiremos–, abren espacios de «no Derecho» en la decisión jurídica difícilmente conciliables con las tesis y los principios tradicionales del Derecho: legalidad, seguridad jurídica, neutralidad... Su renuncia a considerar como un problema metodológico la elección de la decisión adecuada dentro del margen de discrecionalidad que permite la aplicación y el desarrollo de las normas abstractas y generales del Ordenamiento jurídico «saca» del ámbito de lo jurídico aspectos esenciales de la vida

---

<sup>30</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., pp. 65-66.

<sup>31</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 13.ª edición, 1975, p. 352.

del Derecho. Y dentro del margen de apreciación derivado de la textura abierta del Derecho, los fundamentos de la decisión dejan de ser jurídicos para considerarse como una cuestión «voluntarista» o política. «En la aplicación del Derecho por un órgano jurídico –según Kelsen–, la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra»<sup>32</sup>. En este momento habríamos ido más allá de la estructura lógico-formal de la norma. Pero, ¿cómo solucionar el problema? Kelsen lo resuelve de la siguiente forma: la Ciencia entrega al intérprete esas distintas interpretaciones de las normas que son elaboradas según el método científico, y hasta aquí llega la labor del científico del Derecho. La decisión es un momento lógico perfectamente diferenciable. El proceso de conocimiento es un proceso abierto por la Ciencia jurídica, mientras que el proceso de decisión pertenece a un orden distinto. La elección dentro del abanico de posibilidades que entrega la Ciencia jurídica «no es un problema técnico-jurídico, sino político-jurídico»<sup>33</sup>. Y entre esos dos procesos hay una barrera lógica donde la asepsia y el objetivismo del conocimiento quedan libres de la contaminación de intereses o valoraciones. «La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor de los cuidados la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido “correcto”»<sup>34</sup>.

Coincidimos con Kelsen en que una cosa es «decidir» y otra bien distinta es explicar o justificar una decisión. Decidir no es nunca simplemente una cuestión de lógica. De hecho, la lógica no produce la decisión, sino que sirve para controlar la toma de decisiones. Esto es, para determinar si una toma de decisión es correcta o no.

De este modo, Kelsen configura al juez como órgano creador de Derecho, y viene a afirmar en su *Teoría pura del Derecho* que «La jurisdicción o acto de decir el Derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos [...] La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador del Derecho»<sup>35</sup>.

Sin embargo, esta perspectiva –al igual que la Teoría de la argumentación jurídica originaria de los cincuenta– pretende ocupar una postura equidistante entre «legalismo» y la «judicatura libre y autónoma». Reconoce que los jueces son una fuente de producción jurídica, pero eso sí, fuente subordinada a la ley. A diferencia de lo que afirma el «movimiento de Derecho libre», la creatividad judicial en la Teoría pura no se centra en los procesos de comprensión de la norma, sino más bien en su aplicación al caso concreto. La ley general es com-

<sup>32</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 354.

<sup>33</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 353.

<sup>34</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 356.

<sup>35</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pp. 151-152.

previsible, pero «no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se le aplica»<sup>36</sup>, y es de esta forma instersticial como se desarrollaría básicamente la creación judicial del Derecho. En realidad, y pese al aparente rigor de la separación, la interpretación científica donde la lógica se aplica al razonamiento jurídico representa la primera fase de la interpretación operativa, mientras que la segunda fase –en lo que a la cualificación jurídica de los hechos se refiere– se abandona a la discrecionalidad.

No obstante, ello no debe llevarnos a la locura del pensamiento romántico alemán; todo lo contrario. La Teoría pura del Derecho representa no sólo un llamamiento al rigor metódico, sino una rehabilitación ideológica de la razón como instrumento conformador del obrar humano. El reconocimiento por parte de Kelsen de la presencia de valoraciones subjetivas e ideológicas en el proceso de creación-aplicación del Derecho no conduce a la hegemonía de la judicatura, frente al poder legislativo. El juez se encuentra sometido y vinculado a la ley, y aun cuando en determinadas circunstancias Kelsen admita que los Tribunales pueden actuar como legisladores<sup>37</sup>, lo cierto es que «el orden jurídico es un sistema de normas generales y de normas individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia por su norma fundante básica»<sup>38</sup>. Por lo tanto, y aun cuando la vinculación no es tan absoluta como en el positivismo exegético<sup>39</sup>, tampoco intenta reconstruirse mediante referencias extralegislativas al estilo del pensamiento dialéctico. Y esto es lo que Kelsen le critica a Esser: si el concepto de norma jurídica no se distingue claramente del concepto de principio o valor que influye en la creación de normas, la frontera entre Derecho positivo de un lado y moral, política y costumbres de otro queda destruida, lo que puede parecer ausplicable sólo a aquellos representantes

<sup>36</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 350. En este sentido, Kelsen hablará de la indeterminación intencional del acto de aplicación del Derecho, y de la no intencional. Ver apartados *b* y *c* del epígrafe 45 del capítulo VIII.

<sup>37</sup> Kelsen se refiere a cuando los Tribunales diseñan la premisa mayor, o producen normas jurídicas generales mediante la técnica del precedente. Véase el epígrafe 35, apartado *g*, de la *Teoría pura del Derecho*, op. cit.

<sup>38</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., epígrafe 35 f, p. 243.

<sup>39</sup> Kelsen, formulando su crítica explícita a la interpretación mecanicista del pensamiento exegético, afirma: «La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo una decisión correcta, y que la “corrección” jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. [...] La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, puede obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del Derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación»; vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., epígrafe 45, apartado *g*, y epígrafe 46, pp. 352-353.

de la Ciencia jurídica que consideran de su competencia no tanto el conocimiento objetivo del Derecho positivo cuanto más bien la justificación o discusión en el plano político-moral de la validez, operando así una valoración extremadamente subjetiva del Derecho bajo la bandera del objetivo conocimiento jurídico<sup>40</sup>.

La posición de Ross, en lo que a la vinculación judicial a la ley se refiere, no difiere mucho de lo que acabamos de apuntar. Lo que él denomina «conciencia jurídica formal»<sup>41</sup> forma parte de su creencia absoluta de que los jueces no inventan todo el Derecho, sino que «de hecho [...] se sienten obligados, en alta medida, por las declaraciones de la legislatura»<sup>42</sup>. Una cosa es reconocer que el conjunto de fuentes del Derecho no nos facilita una información completa y coherente de la realidad jurídica, y otra muy distinta es negar que «la ideología de las fuentes del Derecho es la ideología que de hecho anima a los tribunales»<sup>43</sup>. Lo afirmado no impide colocar a Ross como exponente del judicialismo, y en consecuencia, más cercano a las tesis decisionistas que a las aplicativistas. Así reconoce Ross que «las teorías de movimiento del Derecho libre se encuentran más cerca de la verdad que las teorías positivistas» –legalistas–<sup>44</sup>, pues los valores no vinculados a la ley –la conciencia jurídica material– están normalmente presentes en las decisiones judiciales.

Pero, dentro de los esfuerzos intelectuales de superación del positivismo mecanicista y de las posiciones judicialistas radicales, nos encontramos la tesis del británico H. L. A. Hart, elaborada en polémica primero con los realistas americanos y posteriormente con la peculiar teoría neo-iusnaturalista de Ronald Dworkin. Quizás sea en el ya mencionado reconocimiento de la textura abierta del Derecho, reconocimiento de la inevitable zona de penumbra de todo Derecho, donde Hart recoge mejor los problemas en los que se debate la cultura jurídica contemporánea. Dice así: «todas las reglas imponen reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros a los que ella se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible negar esta dualidad entre un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales»<sup>45</sup>. La «textura abierta» en esta zona de penumbra atribuye a los jueces

---

<sup>40</sup> Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, trad. it. de M. Losano, Einaudi, Torino, 1985, p. 184. Hay una versión castellana de H. C. Delory, Ed. Trillas, México, 1994.

<sup>41</sup> Vid. Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 133.

<sup>42</sup> Vid. Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 76.

<sup>43</sup> Vid. Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 74.

<sup>44</sup> Vid. Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 150.

<sup>45</sup> Vid. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 153.

una potestad de elección, sin que la Ciencia del Derecho provea de medios suficientes para reducir ese margen de apreciación mediante el Ordenamiento jurídico. Es cierto, no obstante, que las leyes, los precedentes, las costumbres... disciplinan en cierto modo la realidad social, erigiéndose en algo más que en meras fuentes inspiradoras de la decisión judicial<sup>46</sup>. Pero esto no hace más que demorar el momento creativo último<sup>47</sup> que expresa una irreductible discrecionalidad. En palabras de Hart: «La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales [...]. Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas [...]»<sup>48</sup>. Es el reconocimiento realista de la forma de operar de los juristas que, en definitiva, se resolverá con la apelación a la regla de reconocimiento, como una cuestión de hecho para devolver certeza al Derecho. «(L)a regla de reconocimiento sólo existe como práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho»<sup>49</sup>.

En cualquier caso, y resumiendo, son tres las características que destacan del pensamiento hartiano basado en la textura abierta del Derecho: En primer lugar, se niega el carácter pleno y coherente del fenómeno jurídico, acogiéndose a una visión amplia de positivismo. En segundo lugar, se rechaza la concepción mecánica y tradicional de la jurisprudencia. Para terminar, con una opción hacia la preeminencia de las reglas que limitaría el margen de disposición judicial.

Lo que ahora conviene destacar es que si bien en la crítica de la interpretación mecanicista, y en el carácter creativo del juez operativo existe acuerdo entre las teorías de la argumentación y las normativistas, no sucede igual con determinados asuntos que más arriba he calificado de comprometidos ideológicamente para la Teoría del Derecho contemporánea. Me estoy refiriendo al carácter de las fuentes que suministran al juez los estándares y valores que aparecen en el momento interpretativo y decisorio; el modo de efectuar la interpretación y, consecuentemente, el problema de justificación de la actividad judicial. Y es que si el pensamiento hermenéutico y retórico, en general, habla de «prejuicios», de «la naturaleza de la cosa», del *ius non scriptum* frente a la *lex scripta*..., el pensamiento normativista habla del sometimiento a una normativa preexistente, aun

<sup>46</sup> Sobre el pensamiento de H. L. A. Hart, véase DE PÁRAMO, J. R., *H. L. A. Hart y la Teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 168 y ss. y 379 y ss.

<sup>47</sup> HART, H. L. A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo, *Sistema*, núm. 36, mayo 1980, pp. 10-11.

<sup>48</sup> Vid. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>49</sup> Vid. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 137.



cuando el momento decisorio se abandone a una irreductible discrecionalidad, donde elementos subjetivos –morales, políticos– conforman el fallo final. Ambos hacen referencia a una serie de valores que, o bien tienen la fuerza legitimadora propia de las leyes –sin serlo– por parte de las Teorías de la argumentación; o bien, se encuentran fuera del control de la Ciencia jurídica, al ser elementos del todo subjetivos. En ambos casos la posición del juez se dibuja, no obstante, como plenamente heterónoma, bien declarando principios que ya existían –aunque de un modo «extrasistemático»– bien decidiendo –con elementos subjetivos y morales– entre un elenco de posibilidades científico-jurídicas. Quizás este problema se resolvería si estos principios morales formaran parte del ordenamiento jurídico, y no hubiera que acudir a parámetros extrasistemáticos para completar el proceso interpretativo en la aplicación al caso concreto. Ésta es la postura de Dworkin, y a ella nos referiremos a continuación.

Una de las claves del éxito de Dworkin descansa en su preocupación por el tema de la certeza del Derecho en los «casos difíciles»<sup>50</sup>. Frente a los positivistas que se terminan abandonando a la discrecionalidad del juez, Dworkin pretende plantear una Teoría que sirva para reducir la incertidumbre y mantiene la tesis de la «búsqueda de la racionalidad». Y esto es así, porque el juez –según Dworkin– no debe gozar del más mínimo atisbo de discrecionalidad, ya que ni es legislador, ni está legitimado para serlo, sobre todo en un Estado democrático. Asimismo, el rechazo de la discrecionalidad judicial también se basa en motivos políticos. Esto es, dejar los derechos individuales en manos de los jueces capaces de aplicar un Derecho retroactivo significaría –según Dworkin– «no tomarse los derechos en serio», y atentar contra el principio de seguridad jurídica, tantas veces reclamado por los positivistas pero paradójicamente abandonado al final a su suerte. Dworkin reivindica la misión garantizadora del juez, que no creadora.

Para ello, Dworkin sólo remite al juez al mundo del Derecho, Derecho compuesto por algo más que un conjunto de normas<sup>51</sup>, reconocibles por una regla de reconocimiento, sino también por principios –la justicia, la equidad, «fairness»– y directrices –objetivos sociales que se deben alcanzar y que son socialmente beneficiosos–. Mientras que las normas se aplican o no, los principios dan razones para decidir en un sentido concreto, pero su enunciado no determina las condiciones de aplicación. Asimismo, los principios informan las

---

<sup>50</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, en especial el capítulo IV sobre los «casos difíciles», pp. 146 y ss. Un examen en profundidad del pensamiento de DWORKIN requeriría consultar sus obras *A matter of principle*, Harvard University, Cambridge, 1985; y *Law's Empire*, Harvard University, Cambridge, 1986.

<sup>51</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 72 y ss.

normas jurídicas concretas, de tal manera que la literalidad de la norma puede incluso llegar a ser desatendida por un juez cuando se estima que viola un principio.

Uno de los ejemplos reales señalados por Dworkin al respecto es el famoso asunto *Riggs v. Palmer* resuelto por la Corte de Nueva York en 1889, y en el que se planteó si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado a su abuelo. «El razonamiento del Tribunal empezaba por advertir que: “Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino”. Pero el mismo tribunal continuaba señalando que “todas las leyes lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. El asesino no recibió su herencia»<sup>52</sup>.

Por lo tanto, más clara resulta, en este sentido, la teoría de Dworkin pues no necesita acudir para mantener la racionalidad de las decisiones jurídicas a elementos extrajurídicos. Su teoría, como acabamos de decir, parte de una reformulación del propio concepto de Derecho en virtud del cual éste no sólo contiene normas sino también principios que constituyen razones morales para decidir<sup>53</sup>. Ahora bien, aunque se mantengan dentro de las fronteras del Derecho, se plantea un problema referente a la naturaleza de estos principios, que parecen estar más allá o por encima de las normas. Se trata de nuevo de principios cuyo origen no es legal ni jurisprudencial, sino que hunden sus raíces en el sistema de moralidad sobre el que descansa el propio Derecho<sup>54</sup>. Los principios deben entenderse como un tipo de estándar que «ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»<sup>55</sup>. En suma, se trata de un intento de dotar al razonamiento jurídico de una seguridad y una certeza que la ley y la pura lógica ya no pueden

<sup>52</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73.

<sup>53</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 61.

<sup>54</sup> Véase la caracterización que Dworkin realiza de los principios en los capítulos 2 y 3 de la obra anteriormente citada. Entre los numerosos comentarios y críticas, vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Teoría del Derecho y Filosofía política en R. Dworkin», en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985, pp. 353 y ss., así como el número de la *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, 1993, que lleva como título, *R. Dworkin. Estudios en su homenaje*.

<sup>55</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

proporcionar. Pero esto significa que en realidad el juez acude a criterios extrasistemáticos para formar sus decisiones ya que para Dworkin existen principios no identificados por la regla de reconocimiento, y deberes que no reposan en una práctica social sino que derivan de un misterioso juicio normativo.

De hecho, para Dworkin, el origen de los principios no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino «en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el fondo como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo»<sup>56</sup>. Posteriormente, y tras las críticas recibidas por algunos autores de la talla de J. Raz<sup>57</sup>, coloca el debate en un terreno diferente, y afirma que para el positivista «la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia»<sup>58</sup>.

Dworkin pretende demostrar que el modelo positivista es incapaz de describir correctamente el Derecho, ya que en el último momento, el juez se ve obligado a conectar Derecho y Moral, ámbitos tenazmente separados por los puristas. El razonamiento jurídico no puede estar separado del razonamiento moral, y esto ha empujado a algunos autores a calificar la tesis dworkiniana de iusnaturalista. De hecho, —y en palabras de Richard—, «la interpretación del razonamiento jurídico ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart»<sup>59</sup>. Sin embargo, Dworkin no se considera iusnaturalista, no cree en una caja de caudales transcendental, sino que intenta elaborar una tercera vía que se sitúe entre el iusnaturalismo y el positivismo, fundamentada en el modelo reconstructivo de Rawls<sup>60</sup>. Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. ¿Dónde situar, entonces, los límites del Derecho? Dworkin ofrece esta respuesta: «un principio es un principio de Derecho si figura en la Teoría del Derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas»<sup>61</sup>. De este modo, elabora una Teoría del Derecho donde la Moral y la Política ocupan un lugar relevante, e incorpora

<sup>56</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 23.

<sup>57</sup> RAZ, J., «Legal Principles and the Limits of Law», en *The Yale Law Journal*, 81, 1972, pp. 823 y ss.

<sup>58</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 116.

<sup>59</sup> RICHARDS, «Rules, Policies and Neutral Principles», en *Georgia Law Review*, 1977, pp. 1081 y ss.

<sup>60</sup> Sobre este punto, repárese en la noción de «equilibrio reflexivo» de John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1972, 3.ª ed., pp. 48-51. Existe versión en castellano, *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M. D. González, México, FCE, 1979.

<sup>61</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 128.

un aparato analítico –el modelo de reconstrucción racional– aplicado al conocimiento y a la crítica del Derecho.

Pero sin duda será su tesis de la respuesta correcta, y su modelo de juez Hércules, lo que más ampollas levante entre sus detractores. Todos los casos difíciles tienen su respuesta correcta, basta con saber conjugar las normas, directrices y principios que conforman el Derecho. El juez Hércules deberá tomar y usar los principios, y como no hay jerarquía entre ellos, son dinámicos y cambiantes, y la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial, el juez deberá poner en una balanza éstos, sopesarlos, e inclinarse por el que más peso tenga. En consecuencia, al juez se le exigirá la búsqueda de criterios y la elaboración de teorías que justifiquen su decisión.

La Teoría del Derecho, para Dworkin, tiene, pues, la función de reducir la incerteza del Derecho. Posee una dimensión descriptiva, que ayudará a conocer el Derecho vigente, y una dimensión prescriptiva, auxiliar indispensable para el juez. Sólo con la teoría se podrán resolver los casos difíciles, y servirá para que el juez pueda decidir con fundamento racional, ya que formará parte del Derecho también<sup>62</sup>.

No obstante, Dworkin es consciente de la posibilidad de reconstruir distintas teorías que avalen a su vez respuestas diferentes. Ante esta situación, Dworkin recomienda acogerse a la teoría que mejor justifique y explique el Derecho histórico y el Derecho vigente; esto es, la teoría mejor elaborada y más coherente.

Pero, ¿cómo saber que una teoría es mejor que otra, sin caer en el riesgo de «absolutizar» una teoría como la mejor frente a la otra? Ante esta pregunta, Dworkin no encuentra respuesta.

¿Acaso este juez Hércules omnisciente –tal y como lo plantea MacCormick<sup>63</sup> en «Taking the Rights Thesis Seriously»– no se transforma en el Dios absoluto o en la Razón a usanza del iusnaturalismo? El tener que decidir sobre la respuesta correcta probablemente exige un criterio absoluto de evaluación de las teorías, y esta absolutización no surge de la utilización del modelo de reconstrucción sino de una hipotética ordenación valorativa en términos absolutos. Esto ha motivado, entre otras razones, la calificación de Dworkin y de su teoría como neo-iusnaturalista.

Ahora bien, la seguridad dworkiniana basada en el mito del juez Hércules –el jurista íntegro que valora a la vez el Derecho y la

<sup>62</sup> Este aspecto ha sido muy criticado por las corrientes positivistas, pues considerar que la Teoría del Derecho pueda formar parte constitutiva del Derecho es casi una «blasfemia» para éstas. En cualquier caso, y tal y como se plantea Calsamiglia, «¿No es posible demostrar que las teorías jurídicas se utilizan para resolver casos difíciles?», «Prólogo» a DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 16.

<sup>63</sup> MACCORMICK, N., «Taking the Rights Thesis Seriously», en su libro *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 136.

Moral—, que nos conduce a la idea de la existencia objetiva de una única respuesta correcta sobre las demás, merece una breve reflexión. Como ha denunciado Prieto Sanchís, en Dworkin se produce así una analogía entre Derecho y Moral que impide la valiosa función crítica que toda posición moral abierta tiene sobre el funcionamiento del Derecho positivo. La perspectiva de un Derecho moralizado y una Moral juridificada no parece ser un buen ideal: «El Derecho, en primer lugar, corre el riesgo del totalitarismo si intenta imponer siempre como solución pública respaldada por la fuerza la que considera mejor solución moral, y ello sin contar el encubrimiento de la discrecionalidad bajo el manto protector del Derecho. Y la moral, en segundo término, corre el riesgo de esclerotizarse por un excesivo contacto con las instituciones y los procedimientos; e incluso corre el riesgo de perder su valiosa función crítica desde el momento en que alguien pueda pensar en serio que las decisiones jurídicas constituyen siempre la mejor expresión de la moralidad»<sup>64</sup>.

Sin embargo, Dworkin insiste en la interpenetración de Derecho y Moral —«la fusión del Derecho constitucional y la teoría de la ética»<sup>65</sup>—, y reclama un activismo del Tribunal Supremo norteamericano, que paradójicamente choca con su insistencia en la no creación de los jueces. ¿Cómo conjugar ambas dimensiones?, ¿de qué fuente proceden las pautas que debe seguir el juez? De las concepciones y conceptos constitucionales. Pero, ¿qué tipo de principios justifican que el juez resuelva un caso difícil sin aplicar la ley? No valen todos los principios, sino sólo aquellos que expresen derechos morales básicos, y que, en consecuencia, protejan derechos naturales individuales previos<sup>66</sup>. La teoría dworkiniana continúa haciendo aguas tanto por su distinción entre concepciones y conceptos, como por su extremada confianza en el carácter igualitario del juez.

En cualquier caso, las premisas aceptadas por Dworkin, así como las aceptadas por los hermeneutas y retóricos, conducen a una afirmación diáfana: que por muy Hércules que sea el juez, por muy racional que sea su precomprensión o los instrumentos hermenéuticos que utiliza, por muy alto que sea el consenso que generan sus decisiones, esto únicamente viene a retrasar el insuprimible momento subjetivo e ideológico de la decisión judicial<sup>67</sup>. Además, ante la posibilidad

---

<sup>64</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Cuatro preguntas a propósito de Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, 1993, p. 98.

<sup>65</sup> Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 233.

<sup>66</sup> Para Dworkin, la concepción de los derechos exige al intérprete elevarse más allá del Derecho positivo, valorando los derechos individuales previos a toda legislación. En este sentido, supera la «tesis del Derecho escrito», donde la argumentación judicial se agota en el propio texto codificado. Para una información más completa, véase el artículo de DWORKIN, R., «Political Judges and the Rules of Law», en *The Proceedings of the British Academy*, vol. 64, Londres, 1978, pp. 259 y ss.

<sup>67</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., p. 70.

—admitida por Dworkin<sup>68</sup>, y también por Perelman<sup>69</sup>— de que el Derecho institucional pueda entrar en conflicto con los derechos morales básicos, y sus respuestas de que el juez debe mentir<sup>70</sup>, pone aún más al descubierto la realidad de la creatividad judicial.

Vistas así las cosas, y sin perjuicio de reconocer la gran contribución que el pensamiento aporético y las teorías de la argumentación jurídica han realizado en la tarea de desentrañar el complejo proceso del razonamiento jurídico, creo que su intento de justificar la actividad del jurista manteniéndolo en esa imagen de técnico neutral, puede terminar oscureciendo la naturaleza de su actividad y llevarlo a un enmascaramiento de la misma. De esta manera, en primer lugar, se produce una apariencia de falsa legitimidad de la decisión jurídica cuando en realidad ésta descansa, en última instancia sobre factores políticos y sociales y, en segundo lugar, la mistificación metodológica sirve de facto para disfrazar la enorme discrecionalidad existente. Haciendo mías las palabras de Prieto Sanchís: «La alternativa al primer positivismo jurídico empeñado en estirar las posibilidades de la lógica tanto como fuese necesario para amparar al científico del Derecho, no es, a mi juicio, diseñar una nueva lógica, llámese tópica, retórica o hermenéutica, dirigida a justificar de otro modo idénticos resultados. Desde esta perspectiva, es preferible una teoría descriptiva que, tras mostrar la realidad de las cosas, enfrente al jurista a su propia responsabilidad»<sup>71</sup>. Si se reconoce la función creadora del juez dentro del margen de discrecionalidad que permite el cumplimiento de los valores, principios y normas que forman el ordenamiento jurídico, aceptando que no puede invocarse un Derecho superior, se admite la

<sup>68</sup> Esta admisión, por parte de la Teoría de Dworkin, de que una prescripción jurídica pueda ir en contra de un principio moral, contradice su propia tesis de la relación necesaria entre Derecho y Moral. Numerosos autores han afrontado dicha inconsistencia teórica, desde HART —su antecesor en la cátedra y principal crítico—, en «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *op. cit.*, pp. 15 y ss., hasta G. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 25 y ss.

<sup>69</sup> Ante el dilema de qué razonamiento jurídico emplear cuando las soluciones dogmáticas resultan «contra justicia», Perelman sugiere la utilización de ficciones, esto es, una calificación de los hechos contraria a la realidad, pero que sirva para evitar una injusticia inaceptable. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *op. cit.*, p. 345.

<sup>70</sup> «Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales básicos son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir, porque se verá privado de toda eficacia a menos que se entienda que, en su condición de magistrado, dice que los derechos jurídicos son diferentes de lo que él cree que son. Naturalmente, podría evitar la mentira si renuncia, cosa que ordinariamente servirá de muy poco, o si permanece en su cargo esperando, contra toda esperanza, que su recurso, basado en razones morales, tenga el mismo efecto práctico que habría tenido una mentira»; *vid. DWORKIN, R., Los derechos en serio, op. cit.*, p. 451.

<sup>71</sup> *Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», op. cit.*, p. 600.

responsabilidad política del juez. Por ello, la tarea de una Filosofía como Teoría crítica es la de mostrar el verdadero carácter de su actividad, obligándolo de esta forma a asumir su propia responsabilidad como titular de un poder de decisión.

En este sentido, sí creemos que los problemas relativos a la interpretación jurídica y a la función jurisdiccional representan uno de los temas estrella a que debe responder todo proyecto de política jurídica; al igual que constituyen la principal cantera de pruebas de una Teoría del Derecho. No se trata sólo de que la última palabra de Filosofía del Derecho sea una cuestión de Filosofía política. Lo que sucede más bien es que ambas reflexiones aparecen superpuestas, entrelazadas, de modo que la opción ideológica o política depende en buena medida de la concepción del Derecho que se mantenga y, a su vez, la construcción de una Teoría del Derecho se conecta al modelo que se postule como óptimo para regular la posición y el papel de los llamados operadores jurídicos.

Pues bien, frente al corporativismo metodológico y a otras soluciones ideológicas, el positivismo jurídico —entendemos— garantiza un mínimo de seguridad jurídica y el control político general de los agentes que aplican el Derecho al estar sometidos a fuentes de producción normativa que se legitiman democráticamente y, por otro lado, permite prescindir de los mitos y las falsas seguridades de la metodología tradicional. Ahora bien, este reconocimiento supone, primero, aceptar que dentro de ese margen de indeterminación normativa, la decisión jurídica es una decisión humana y no una operación mecánica o susceptible de alcanzar un ideal absoluto de predefinición a partir de una metodología hermenéutica o argumentativa sofisticada<sup>72</sup>.

Si los fundamentos últimos de la decisión jurídica consisten en criterios valorativos, políticos, económicos, sociales,... hay que llamarlos por su nombre y reconocer que la decisión jurídica descansa en fundamentos políticos y sociales, esto es, que se abre a espacios no científico-jurídicos.

Pero esto no significa el abandono de la decisión judicial a la arbitrariedad y a la discrecionalidad. Hay que evitar, y ahora más que nunca, el desbarre decisionista y trabajar por una hermenéutica controlada. Partiendo del reconocimiento de cierta actividad creadora del juez, aunque ubicado su trabajo interpretativo dentro del ordenamiento jurídico, y de su responsabilidad política, hay que canalizar esfuerzos por buscar formas de control democrático de la actividad judicial.

---

<sup>72</sup> Cfr. CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, op. cit., p. 281. Es en este punto donde MacCormick da entrada al razonamiento práctico en la línea de las teorías de la argumentación racional, para cerrar de un modo «seguro», incluso abriendo espacios importantes a la moral en el ámbito del Derecho, los agujeros del sistema de reglas. Cfr. MACCORMICK, N., «Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS», *Oxford J. L. S.*, núm. 10, 1990, p. 555.

Las limitaciones del control epistemológico racional judicial exigen el reforzamiento de otros vínculos sociales, dentro del organigrama del orden constitucional. Se trataría en cierta manera de conjugar ciertas aportaciones hermenéuticas y retóricas con las posiciones del normativismo realista.

Y es que la lógica deductiva no es el único mecanismo de control de la racionalidad de las decisiones judiciales –*justificación interna*–. La lógica deductiva es necesaria, pero insuficiente, al suministrar sólo criterios formales, no contemplar la analogía, y no determinar la decisión del juez, entre otras razones. Hay otra manera de concebir la argumentación que no supone la negación de la concepción lógica, sino su integración en un esquema más amplio. Consiste, en la línea de Atienza<sup>73</sup>, en ver la argumentación como un acto de lenguaje complejo que sólo cabe realizar en situaciones determinadas; en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo) y aceptando que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos. Se trata, en definitiva, de proponer un modelo que permita construir racionalmente el proceso de argumentación en un caso difícil: identificando en primer lugar, cuál es el problema a resolver<sup>74</sup> y si éste surge por un exceso o un defecto de información<sup>75</sup>; y buscando, por último, cuáles son los criterios de la «*justificación externa*» –criterios de la razón práctica– que determinan un interpretación de la ley frente a otra, o una versión de los hechos frente a otra.

Y esto es así, debido al *enorme protagonismo que los jueces disfrutan en la actualidad no sólo como intérpretes finales de la legitimidad de los actos de poder, sino también resolviendo cuestiones variadas, novedosas y cruciales que se presentan en nuestros días. De la misma manera que controla los excesos de los otros dos poderes, como garante final del sistema democrático por razones sistémicas al estilo de Ferrajoli, debe decidir sobre un cambio de sexo, sobre la concesión de un amparo, o sobre el carácter contaminante de una determinada actividad. El modelo de juez Hércules propuesto por Dworkin, se parece ahora más que a un hombre de ley, a un verdadero ingeniero social*

<sup>73</sup> ATIENZA, M., «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, op. cit., p. 255.

<sup>74</sup> Tal y como MacCormick destacó en 1978, estos problemas que resolver podían ser de cuatro tipos: *problemas de relevancia*, al tener dudas sobre la norma aplicable; *problemas de interpretación*, al dudar sobre cómo debía de entenderse la norma aplicable al caso; *problemas de prueba*, al no tener certeza de si el hecho en cuestión ha tenido lugar; y por último, *problemas de calificación*, al plantear serias dudas sobre si el hecho –no discutido– cae o no dentro dentro del concepto recogido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

<sup>75</sup> Si el problema se manifiesta por escasez de información, la forma de argumentar será la analogía en sus tres versiones: *a pari* o *a simili*, *a contrario*, y *a fortiori*. Si el problema en cuestión surge por exceso de información, la forma de argumentar será la *reductio ab absurdum*.



como lo calificaría Ost<sup>76</sup>. A su vez, la *complejidad social*<sup>77</sup> que implica una progresiva dificultad de comprensión y predicción de las variables del comportamiento social, junto a la *complejidad epistemológica*<sup>78</sup> que significa la imposibilidad de los agentes de neutralizar las distorsiones que genera su actividad cognoscente, nos obliga a aceptar la máxima de Kaufmann<sup>79</sup> de que el conocimiento del Derecho tiene algo de conformación del Derecho. Pero, vayamos por partes.

El imperio de la ley se revitaliza al tener que compaginar ésta con los principios y valores jurídicos fundamentales que, a su vez, el imperio de la justicia y la sociedad demandan. Se exige el abandono del legalismo estrecho, al estilo kelseniano, y se reclama una visión de la ley, más amplia, en clave constitucional.

De este modo, autores como Neil MacCormick han reivindicado el «legalismo» como una virtud frente a aquellos que lo consideran como un vicio<sup>80</sup>; y entiende que las actuaciones del poder deberán subordinarse al Derecho como sistema de reglas. No obstante, su defensa del legalismo no debe ser confundida como una vuelta al «literalismo» en la interpretación jurídica, sino como «una posición ética y política sobre el Derecho»<sup>81</sup>. También ha reivindicado la funcionalidad del «principio de legalidad» para la protección de libertades individuales en una sociedad pluralista, Joseph Raz<sup>82</sup>. Para este autor<sup>83</sup>, el «principio de legalidad» debe ser entendido como un factor

<sup>76</sup> OST, F., «Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces», *Doxa*, núm. 14, 1993.

<sup>77</sup> ZOLO, D., «Democracia y complejidad. Un enfoque realista», *Nueva Visión*, Buenos Aires, 1994, p. 20.

<sup>78</sup> En palabras de Danilo Zolo: «Los agentes pueden tener en cuenta críticamente —esto es, reflexivamente— la situación de circularidad en que se encuentran, pero no pueden desprenderse de su propia perspectiva histórica y social o liberarse de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecen y que influyen en la percepción de sí mismos. No pueden conocerse objetivamente, pero tampoco pueden, siquiera, conocer objetivamente su medio ambiente, dado que ellos mismos lo alteran al proyectar en él sus propias inclinaciones cuando interactúan con él haciéndolo objeto de su cognición»; *ibídem*, p. 22.

<sup>79</sup> KAUFMANN, A., «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, Granada, 1985.

<sup>80</sup> De este modo resume Kairys la posición de los CLS con respecto al método jurídico formalista. Este método orientado en principio a determinar normas, hechos o resultados, sólo proporciona «una extensa y conflictiva gama de esterilizadas racionalizaciones para que los tribunales puedan elegir entre ellas». Pero, en el momento de tener que decidir entre ellas, «juicios sociales y políticos sobre la sustancia, las partes y el contexto del caso guían tales elecciones, incluso cuando éstos no son explícita o inconscientemente el fundamento de la decisión»; *vid.* KAIRYS, «Introduction», en *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 4. Cfr. CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>81</sup> *Vid.* MACCORMICK, N., «Reconstruction after Deconstruction: A response to CLS», *Oxford J. L. S.*, núm. 10, 1990, p. 541.

<sup>82</sup> RAZ, J., «The Politics of the Rule of Law», *Ratio Juris*, 3/3, 1990, pp. 331-339.

<sup>83</sup> Raz, aun partiendo de las tesis del positivismo jurídico, como MacCormick, se ha alejado progresivamente del formalismo positivista. Cfr. RAZ, J., «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 6/1, 1993, pp. 1-15.

ligado a la cultura democrática de una comunidad, como una especie de cultura de la legalidad y no como una cuestión estrictamente normativa.

Pero, a su vez, el juez no puede ignorar, junto al marco legislativo constitucional, los intereses y razones de todos aquellos que pueden participar teóricamente –y participan en la práctica, aunque virtualmente– en el proceso de argumentación jurídica. Nos referimos al pueblo soberano del que emana la justicia, y quien legitima a los jueces y magistrados, en el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido entendemos que junto al marco de legalidad constitucional, en el que el proceso interpretativo debe insertarse, resulta necesario el desarrollo de garantías formales y procedimentales que, en cierto modo, compensen su falta de representatividad democrática. En esas garantías reside el segundo fundamento de la legitimidad del Derecho judicial.

Sin embargo, los caracteres de independencia, imparcialidad, publicidad, oralidad, motivación..., elementos, todos ellos, que definen y justifican a unos especiales órganos de producción normativa, no eximen de responsabilidad al juez. Y esto es así, porque en un Estado Constitucional, también los jueces han de rendir cuentas de su actuación. El juez deberá motivar<sup>84</sup> sus decisiones *justificándolas* que no sólo explicando el proceso que le ha llevado a éstas, porque así legitimará su poder a través del ejercicio adecuado del mismo. Deberá decidir entre alternativas de acción determinadas y según pautas previamente establecidas o (excepcionalmente) que él mismo contribuye a establecer. Se trata de un segundo nivel de justificación, la justificación externa de la decisión judicial. En definitiva, el poder del juez –y en un Estado de Derecho– es y debe ser un poder limitado y controlado. Esto nos impulsa a sugerir un reforzamiento de los vínculos sociales en una doble dimensión: en una dimensión epistemológica y en una dimensión institucional.

Dentro de esta primera dimensión –la *epistemológica*–, y superando a su vez los modelos tradicionales formalistas y facticistas de Ciencia jurídica, nos acogemos a las posturas de aquellos autores que, como el profesor Saavedra<sup>85</sup>, parten de la asunción de una visión política del Derecho por parte de los operadores jurídicos; reclaman una «resocialización» de las categorías e instituciones jurídicas dogmáticas; así como proponen la justificación consensualmente racional, argumentativa e idealmente democrática, de las decisiones judiciales.

<sup>84</sup> No debemos incurrir en el error de pensar que sólo el juez debe motivar sus decisiones. También el legislador deberá hacerlo en las exposiciones de motivos. Sin embargo, el hecho de que el legislador esté legitimado –al ser elegido directa o indirectamente– por el Pueblo, frente al juez que carece de esta legitimación elegible, hace que el poder de éste se justifique a través del ejercicio adecuado del mismo.

<sup>85</sup> SAAVEDRA, M., *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Distribuciones Fontamara, México, 1994.

Frente al famoso juez Hércules, entendemos que quizás nuestro modelo de juez debería parecerse más al juez Hermes, propuesto por Ost, dios de la comunicación y la intermediación, personaje humilde y secundario, «olvidado en beneficio de la continuidad del juego»<sup>86</sup> democrático. Porque, textualmente, «¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera a “aplicar el Derecho”? Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden. Habría que pensar una autonomía que sea al mismo tiempo heteronomía. Habría que añadir un entrelazamiento incesante de la fuerza y la justicia. En una palabra, es en la Teoría del Derecho como circulación de sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio... La circulación de sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo. Hay Derecho antes de los juristas y lo habrá todavía después de ellos»<sup>87</sup>.

Y es que, en este sentido, el Derecho sería considerado como algo más<sup>88</sup> que una norma, o que un hecho. El Derecho sería entendido como un discurso, un proceso social de creación de sentido, una práctica social discursiva, lingüística y social, que permitiría explicar mejor los problemas tradicionales de la realidad jurídica, así como otros nuevos: la necesidad de un Derecho plural, poroso, reflexivo, o incluso flexible... Esto permitiría, en palabras de Carcova, «rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la autoproducción operacional del Derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; incorporar las dimensiones de la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimación sustancial, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia»<sup>89</sup>.

De este modo, podría tenerse en cuenta y resolverse, a su vez, la tensión entre los distintos criterios rectores de la actividad jurisdiccio-

<sup>86</sup> OST, F., «Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces», *op. cit.*, pp. 180 y ss.

<sup>87</sup> *Ibidem.*

<sup>88</sup> Alan Hunt, desde la orilla británico-marxista de los CLS, afirma que: «El campo de las relaciones jurídicas no es autónomo y está marcado por la penetración de relaciones extra-jurídicas. Durante largo tiempo, el estudio de la decisión judicial ha estado preocupado por la búsqueda de formas discursivas que no son simplemente variaciones del razonamiento jurídico, sino que derivan su significación y su capacidad legitimadora de otras formas de relación social de las cuales surgen»; *vid.* HUNT, A., «The Critique of Law: What is “Critical” about Critical Legal Theory», en FITZPATRICK, P. & HUNT, A. (eds.), *Critical Legal Studies*, Basil Blackwell, Oxford, 1987, pp. 17-18.

<sup>89</sup> CARCOVA, C. M., «Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada», *Jueces para la Democracia*, núm. 24, nov./1995, p. 36.

nal en el Estado de Derecho: el imperio de la ley, el imperio de la justicia y el imperio de la sociedad. Pero, ¿cómo podríamos conseguir la armonía de estas tres dimensiones en el proceso interpretativo asumido por el juez?

Partiendo de la existencia de varios niveles en la estructura del discurso jurídico —el primero constituido por las normas, el segundo por las interpretaciones técnicas de éstas por parte de los operadores del Derecho, y el tercero, conformado por la visión de los ciudadanos—, éstos deben ser condensados circunstancialmente en la decisión judicial. En ésta, a su vez, confluirán elementos cognitivos, volitivos y sociales del juez que deberán también ser aceptados como premisas para afrontar la emisión de una solución judicial controlada. Por consiguiente, se trataría incluso de recuperar el pensamiento kantiano, y poner de actualidad las tres máximas del entendimiento común humano. «1.<sup>a</sup> Pensar por sí mismo. 2.<sup>a</sup> Pensar en el lugar de cada otro. 3.<sup>a</sup> Pensar siempre de acuerdo consigo mismo»<sup>90</sup>. El juez debería «cotejar» su propio juicio con otros juicios (no tanto reales, como posibles), poniéndose en el lugar de todos los otros, haciendo abstracción de las limitaciones que dependen de forma casual de su propio juicio. Deberá separar la sensación y quedarse con las características formales de la propia representación.

Para conseguir articular estas tres máximas podríamos partir de las aportaciones de la hermenéutica alemana y, en concreto, de su círculo intelectual. Sabemos que comprender es interpretar, y que uno comprende en tanto que interpreta lo que ve, y viceversa. «El problema de la interpretación es que implica siempre un compromiso personal del intérprete»<sup>91</sup>. Éste no puede separarse de su comprensión previa, de su «precomprensión». Sin embargo, estos prejuicios no tienen por qué ser vistos en su dimensión negativa, sino también «como algo positivo, porque no hay forma de entender una cosa si no es insertándola en un bagaje de conocimientos previos que permiten que esa cosa despliegue todo el sentido que encierra»<sup>92</sup>.

El juez contrastará, con una mentalidad abierta, su idea inicial con otros parámetros: fin de la norma, experiencia, hecho concreto. Entablará un diálogo con el propio texto, intentando evitar la pobreza y la parcialidad del entendimiento; pero siempre estará sometido al orden establecido por el sistema jurídico<sup>93</sup>, por muy en desacuerdo que esté

<sup>90</sup> KANT, I., «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», en AA.VV., *¿Qué es la Ilustración?*, Tecnos, Madrid, 1993, 3.<sup>a</sup> edición, p. 26.

<sup>91</sup> SAAVEDRA, M., «Interpretación judicial del Derecho y Democracia», *Travesías*, núm. 1, 1996, p. 238.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Aquí reside una importante diferencia entre el planteamiento defendido por nosotros, y el de la hermenéutica alemana de Gadamer o Esser. Para éstos, la decisión del juez no estará basada en la ley, pero tampoco en su concepción personal. ¿Dónde se halla la fuente material de las decisiones? En la naturaleza de las cosas o en la convicción general. Se trata, en definitiva, de auténticos postulados objetivos de justicia,

con el texto jurídico. Las garantías institucionales, las reglas y técnicas de la interpretación y los recursos metodológicos en general, cercenarán los amagos de subjetividad judicial en detrimento de la objetividad del texto jurídico. Pero, entendemos que el criterio de la aceptabilidad del resultado<sup>94</sup> por el conjunto de la comunidad socio-jurídica, debe ser el test determinante del equilibrio legalidad, justicia y sociedad.

Ello implica, en consecuencia, proseguir la práctica discursiva, esta vez con otros sujetos que participan del proceso de la argumentación jurídica. Nos referimos a los sujetos afectados por el caso en concreto, al conjunto de la ciudadanía en general, y a los expertos jurídicos. Y al final, la conjugación de las reglas lógicas<sup>95</sup> –deducibilidad, universalidad, consistencia y coherencia– y las reglas dialógicas<sup>96</sup> –reflejo en el ámbito jurídico del criterio de legitimidad moral– darán lugar a la elaboración y emisión del fallo del juez, pensado siempre desde sí mismo. Y es que, como decíamos anteriormente, ya se hable de la aportación de buenas razones que puedan convencer a un auditorio universal como sugería Perelman<sup>97</sup>, o de la aceptación hipotética por todos de éstas en una situación ideal de diálogo, como proponía Apel o Habermas, o de su aceptación por un «auditorio particular ideal» según la teoría de Aarnio<sup>98</sup>, lo cierto es que en última instancia decide el juez, al tiempo que la racionalidad de la argumentación depende de un juicio hipotético y subjetivo. No obstante, entendemos que la constatación –aunque sea hipotética– de que la decisión judicial supera la prueba de «la aceptabilidad del resultado» garantiza el acercamiento de los parámetros de legalidad, justicia y sociedad, reivindicados por nosotros como horizonte epistemológico hermenéutico.

Pero esta triple conjugación no puede llevarse a cabo si no es conectando el discurso jurisprudencial normativo con la sociedad, y con los intereses y valores que ésta legitima. Los prácticos del Derecho deberían desinhibirse de la obsesión por afirmar una coherencia absoluta «legal-formalista» del proceso interpretativo, y centrarse

---

de carácter racional y prepositivo, y no criterios de política jurídica. Por el contrario, nuestra posición parte del marco legislativo y su límite también reposa en él. Somos conscientes de que nos movemos en el ámbito de la política jurídica, pero no exoneramos al juez de su propia responsabilidad.

<sup>94</sup> Recordemos que la expectativa de consenso es tomada también por la hermenéutica de Esser, como un último expediente para el control judicial. Se trata de una «sana sensibilidad moral o como conciencia moral de todos aquellos que piensan en modo racional y justo», ESSER, J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto* (1972), *op. cit.*, pp. 136-137. La remisión al pensamiento retórico o dialéctico resulta patente; y es precisamente este pensamiento el origen de la nueva retórica de Perelman, clave en la Escuela de Bruselas.

<sup>95</sup> MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*

<sup>96</sup> ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, *op. cit.*

<sup>97</sup> PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *op. cit.*

<sup>98</sup> AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 284.

—como afirma López Calera— «en una afirmación universalizante de los derechos y libertades de todos los seres humanos sin distinción alguna o incluso más allá de la condición de ciudadanía»<sup>99</sup>. Se trataría, en definitiva, de algo ya propuesto por Ferrajoli<sup>100</sup>, y enunciado por nosotros al comienzo de este trabajo, el abandono de la sola dimensión formal y legalista del Derecho y la recuperación de la sujeción *sustancial* del Derecho que retoma al individuo y el respeto de los derechos y libertades fundamentales. El 9.1<sup>101</sup> y el 9.2<sup>102</sup> de la Constitución se dan la mano para conseguir el objetivo final que es el compromiso y la protección de los derechos humanos, individuales y colectivos.

Defendemos «un Derecho radicalmente democrático, un Derecho que no se convierta en el curso de su manipulación en lo contrario de lo que, formalmente, sirve a su justificación: el valor de la libertad y de la igualdad»<sup>103</sup>. Al lado de la racionalidad jurídica formal, incluida la racionalidad práctica, habría que dejar paso a la razonabilidad para la equidad. En la aplicación del Derecho no sólo se tiene necesidad de la razón, sino también de los sentimientos, de las pasiones.

Y en ese sentido, creemos que el juez debe atender no sólo a la producción de Derecho, sino también a la producción de justicia. Deberá tener en cuenta los valores y principios reconocidos en el ordenamiento jurídico, pero también los efectos sociales de su aplicación, teniendo como límite los derechos fundamentales y libertades reconocidas. Las promesas sustanciales del orden democrático actúan como objetivo, pero también como límite de su despliegue hermenéutico.

Del mismo modo, «La invocación al Estado constitucional de Derecho —tal y como advertiera E. Díaz— de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, saltar, al Estado legislativo de Derecho, ni puede por tanto valer como disfraz ideológico para un reductivo Estado judicial de Derecho, poco acorde con la legalidad (...) y la democrática legitimidad (...)»<sup>104</sup>. La soberanía nacional no debe sus-

<sup>99</sup> LÓPEZ CALERA, N. M., «¿Ha muerto el uso alternativo del Derecho?», *Claves*, núm. 72, mayo de 1997, p. 34.

<sup>100</sup> «Las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de los valores como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible»; *vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, *op. cit.*, p. 874.

<sup>101</sup> «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

<sup>102</sup> «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

<sup>103</sup> SAAVEDRA, M., *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>104</sup> DÍAZ, E., «Filosofía del Derecho: legalidad-legitimidad», *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, enero 1999, p. 13.

tituirse por la soberanía constitucional, ni puede servir para sustraer de la ciudadanía el debate y el reconocimiento de sus derechos, libertades y necesidades. El Estado de Derecho es Estado constitucional, legislativo y hasta judicial de Derecho, y las exigencias éticas y sociales de la ciudadanía deben ser reconocidas y garantizadas por el Estado de Derecho en su conjunto –por sus normas jurídicas, su Constitución, sus leyes, sus decisiones administrativas y judiciales– incorporando un contenido concorde con la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales. Y, porque ciertamente, y tal como el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 rezaba: «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución».

Pero los vínculos sociales pueden ser también reforzados en una segunda dimensión: la *dimensión institucional*. Es cierto, tal y como en su día anunciaron Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla, que quizás lo más significativo de la institución judicial en el marco de la división de poderes haya sido el hecho de su colocación fuera del alcance directo de los mecanismos de expresión de la Soberanía Popular, y su confinamiento en el área de influencia del ejecutivo<sup>105</sup>. La independencia de los jueces, más que entenderse como tal frente a los centros de decisión de la propia organización judicial, se ha caracterizado en buena parte de los casos como separación de la sociedad civil, como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular<sup>106</sup>. Sin embargo, y en tanto que se reconoce el margen de subjetividad judicial en el que se encuentra inmerso el proceso interpretativo y decisorio, la sociedad no puede dejar de exigir una estructura judicial cercana a ella, y en consecuencia, una aproximación del juez a las necesidades e intereses de la comunidad. Al fin y al cabo es el pueblo quien legitima al poder judicial, –único poder, por otra parte, calificado como tal por la Constitución–, y éste debe estar presente en la institución misma encargada de tomar decisiones, no sólo mediante garantías procesales. Se trata de tener en cuenta el «punto de vista externo»<sup>107</sup> de la sociedad de forma sustancial, así como la crítica de la jurisdicción por parte de la opinión pública.

Y es en este sentido donde se encajan todas las propuestas de democratización de la institución judicial. La Constitución prevé dos vías de participación popular en la administración de justicia: el jurado y la llamada acción popular. Si la segunda, –artículo 125 CE– consistente en la posibilidad de un ciudadano de constituirse en parte acusadora de un proceso penal, ha servido para entablar o sostener

<sup>105</sup> ANDRÉS, P., y MOVILLA, C. L., *El Poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 28.

<sup>106</sup> BERGALLI, R., *Estado democrático y cuestión judicial*, Ed. Depalma, 1984.

<sup>107</sup> Esta propuesta, propia de la refundación garantista de Ferrajoli, conecta con buena parte de las tesis alternativistas enarboladas durante los años setenta, y que creemos no han perdido su vigencia y actualidad.

grandes procesos en la historia democrática española; la primera, esto es, la institución del jurado, ha entrado en vigor a duras penas, y no sin críticas y recelos<sup>108</sup>. La razón última de este rechazo descansa en la sospecha de intensificación de la lentitud de la justicia. Algunos autores destacan, en este sentido, que la situación creada no puede ser para el ciudadano más decepcionante: primero le ofrecen una justicia lenta e ineficaz; y luego le increpan que no obstaculice ni entorpezca el funcionamiento de la maquinaria de la justicia<sup>109</sup>.

No es este el momento para detenernos en este debate, pero sí creemos que medidas como las antes referidas, así como la apertura de la carrera judicial a miembros procedentes de otros ámbitos profesionales, o la elección por el pueblo de algunos de sus miembros, puede acercar la decisión judicial a la sociedad que la legitima. No obstante, somos conscientes del riesgo que implica una proximidad excesiva a la sociedad y a la política; así como del enorme poder de manipulación del que disponen los medios de comunicación<sup>110</sup>. La opinión pública puede estar mediatizada y no dirimir de manera igual, libre y sin coacción, criterios de justicia. La historia judicial ya nos ha ofrecido algunos ejemplos del peligro de acaparación por parte de los medios de comunicación de las conciencias y la ciudadanía, y la automática violación del principio de presunción de inocencia<sup>111</sup>, en pro de la rentabilidad comercial.

Sin embargo, el psiquismo humano no se deja domesticar al cien por cien por más que el poder —cualquiera que sea— se empeñe en sustraer del control humano el proceso de socialización. Es cierto que los diferentes niveles de control a los que está sometido el ser humano, hacen de la autonomía un duro proyecto, pero no un imposible. Si los elementos culturales, sociales, históricos y económicos configuran y condicionan el contexto de conformación de los distintos sujetos, ante los que poseen un reducido margen de alteración, no ocurre así con los poderes implícitos y explícitos. Los primeros establecen los modelos que determinan a los seres humanos individual y socialmente: el modelo antropológico, el modelo social, el modelo de familia, el modelo de poder... La racionalidad humana permite poner en discusión determinados significados y desvelar su falta de objetividad o de error. Los segundos, el poder explícito, se conoce como lo político o institucional. Hacer política como ciudadanos significa tomar el con-

<sup>108</sup> Y esto es así, pese a las sugerentes palabras de Thomas Jefferson a favor del jurado, al referirse a la organización de los tribunales en su país, en sus «Notas sobre Virginia»: «(...) el sentido común de doce hombres honrados proporciona una probabilidad de decisión justa mayor que el azar de la moneda».

<sup>109</sup> MARTÍNEZ-FRESNEDA, G., «La responsabilidad de los jueces», *Claves*, núm. 2, 1990, p. 29.

<sup>110</sup> Al respecto, véanse los artículos de TRUCHE, P., «Le juge et le presse», *Esprit*, núm. 210, mars-avril 1995, pp. 5-12, y GARAPON, A., «Justice et médias: une alchimie douteuse», *op. cit.*, pp. 13-33.

<sup>111</sup> El desafortunado caso de O. J. Simson es un buen ejemplo de ello.



trol consciente y racional de estos dos últimos niveles. La necesidad de educar para la mayoría de edad, utilizando terminología kantiana, significa potenciar una ciudadanía libre, capaz de revisar una serie de significados que se presentan bajo la etiqueta de lo natural, lo normal, lo objetivo o lo razonable, y esto afecta tanto a la comunidad en general, como a los administradores de la justicia.

En palabras metafóricas kantianas: «Una vez que la naturaleza, bajo esta dura cáscara, ha desarrollado la semilla que cuida con extrema ternura, es decir, la inclinación y vocación al libre pensar; este hecho repercute gradualmente sobre el sentir del pueblo (con lo cual éste se va haciendo cada vez más capaz de la libertad de actuar) y, finalmente, hasta llegar a invadir a los principios del gobierno, que encuentra ya posible tratar al hombre, que es algo más que una máquina, conforme a su dignidad»<sup>112</sup>. Hablar de democracia en serio significa hablar de ciudadanía libre, no de una sociedad perfecta, sino libre y justa.

Quizás de este modo, educando en libertad y democracia, y conectando la ciudadanía con la institución judicial, se asegure que la racionalidad de las resoluciones judiciales se enriquezca<sup>113</sup> por la aportación de argumentos procedentes de un espacio más amplio que el de la burocracia profesional de los tradicionales jueces de carrera<sup>114</sup>; y se erradique la maldición del síndrome de Barrabás, consistente en el síntoma morboso de indulgencia de lo más bellaco por el mero hecho de coincidir con lo más popular. Es cierto que ninguna sociedad puede existir sin una definición más o menos concreta de valores sustantivos compartidos, de bienes sociales comunes; pero estos valores no son una mera construcción teórica, sino una creación colectiva del pueblo de quien emana, recordemos, los poderes del Estado.

---

<sup>112</sup> Vid. KANT, I., «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», *op. cit.*, p. 25.

<sup>113</sup> En este sentido, Joseph Singer afirmaba que: «No hay nada misterioso en la decisión judicial. Lo único que hace que parezca misteriosa es el mito según el cual los jueces tienen una ventaja que los ciudadanos ordinarios no tienen, que les permite decidir sobre conflictos de valores racionalmente: el razonamiento jurídico»; vid. SINGER, J., «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *Yale Law Journal*, núm. 94, 1984, p. 65.

<sup>114</sup> SAAVEDRA, M., «La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», *op. cit.*, p. 9.



## La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini

Por MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO

Universidad de León (España)

La interpretación jurídica es una de las cuestiones más importante y debatida en filosofía del derecho. Una de las propuestas más interesante en la actualidad es la de Riccardo Guastini, quien sostiene que «interpretar» significa cosas diferentes en virtud del objeto sobre el que se realiza la tarea interpretativa, pudiendo recaer sobre hechos, eventos históricos o sociales o textos. Al ser la interpretación un término que abarca significados diversos entre sí, no considera posible hacer algo así como un tratado general sobre la misma<sup>1</sup>. Guastini distingue también entre una teoría y una doctrina de la interpretación del derecho. La diferencia entre ambas depende del estilo que cada una de ellas emplea. Una teoría de la interpretación jurídica es un estudio científico y descriptivo, mientras que un estudio doctrinal significa estudio político o ideológico de la interpretación. Para Guastini quienes intentan hacer una teoría de la interpretación jurídica empleando un estilo doctrinal, no hacen teoría sino que hacen política del derecho<sup>2</sup>. Para saber si se está llevando a cabo un estudio científico o por el contrario, se está realizando un estudio ideológico,

---

<sup>1</sup> GUASTINI, R., *Teoría e dogmatica*, Milano, Giuffré, 1998, p. 12. Respecto a los diferentes significados del término interpretación en virtud del objeto sobre el que recae ver, GUASTINI, R., *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, p. 324.

<sup>2</sup> Ver GUASTINI, R., «Due studi sulla dottrina dell'interpretazione nei giuristi italiani del primo novecento», en *Materiali per una storia de la cultura giuridica*, 1977, volumen VII, p. 115 nota a pie de página 2; «Tre domande a Francesco Viola», en Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni: del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 231 y 234.

se debe prestar atención al tipo de discurso que resulta como producto de la investigación. Una teoría de la interpretación jurídica es un análisis donde se describe el modo en el cual los intérpretes actúan de hecho. El análisis dogmático se caracteriza por estar compuesto de enunciados no descriptivos sino valorativos. Con el mismo el dogmático pretende proponer, sugerir, o recomendar a los intérpretes acerca del modo en el cual deberían operar. Según Guastini el discurso dogmático no es susceptible de control empírico, pues cumple una función prescriptiva<sup>3</sup>.

Este estudio persigue dos objetivos: (1) fijar cuáles son las preguntas que debería responder una teoría de la interpretación jurídica. Para ello, tomaré como punto de partida el elenco de cuestiones que recientemente ha establecido el profesor Manuel Atienza. Aclararé y clasificaré la lista de interrogantes que propone teniendo en cuenta dos aspectos, por un lado la forma con la que Guastini caracteriza una teoría de la interpretación jurídica y, por otro, la manera en que diferencia entre teoría y doctrina. (2) Una vez separadas las preguntas teóricas de las doctrinales, trataré de determinar cuántas de ellas encuentran respuesta en la obra de Riccardo Guastini. Analizaré la forma con la que responde a estas cuestiones y el tipo de discurso que el autor emplea para hacerlo.

Sostendré, en primer lugar, que cuando Guastini responde a algunas de las cuestiones planteadas desarrolla no sólo una teoría sino también una doctrina de la interpretación jurídica. En consecuencia, el autor no estaría aplicando rigurosamente sus propios criterios de delimitación. En segundo lugar, afirmaré que Atienza no ha tenido en cuenta la distinción que Guastini establece entre teoría y doctrina a la hora de explicar cuáles son las respuestas que las distintas teorías dan a los problemas suscitados por el estudio de la interpretación jurídica. Es por ello que no considera aquellas respuestas que a algunos de estos interrogantes se ofrecen desde posiciones doctrinales.

1. Una de las características más significativas del pensamiento de Riccardo Guastini es la preocupación por las precisiones conceptuales. El autor diferencia, muy a menudo, tres planos o niveles distintos de análisis del fenómeno jurídico que corresponden, además, a tres funciones del lenguaje diferentes. De esta manera, distingue entre metateoría, teoría y doctrina de la interpretación del derecho.

Una metateoría, según Riccardo Guastini, corresponde a todo discurso que se refiera a lo afirmado en una teoría. Constituye un metalenguaje y sus enunciados pueden ser descriptivos, si se limitan a constatar lo expresado por el teórico, o normativos, si también indican lo que una teoría debería o no debería haber expresado.

---

<sup>3</sup> La diferencia entre teoría y doctrina de la interpretación defendida por Guastini se puede ver GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 133.

Una teoría de la interpretación, por su parte, se encargaría de responder al interrogante básico «¿qué es interpretar?» apelando a un discurso descriptivo, esto es, mediante enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos. Por último, una doctrina respondería a la pregunta «¿cómo se debería interpretar, qué métodos debería el intérprete usar y cuál debería ser la finalidad de la interpretación?»<sup>4</sup>. La doctrina utiliza un discurso directivo, se mueve en el ámbito del deber ser y emite enunciados normativos. Cuando Guastini habla en este contexto de doctrina, no emplea el término en su significado de estudio dogmático acerca del derecho, sino para hacer referencia a un estilo o método peculiar de análisis de la interpretación jurídica<sup>5</sup>. El autor afirma que una teoría de la interpretación jurídica no es otra cosa que «el análisis lógico del discurso de los intérpretes»<sup>6</sup>. De esta forma, dicha teoría no queda caracterizada únicamente por el estilo descriptivo de su discurso. Junto a este requisito aparecen otros dos elementos: el método que emplea, el análisis lógico, y el objeto sobre el que recae, el discurso de los juristas cuando interpretan.

El requisito metodológico exige que una teoría de la interpretación del derecho efectúe una serie de distinciones dentro de los discursos interpretativos. Se deben diferenciar los enunciados analíticos de los enunciados sintéticos<sup>7</sup>, los problemas empíricos de los problemas conceptuales, los enunciados descriptivos de los enunciados prescriptivos o valorativos<sup>8</sup>, y las controversias relativas a hechos de las controversias relativas a valores<sup>9</sup>. Por otro lado, analizar los discursos implica determinar el significado de expresiones lingüísticas a través de una serie de operaciones típicas como: poner de manifiesto y registrar los usos lingüísticos efectivos de la expresión, poner de manifiesto y registrar la ambigüedad y la indeterminación (sintáctica, semántica, pragmática) de la misma, desvelar las connotaciones valorativas encubiertas que puedan poseer. Por último, hacer análisis del lenguaje, requiere el empleo de un metalenguaje riguroso, esto es, de un len-

<sup>4</sup> GUASTINI R., *Le fonti del diritto*, cit., p. 335.

<sup>5</sup> El estudio de los significados con los que se emplea el término dogmática jurídica se puede ver GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 127-133.

<sup>6</sup> GUASTINI, R., «Enunciati interpretativi», en *Ars Interpretativa, Anuario di ermeneutica giuridica*, Testo e diritto, Padova, Cedam, 1997, pp. 41 y 42.

<sup>7</sup> Las definiciones de enunciados empíricos y de enunciados analíticos se puede ver en GUASTINI, R., «Tre domande a Francesco...», cit., p. 237.

<sup>8</sup> Los primeros pueden ser verdaderos o falsos mientras que los segundos no pueden ser ni lo uno ni lo otro. Esta diferenciación entre lenguajes presupone una cuarta distinción. Guastini diferencia entre enunciados descriptivos y prescriptivos. Ver al respecto GUASTINI, R., «Diritti», en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 163-174, en especial los epígrafes 10 y 11.

<sup>9</sup> Las primeras, en principio, pueden ser siempre resueltas, y la solución es paralela al progreso y desarrollo del conocimiento, las segundas no siempre pueden ser resueltas, y cuando lo pueden ser, la solución sólo se encuentra en la argumentación y en la persuasión. Ver, GUASTINI, R., «Tre domande a Francesco...», cit., p. 238.

guaje en el cual todos los términos sean definidos y usados conforme a ciertas definiciones explícitas <sup>10</sup>.

Según Guastini una teoría de la interpretación jurídica adopta como objeto de estudio los discursos interpretativos. Sin embargo, no todo discurso donde se habla de interpretación se puede calificar como interpretativo. A juicio del autor, hay que diferenciar dos tipos de discursos: los discursos emitidos por los intérpretes donde estos asignan significado a un texto jurídico, y los discursos donde alguien describe la interpretación efectuada por un intérprete <sup>11</sup>. Adscribir un significado o describir el significado que otro ha atribuido a un texto son actos lingüísticos diferentes. Por ejemplo, si un abogado, ante la consulta de un cliente, afirma «La corte suprema ha sostenido que la disposición normativa X significa Y», está limitándose a describir e informar sobre el significado que un órgano ha dado a una cierta disposición. Por el contrario, si este abogado, en la defensa de un caso determinado, sostiene «La disposición X significa Y» no está describiendo ninguna interpretación previamente efectuada por otros, sino que está proponiendo al órgano que juzga el caso que interprete el texto jurídico tal y como él lo hace. En este caso el abogado está adscribiendo a un texto un determinado significado en lugar de otro.

Sólo los discursos que adscriben, atribuyen o confieren significado a un texto se pueden considerar discursos interpretativos en sentido estricto <sup>12</sup> porque, según Guastini «entre los dos tipos de discursos existe la misma diferencia que distingue las definiciones lexicales de las estipulativas» <sup>13</sup>. Sobre la base de la analogía con las definiciones estipulativas, el autor sostiene que, quien adscribe un significado a un texto normativo interpreta en sentido estricto, quien describe el o los significados que el texto expresa no hace más que referirse –en el ámbito de metalenguaje– a las interpretaciones de otros <sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Un estudio detallado sobre los instrumentos del método analítico se puede ver en GUASTINI, R., «Tre domande...», cit., 1994, pp. 234-240, (1990 a), pp. 286-288. Sobre el análisis lógico y su relación con la teoría de la interpretación jurídica ver GUASTINI, R., «In tema di norme sulla produzione giuridica», *Analisi e Diritto*, 1995, p. 311.

<sup>11</sup> La diferenciación entre ambos discursos es establecida por el autor en *Le fonti del diritto*, p. 334, En el mismo sentido, «Trama aperta, scienza giuridica, interpretazione» en V. Scarpelli, P di Lucia (eds.) *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994. También *Dalle fonte alle norme*, cit., p. 118. La diferenciación entre estos dos tipos de discursos aparece ya en la obra de TARRELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, en especial pp. 61 y ss.

<sup>12</sup> Guastini sostiene que decidir una interpretación y describir una interpretación son actos lingüísticos radicalmente distintos en *Teoria e dogmatica delle fonte*, p. 10; *Le fonti del diritto*, p. 333; *Distinguendo*, cit., p. 170.

<sup>13</sup> GUASTINI, R., *Le fonti del diritto*, cit., p. 334; *Dalle fonte alle norme*, cit., p. 118.

<sup>14</sup> Guastini afirma que una definición es el esclarecimiento del significado de un vocablo (o de una locución) mediante (otras) palabras. La definición se llama lexical cuando describe el modo en el cual un vocablo en cuestión es efectivamente usado por alguien. Se llama estipulativa la definición de quien propone que aquel vocablo

El profesor Manuel Atienza sostiene que el estudio de la interpretación del derecho debe enfrentar los siguientes problemas: «De menor a mayor densidad... 1. ¿Qué es un enunciado interpretativo?; 2. ¿Cuándo y quiénes interpretan?; 3. ¿Cómo, de qué manera, ha de proceder —o procede de hecho— el intérprete, esto es, ¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza?; 4. ¿En qué se fundamentan tales métodos?, esto es, ¿qué teoría de la interpretación —que ofrezca una respuesta al qué es, por qué y para qué interpretar— debe asumirse?; 5. ¿Hasta dónde llega la interpretación?, esto es, ¿cuáles son sus límites?, ¿en qué punto se deja de interpretar y se pasa a crear o inventar algo?, ¿Se puede identificar el Derecho sin interpretarlo?; y 6. ¿De qué criterios disponemos para juzgar la corrección de una interpretación?, ¿Qué es una buena interpretación?»<sup>15</sup>. A su juicio, cada uno de estos interrogantes se resuelve de forma diferente según sea la teoría de la interpretación de la que se parte. Manuel Atienza diferencia entre teorías formalistas y teorías realistas por un lado, y entre teorías objetivas y subjetivas por otro. El autor sostiene que las preguntas tres y cuatro, por qué y para qué interpretar, sólo han sido respondidas de forma apropiada por las teorías de Marmor, Raz y Nino<sup>16</sup>.

Las preguntas desarrolladas por el profesor Atienza merecerían una serie de precisiones pues, tal y como están expuestas, podrían dar lugar a equívocos suscitados tanto por la superposición de niveles de lenguaje, como por la forma en que se encuentran ordenadas y formuladas. Teniendo en cuenta las distinciones establecidas por Guastini, que he desarrollado anteriormente, voy a clasificar dichas preguntas en: *a)* preguntas a contestar por una teoría de la interpretación jurídica, *b)* preguntas a contestar por una doctrina de la interpretación jurídica y *c)* preguntas a contestar por una metateoría. Las preguntas de este último grupo, dado el objetivo de nuestro trabajo, sólo serán identificadas pero no serán objeto de un estudio detallado.

La primera de las preguntas planteadas por Atienza es: «¿qué es un enunciado interpretativo?». Lo primero que llama la atención es la ubicación de este interrogante, y ello porque la pregunta se formula independientemente del interrogante más general ¿qué es interpretar?, cuestión que el profesor español incorpora en la pregunta cuarta. Sin embargo, contestar qué es un enunciado interpretativo significa en parte dar respuesta a qué es la interpretación. El término interpretar tiene dos acepciones tal y como Guastini y el propio Atienza afirman.

venga usado de un cierto modo. El autor sostiene que «quien ofrece una definición estipulativa define en sentido estricto; quien ofrece una definición lexical no hace más que referirse - a nivel de metalenguaje- a las definiciones estipulativas de otros», *Dalle fonte alle norme...*, cit., p. 118.

<sup>15</sup> ATIENZA, M., «Estado de derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 468.

<sup>16</sup> ATIENZA, M., «Estado de derecho, argumentación e interpretación», cit., p. 473.

En virtud de la primera, interpretar es una actividad; en virtud de la segunda, es el producto de tal actividad<sup>17</sup>. Cuando Atienza sostiene que una teoría de la interpretación debe responder la cuestión «¿qué es un enunciado interpretativo?» parece referirse a la interpretación entendida como producto, y cuando plantea en el apartado cuarto la cuestión «¿qué es interpretar?» parece referirse la interpretación entendida como actividad. Sugiero que ambas preguntas, a partir de ahora, sean incluidas en una sola: «¿qué es interpretar?» Teniendo en cuenta la doble acepción que este término puede tener. Con independencia de esta aclaración, la pregunta se responde utilizando un lenguaje descriptivo, con lo que pertenecería a una teoría de la interpretación.

La segunda de las cuestiones que Atienza plantea, engloba dos interrogantes diferentes: «¿cuándo se interpreta? y ¿quién interpreta?». El primero de ellos puede querer decir al menos dos cosas diversas. Por un lado, cuando nos preguntamos cuándo se interpreta nos podemos querer referir a la cuestión de si el derecho necesita interpretarse siempre, esto es, si la interpretación es necesaria cada vez que aplicamos el derecho. Por otro lado, cuando formulamos la pregunta podemos referirnos a ¿cuáles son los problemas que originan la necesidad de interpretar? Para referirnos a la primera cuestión formularemos la pregunta ¿cuándo se interpreta? Y para referirnos a la segunda cuestión formularemos la pregunta ¿por qué se interpreta? Con independencia de estas aclaraciones, las tres preguntas ¿cuándo?, ¿por qué? y ¿quién? No requieren una contestación normativa y por lo tanto se responderían por un estudio teórico.

Sin embargo, la ubicación de la tercera de las preguntas: «¿cómo, de qué manera, ha de proceder —o procede de hecho— el intérprete?, esto es, ¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza?»; presenta dificultades, en cuanto que, no sólo parece confundir dos niveles de lenguaje, sino que, además, en una misma pregunta se engloban *prima facie* interrogantes diferentes. No es lo mismo preguntar «¿cómo ha de proceder el intérprete?» que «¿cómo procede de hecho el intérprete?». De igual forma, no es lo mismo preguntar «¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza el intérprete?» que «¿qué técnicas o métodos ha de utilizar el intérprete?». Por otro lado, es discutible que el interrogante ¿cómo, de qué manera procede el intérprete? sea el mismo que ¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza?, a no ser que se identifique el cómo con los métodos, cosa que no tiene por qué hacerse de forma necesaria<sup>18</sup>. Es por ello que creo conveniente distin-

<sup>17</sup> GUASTINI, R., *Produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 73; ATIENZA, M., «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», cit., p. 466.

<sup>18</sup> Un ejemplo de esta diferenciación se puede apreciar en el estudio que el propio Guastini hace de las técnicas interpretativas, al cual se aludirá más adelante en este trabajo. Por ahora y a los efectos que nos interesa baste señalar que la pregunta ¿cómo interpreta el intérprete? puede tener de respuesta: conforme una interpretación



guir, dentro de esta cuestión, varios interrogantes diferentes. El primero, «¿cómo ha de proceder el intérprete?», debería ser resuelto por una doctrina de la interpretación jurídica. El segundo, «¿cómo procede de hecho el intérprete?» sería una cuestión propia de una teoría de la interpretación. El tercero, «¿qué técnicas o métodos interpretativos utiliza el intérprete?» también debería ser resuelto por una teoría de la interpretación, y por último, «¿qué técnicas o métodos ha de utilizar el intérprete?», sería un interrogante a contestar por una doctrina de la interpretación.

También merece una atención especial cómo formula Atienza la cuarta pregunta: «¿en qué se fundamentan tales métodos?, esto es, ¿qué teoría de la interpretación —que ofrezca una respuesta al qué es, por qué y para qué interpretar— debe asumirse?». En esta pregunta hay que separar tres cuestiones: En primer lugar, interrogarse por «¿qué teoría de la interpretación debe asumirse?» implica un metalenguaje normativo. Se trata de una cuestión metateórica cuya respuesta no requiere llevar a cabo una tarea descriptiva, sino una labor normativa. Se trata de prescribir qué teoría debe ser asumida y no qué teoría se emplea de hecho por los intérpretes. Por lo tanto, esta cuestión no se puede ubicar ni como pregunta propia de una teoría ni como pregunta propia de una doctrina de la interpretación jurídica, sino como un interrogante a contestar desde una metateoría normativa. La segunda de las cuestiones a tener en cuenta en esta cuarta pregunta, es que, tal y como está formulada, parece que para Atienza responder a la pregunta «¿qué teoría debe asumirse?», implica responder «¿qué es interpretar, para qué se interpreta y por qué se interpreta?». Sin embargo, dar respuesta a estos interrogantes requiere llevar a cabo actividades de naturaleza diversa (normativa la primera, como ya he indicado, descriptiva las restantes). Para que la pregunta estuviese bien planteada se debería haber formulado como: ¿qué teoría de la interpretación jurídica debe asumirse que responda a qué debe ser interpretar, para qué se debe interpretar y por qué se debe interpretar? En tercer lugar, el profesor Atienza identifica las preguntas por qué y para qué se interpreta afirmando que la respuesta a ambas dependerá del modelo de interpretación que se adopte. De esta forma, el autor español afirma que, si se parte de un modelo intencionalista, se llegará a sostener que se interpreta para indagar cuál fue la voluntad del legislador, o para indagar cuál es la voluntad de la ley. Si se parte, por el contrario,

---

literal o conforme una interpretación correctiva, mientras que la pregunta ¿con qué técnicas? puede responderse explicando numerosos y variados mecanismos de justificación respecto a la interpretación elegida. Por otro lado, mientras la primera respuesta implica elegir necesariamente entre uno u otro concepto de interpretación, (según GUASTINI son mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas), la respuesta a la segunda pregunta es más flexible en cuanto que pueden elaborarse técnicas interpretativas diferentes. Al respecto ver *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 173.

de un modelo constructivista se sostendrá que se interpreta, no para descubrir los motivos o la intención del autor, sino para mostrar el objeto interpretado en su mejor perspectiva. Estas posibles respuestas más que referirse al por qué o para qué se interpreta, se refieren a cuáles son las técnicas de interpretación, es decir, a qué argumentos se emplean en defensa de una interpretación determinada. La pregunta qué teoría debe asumirse no será analizada con detenimiento en este trabajo por pertenecer a una metateoría, tal y como establecimos al inicio de este epígrafe. El resto de las preguntas que Atienza incluye en este apartado ya han quedado fijadas en los párrafos anteriores como propias de un estudio teórico.

Los interrogantes que Atienza formula en quinto lugar: «¿hasta dónde llega la interpretación?, esto es, ¿cuáles son sus límites?, ¿en qué punto se deja de interpretar y se pasa a crear o inventar algo?, ¿se puede identificar el Derecho sin interpretarlo?»; engloban todos ellos dos cuestiones. Las tres primeras preguntas hacen referencia a una misma cuestión y es determinar si, de hecho, cuando se interpreta el derecho, existen unos límites a la tarea interpretativa o, si por el contrario, interpretar es tarea largamente discrecional siendo dificultoso diferenciarla de la tarea de creación del derecho. Entendida de esta manera la pregunta puede responderse por una teoría del derecho. No obstante, si la respuesta no hace referencia a lo que de hecho sucede, sino a si debiesen existir límites y cuáles deberían ser esos límites entonces la pregunta correspondería no a una teoría sino a una doctrina. La segunda cuestión: ¿se puede identificar el derecho sin interpretarlo? plantea el controvertido problema de la identificación del ordenamiento jurídico. La respuesta a esta cuestión implica partir de un concepto de derecho por lo que la misma más que a una teoría de la interpretación, correspondería a una teoría general del derecho.

Para finalizar, la última de las cuestiones que Atienza plantea es la necesidad de que una teoría de la interpretación jurídica responda al interrogante: «¿de qué criterios disponemos para juzgar la corrección de una interpretación?, ¿qué es una buena interpretación?» Según Atienza esto es lo mismo que preguntarse ¿qué métodos o técnicas interpretativas han de usarse y cuáles deben prevalecer? La cuestión pertenece, tal y como ya hemos señalado, al objeto de investigación de una doctrina de la interpretación.

Una vez analizadas todas las cuestiones que Atienza formula podemos llegar a la conclusión de que todas ellas se pueden clasificar en dos grupos: Son cuestiones a responder por una TEORÍA de la interpretación jurídica los siguientes interrogantes: T1, ¿qué es interpretar?; T2, ¿cuándo se interpreta?; T3, ¿por qué se interpreta?, T4, ¿quiénes interpretan?; T5, ¿cómo se interpreta?; T6, ¿qué técnicas interpretativas utilizan los intérpretes?; T7, ¿es la interpretación una actividad discrecional o sometida a límites? Por otra parte, son cuestiones a responder por una DOCTRINA de la interpretación jurídica: D1, ¿cómo se debería interpretar?; D2, ¿qué técnicas son las correctas para interpretar, es

decir, cuáles se deben usar y cuáles no?, y D3, ¿cuáles son los límites que debería tener la interpretación del derecho?

2. El objetivo principal de este epígrafe es determinar a cuántas preguntas de las establecidas en el epígrafe primero podemos contestar con la obra de Guastini y analizar la forma que emplea el autor a la hora de responderlas. Teniendo en cuenta la distinción sostenida por Guastini entre teoría y dogmática del derecho, la teoría de la interpretación jurídica de este autor deberá dar respuesta sólo a los interrogantes clasificados como teóricos, la respuesta a cada uno de estos interrogantes se obtendrá analizando lógicamente los llamados discursos interpretativos y no a través del análisis del discurso legislativo (en cuanto que este estudio formaría parte de una dogmática de la interpretación jurídica). Por otro lado, en virtud de la diferenciación que el autor establece entre el estilo teórico y el doctrinal, su teoría deberá emplear un discurso descriptivo donde se responda al interrogante qué es la interpretación y deje sin contestar lo que debería ser. Esto implica que en el discurso del autor no deben aparecer enunciados prescriptivos o valorativos. En el caso contrario, si el análisis sobre los discursos interpretativos es usado para valorar o prescribir como debería interpretarse, estaría haciendo política del derecho y cometería el mismo error que critica en autores como Dworkin, Viola o Zagrebelsky.

T. 1: *¿Qué es interpretar el derecho?* Guastini plantea esta cuestión expresamente como la pregunta a la que debe dar respuesta un estudio teórico sobre el tema. Afirma que, si lo que queremos es someter a la interpretación a un análisis lógico, la misma sólo puede ser considerada como el discurso del intérprete<sup>19</sup>. Todo discurso interpretativo, está formado por dos tipos de enunciados, por un lado, estaría el llamado enunciado interpretativo y por otro los enunciados argumentativos. El primero consiste en un enunciado «... según el cual un cierto texto jurídico (una formulación normativa) debe ser entendida en un cierto sentido»<sup>20</sup>. Los enunciados pertenecientes al segundo grupo aportan los argumentos que sirven de apoyo al enunciado interpretativo y son la base justificativa del sentido que se ha dado al texto<sup>21</sup>.

A partir de aquí, el autor italiano examina cada uno de los tipos de enunciados que componen este tipo de discurso, con el objetivo de determinar qué es la interpretación jurídica. El hecho de incluir dentro del objeto de la interpretación, los enunciados argumentativos no significa que el autor identifique interpretación y argumentación. Así, Guastini diferencia, por ejemplo, dentro de las decisiones constitucio-

<sup>19</sup> *Dalle fonte alle norme*, cit., p. 16.

<sup>20</sup> «Enunciati interpretativi», cit., p. 42.

<sup>21</sup> «Enunciati interpretativi», cit., p. 42. También en *Le fonti del diritto*, cit., p. 332.

nales, entre justificación interna y justificación externa siendo esta última el procedimiento argumentativo a través del cual se motiva la elección de las premisas mismas. No obstante, y pese a que no las identifica, el autor afirma que «para explicar la justificación externa se puede usar la teoría general de la interpretación»<sup>22</sup>. A pesar de poder diferenciarse claramente la actividad argumentativa de la interpretativa, en la teoría de Guastini existe una íntima relación entre ellas en cuanto, tal y como veremos posteriormente, toda interpretación debe llevar aparejada siempre y en cualquier caso, una argumentación.

Con respecto al enunciado interpretativo, el autor lo define, tal y como ya hemos visto, como aquel que asigna significado a un texto jurídico o a una formulación normativa. Guastini diferencia entre disposición normativa y norma. La primera es el objeto de la interpretación, mientras que la segunda es el contenido de sentido de la disposición o el significado de la misma, es decir, la norma es el producto de la interpretación<sup>23</sup>. El autor sostiene que la actividad interpretativa en el ámbito jurídico y por ende el enunciado interpretativo del derecho, vierte sobre disposiciones normativas y no sobre normas. Por otro lado, cuando Guastini se refiere a la interpretación de textos jurídicos parece referirse exclusivamente a los textos de las fuentes-actos del derecho<sup>24</sup>. Queda fuera de la interpretación jurídica la interpretación de la costumbre<sup>25</sup>. También queda fuera la interpretación de textos que formen parte de otros documentos que no sean la ley, entendido este término en sentido amplio. Por otra parte, Guastini afirma que los enunciados interpretativos son análogos a los enunciados producto de las definiciones<sup>26</sup> y que pueden ser subdivididos en virtud de dos perspectivas diferentes: sobre la base de su estatuto lógico, o sobre la base de su forma lingüística. Atendiendo al primer punto de vista, esto es al *estatuto lógico*, según Guastini, en un discurso interpretativo, el enunciado que da significado al texto jurídico que se interpreta, es siempre un enunciado valorativo o preceptivo. *A sensu contrario*, se puede sostener que nunca este enunciado interpretativo será des-

<sup>22</sup> «Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali», en *Analisi e Diritto*, Torino, 1990, p. 84 (nota a pie de p. 3).

<sup>23</sup> Ver «In tema de norme sulla produzione giuridica», en *Analisi e Diritto*, 1995, último epígrafe, p. 311; también en *La fonti del diritto*, cit., p. 325, «Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali» en *Analisi e Diritto*, Torino 1990, pp. 77-97, en especial la p. 86, «Disposizione vs norma» en *Giurisprudenza costituzionale*, 34, 1989, *Lezioni di tecnica legislativa*, cit., p. 43, en esta última obra además el autor establece cuatro razones para justificar la distinción entre disposición y norma y demostrar que no existe una correspondencia biunívoca entre ambas, ver pp. 46-51. En el mismo sentido, *Produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 43.

<sup>24</sup> Ver «In tema di norme sulla produzione...», cit., p. 312.

<sup>25</sup> *Le fonti del diritto*, cit., p. 325; *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., p. 12; *Distinguendo...*, cit., pp. 171 y 172.

<sup>26</sup> La analogía entre enunciado interpretativo y definiciones se puede apreciar entre otras obras en «Enunciati interpretativi...», cit., p. 44; *Distinguendo...*, cit., pp. 165, 166. *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 4.

criptivo. Las razones que arguye el autor para afirmar que interpretar una disposición normativa no es describir significados, sino que, en todo caso, requiere de un proceso valorativo y de decisión, se apoyan, por un lado, en la analogía que el autor establece entre enunciado interpretativo y definición, y, por otro lado, en virtud de la teoría de significado que el autor presupone en su obra. Según Guastini, un enunciado interpretativo descriptivo es lo mismo que una definición lexical. Se denomina lexical a una definición cuando con la misma se «describen el modo –o algunos de los modos, si (como a menudo sucede) son más de uno– con los que el vocablo o el sintagma definido son efectivamente usados por alguien»<sup>27</sup>. Los enunciados interpretativos de un texto jurídico, de la misma forma que las definiciones lexicales, son aquellos que describen el significado que el texto jurídico expresa. La relación que el autor establece entre definición lexical y enunciado interpretativo descriptivo, nos permite apreciar el concepto de significado del que parte y ello porque, si definición lexical es la que describe los usos (o sea, los comportamientos) lingüísticos de alguien, los enunciados interpretativos descriptivos, al ser análogos a las definiciones lexicales, también describen los usos lingüísticos del texto jurídico. Describir el significado de un texto jurídico implica describir los usos, o sea, los comportamientos lingüísticos que alguien, en este caso los intérpretes, han empleado. El significado de un enunciado normativo está determinado por el uso o los usos lingüísticos. Por esta razón, el autor afirma que los enunciados descriptivos son susceptibles de ser verdaderos o falsos en cuanto que, igual que las definiciones lexicales vierten sobre hechos (comportamientos), son enunciados factuales<sup>28</sup>.

Sin embargo, en sede de interpretación jurídica, y debido en parte al propio carácter de lenguaje con el que se expresa las disposiciones normativas, ningún texto normativo, según Guastini, ya sea legislativo, constitucional etc. tiene, un significado unívoco, sino que, al contrario, todo texto es equívoco y está sujeto a controversias<sup>29</sup>. Por esta razón los enunciados interpretativos descriptivos del significado de un texto jurídico sólo pueden adoptar la forma de una lista o catálogo de los diversos significados que el texto interpretado puede expresar: «El texto “T” significa S1, S2, S3, o SN»<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> *Distinguendo...*, cit., p. 166, también en «Enunciati interpretativi...», cit., donde los define como «enunciados descriptivos (verdaderos o falsos) concernientes al uso efectivo o el significado aceptado de un cierto término o sintagma». De la misma forma ver, *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 6

<sup>28</sup> *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 5.

<sup>29</sup> Sobre el carácter no unívoco de un enunciado normativo, ver «In tema di norme sulla produzione giuridica», en *Analisi e Diritto*, 1995, p. 312; «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», en *Lezioni di tecnica legislativa* a cura di Sergio Bartole, Padova, Cedam, 1988, en especial p. 50.

<sup>30</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., p. 47. *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 7.

Cuando el autor define la definición lexical afirma que es la que describe los modos en que una locución o vocablo, es efectivamente usado por alguien. Si el enunciado interpretativo descriptivo es análogo a la definición lexical, debería describir los modos en que el texto jurídico es efectivamente usado por alguien, (en este caso los intérpretes del mismo). Esto origina un concepto de uso lingüístico directamente relacionado con el comportamiento efectivo de alguien. En el caso de la interpretación jurídica, se entiende que nos estamos refiriendo al comportamiento efectivo de los intérpretes. Sin embargo, Guastini no entiende uso lingüístico sólo en este sentido, en cuanto que, según el autor, un enunciado interpretativo descriptivo, puede querer expresar, cuatro cosas diversas, así con el mismo se puede querer: 1. Describir de qué formas, normalmente son más de una, puede ser entendida una expresión usada por el legislador, según las reglas lingüísticas vigentes, 2. Conjeturar de qué forma tal expresión ha sido entendida por la misma autoridad legislativa, 3. Describir de que modo tal expresión ha sido efectivamente interpretada por juristas y por los jueces; o 4. Conjeturar de qué modo tal expresión será probablemente interpretada por los tribunales y/o juristas<sup>31</sup>.

No obstante, cuando el enunciado expresa las posibilidades 1, 3 y 4, no constituiría realmente un discurso interpretativo del derecho. Así, cuando el enunciado interpretativo expresa la posibilidad 1, no forma parte de un discurso interpretativo porque este tipo de enunciado no implica ninguna valoración o decisión y, según la teoría del autor el discurso interpretativo se caracteriza porque en él, el intérprete, decide un significado entre los otros posibles que puede expresar el texto jurídico interpretado. Cuando el enunciado expresa la posibilidad 3, tampoco forma parte de un discurso interpretativo, puesto que sería parte de un discurso descriptivo de interpretaciones previas. Lo mismo podemos afirmar cuando el enunciado interpretativo expresa la posibilidad 4, en cuanto que, este enunciado se refiere a las posibles interpretaciones que es posible que los intérpretes hagan. Un enunciado de este tipo, no formaría parte del discurso interpretativo en cuanto que, con él, el emisor no decide un significado en lugar de otro, sino que «hipotiza» sobre la actividad interpretativa de otras personas u órganos. Para Guastini, tal y como ya expusimos el discurso interpretativo tiene como objeto el discurso del legislador, y no de otros intérpretes.

Sólo en el supuesto 2, o sea, cuando el enunciado conjetura de qué forma una disposición normativa ha sido entendida por la autoridad legislativa, se puede afirmar que el enunciado es un enunciado interpretativo en sentido estricto, y, por lo tanto forma parte del discurso del intérprete. Y ello porque emitir este enunciado implica, por un lado, una valoración y decisión, en cuanto que se decide el significa-

---

<sup>31</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., pp. 46 y 47; *Distinguendo...*, cit., p. 168.

do que, entre otros posibles, ha dado la autoridad legislativa al texto, y, por otra parte, el emisor de este enunciado interpretativo tiene como objeto el discurso del legislador y, por lo tanto, este tipo de enunciado no se refiere a previas interpretaciones efectuadas por otros sujetos intérpretes.

Según Guastini, el enunciado interpretativo del discurso del intérprete es siempre un enunciado adscriptivo y no descriptivo, lo que supone que siempre propone o decide adscribir un significado determinado a una cierta expresión lingüística. Este enunciado es, a juicio del autor, análogo a una definición estipulativa. Una definición es estipulativa «cuando propone usar un cierto vocablo o sintagma de un modo determinado a preferencia de otro»<sup>32</sup>. Por lo tanto, un enunciado interpretativo es aquel que propone un significado (y por lo tanto un uso lingüístico determinado) de una disposición normativa<sup>33</sup>. Igual que las definiciones estipulativas estos enunciados tienen naturaleza directiva, por lo tanto no son ni verdaderos ni falsos<sup>34</sup>.

No obstante, Guastini diferencia varios tipos de definiciones estipulativas y, por ende, hay varios tipos de enunciados interpretativos adscriptivos de significado a un texto jurídico. El autor concretamente, diferencia entre las llamadas estipulaciones en sentido estricto y las redefiniciones. Las primeras son definidas como «toda *decisión* relativa al significado de un vocablo o de un sintagma». Las redefiniciones, consisten en «*precisar* el significado de un vocablo o sintagma, eliminando (al menos en parte) la ambigüedad y la vaguedad que son propias de su uso común». Dada la analogía que el autor establece entre enunciado interpretativo y definición estipulativa, en la obra de Guastini se afirma que la interpretación-decisión, consiste en decidir o proponer, el significado del enunciado interpretado. Esta decisión puede ser de dos tipos, en cuanto que el intérprete puede decidir adscribir a la formulación normativa uno de sus significados que efectivamente tiene o, por el contrario, los intérpretes, en especial los jueces, pueden decidir adscribir a la formulación normativa en cuestión un significado diverso, «— por ejemplo, E4— que no se encuentra entre sus significados efectivos»<sup>35</sup>. Cuando Guastini habla de interpretación, decisión entre los significados posibles se esta refiriendo a interpretar el texto jurídico redefiniéndolo. Luego la interpretación decisión es, o una redefinición, o la asignación de un significado distinto de los posibles. En este último caso, el autor afirma:

<sup>32</sup> *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 5.

<sup>33</sup> Una definición de las definiciones estipulativas, sus clases y la relación con los enunciados interpretativos se puede ver en *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 5 y 6.

<sup>34</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., pp. 46 y 47. Sobre enunciados interpretativos adscriptivos y su relación con los enunciados de una definición estipulativa ver también *Distinguendo...*, cit., p. 168. Sobre el carácter ni verdadero ni falso de los enunciados adscriptivos ver *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., p. 10.

<sup>35</sup> Ver «Enunciati interpretativi....», cit., p. 52.

«La interpretación (en el supuesto de que esta palabra sea ahora apropiada) no consiste ni en describir ni en adscribir significado: consiste ante todo en crear un nuevo significado para el texto en cuestión. En estos casos, los enunciados interpretativos no son otra cosa que enunciados prescriptivos (esto es normas) en forma disimulada»<sup>36</sup>. Esta doble clase de decisión le lleva al autor como veremos después de afirmar que la actividad interpretativa es una actividad altamente discrecional.

Por último, el autor sostiene que la definición estipulativa es la definición por antonomasia<sup>37</sup>, y, de igual forma, en la teoría de la interpretación jurídica de Guastini, sólo los enunciados interpretativos adscriptivos de significado son los enunciados interpretativos en sentido estricto. Quedan fuera de este concepto, los enunciados descriptivos, que no asignan significado alguno al texto jurídico<sup>38</sup>.

Por otra parte el estatuto lógico de los enunciados interpretativos depende, según Guastini, de factores pragmáticos, como puede ser por ejemplo, el contexto lingüístico, las circunstancias de la enunciación, la identidad del sujeto que lo emite<sup>39</sup>. Así por ejemplo, un mismo enunciado interpretativo tendrá un estatuto lógico distinto dependiendo de si es emitido *por el juez, por un abogado, por un jurista, etc...*<sup>40</sup>. Teniendo en cuenta el estatuto lógico de los enunciados interpretativos

<sup>36</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., p. 52, *Distinguendo...*, cit., p. 170; *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., pp. 10 y 11.

<sup>37</sup> *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 5.

<sup>38</sup> Ver, «Problemi epistemologici del normativismo», en *Analisi e Diritto*, Torino, 1991, p. 185; *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 10.

<sup>39</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., p. 49.

<sup>40</sup> Según Guastini, el primero, cuando interpreta una disposición normativa, «teniendo la obligación de decidir las controversias, no pueden limitarse a describir los significados actuales o posibles de los enunciados legislativos: deben elegir un significado determinado, rechazando otros. El significado elegido puede ser pacífico o controvertido, pero en ambos casos este significado no puede ser, por el juez, simplemente descrito. En todo caso, este significado debe ser decidido»; incluso, afirma el autor «en el hipotético caso de que la disposición normativa tenga un significado unívoco, o sea un único uso actual o posible». Ver «Enunciati interpretativi...», cit., pp. 47 y 48, y *Teoria e dogmatica...*, cit., pp. 7 y 8. La razón que esgrime Guastini para argumentar que el estatuto lógico del enunciado interpretativo, en este caso, no cambia es que el juez *debe usar* ese significado para decidir el caso, ver «Enunciati interpretativi...» cit., p. 48, y *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 8. Sin embargo, creo que aquí se están confundiendo dos actividades judiciales que, por otro lado, Guastini diferencia claramente tal y como veremos posteriormente. El juez, por un lado, interpreta el derecho y, por otro lado, lo aplica. Cuando interpreta, su objeto es un texto, cuando lo aplica el objeto es el producto de la interpretación, es decir, lo que Guastini llama una norma. Cuando el juez interpreta podría describir el significado o decidir el significado del texto. Sólo se podría describir si se aceptase que el texto expresa un solo significado propio. Por el contrario, como Guastini señala que todo texto expresa varios significados, decidir significa elegir entre, al menos, dos posibilidades, luego, si no se da esa doble posibilidad, el juez no decide ningún significado. Lo que sucede es que cuando aplica el significado elegido o descrito (ya que sólo hay uno) no se limita a mencionarlo sino que lo usa, pero decidir y describir no se corresponde con



que forman parte del discurso del intérprete, se puede afirmar que *interpretar el derecho es una actividad* consistente en decidir o proponer el significado de una formulación normativa. Esto se puede hacer de tres formas diferentes: conjeturando un significado, decidiendo o proponiendo un significado o creando un significado<sup>41</sup>.

Guastini, además de analizar los enunciados interpretativos en virtud de su estatuto lógico, lo hace en base a *la forma lingüística* que presentan. Desde esta perspectiva, el autor afirma que se pueden distinguir, dentro del discurso de un intérprete del derecho, dos tipos de enunciados interpretativos (se refiere únicamente a los enunciados que expresan una propuesta o una decisión interpretativa, no a los descriptivos, en cuanto que aquellos son los enunciados interpretativos en sentido más estricto): Los que obedecen a la forma «E significa E1» y los que obedecen a la fórmula standard «El supuesto de hecho F recae en el campo de aplicación de la formulación normativa E»<sup>42</sup>.

En la fórmula del primer tipo de enunciados E está por la formulación normativa que se quiere interpretar y E1 es el enunciado interpretativo, o sea, es el enunciado que adscribe el significado del texto interpretado<sup>43</sup>. Ambos enunciados pertenecen por lo tanto a discursos distintos: E es el enunciado del discurso del legislador y E1 es el enunciado del discurso del intérprete. Según Guastini E1 es la reformulación de E en un lenguaje diferente: «E es un enunciado del lenguaje legislativo, mientras E1 es un enunciado del lenguaje del intérprete»<sup>44</sup>. El intérprete, por lo tanto, lo que hace es reformular el enunciado legislativo, mediante otro enunciado que se supone sinónimo del interpretado<sup>45</sup>.

Parece que aquí el autor cuando habla de reformulación se refiere, únicamente, a una redefinición en cuanto que esta se encargaría de precisar el significado del texto legislativo evitando los problemas de vaguedad o ambigüedad que pueda presentar. Según el autor, el intér-

---

mencionar o usar porque las dos primeras pertenecen a la tarea interpretativa y las dos segundas a la tarea de aplicación. Por otro lado, el estatuto lógico del enunciado interpretativo varía si es emitido por un *abogado en lugar de por un juez*, ya que, de acuerdo a la teoría de Guastini, se trataría de una *propuesta*, es decir el abogado propone un significado al juez con la finalidad de influir en su decisión. Cuando analicemos la pregunta ¿quién interpreta? volveremos sobre este tema, por ahora basta haber dejado claro que según el autor italiano, el estatuto lógico de un enunciado interpretativo depende de otros factores a parte de la forma que pueda adoptar.

<sup>41</sup> *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., p. 171.

<sup>42</sup> *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., p. 8; *Dalle fonti alle norme*, cit., pp. 17 y ss. «Interpretation (legal)», en *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, vol. IV, Oxford-New York-Seul-Tokio, 1994, pp. 1738-1744.

<sup>43</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., p. 50, *Distinguendo...*, cit., pp. 169-170, *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., p. 8. *Le fonti del diritto*, cit., pp. 332-333; *Le fonti del diritto...*, cit., p. 345.

<sup>44</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., p. 50.

<sup>45</sup> *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., pp. 8 y 9.

prete de un texto jurídico intenta conseguir otro enunciado que sea su «equivalente en el sentido y coextensivo en la referencia»<sup>46</sup>. Esto significa para Guastini que el intérprete pretende, cuando interpreta el texto legislativo, sustituir éste por un texto sinónimo donde se precisen y se eviten los problemas que oscurecen el significado del texto interpretado. La relación de sinonimia que Guastini establece entre los dos discursos, el del legislador y el del intérprete es la razón por la cual Guastini afirma que el enunciado interpretativo traduce el enunciado interpretado. Por lo tanto, interpretar el derecho es la actividad consistente en traducir un texto legislativo en otro texto<sup>47</sup>.

El segundo tipo de enunciados presenta una forma diferente en cuanto que con ellos se están interpretando hechos y no propiamente textos normativos. Según el autor se trata de un enunciado no propiamente interpretativo en cuanto que no asigna un significado al texto sino que se encarga de subsumir un supuesto de hecho en el campo de aplicación de una norma, es decir, de un texto normativo previamente interpretado<sup>48</sup>. Según Guastini estos enunciados no son nada más que «enunciados interpretativos disimulados, o indirectamente formulados»<sup>49</sup> en cuanto que no se puede decidir si los hechos F recaen o no en el campo de aplicación de la formulación normativa E sin haber primero decidido cual es el significado de E<sup>50</sup>, es decir, según el autor, «todo enunciado subsuntivo presupone lógicamente un enunciado interpretativo ya que la interpretación orientada a los hechos exige una previa interpretación orientada a los textos»<sup>51</sup>.

El análisis de la forma que adoptan los enunciados interpretativos le permiten a Guastini restringir el concepto al que se llega con un estudio exclusivamente basado en el estatuto lógico del enunciado. Tal y como arriba expliqué, en virtud del análisis del estatuto lógico del enunciado interpretativo, la interpretación podía ser o una actividad consistente en conjeturar un significado, en decidir o proponer un significado o en crear un significado. En virtud de la forma del enunciado interpretativo, interpretar sólo puede ser entendida como la actividad dirigida a reformular el texto legislativo, traduciéndolo<sup>52</sup>. Dado el requisito de sinonimia que el autor exige entre el enunciado interpretado y el interpretativo, sólo se considera interpretar a redefinir,

<sup>46</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., p. 50.

<sup>47</sup> Según Guastini la interpretación orientada a los textos es en todo análoga a la traducción. Ver *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., en especial la p. 9, también en *Le fonti del diritto*, cit., p. 328, y en *Distinguendo...*, cit., p. 169.

<sup>48</sup> Ver «Enunciati interpretativi...», cit., pp. 50 y 51, también *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 9, y «Legal Language and Facts», en *The Encyclopedia of Language and Linguistics*, Pergamon Press, Oxford-New York-Seul-Tokyo, 1994, pp. 2075-2080. Ver también *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 324.

<sup>49</sup> *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 10..

<sup>50</sup> «Enunciati interpretativi...» cit., p. 51. *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 9.

<sup>51</sup> «Enunciati interpretativi...», cit., p. 51.

<sup>52</sup> *Le fonti...*, cit., p. 328.

esto es, a decidir el significado del texto legislativo evitando los problemas de vaguedad o ambigüedad que el mismo necesariamente padece.

Por otro lado, dado que el enunciado interpretativo de una disposición normativa puede ser de dos tipos, Guastini afirma que la interpretación, en cuanto actividad destinada adscribir un significado, puede verter sobre textos (interpretación en abstracto) o sobre hechos (interpretación en concreto)<sup>53</sup>. La interpretación jurídica es un género, según Guastini, de la interpretación de textos (abstracta), en cuanto que los enunciados que subsumen hechos requieren previamente la interpretación de una disposición normativa. Si bien son variados los tipos de textos jurídicos sobre los que puede recaer la interpretación, «en derecho, la interpretación es típicamente reformulaciones de textos normativos de las fuentes»<sup>54</sup>, por otra parte, «en particular cuando se habla de la interpretación de las fuentes del derecho, interpretar significa aclarar el contenido y/o el campo de aplicación de una norma»<sup>55</sup>.

Si tenemos en cuenta las conclusiones a las que se llega analizando los enunciados interpretativos tanto por su estatuto lógico como por su forma, *concluiremos diciendo que la obra de Guastini responde a la primera pregunta teórica señalada afirmando que la interpretación jurídica es la actividad que consiste en traducir un texto jurídico perteneciente, por lo general, a las fuentes del derecho, adscribiéndole un significado, lo que es lo mismo que redefinir su significado, dando, por resultado, la formulación de otro texto sinónimo del interpretado.*

Guastini afirma que éste sería el sentido estricto de interpretación. No obstante, el autor diferencia también otros usos, y por lo tanto posibles significados que, según el propio Guastini, se le da al término en algunos contextos. Por esta razón, en su obra se distinguen otros dos conceptos de interpretación denominados concepto amplio y amplísimo<sup>56</sup>. En sentido amplio interpretar denota el conjunto de las operaciones intelectuales en general. Tal conjunto estaría formado, además de por la interpretación en sentido estricto, por otras operaciones a realizar por los juristas, por ejemplo la identificación de las fuentes del derecho válidas y la consideración sistemática del derecho o construcción de un sistema de normas jurídicas. A su vez la sistematización del derecho abraza una serie de operaciones distintas:

<sup>53</sup> *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., p. 8.

<sup>54</sup> *Le fonti...*, cit., p. 328.

<sup>55</sup> *Le fonti...*, cit., p. 325.

<sup>56</sup> Al respecto ver, *Produzione e applicazione del diritto. Lezione sulle «preleggi»*, cit., pp. 67; también en «Redazione e interpretazione dei documenti normativi» en *Lezioni di tecnica legislativa*, a cura de Sergio Bartole, Padova, Cedam, 1988, p. 74; ver también voz «Interpretazione» en BELVEDERE, A; GUASTINI, R; ZATTI, P; ZENO, V; *Glossario*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 212-218.

como la integración del derecho (en presencia de lagunas), la solución de antinomias, y la exposición sistemática (o sea, ordenada) de la disciplina jurídica de una materia determinada. Guastini diferencia claramente entre la actividad interpretativa y la actividad integradora del derecho. Cuando el juez interpreta redefine el texto normativo, mientras que cuando el juez integra el derecho crea una norma no existente con antelación. El juez integra el derecho ante problemas distintos a los problemas interpretativos y con técnicas diferentes a las utilizadas en sede de interpretación como expondré más adelante.

También el término interpretación, en algunos contextos, es empleado en un sentido amplísimo viniendo a significar «a grosso modo, eludir una norma». «En otras palabras, el término es usado a veces para sugerir que una cierta formulación normativa no es entendida ni aplicada según su significado “natural”, sino que es alterada o *stravolta*, para violarla evitando así sus consecuencias»<sup>57</sup>. Por último, Guastini afirma que a veces es usado como sinónimo de aplicación. Esto sucede cuando se refiere en particular a la interpretación judicial. Esta forma de usar el término interpretación es «del todo inoportuna»<sup>58</sup>.

T. 2: *¿Cuándo se interpreta?* Guastini responde a esta segunda pregunta afirmando que el derecho se interpreta siempre que se quiere asignar a un texto jurídico un significado. Esta labor es siempre previa y necesaria a la aplicación del derecho. Y ello porque, cuando se aplica el derecho no se aplican textos sino normas. La explicación de esta respuesta se basa en cuatro ideas fundamentales que el autor desarrolla en su pensamiento jurídico.

La primera se refiere al *concepto de derecho*, del que parte su teoría. El derecho es para Guastini un conjunto de formulaciones normativas, o sea, de textos escritos. El autor no comparte el concepto de derecho dado desde el normativismo, teoría que identifica derecho con conjunto de normas. Según Guastini hay que diferenciar disposición normativa de norma. La primera es, el enunciado legislativo, el cual expresa siempre varios significados. La segunda, esto es la norma, es la disposición normativa ya interpretada, o sea, es el significado que se ha adscrito a la misma. Entre disposición y norma no hay una correspondencia unívoca<sup>59</sup>. No existe tal correspondencia, entre otras razones, porque «cada disposición, tiene un significado parcialmente indeterminado, y como tal admite más de una interpretación»<sup>60</sup>; o porque «muchas disposiciones (si no todas) expresan –conjuntamente– una pluralidad de normas»<sup>61</sup>, o porque existen nor-

<sup>57</sup> *Le fonti del diritto...*, cit., p. 331.

<sup>58</sup> Las diferencias entre interpretar y aplicar quedan establecidas en *Le font...*, cit., p. 331.

<sup>59</sup> *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pp. 41-43,

<sup>60</sup> *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., p. 47.

<sup>61</sup> *Produzione e applicazione del diritto...*, p. 47.

mas que están expresadas en una pluralidad de disposiciones, o a *sensu contrario*, existen disposiciones que expresan no una norma entera, sino sólo partes, segmentos o fragmentos de normas<sup>62</sup>.

La segunda se refiere al propio *concepto de interpretación* que sostiene. Tal y como ya hemos visto, de acuerdo con la teoría de la interpretación jurídica de Guastini, la actividad interpretativa es una actividad con un fuerte componente volitivo o decisorio por parte de los operadores doctrinales y jurisprudenciales. Interpretar es decidir el significado de las disposiciones normativas. La diferenciación entre disposición y norma adquiere una especial relevancia en la interpretación jurídica en cuanto que, según el autor, la actividad interpretativa tiene siempre como objeto disposiciones normativas y nunca normas. Los discursos que tienen por objeto normas no son discursos interpretativos en sentido estricto, sino discursos que vierten sobre la interpretación efectuada previamente por otro.

La tercera idea clave para explicar la respuesta de Guastini a esta cuestión está en relación con la *filosofía del lenguaje y la teoría del significado* que presupone a lo largo de su obra. Según el autor, siempre que se interpreta el derecho se decide, porque las palabras no tienen nunca un sólo significado, sino que el lenguaje común y el lenguaje jurídico, en particular, son siempre vagos y ambiguos. Por esta razón, las palabras de un enunciado legislativo, no sólo expresan significados múltiples sino que también su ámbito de referencia está indeterminado. Por ello, las formulaciones normativas, los textos jurídicos, no expresan nunca un solo significado sino que son susceptibles de expresar normas diversas. Al no tener las palabras un significado propio, su significado es el que les atribuye los que las usan y/o quienes las interpretan, el significado es cambiante y cada decisión interpretativa es siempre, en cualquier posición variable, arbitraria.

La cuarta y última de las ideas que explican la respuesta a esta pregunta, consiste en la diferenciación que Guastini establece entre la *actividad de interpretar y la actividad de aplicar el derecho*. Esta distinción, está íntimamente relacionada con la diferenciación entre disposición y norma. Según la teoría del autor, cuando se aplica el derecho se aplican normas, cuando se interpreta se interpretan disposiciones. Siempre que se usa una disposición normativa, se usa uno de sus significados posibles, o sea, una de las normas que puede expresar. Para ello se debe previamente elegir cuál es el significado en cuestión. Y elegir el significado es interpretar. Esta labor se requiere siempre que se resuelve un caso concreto, es decir siempre que el juez debe subsumir un supuesto de hecho en una norma. La tarea interpretativa es siempre previa a la aplicación, independientemente de que el supuesto de hecho concreto sea un caso claro o difícil, e independientemente de que el texto a interpretar sea un texto fácil o difícil. Guasti-

---

<sup>62</sup> Ver *Produzione e applicazione del diritto...*, pp. 49-50.

ni es partidario de un concepto lato de interpretación jurídica, lo que significa negar que se pueda hablar de casos fáciles o casos difíciles, de la misma forma que no cabría hablar de textos claros o textos oscuros. Ello porque Guastini afirma que «la misma distinción entre textos claros y oscuros es discutible. Ya que claridad y oscuridad no son cualidades intrínsecas de un texto, sino que ellas mismas son fruto de interpretación, entendida en sentido amplio como adscripción de significado a un texto. Y son susceptibles de interpretación por dos razones: porque sólo después de haber interpretado un texto se puede decir si es claro u oscuro, y sobre todo, porque la misma claridad y oscuridad de un texto puede ser controvertida». El autor afirma que se puede decir que un texto es claro cuando los intérpretes están de acuerdo sobre su significado pero que, en todo caso la claridad no es una propiedad del texto sino el fruto de una decisión interpretativa (consensuada)<sup>63</sup>. Como el juez interpreta en todo caso, es por lo que debe argumentar sus decisiones, o sea, debe, en todo caso, argumentar a favor de la interpretación hecha y del significado elegido<sup>64</sup>.

T.3: *¿Por qué se interpreta?* Cuando el intérprete se enfrenta a un texto normativo y quiere asignarle un significado se encuentra, según Guastini, con dos clases de problemas que en la práctica son difíciles de distinguir netamente. Por un lado, surgen los problemas que nacen de los defectos intrínsecos que tiene el lenguaje natural con el que se expresan las fuentes del derecho. Por otro, surgen los problemas que nacen de la superposición a los anteriores, de (más o menos artificiosas) construcciones dogmáticas de los intérpretes. Estos últimos aparecen porque los dogmáticos persiguen otros fines con la interpretación, que el de asignar un significado al texto. Estos otros fines pueden ser responder a preguntas en torno a la naturaleza de la constitución, o a la naturaleza del poder de revisión constitucional. También la interpretación es usada para responder a exigencias individuales de sistematización de la disciplina de las fuentes, o a elaborar construcciones dogmáticas relativas a la noción de fuente del derecho, a la jerarquía de fuentes y a las funciones de legitimidad constitucional, etc.<sup>65</sup>.

No son problemas interpretativos, a juicio del autor, los derivados de las antinomias o lagunas legislativas en cuanto que la aparición de estos problemas jurídicos son posteriores o vienen originados con la propia interpretación<sup>66</sup>. La resolución de los mismos requiere una actividad diferente a la interpretativa como es la llamada integración del derecho. En la teoría de Guastini se diferencia entre evitar una

<sup>63</sup> *Le fonti del diritto...*, cit., pp. 329-340.

<sup>64</sup> *Le fonti...*, cit., p. 327.

<sup>65</sup> Ejemplos en torno a la diferenciación entre un tipo de problemas y otro se puede ver en *Le fonti del diritto...* cit., pp. 347-348.

<sup>66</sup> Ver *Le fonti...*, cit., p. 357, en este extremo la opinión del autor es diferente a la de Atienza ver «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», cit., p. 471.

laguna y resolver la laguna ya existente. La interpretación sirve para evitar lagunas, o para crearlas, mientras que la integración es la actividad cuyo objetivo es resolver el problema. Por otro lado, las técnicas usadas por el juez para la resolución de estos problemas jurídicos son diversas a las técnicas interpretativas<sup>67</sup>, de ahí que Guastini diferencie, como luego veremos, entre argumentos interpretativos y argumentos productivos. El autor afirma que «la expresión integración del derecho designa la elaboración de normas implícitas, para colmar lagunas», mientras que como ya hemos visto la interpretación es la redefinición de un texto jurídico, en virtud de la cual se le adscribe un significado, lo que origina la aparición de una norma. No obstante, y pese a estas consideraciones, Guastini afirma que en la práctica no es posible separar netamente la elaboración de normas nuevas de la interpretación de disposiciones preexistentes<sup>68</sup>.

Según Guastini el lenguaje natural es intrínsecamente un lenguaje ambiguo y vago. Por esta razón los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación. La vaguedad afecta al significado y por lo tanto a la semántica de los vocablos y de los sintagmas, mientras que la ambigüedad puede depender del significado de los vocablos o sintagmas (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica) o del contexto de uso de los enunciados (ambigüedad pragmática)<sup>69</sup>. Un enunciado normativo es vago en cuanto que su predicado posee una referencia indeterminada, o sea, posee una *textura abierta o lo que es lo mismo*, está sin determinar la clase de todos los individuos que poseen el atributo por él designado<sup>70</sup>. Un enunciado normativo es ambiguo semánticamente cuando puede referirse a varios significados a la vez de tal forma que descontextualizado no se sabe qué es lo que se entiende por dicho enunciado<sup>71</sup>. La ambigüedad sintáctica depende no del significado de los términos o sintagmas sino de la estructura lógica de los enunciados: o sea, del modo en el que están conectadas<sup>72</sup>. Por último, un enunciado es pragmáticamente ambiguo siempre que puede ser usado para cumplir diferentes actos de lenguaje el contexto no aclara qué acto lingüístico se ha emitido<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> La diferenciación entre interpretar el derecho e integrar el derecho se puede observar en *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., p. 79.

<sup>68</sup> *Produzione e applicazione...*, cit., p. 79.

<sup>69</sup> *Le fonti...*, cit., p. 348.

<sup>70</sup> *Le fonti...*, cit., p. 349, donde el autor recoge el concepto de referencia. El concepto de vaguedad se puede ver también en «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», cit., p. 82.

<sup>71</sup> El problema de la ambigüedad semántica se establece en *Le fonti...*, cit., p. 351.

<sup>72</sup> Un estudio de la ambigüedad sintáctica se puede ver en «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», cit., pp. 84-90.

<sup>73</sup> Sobre ambigüedad sintáctica y pragmática ver *Le fonti...*, cit., pp. 353-355, «In tema de norme sulla produzione...», cit., concretamente: p. 311. Respecto a los

Por lo tanto para el autor si bien los problemas de interpretación del derecho atañen a la dimensión semántica de las formulaciones normativas (es decir a la vaguedad y la ambigüedad semántica de las expresiones usadas), sin embargo, afirma también que los problemas de interpretación no están de hecho confinados al dominio de la semántica. Problemas interpretativos e interpretaciones divergentes pueden surgir también en relación a las dimensiones sintácticas y pragmáticas de las formulaciones normativas. A decir verdad, en la práctica es difícil trazar una neta línea de separación entre estas tres dimensiones»<sup>74</sup>.

A la hora de responder a este interrogante, en la obra del autor parece distinguirse, por un lado, las razones por las cuales de hecho los juristas interpretan, y, por otro, las razones por las que, según Guastini se debería interpretar. De acuerdo con el autor, los únicos motivos que deben originar una interpretación jurídica son los problemas derivados del lenguaje natural porque son los únicos problemas que hay que solventar para asignar significado a un texto jurídico. No debería interpretarse para conseguir los otros objetivos señalados ya que se trata de razones que no tienen como finalidad conseguir el objetivo en que la actividad interpretativa consiste.

T.4: *¿Quiénes interpretan?* Respecto a la pregunta quienes interpretan, Guastini afirma que en «los sistemas jurídicos vigentes la actividad interpretativa es ejercitada prevalentemente, aunque no exclusivamente, por algunos operadores típicos, diferenciando en base a los mismos varios tipos de interpretación: 1. La interpretación auténtica: en sentido amplio la realiza el autor mismo del documento interpretado, en sentido estricto y por antonomasia, la interpretación de la ley la hace el mismo legislador mediante otras leyes sucesivas; 2. La interpretación oficial: la realizada por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, la dada por el Consejo de Estado en sede consultiva; 3. La interpretación judicial: la dada por un órgano jurisdiccional; 4. La doctrinal: la hecha por la doctrina es decir por los juristas, sobre todo por profesores del derecho en obras académicas»<sup>75</sup>.

En la obra de Guastini se presta una especial atención al estudio de la interpretación doctrinal y judicial. El autor en más de una ocasión afirma que no está de acuerdo con aquellas teorías que sostienen que sólo los jueces interpretan los textos jurídicos. Alega en su crítica que

---

problemas de ambigüedad pragmática en concreto el autor afirma que «preguntarse si las normas que confieren poderes normativos son permisos o mandatos (disimulados) no es distinto de preguntarse si la autoridad normativa que ha emanado tales normas habrían cumplido un acto lingüístico de mandato o un acto lingüístico de permiso», «In tema di norme sulla produzione...», cit., pp. 311 y 312, (la traducción me pertenece).

<sup>74</sup> «In tema di norme sulla produzione...», cit., pp. 311 y 312.

<sup>75</sup> *Le fonti del diritto...*, cit., p. 341. También en «Produzione e applicazione del diritto. Lezione sulle "prelegi"», cit., pp. 69-70.



esto supone dar demasiada importancia a la interpretación operativa y por ende a la interpretación de los hechos en detrimento de la interpretación en abstracto<sup>76</sup>. Para Guastini son intérpretes del derecho tanto la doctrina como los jueces. No obstante el autor establece una clara diferenciación entre la labor interpretativa de uno y otro. Se puede distinguir la interpretación judicial de la doctrinal en virtud de dos perspectivas diferentes: por la fuerza de cada una y por la forma en la que cada uno de estos dos agentes se enfrenta a la tarea interpretativa, es decir, en virtud de su posicionamiento o su acercamiento a dicha actividad. Según Guastini, «la interpretación doctrinal de una cierta disposición en realidad puede ser entendida como recomendaciones, dirigidas a los jueces, para atribuir a aquella disposición un cierto significado (propuesta de *lege ferenda*). En los sistemas jurídicos modernos los juristas no están jurídicamente habilitados para “decidir” el significado de los textos normativos: pueden sólo avanzar sugerimientos o propuestas. Sus propuestas interpretativas pueden, de hecho, ejercer influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de la corte (como también no ejercerla de hecho), pero están privadas de efectos jurídicos. Y por esta razón que, según un cierto modo de ver, los juristas deberían limitarse a hacer un elenco de los posibles significados de los textos normativos, sin escoger o preferir alguno<sup>77</sup>. La interpretación judicial de una cierta disposición por el contrario, puede ser entendida como “decisión” en torno al significado de esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces son obviamente productivas de efectos jurídicos, es más – en nuestro sistema jurídico– circunscritas de reglas al caso que deciden»<sup>78</sup> «En segundo lugar, el acercamiento a la interpretación que es propio de los juristas es diverso de aquel propio de los jueces. La interpretación doctrinal puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los textos. Con esto quiero decir que normalmente los juristas se interrogan– o al menos así se supone– sobre el significado de los textos normativos en abstracto, esto es, sin preocuparse de la solución de una específica controversia. La interpretación judicial por el contrario, puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los hechos, en el sentido que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo cuanto un particular supuesto de hecho o controversia, que hay que solucionar. Los jueces, en realidad, no se preguntan cual es el significado de un texto normativo en abstracto, sino se preguntan si un supuesto de hecho recae o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma. Dicho en otros términos el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación el derecho requiere conjuntamente: (a) la interpretación de la fuente, y (b) la

<sup>76</sup> En este sentido ver «Diritto mite, diritto incerto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, anno XXVI, núm. 2, pp. 513-525.

<sup>77</sup> *Le fonti del ...*, cit., pp. 341 y 342.

<sup>78</sup> *Le fonti...*, cit., pp. 341-342.

calificación del supuesto de hecho. A su vez la calificación del supuesto de hecho presupone (c) el acertamento de los hechos a la causa»<sup>79</sup>

Nos llama la atención en este tema cómo el autor establece una diferencia parecida, pero no igual, en otras de sus obras, donde sostiene que la *diferencia entre la interpretación doctrinal y la judicial recae en que los jueces no pueden limitarse a describir los significados actuales o posibles de los enunciados legislativos*, deben elegir un significado determinado, desechando los otros. «A diferencia de la interpretación doctrinal, la interpretación judicial no es más mera interpretación conocimiento: es siempre interpretación-decisión o, como dicen algunos, interpretación operativa»<sup>80</sup>. En estas ocasiones, el autor no indica que la labor de la interpretación doctrinal sea proponer un significado, sino que afirma, cosa que no hace anteriormente, que la doctrina cuando interpreta lo que hace es efectuar una interpretación-conocimiento.

Si bien aparentemente Guastini parece caracterizar de forma diferente la interpretación doctrinal en uno y otro caso, podemos encontrar una razón que explica esta postura. Puede ser que, en el primer caso, Guastini se refiera a la labor interpretativa de una parte de la doctrina formada por los juristas, entendiendo aquí juristas los operadores jurídicos como abogados. Mientras que en el segundo caso se está refiriendo a la interpretación doctrinal, entendiendo por doctrina los científicos del derecho, lo que él denomina los profesores en sus obras académicas. De esta forma, Guastini sostiene que los juristas cuando interpretan proponen, los científicos cuando interpretan conocen o describen los significados. Al diferenciar Guastini entre juristas y científicos es por lo que se explica que el autor afirme: *Cuando los juristas no se limitan a describir los «marcos» de las muchas interpretaciones ofrecidas por una norma, sino proponen (a los órganos de aplicación) «una» interpretación de la norma, a preferencia de las otras igualmente posibles, no hacen ciencia jurídica: hacen política del derecho. Su discurso no puede ser calificado como un discurso descriptivo, científico*<sup>81</sup>.

No obstante, tal y como vimos en el primer epígrafe, Guastini diferencia entre teoría jurídica y dogmática jurídica. La teoría tiene por objeto el discurso de la dogmática. La dogmática tiene por objeto el discurso del legislador. Por otro lado, la teoría emplea un lenguaje descriptivo, mientras que la dogmática emplea un lenguaje prescriptivo o directivo. En este tema, Guastini afirma estar de acuerdo con

<sup>79</sup> *Le fonti...*, cit., p. 342; *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 8; *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., p. 70.

<sup>80</sup> *Teoria e dogmatica delle fonte*, cit., pp. 7 y 8 (la cursiva me pertenece).

<sup>81</sup> «Problemi epistemologici del normativismo», cit., p. 185; *Dalle Fonti alle norme*, cit. Esta misma opinión la mantiene Tarello en *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

Tarello y Ross y en contra de Bobbio, cuando este último sostiene que la dogmática debería emplear un discurso valorativo. Guastini afirma frente a Bobbio que de hecho la doctrina es lo que hace y que un discurso de este tipo no es un discurso científico. Por esta razón, cuando Guastini sostiene en sede de interpretación jurídica que los juristas que no se limitan a describir los marcos de las muchas interpretaciones ofrecidas por una norma no son científicos del derecho, no está describiendo lo que los científicos hacen (ya que el propio Guastini sostiene que de hecho hacen otro tipo de tarea interpretativa), sino que está emitiendo un enunciado valorativo o prescriptivo *indicando cómo debería ser la tarea de un científico del derecho, cómo debería ser la labor interpretativa de una parte de la doctrina (los científicos del derecho), diferenciando así no sólo entre la tarea interpretativa de los juristas con los jueces, y de los científicos con los jueces, sino estableciendo (prescribiendo), al mismo tiempo, una diferenciación entre cómo debería ser la interpretación doctrinal de los juristas y la interpretación doctrinal de los científicos del derecho.*

Por otro lado, cuando Guastini sostiene que la labor de estos últimos es una interpretación-conocimiento, se puede querer estar refiriendo a que su labor consiste en describir los posibles significados que la disposición normativa tiene según los usos lingüísticos, o se puede querer estar refiriendo a que los científicos deben conjeturar el significado que de hecho la autoridad legislativa le concedió. Si lo que Guastini establece es que los científicos deben interpretar en el primer sentido es tanto como negarles el carácter de intérpretes, en cuanto que, tal y como hemos expuesto, según la teoría de la interpretación de Guastini, interpretar no es nunca describir. Si se refiere al segundo sentido, o sea que los científicos deben conjeturar el significado querido por el legislador, está prescribiendo no sólo cómo debe interpretar el científico, sino con qué técnicas debe hacerlo. Evidentemente, en todo caso, Guastini, al dar respuesta a este interrogante, no deja bien delimitado el aspecto descriptivo del aspecto valorativo de su discurso, dejando entrever evidentemente una, como el llamaría, ideología o doctrina de la interpretación.

T.5: *¿Cómo se interpreta?* En la obra de Guastini se puede apreciar una cierta evolución a la hora de dar respuesta a este interrogante. En sus primeras obras el autor afirma que se puede interpretar de forma literal, extensiva, restrictiva, lógica, sistemática y adecuada<sup>82</sup>. Posteriormente, en sus últimas obras la respuesta varía, afirmando que sólo existen dos formas de interpretar un texto normativo. Estas dos formas de interpretación son mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas: la primera consiste en interpretar el derecho literalmente, la segunda consiste en interpretarlo correctivamente.

<sup>82</sup> *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pp. 70-73, *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 79-82.

Estas dos formas originan dos conceptos de interpretación diferentes, denominados interpretación literal e interpretación correctiva<sup>83</sup>. Las llamadas interpretación restrictiva y extensiva quedan incluidas como subclases de la interpretación correctiva, mientras que el resto de posibilidades pasan a ser consideradas en la teoría de Guastini como técnicas interpretativas.

Con este cambio de pensamiento, el autor parece que en una primera etapa no diferenciaba entre las cuestiones ¿cómo interpretar? y ¿con qué técnicas se interpreta?, mientras que posteriormente parece considerar cuestiones diferentes las correspondientes a las preguntas T.5 y T.6.

Se interpreta literalmente cuando se «atribuye a una disposición su significado “literal”, esto es aquel más inmediato, el significado *prima facie*, como se suele decir, que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas»<sup>84</sup>. Cuando se interpreta literalmente el derecho se adscribe el significado literal de la disposición interpretada. La interpretación literal para el autor es diferente a la interpretación declarativa. En esta última se adscribe el significado que según el intérprete manifestó el legislador a través de la letra de la disposición<sup>85</sup>. Guastini afirma que no se debe interpretar un texto buscando el significado de lo que quiso el legislador, y ello porque es lo mismo interpretar un texto que el comportamiento o las intenciones de quien escribe ese texto<sup>86</sup>.

Por otro lado, la interpretación correctiva es «cualquier interpretación que atribuya a un texto normativo otro significado que no sea el literal, es decir que no sea el más inmediato. Eso puede suceder o bien porque se otorgue un significado más restrictivo o más amplio que el literal»<sup>87</sup>.

El autor afirma que los jueces y demás intérpretes utilizan ambos tipos de interpretaciones. No obstante, a la hora de dar respuesta a

<sup>83</sup> En sus obras más antiguas Guastini diferencia entre interpretación literal, restrictiva, extensiva, lógica, evolutiva, sistemática y adecuada (la traducción es mía). Véase por ejemplo, *Produzione e applicazione del diritto*, cit., pp. 69-73, o *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 79-82. Posteriormente, el autor varía esta clasificación, distinguiendo entre interpretación literal y correctiva. La interpretación correctiva, a su vez, es subdividida en restrictiva o extensiva. Mientras que el resto de las posibles interpretaciones pasan a ser examinadas por el autor como argumentos o técnicas interpretativas.

<sup>84</sup> La definición corresponde a *Le fonti...*, cit., p. 360. En obras anteriores Guastini da una definición de interpretación literal algo diferente, en cuanto que en lugar de hacer referencia a las relaciones sintácticas alude a «según el uso común de las palabras en su contexto», véase al respecto *Redazione e interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 79-80, o también en *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pp. 70-71.

<sup>85</sup> *Le fonti...*, cit., p. 361.

<sup>86</sup> Véase *Le fonti del diritto*, cit., p. 324.

<sup>87</sup> Un estudio de la interpretación correctiva y sus clases se ve en *Le fonti...*, cit., pp. 365-366.

este interrogante, Guastini da preferencia a la interpretación literal sobre la correctiva. Esta preferencia se aprecia en la primacía que el autor concede al significado común de las palabras y a la voluntad del legislador como aspectos a tener en cuenta a la hora de interpretar un texto jurídico. Es necesario para ello clarificar el significado conceptual del enunciado normativo a través del análisis semántico-pragmático de sus términos. Por esta razón, critica la teoría de Zagrebelsky, al afirmar este autor que el juez debe adoptar el significado de los textos normativos a las exigencias de justicia sustancial del caso concreto con independencia del significado común de las palabras. Guastini, ante este tipo de pensamiento, afirma: «en cuanto doctrina de la interpretación, este modo de ver desacredita radicalmente el valor liberal de la estabilidad de la interpretación y de la uniformidad de la jurisprudencia. Según esta doctrina, el significado de los textos normativos no debe ser constante, determinado de una vez para siempre por una jurisprudencia constante y uniforme, sino, al contrario, debe ser flexible, cambiante a las cambiantes exigencias de justicia: con evidente prejuicio del principio constitucional de igualdad. En cuanto doctrina de la decisión judicial, este modo de ver subordina el valor liberal de la certeza y predecibilidad de las decisiones al valor de la justicia al caso concreto»<sup>88</sup>.

Por otra parte, como los problemas que según Guastini originan la interpretación del derecho son problemas semánticos, sintácticos y pragmáticos, el significado o significados de los enunciados se deben hallar aplicando a los mismos las reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas con las que poder redefinir el texto. El autor, afirma que cuando de hecho se interpreta, no sólo se tiene en cuenta los problemas de esta índole, es más, en muchas ocasiones la interpretación es usada para resolver problemas de naturaleza diversa, razón por la que se abandona la interpretación literal, llevándose a cabo interpretaciones ya sean extensivas o restrictivas. No obstante, y pese a ello, la interpretación debería hallar los significados decidiendo entre los significados cognoscibles descritos previamente por la doctrina. El juez no debería decidir otro significado al margen de uno de ellos. Hacer lo contrario va en contra de la certeza del derecho.

Tal y como hemos visto, Guastini afirma que una teoría de la interpretación dice lo que es interpretar en base al análisis lógico de los discursos de los intérpretes. Según esto, afirma que interpretar es asignar un significado a un enunciado normativo y que de hecho cuando los juristas y los jueces cumplen esta función pueden o asignarle uno de los significados que él denomina cognoscibles o conocidos u otro significado nuevo. Los significados cognoscibles son los que expresa

---

<sup>88</sup> *Diritto mite, diritto incerto*, cit., p. 525 (la traducción es mía). También existe traducción al castellano, «Derecho dúctil, derecho incierto», por Marina Gascón en *Anuario de Filosofía del derecho*, 1996-1997, la cita correspondería a la p. 123 de esta publicación.

un enunciado en virtud de sus usos lingüísticos o hábitos lingüísticos. Constituyen una gama abierta pero no infinita de significados. Si en la obra de Guastini sólo hubiese una teoría de la interpretación jurídica, se debería limitar a describir lo que es la interpretación de hecho. Sin embargo, el autor niega que escoger un significado distinto de los cognoscibles o conocidos sea interpretar. Afirma por el contrario que, cuando sucede esto, en realidad no se interpreta porque se crea un significado nuevo y que la tarea de crear es tarea legislativa y no interpretativa. Se aprecia que en este discurso existe, por un lado, la explicación de lo que realmente sucede cuando se interpreta, y por otro lado el autor expresa lo que debería ser interpretar, afirmando que si bien de hecho cuando se interpreta se asigna al texto un significado cualquiera, no debería ser así, ya que la interpretación debería ser asignar un significado de entre los posibles que un texto puede expresar en base a la aplicación de reglas lingüísticas<sup>89</sup>.

T.6: *¿Qué técnicas interpretativas utilizan los intérpretes?* Tal y como exponíamos al principio de este epígrafe, según Guastini todo discurso interpretativo está formado por enunciados interpretativos y enunciados argumentativos<sup>90</sup>. Estos últimos son aquellos enunciados que justifican el significado que se ha adscrito al texto legislativo. El análisis de estos argumentos permiten al teórico del derecho determinar si se ha optado por una interpretación literal o por una interpretación correctiva. Por esta razón, en la obra de Guastini se analizan cuáles son los argumentos que los intérpretes usan para justificar tanto una interpretación literal como una interpretación correctiva en cualquiera de sus modalidades<sup>91</sup>.

Según el autor, hay que distinguir entre las técnicas interpretativas, propiamente dichas y las técnicas que el jurista, en especial el juez, utiliza para integrar el derecho. Sólo son correctas las técnicas que sirven para atribuir un significado literal y no las usadas para conseguir otras finalidades que no sea atribuir significado a un texto, por ejemplo para crear una jerarquía axiológica, o convertir luego la jerarquía axiológica en una jerarquía formal o material<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> *Teoria e dogmatica...*, cit., p. 11; *Distinguendo...*, cit., p. 171.

<sup>90</sup> En otras ocasiones Guastini afirma que en las decisiones judiciales se puede encontrar una justificación interna y otra externa, véase «Problemi de analisi logica delle decisioni costituzionali», en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 84, nota a pie de página 3.

<sup>91</sup> La exposición de todos estos argumentos, y cómo son usados por los intérpretes, es expuesta minuciosamente en *Le fonti...*, cit., pp. 359-387, y en *Distinguendo...*, cit., pp. 173-228. También en *Produzione e applicazione del diritto. Lezione sulle «Prelegi»*, Torino, 2.<sup>a</sup> ed., 1989.

<sup>92</sup> Una crítica de Guastini en relación a utilizar la interpretación para crear una jerarquía formal de una jerarquía normativa se puede ver en «Gerarquía normativa» en *Materiale per una storia della cultura giuridica*, XXVII, núm. 2, diciembre de 1997, en especial en la p. 482. También y en el mismo sentido en «L'illegittimità delle disposizioni e delle norme», *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1992, en

En el estudio de las técnicas argumentativas es donde más se deja traslucir la doctrina del autor en torno a la interpretación jurídica, y ello porque Guastini no sólo describe los argumentos que se usan por los intérpretes, sino que rechaza algunas de estas técnicas, justificando su rechazo en que los mismos sirven para producir normas nuevas en lugar de adscribir un significado a una disposición preexistente<sup>93</sup>. También critica y no está de acuerdo con los argumentos que se usan para justificar la adscripción de un significado a un texto normativo cuando en realidad es un modo de eludir, acantonar o sabotear la política del derecho perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política del derecho del intérprete<sup>94</sup>. Por otro lado, se aprecia la doctrina del autor cuando éste rechaza la llamada interpretación, adecuada al menos cuando ésta «no es conforme al sentido común de las palabras y/o a la intención del legislador», por ser fruto de una elección discrecional altamente discutible<sup>95</sup>.

*Para Guastini se debería adscribir al texto normativo el significado literal y por lo tanto sólo son válidos los argumentos que sirvan para justificar este significado, no debiéndose usar argumentos que sirven para justificar otros tipos de interpretaciones.*

T.7: *¿Es la interpretación una actividad discrecional o sometida a límites?* En base a la conclusión a la que llegamos en la pregunta T.1, la interpretación jurídica es siempre una actividad estipulativa y nunca descriptiva, y ello con independencia de las razones con las que se justifique la adscripción. Por esta razón, Guastini afirma que de hecho la actividad interpretativa es una actividad discrecional<sup>96</sup>. Prueba de la discrecionalidad es el hecho de que las decisiones para adscribir un significado de un texto jurídico pueden ser de dos tipos, en cuanto que el intérprete puede decidir adscribir a la formulación normativa uno de sus significados que efectivamente tiene o, por el contrario, los intérpretes, en especial los jueces, pueden decidir adscribir a la formulación normativa en cuestión un significado diverso, «—por

---

especial la página 197. También en «La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano» en *Ragion pratica*, 11, 1998, p. 206.

<sup>93</sup> Así, por ejemplo, en el caso del argumento a contrario, Guastini parece estar de acuerdo con su uso cuando el mismo es empleado como un argumento interpretativo pero no como un argumento productivo, el autor afirma: «Evidentemente, una cosa es atribuir significado a una disposición preexistente y otra es formular una norma inédita», *Le fonti...*, cit., p. 363. También critica el uso del argumento *a simili* en el mismo sentido, *Distinguendo...*, cit., o el argumento analógico, el argumento *a fortiori*, etc.

<sup>94</sup> Así, Guastini no está de acuerdo cuando se esgrime el argumento de la indagación de la voluntad del legislador con esta finalidad.

<sup>95</sup> Véase, «Principi di diritto e discrezionalità giudiziale», en *Diritto Pubblico*, 1998, en especial las pp. 658 y 659, en esta última afirma que «l'interpretazione adeguatrice... non solo non sia doverosa, ma si inoltre dannosa».

<sup>96</sup> Sobre el carácter discrecional de la interpretación, véase *Problemi di analisi logici delle decisioni...*, cit., p. 94, nota a pie número 10; *Le fonti del diritto...*, cit., pp. 345-346; *Le fonti del...* cit., p. 352.

ejemplo, E.4— que no se encuentra entre sus significados efectivos»<sup>97</sup>. En estos casos, Guastini afirma que «La interpretación (en el supuesto de que esta palabra sea ahora apropiada) no consiste ni en describir ni en adscribir significado: consiste ante todo en crear un nuevo significado para el texto en cuestión. En estos casos, los enunciados interpretativos no son otra cosa que enunciados prescriptivos (esto es, normas) en forma disimulada».

El carácter discrecional de la interpretación viene dado porque, según Guastini, el poder jurisdiccional es también un poder político. Esto significa que no existen controles sobre las decisiones de los jueces constitucionales, es decir que cuando la corte constitucional interpreta los textos constitucionales, la decisión del significado que opten no está sometida a control alguno<sup>98</sup>.

Que la actividad interpretativa sea una actividad discrecional no significa en la teoría de Guastini que sea arbitraria, ya que esto sería identificar normación y jurisdicción. Según Guastini, «entre normación y jurisdicción, no obstante, es innegable una doble diferencia (al menos de grado): por un lado, formular *ex novo* una norma es algo evidentemente distinto a interpretar un texto normativo (eso sí) preconstituido; por otro lado, en todos o casi todos los sistemas jurídicos modernos, la normación es fruto de decisiones no motivadas, mientras la jurisdicción consiste propiamente en decidir motivando, y precisamente motivando sobre la base de normas (asumidas o tratadas como) preexistentes»<sup>99</sup>. Guastini afirma el carácter discrecional de la interpretación, pero también establece expresamente su carácter no arbitrario<sup>100</sup>. De esta forma el autor sostiene que la actividad interpretativa está sujeta a límites o vínculos de dos tipos, normativos y factuales. Son vínculos normativos todas las disposiciones que indican o disciplinan la interpretación y/o la solución de controversias en torno a las cuestiones interpretativas. Son vínculos factuales el ambiente cultural donde opere el ordenamiento jurídico que se interpreta, ya que «los usos lingüísticos corrientes admiten una gama que, aunque basta, comúnmente limitada de posibles significados para cada expresión dada. La atribución de significados que no recaen dentro de esta

<sup>97</sup> Véase *Enunciati interpretativi...*, cit., p. 52; también en *Distinguendo...*, cit., p. 170, en esta obra el autor habla de significados cognoscibles o conocidos. También utiliza la misma terminología en *Teoria e dogmatica delle fonte...*, cit., pp. 10 y 11.

<sup>98</sup> A este respecto, véase «Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione», en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, en especial las pp. 112-113 y 114. También véase, muy especialmente, «Principi di diritto e discrezionalità giudiziale», en *Diritto Pubblico*, 1998, pp. 641-660. En el mismo sentido, «La costituzionalizzazione» dell'ordinamento italiano», en *Ragion Práctica II*, en especial cuando el autor alude a las decisioni «manipolatrici», pp. 198, 199.

<sup>99</sup> «Problemi de analisi logica delle decisioni costituzionali», *Analisi e Diritto*, Torino, 1990, p. 95 (nota a pie de página 12).

<sup>100</sup> *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., pp. 68-69.



gama son difícilmente sostenibles, sujetos a crítica, probablemente destinados al fracaso. Y es obvio que entre *los hábitos lingüísticos* difundidos están incluidas, si existen, las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo. Es además obvio que son escasamente practicables todas aquellas interpretaciones que el intérprete no esté en grado de argumentar (o motivar) de modo convincente según los estándares de racionalidad asumidos en su ambiente cultural»<sup>101</sup>.

3. En vista de la reconstrucción efectuada, podemos afirmar que en la obra de Riccardo Guastini no sólo podemos encontrar respuestas a las preguntas que hemos clasificado como interrogantes teóricos acerca de la interpretación del derecho, sino que cuando el autor responde a algunos de estos interrogantes lo hace valorando y prescribiendo cómo deberían contestarse las cuestiones en ellos suscitadas. El problema con el que nos encontramos, concretamente cuando del estudio de la obra de Guastini se refiere, es que las preguntas doctrinales no están sistemáticamente contestadas. Ello se debe a que el autor intenta no enfrentarse directamente a dichas cuestiones por partir de un concepto de teoría descriptivo. No obstante, podemos sostener que en la obra de Riccardo Guastini no sólo se recoge una teoría de la interpretación jurídica, sino que aporta también bases suficientes como para reconstruir una doctrina de la interpretación. Esto nos permite llegar a la conclusión que Manuel Atienza cuando afirma que interrogantes como ¿por qué se debe interpretar?, ¿para qué se debe interpretar?, ¿cómo se debería interpretar? ¿cuáles son los límites de una interpretación?, actualmente sólo encuentran una respuesta satisfactoria en las teorías de autores como Marmor, Raz o Nino, está olvidando que su afirmación está condicionada al concepto de teoría del que parte. No nos estamos refiriendo a lo mismo cuando hablamos de la teoría de la interpretación jurídica de Marmor que cuando hablamos de la teoría de la interpretación jurídica de Guastini; por eso, si lo que se pretende es examinar cómo responden los autores a los problemas generados en el estudio de la interpretación jurídica, se debería tener en cuenta las soluciones que a los mismos ofrecen las posiciones doctrinales de algunos autores. Por otro lado, era objetivo de este tema comprobar la coherencia dentro del pensamiento de Guastini entre su metateoría y su teoría de la interpretación, es decir, si accede y estudia la teoría conforme los condicionamientos y características que el propio autor establece en sede metateórica. Recordemos que esto implicaba un análisis lógico y un objeto de estudio determinado y un estilo

---

<sup>101</sup> *Le fonti ...*, cit., pp. 337 y 338. También *Produzione e applicazione del diritto...*, cit., p. 69.

discursivo. Es evidente que en este sentido, tal y como se ha sistematizado el pensamiento del autor, ambos requisitos se cumplen, ya que se efectúa un análisis lógico sobre los discursos interpretativos. Sin embargo, si el objetivo de Guastini en estas obras era hacer sólo una teoría de la interpretación, creo que la reconstrucción puede dar indicios de que no es tan tajante en su pensamiento la separación entre teoría y doctrina.

¿Es el derecho tan normativo?

## La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico

Por LEONOR MORAL SORIANO\*

Centre for Law and Society  
University of Edinburgh  
E-mail: leonor.moral@ed.ac.uk

**Resumen:** Las siguientes páginas están dedicadas al estudio de la función que Raz atribuye a la autoridad: la *función ejecutiva* o normativa. Ésta sirve para articular la distinción formal entre razones de primer orden y razones de segundo orden, que permite una ulterior distinción entre el nivel deliberativo y el nivel ejecutivo del razonamiento jurídico. Se argumentará que la autoridad no tiene la función normativa que Raz le atribuye. Para apoyar esta idea, se hará referencia a los precedentes judiciales y a su función en el razonamiento jurídico.

### 1. RAZONAMIENTO PRÁCTICO GENERAL COMO RAZONAMIENTO EJECUTIVO

De las distintas ramas de la filosofía práctica, la obra de Raz, como él mismo señala, gira en torno a la teoría normativa<sup>1</sup>, cuyos conceptos

---

\* Muchas gracias al Profesor Massimo la Torre y al Profesor Juan Carlos Bayón por los valiosos comentarios realizados a los borradores de este artículo. Naturalmente, yo soy la única responsable de los errores que el mismo contenga.

<sup>1</sup> Véase RAZ, J., *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 14. Raz distingue tres ramas de la

más relevantes son los de razones de primer y segundo orden, razón excluyente y razón para la acción.

### 1.1 Razón para la acción

Cuando alguien toma una decisión, como viajar a Florencia, declarar un contrato nulo, o condenar a  $n$  años de prisión a un ladrón, debe justificar su acción, es decir, debe ofrecer una razón para actuar. En el razonamiento práctico (en eso consiste decidir) concurren diversas razones que pueden estar en conflicto. De todas éstas, sin embargo, una (o un conjunto de razones) será la razón que justifique el comportamiento<sup>2</sup>: la razón para la acción<sup>3</sup>.

### 1.2 Razones de primer orden y razones de segundo orden. Conflictos de razones

La clave en el modelo de razonamiento práctico ofrecido por Raz es la distinción entre dos tipos de razones: de primer orden y de segundo orden. La concurrencia de ambas en el razonamiento práctico puede plantear tres tipos de conflictos cuya solución aporta la razón para la acción: aquella razón de primer o de segundo orden, dice Raz, que no ha sido derrotada por otras. La mejor forma de explicar el significado de razones de primer orden, razones de segundo orden y razones para la acción será mostrando con un ejemplo cómo las razones pueden entrar en conflicto y cómo éste debe resolverse.

- Conflictos exclusivamente entre razones de primer orden.—Éste sería el conflicto que el matrimonio Bastidas deberá resolver para decidir si viajar a Florencia. En el proceso de decisión concurren tanto razones para la acción, el deseo de conmemorar las bodas de plata, como para la no acción, invertir el dinero del viaje en un plan de pensiones. Ambas son razones que Raz denomina de primer orden. El conflicto entre éstas se resuelve *valorando la fuerza de todos los argumentos o razones en conflicto (balance of reasons)* y decidiendo según aquella razón que tenga mayor peso entre todas las demás. El razonamiento práctico se

---

filosofía práctica: la teoría del valor, la teoría normativa y la teoría imputativa. La teoría del valor se ocupa de la bondad de las situaciones (reales o posibles); la teoría normativa se ocupa de aquello que «debe ser» y de aquello que «se debe hacer»; la teoría de la imputación, finalmente, se ocupa de las condiciones bajo las cuales se puede atribuir a alguien culpa o culpabilidad (ibídem).

<sup>2</sup> A la pregunta «por qué» teorías descriptivas responden estableciendo relaciones de causalidad que describen o explican fenómenos; las teorías normativas por su parte, entre ellas la teoría jurídica, responden a la pregunta «por qué» ofreciendo justificaciones (no descripciones) de las acciones.

<sup>3</sup> La mejor comprensión del concepto de razón para la acción depende de otros dos conceptos: el de razón no derrotada (o no excluida en el conflicto de razones) y el de razón excluyente (del balance de razones).

mantiene a un nivel deliberativo, de valoración de la fuerza de las razones.

- Conflictos entre razones de primer orden y razones de segundo orden excluyentes.—Si la señora Bastidas hubiera hecho la promesa a su hija de permanecer con ella porque dará a luz justo en el período que tienen proyectado hacer el viaje, el conflicto de razones se complica. No sólo cocurren razones de primer orden, sino también una razón de segundo orden: hay que cumplir las promesas. Este tipo de conflicto se resuelve a favor de la razón excluyente, no porque su peso o fuerza sea mayor, sino porque su función en el razonamiento práctico es la de excluir la consideración de otras razones y por lo tanto la evaluación o balance de su fuerza en el razonamiento. El alcance de las normas de segundo orden excluyentes es la clase de razones que excluye: las razones de primer orden.
- Conflictos entre razones de segundo orden.—Éste sería el caso si en el proceso de decisión de los señores Bastidas concurre otra razón de segundo orden o excluyente, por ejemplo que el señor Bastidas hubiera prometido realizar el viaje a la ciudad de los Medici. Este tipo de conflictos se soluciona según la fuerza de las razones en conflicto implicadas, es decir, se resuelve de la misma manera que los conflictos entre las razones de primer orden: mediante el balance o evaluación de su fuerza<sup>4</sup>.

En definitiva, el criterio que permite distinguir entre razones de primer orden y de segundo orden y el criterio que determina la solución del conflicto entre ellas es el *mismo*: la función normativa o excluyente de las razones de segundo orden<sup>5</sup>. Resolver un conflicto entre las dos categorías de razones mencionadas, concluye Raz, mediante el balance o la evaluación de su peso o fuerza, será cometer un error en el razonamiento. El error lo provoca la confusión entre ambos tipos de razones y de su distinta función en el razonamiento<sup>6</sup>.

En los tres conflictos de razones mencionados la razón para la acción es la razón no derrotada en el conflicto. En el caso de un con-

<sup>4</sup> Esta es una contradicción en la obra de Raz, quien primero no acepta que la fuerza de las razones de segundo orden pueda ser evaluada (en caso de conflicto con razones de primer orden), mientras que ahora es precisamente la fuerza de las razones de segundo orden la que aportará la solución al conflicto.

<sup>5</sup> La idea de «función normativa» ha sido propuesta por N. MacCormick en «Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reasoning», en *Journal of Law and Society*, 1983, p. 5. Por función normativa de las razones de segundo orden se refiere a la función excluyente en el razonamiento jurídico.

<sup>6</sup> Raz indica que la fuerza de las razones (*strength*) sólo es relevante en el caso de razones de primer orden y conflictos entre razones de primer orden, mientras que el carácter excluyente (*override*) es relevante sólo en el caso de razones de segundo orden y de conflictos entre éstas y las de primer orden.

flicto entre razones de primer orden, la razón no derrotada es aquella con más fuerza o peso en el conflicto. Lo mismo ocurre en el caso de que el conflicto sea entre razones de segundo orden. El caso más interesante para Raz es el conflicto entre razones de primer orden y de segundo orden. Sólo las últimas serán las razones para la acción porque tienen una función normativa, es decir, ejecutiva o excluyente, en el razonamiento práctico: excluyen la consideración de todas las demás.

### 1.3 Los dos niveles del razonamiento práctico

La distinción funcional entre razones de primer orden y razones de segundo orden sugiere que, en ocasiones, el razonamiento práctico discurre en un *nivel deliberativo* y otras en un *nivel ejecutivo*. En un nivel deliberativo la razón para actuar es aquella razón de primer orden (para el caso de conflicto de razones de primer orden) o aquella razón de segundo orden (para el caso de conflicto entre dos o más razones de segundo grado) no derrotada, es decir, con mayor peso entre todas las razones de la misma naturaleza que hayan concurrido al balance de razones. En un nivel ejecutivo del razonamiento, una segunda categoría de razones para actuar excluye cualquier tipo de deliberación acerca de la fuerza o peso de las razones concurrentes. El alcance de las razones de segundo orden excluyentes, en lugar de su peso, obliga a considerarlas como razones para la acción.

## 2. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

En el apartado anterior se ha indicado la función de las razones excluyentes en el razonamiento, utilizando el ejemplo de las promesas. Pero el ámbito de las razones de segundo orden no se limita sólo a éstas. Las reglas son también razones excluyentes protegidas, es decir, son razones para actuar por una razón y para no actuar por una razón. Un tipo de reglas son las reglas de mandato y un subtipo de estas reglas de mandato son las directivas dictadas por una autoridad (las directivas autoritativas). Las normas y, por lo tanto, las normas jurídicas, tienen la misma función que las promesas en el razonamiento práctico: la de excluir el balance de razones o juicios *all things considered* y la de ser una razón para la acción.

El razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico cuyo objeto son las normas jurídicas o directivas autoritativas. Al ser un tipo de razonamiento práctico comparte con éste, de un lado, la división funcional entre razones de primer orden y razones de segundo orden, y, de otro lado, la función normativa de las razones de segundo orden como razones excluyentes.

El razonamiento jurídico por excelencia es el contenido en el proceso legislativo (*law-making process*) y en el proceso judicial (*law-applying process*)<sup>7</sup>. Ambos se identifican plenamente con el contenido del razonamiento práctico: una norma jurídica excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar.

Evidentemente, decir que las razones de segundo orden excluyen la consideración de otras porque tienen una función normativa en el razonamiento práctico es dejar planteada una ulterior cuestión: la fundamentación de esta función normativa o excluyente. Éste será el objetivo de la doctrina de la autoridad legítima de Raz.

Los dos pilares teóricos sobre los que Raz desarrolla su teoría del razonamiento práctico, y que permiten la anterior aproximación al razonamiento jurídico, son la *tesis de las fuentes* y la *tesis de la autoridad legítima*. Ambas, lejos de tener formulaciones separadas o autónomas, se complementan entre sí, hasta el punto de aportar un único concepto de derecho y ayudar a entender mejor el razonamiento jurídico, al menos en opinión de Raz. La tesis de las fuentes explica la separación entre derecho y moral<sup>8</sup>, mientras que la tesis de la autoridad legítima explica la función excluyente de las normas en el razonamiento jurídico.

### 3. LA TESIS DE LAS FUENTES

La tesis de las fuentes adoptada por Raz es una «tesis social fuerte»<sup>9</sup>. Ésta dice que «una disposición jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales»<sup>10</sup>. Las fuentes de las reglas jurídicas son exclusivamente hechos (*facts*) gracias a los cuales estas reglas son válidas y su contenido reconocido.

La tesis de las fuentes no sólo identifica qué es derecho, sino que también determina cuál es su función en el razonamiento práctico. El derecho (que pretende autoridad legítima) guía el comportamiento en un sentido excluyente para asegurar la coordinación de la acción. «El derecho —dice Raz— es un patrón público por medio del cual se puede medir el propio comportamiento como, también, el comportamiento

<sup>7</sup> A pesar de que Raz identifica los procesos legislativo y judicial como modelos de razonamiento jurídico, con su teoría del razonamiento práctico no pretende realizar una teoría de la legislación ni tampoco una teoría de la aplicación del derecho.

<sup>8</sup> Más que de separación, como veremos, Raz concluye con la tesis de la relativa conexión entre derecho y moral.

<sup>9</sup> Véase RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción española de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.C., 1985, p. 67.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

de los demás»<sup>11</sup>. Dos consecuencias de la tesis de las fuentes son relevantes para el razonamiento jurídico:

- La tesis de las fuentes contiene (si bien de manera implícita) una fórmula de la tesis positivista de la separación entre derecho y moral;
- La tesis de las fuentes necesita la tesis de la autoridad legítima para explicar la función excluyente de las normas jurídicas.

### 3.1 La tesis de la relativa conexión entre el derecho y la moral

La inmediata consecuencia de la obra de Raz en el ámbito de la filosofía del derecho fue el impulso a la tesis positivista de la separación entre derecho y moral. Como comenta MacCormick,

si este argumento tiene o no suficiente fuerza para sostener la tesis positivista tradicional de la independencia conceptual entre el derecho y la moral (lo cierto es que) es incuestionablemente la mejor defensa ofrecida a favor de esa tesis hasta ahora<sup>12</sup>.

La tradicional tesis de la distinción entre derecho y moral ha sido reformulada por Raz, quien sostiene una versión débil o de relativa conexión entre derecho y moral. Para ello, Raz sostiene primero la autonomía del razonamiento jurídico y proclama, después, su conexión relativa con la moral.

El razonamiento jurídico, sostiene Raz, es una forma de razonamiento normativo que concierne a las normas jurídicas como razones para actuar. Ahora bien, ¿significa eso que cualquier otro elemento distinto a las normas jurídicas debe omitirse del razonamiento jurídico? O, en otras palabras, ¿cómo deben decidir los jueces? Para quienes sostienen que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral, la anterior es una pregunta también moral, que se resuelve con la inclusión de las denominadas razones de primer orden en el razonamiento. Para quienes sostienen que el razonamiento jurídico es ajeno a la moral (el Raz de *Razón práctica y normas*) sólo las normas jurídicas guían el comportamiento de los jueces.

Raz considera que, a fin de defender la autonomía del razonamiento jurídico, la pregunta *¿cómo deben decidir los jueces?* es demasiado simple. Por eso propone una fórmula compleja que logre distinguir el aspecto moral del jurídico. «¿Cómo deben los jueces decidir *consideradas todas las cosas (all things considered)*?», sí es, en opinión de Raz, un interrogante moral; pero de éste no se sigue que la pregunta «¿cómo deben decidir los jueces *según el derecho (according to the law)*?», sea también una pregunta moral<sup>13</sup>. El razonamiento jurídico,

<sup>11</sup> Ibídem, p. 71.

<sup>12</sup> MACCORMICK, N., *Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reason*, cit., p. 5.

<sup>13</sup> Cfr. RAZ, J., «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 1993, p. 3.



añade Raz, es, precisamente, un razonamiento *sobre* el derecho (*about the law*) y sobre cómo resolver disputas *según el derecho*. Es decir, el razonamiento jurídico está gobernado por la tesis de las fuentes, lo que garantiza su carácter autónomo con respecto a la moral.

Ahora bien, también existe, dice Raz, un razonamiento *sobre el derecho* que sí es un razonamiento moral: el razonamiento legislativo. Éste sí es un razonamiento sobre el derecho que establece si el derecho en general, o una ley en particular, es moralmente vinculante y si necesita o no una reforma para adaptarla a cómo debería ser moralmente<sup>14</sup>. El razonamiento jurídico es definido así como un razonamiento que se aplica sin necesidad de usar consideraciones morales, cuya aplicación (sin embargo) parece ser moralmente aceptable por los jueces y tribunales<sup>15</sup>. Existe, por lo tanto, una conexión relativa entre el razonamiento jurídico y el moral, porque una decisión jurídica no sólo será el resultado de un correcto razonamiento jurídico (es decir, de un razonamiento que excluye razones de primer orden como la moral), sino también un resultado aceptable por sus destinatarios según valoraciones morales.

De esta forma, Raz quiere hacer complementarias dos cualidades del razonamiento jurídico, que son, en principio, mutuamente excluyentes: i) el que un cuerpo de proposiciones se pueda aplicar sin acudir a consideraciones morales, y ii) el que la aplicación sea moralmente aceptable porque el cuerpo de proposiciones aplicadas lo era.

Más que aclarar la sempiterna cuestión sobre la conexión (o no) entre razonamiento jurídico y moral, Raz sólo consigue rizar el rizo con su distinción entre razonamiento sobre el derecho y según el derecho, por no hablar del razonamiento que es autónomo (conceptualmente) pero que también está conectado (aunque relativamente) a la moral. El alcance de la tesis de Raz ha sido planteada con infinita mayor claridad y sencillez, y sin lugar a dudas con mayor efectividad, por Carlos Nino<sup>16</sup>.

Raz acierta al desglosar la pregunta «¿cómo deben decidir los jueces?» en otras dos. Estas podrían ser «¿se debe decidir según el derecho?» y «¿cómo se debe decidir según el derecho?». Dejando al margen por el momento si la última es o no una cuestión moral, lo cierto es que la primera sí lo es. Concretamente, la pregunta «¿se debe decidir según el derecho?» hace referencia a la relación entre derecho y moral, aquella que Raz denomina *conexión relativa* y que, siguiendo a Nino, se puede denominar *conexión justificatoria*<sup>17</sup>. Las normas jurídicas, dice Nino,

no son meras definiciones ni exclusivamente descripciones de hecho, sino que incluyen juicios normativos que legitiman a deter-

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>16</sup> Véase NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, pp. 43 y ss. No parece que Raz se opusiera a esta idea.

minada autoridad y descripciones de prescripciones de dicha autoridad. En otras palabras, las razones inherentes al razonamiento jurídico que aluden al hecho de que ciertas normas son parte de un sistema jurídico, no son, ellas mismas, razones jurídicas, sino que pertenecen a un sistema justificador más amplio<sup>18</sup>.

Si al nivel de la justificación de las normas se debe concluir con la conexión entre el razonamiento jurídico y el moral (cosa a la que Raz no parece oponerse), no parece que se deba llegar a la misma conclusión en relación a la justificación de las decisiones jurídicas. Al menos ésta sería la opinión de Raz, para quien el interrogante «¿cómo deben decidir los jueces según el derecho?» debe responderse con la tesis de las fuentes: sólo las normas jurídicas podrán ser consideradas, debido a la función ejecutiva que se les atribuye. Pero Raz quiere arrancar la tesis de las fuentes del formalismo jurídico, es decir, quiere demostrar que la tesis de las fuentes no determina el formalismo o la autonomía del razonamiento jurídico<sup>19</sup>. Por eso, dice que el razonamiento jurídico consiste en algo más que establecer el derecho: «el derecho mismo muy a menudo dirige a los tribunales la aplicación de consideraciones extrajurídicas»<sup>20</sup>. Este argumento, sin embargo, no parece muy convincente, pues el que el derecho pida a los jueces la aplicación de consideraciones extrajurídicas no determina que el razonamiento jurídico sea una forma de razonamiento moral, ni siquiera que el razonamiento jurídico esté conectado a la moral<sup>21</sup>. El problema de la propuesta de Raz radica en que la conexión (relativa) que él quiere entre razonamiento jurídico y razonamiento moral está elaborada con la misma tesis de las fuentes (es el derecho el que exige la conexión). Ahí radica su error: la tesis de las fuentes, si es cierta, tiene una clara implicación para el razonamiento jurídico: la separación entre razonamiento jurídico y razonamiento moral, o, en otras palabras, la autonomía del razonamiento jurídico. Si, de otro lado, se acepta que el razonamiento jurídico es una instancia del razonamiento moral, entonces la tesis de las fuentes no puede ser sino falsa.

Dos objeciones a la tesis de las fuentes van en regla. La primera se refiere al carácter excluyente de las razones de segundo orden (de las normas jurídicas) y en concreto a su *imperiosa fuerza excluyente*. Como indica Schauer<sup>22</sup>, la forma en que las razones de segundo orden pueden apartar otras razones en conflicto pone de manifiesto un error en el razonamiento raziano: Raz no reconoce una distinción lógica entre la exclusión y la fuerza de exclusión. Esta distinción debe ser

<sup>18</sup> Ibídem, pp. 82-83.

<sup>19</sup> Cfr. RAZ, J., «On the Autonomy of Legal Reasoning», cit., p. 8.

<sup>20</sup> Ibídem, es decir, para el Raz de *On the Authonomy of Legal Reasoning* el razonamiento jurídico es una forma de razonamiento moral sin que por ello haya que abandonar la tesis de las fuentes. Es más, para Raz la tesis de las fuentes justifica el razonamiento jurídico como razonamiento moral.

<sup>21</sup> Cfr. ATRIA, F., *Legal Theory and legal Reasoning Revised*, forthcoming.

<sup>22</sup> Cfr. SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 88 y ss.

verdadera, puesto que de lo contrario sería imposible superar el límite de velocidad permitido en casos de urgencia. En no pocas situaciones la norma jurídica será apartada en favor de una razón de primer orden en conflicto. Se dice entonces que la fuerza excluyente de la norma jurídica es menor y, correlativamente, la de la razón de primer orden es mayor. Es decir, la fuerza excluyente de las razones es una cuestión de grados, no de absolutos como sostiene Raz.

La segunda objeción se refiere a la tesis de la relativa conexión entre el razonamiento jurídico y el moral, que garantiza la autonomía del razonamiento jurídico. Contrariamente a lo que sostiene Raz, existe una conexión entre el razonamiento jurídico y el moral, que no viene de la mano de la tesis de las fuentes. Esta conexión (necesaria) es evidente en los denominados casos difíciles, que se caracterizan no tanto por la inexistencia de una norma aplicable a un caso, cuanto por lo inaceptable, ya sea de la norma que se aplica<sup>23</sup>, ya sea del resultado de la aplicación. El primer caso, cuando lo inadmisibles es la norma jurídica que debería aplicarse, remite a la conexión justificatoria entre derecho y moral; el segundo caso, cuando lo inaceptable es el resultado de la aplicación de la norma (la decisión jurídica), remite a la denominada *conexión interpretativa*<sup>24</sup>. Según ésta, el razonamiento jurídico consiste en atribuir significado a las normas jurídicas con el fin de aplicarlas. Éste es, dice Nino, un paso valorativo, lo que exige acudir a consideraciones de índole moral (sean o no reconocidas por el derecho).

#### 4. LA TESIS DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA

Si la tesis de las fuentes propone una distinción funcional entre razones de primer orden y de segundo orden y la distinción de dos niveles de razonamiento práctico, uno deliberativo y otro ejecutivo, la *tesis de la autoridad legítima* quiere justificar la función excluyente reservada a las razones de segundo orden<sup>25</sup>.

Para Raz, son dos las razones que legitiman la *introducción* de la autoridad en el razonamiento práctico y, por lo tanto, de las directivas autoritativas. La primera hace referencia a la mejor competencia técnica del experto, de alguien con autoridad que puede afrontar mejor la situación que se intenta resolver. Éste es el denominado *argumento*

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>24</sup> El contenido del razonamiento jurídico esconde una conexión moral. A ésta Nino la denomina la conexión interpretativa (*ibidem*, pp. 85 y ss.).

<sup>25</sup> En lo que se refiere a la doctrina de la autoridad legítima, es posible apreciar una evolución en la obra de Raz. En la primera edición de *Razón práctica y normas*, Raz hace referencia a una autoridad justificada, en tanto que está basada en el conocimiento y la experiencia, así como en las exigencias de cooperación social (véase RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 67 y ss. y 71 y ss.). Más adelante, en su *Postscriptum* y en su libro *The Morality of Freedom*, la atención gira en torno a la justificación de la *función normativa* o excluyente de la autoridad en el razonamiento práctico.

*pericial*. La segunda razón se refiere a *la coordinación de las actuaciones* de los sujetos a quienes van destinadas las directivas autoritativas<sup>26</sup>. Ambos argumentos reflejan la situación real en la que tiene lugar el razonamiento práctico. Son estos argumentos, además, los que legitiman la autoridad, en el sentido de que es racional su consideración en el razonamiento práctico.

El argumento de la pericia y el argumento de coordinación justifican la inclusión de la autoridad en el razonamiento práctico. Una vez ahí Raz explica su función normativa mediante el denominado *enfoque indirecto*<sup>27</sup>.

#### 4.1 El enfoque indirecto

El enfoque o la estrategia indirecta de justificación de la autoridad consiste en

el abandono del intento de tomar la propia apreciación acerca de lo que resulta de aquellas razones como guía directa de la acción, teniendo sin embargo dicho abandono como resultado el mejor seguimiento de las mismas<sup>28</sup>.

Es decir, el enfoque indirecto permite que al *actuar guiado* por razones de segundo orden (excluyentes), se *actúe en correspondencia* a otras razones, las de primer orden, que deben ser excluidas del razonamiento. Para aclarar el alcance de este enfoque indirecto, que más bien parece un trabalenguas, conviene previamente clarificar la distinción entre razones en *sentido explicativo* y razones en *sentido justificativo* de la acción, o, lo que es lo mismo, entre actuar en correspondencia a razones y actuar guiado por razones.

*Actuar en correspondencia a razones y actuar guiado por razones.*—La señora Stöger, aprovechando el fin de semana, ha recogido y amontonado las hojas secas de su jardín. Realizada la tarea tiene que decidir cómo deshacerse de ellas: puede arrojarlas al contenedor de basura de la calle o prenderles fuego en el jardín. Decidir lo uno o lo otro es una cuestión de razonamiento práctico: de justificar (dar razones) la acción (la decisión). La señora Stöger puede decidir no quemar las ramas por la razón de que el humo molestaría a los vecinos de las casas circundantes. Es decir, la razón «respetar a los vecinos» (en el goce y disfrute de su propiedad privada) es una razón, al menos para la señora Stöger, para (no) actuar.

Supongamos que en Baviera, donde vive nuestra protagonista, existe una ley según la cual está prohibido hacer fuegos en los jardi-

<sup>26</sup> Un ejemplo de coordinación de la acción mediante la autoridad es conducir por el mismo lado de la carretera.

<sup>27</sup> Véase RAZ, J., *Razón práctica y normas. Postscriptum*, cit. p. 242.

<sup>28</sup> BAYÓN MOHINO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 638.

nes privados durante toda la semana, salvo los martes y jueves no festivos. La señora Stöger, conociendo esta norma jurídica, decide no quemar las hojas de su jardín, porque la ley se lo prohíbe. La razón «la ley prohíbe hacer fuego en los jardines privados» es una razón para (no) actuar. Esta norma jurídica descansa en una razón de primer grado (exigencia ésta de la tesis de la conexión relativa entre el derecho y la moral), que Raz denomina razón *subyacente* y que en el caso de la señora Stöger bien podría ser «la protección del vecindario en el disfrute de su propiedad privada».

En el anterior ejemplo, acuden al razonamiento práctico de la señora Stöger dos razones diversas: el respeto al vecindario y la prohibición (jurídica) de hacer fuego. Una es una razón de primer orden (el respeto al vecindario), una razón, según Raz, *explicativa* de la conducta, es decir, una razón para que la conducta se corresponda a ella (*reason for conformity*); otra es una razón de segundo orden, es decir, una razón *justificativa* de la conducta: una razón que guía la conducta (*reason for compliance*)<sup>29</sup>. Si ambas razones acuden al razonamiento práctico, ¿cuál de ellas es la razón para la acción?

La respuesta de Raz no podía ser otra que la razón de segundo orden. Ésta permite que i) la conducta esté guiada –justificada– por una razón, a la vez que ii) la conducta esté en correspondencia con otra razón, la razón subyacente, que justifica la misma norma jurídica y que sin embargo, sostiene Raz, debe ser excluida del razonamiento práctico. Si la señora Stöger decide no quemar las ramas del jardín porque hay una ley que lo prohíbe, su conducta se guía por la norma y se corresponde además a la razón de primer orden «no molestar al vecindario». Desde el punto de vista de un razonamiento guiado por las razones de primer orden:

Decir de la directiva de una autoridad legítima que es, en tanto que razón de primer orden, una razón dependiente y sustitutiva, es tanto como decir que la emisión de dicha directiva no modifica en absoluto el balance de razones de primer orden aplicables al caso, no «genera» ninguna razón nueva que se añade al conjunto de las ya existentes<sup>30</sup>.

Por eso, el enfoque indirecto de la autoridad destaca, en definitiva, el carácter eminentemente instrumental de las directivas autoritativas: aseguran que al actuar guiado por una razón (de segundo orden o excluyente) se deje abierta la posibilidad de actuar en correspondencia con una razón de primer orden, de la razón excluida<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 221.

<sup>30</sup> BAYÓN MOHINO, J. C., «Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz», en *DOXA*, n. 10, 1991, p. 45.

<sup>31</sup> Véase RAZ, J., *Razón práctica y normas. Postscriptum*, cit., p. 236. La razón para actuar en correspondencia (la de primer orden) es, sin duda, la que además ha justificado la norma jurídica.

Esta instrumentalidad se aprecia más aún si la razón que explica el comportamiento (la de primer orden) y la que justifica el comportamiento (la de segundo orden) están en conflicto. Ése sería el caso si la señora Stöger, por motivos de salud, no pudiera llevar las ramas secas hasta el contenedor de basura. La razón «cuidar la salud» entra en conflicto con la razón «la ley prohíbe el fuego en jardines privados»<sup>32</sup>. Si la señora Stöger decide, erróneamente según Raz, actuar en correspondencia con la razón de primer orden, frustra absolutamente i) la razón que debería guiar su comportamiento —la norma jurídica—, y ii) la razón que está en correspondencia con la norma jurídica —el respeto al vecindario.

El enfoque indirecto de la autoridad, finalmente, parece necesario para poder mostrar las *ventajas* de la autoridad legítima como razones para la acción, y explicar *cuál* es el papel de la autoridad (de las normas jurídicas) en el razonamiento práctico.

En lo que se refiere a las ventajas, la autoridad asegura que la acción esté guiada por una razón, la excluyente, a la vez que deja la puerta abierta a la posibilidad de actuar en correspondencia con la razón excluida<sup>33</sup>. La ventaja de este enfoque indirecto, en opinión de Raz, es la de eliminar el dilema según el cual las reglas «o son redundantes o son injustificadas»<sup>34</sup>. Actuar *guiado por la autoridad* significa lograr *la máxima correspondencia con la razón subyacente*

<sup>32</sup> Igual que en el ejemplo anterior, la razón de primer orden explica el comportamiento del agente racional, mientras que la de segundo orden lo justifica.

<sup>33</sup> El razonamiento práctico no está libre de errores: se puede actuar guiado por una razón de correspondencia, incluso por una razón que es falsa, etc. Algunos de estos errores, sostiene Raz, son afortunadas coincidencias. Es el caso de un agente que actúa guiado por una razón de primer orden y haciendo así también actúa según una razón de segundo orden. Es el caso de la señora Stöger si decide no quemar las hojas y lo hace porque no quiere molestar a los vecinos. Aunque su comportamiento se ha guiado por una razón excluida, ella ha actuado en correspondencia a la razón excluida y a la razón excluyente. En general, los errores en el razonamiento práctico son el resultado de lo que Raz denomina la diferencia entre razones *ex ante* y *ex post* (cfr. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 230). Los errores en el razonamiento son el resultado de una consideración *ex post*. Algunos de ellos son los siguientes: a) se actuó guiado por una razón excluyente errónea porque era una razón excluida; b) se actuó guiado por una razón excluida errónea porque era una razón excluyente; c) se actuó guiado por una razón excluida que permitió actuar en correspondencia a la razón excluyente. Precisamente, si hay alguna posibilidad para explicar el uso de los precedentes judiciales en la teoría de Raz, es mediante la evaluación de los errores del razonamiento jurídico. Pero ello refuerza la idea de que el fundamento del uso de las decisiones judiciales precedentes en el razonamiento jurídico no es otro que el ejemplo que aportan, y no su carácter excluyente.

<sup>34</sup> Cfr. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 242. Sin el enfoque indirecto de la autoridad, sostiene Raz, las normas jurídicas son redundantes porque están justificadas en razones subyacentes, de manera que lo que hacen es repetir el contenido de las últimas. La redundancia de las reglas obliga, a niveles filosóficos distintos, plantearse el problema relativo a la necesidad del derecho. Pero si las normas no fueran redundantes, significaría que serían injustificadas, puesto que no se basarían en ninguna otra razón, cuyo contenido repiten.

que justifica la propia autoridad. En definitiva, la autoridad es una razón para actuar excluyendo otras razones, porque es una razón *no redundante* además de *justificada*.

Por lo que se refiere a la función de la autoridad en el razonamiento práctico, Raz señala que utilizar las razones excluyentes como razones que guían nuestro comportamiento significa razonar correctamente, ya que se mantiene la distinción funcional de las razones excluyentes respecto de las de primer orden (con las que no compiten en peso o fuerza)<sup>35</sup>. Para sostener tal afirmación, Raz elabora un concepto de autoridad que no es moral sino conceptual: «la autoridad —dice Raz— traslada la decisión de una persona a otra»<sup>36</sup>. Significa que una directiva autoritativa afecta a las razones que el agente tenga para actuar de manera que su propio juicio o razones no serán consideradas en el razonamiento práctico, al menos no como razones que guían su comportamiento<sup>37</sup>.

Cuando Raz habla de autoridad *legítima* se está refiriendo, más bien, a una *autoridad aceptada* por los destinatarios. Pero, y hay que ser cuidadosos en no malinterpretar el objeto de la aceptación, el destinatario de la directiva acepta la función excluyente (normativa) de la autoridad; acepta que ésta *sea un punto y final en la demanda de razones*<sup>38</sup> y que excluya así el propio juicio del sujeto. Por lo tanto, la aceptación no es respecto al contenido de la directiva<sup>39</sup>, sino respecto a su función excluyente en el razonamiento práctico<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> *Ibídem*, pp. 225 y 237.

<sup>36</sup> *Ibídem*, p. 241.

<sup>37</sup> Que la autoridad traslade la decisión (la razón para actuar) de una persona a otra parece evidente si se toma, siguiendo a Raz, el ejemplo de un árbitro o de un juez (*ibídem*, pp. 121-122). La decisión de un juez se sigue no porque sus destinatarios, según su propio balance de razones, hayan considerado que esa decisión sea sensata, sino porque la decisión de un juez sustituye las razones que sus destinatarios tengan, ya que es el juez (o el árbitro) el que decide. Conviene precisar que el concepto de autoridad no equivale, en la obra de Raz, a poder. *Poder* hace referencia al uso de la fuerza para conseguir la obediencia a las órdenes emitidas (cfr. FRIEDMAN, R. B., «On the Concept of Authority in Political Philosophy», en *Authority*, editado por J. Raz, Basil Blackwell, Oxford, 1990, p. 62). Imponer una orden por la fuerza para que sea obedecida, o seguir las órdenes en términos de obediencia, queda lejos de cualquier relación con el razonamiento práctico: el poder, quien ejerce el poder, no pretende alterar el razonamiento de sus destinatarios, al mismo tiempo que quien sigue el poder no lo acepta sino que *obedece* las órdenes.

<sup>38</sup> *Ibídem*, p. 67.

<sup>39</sup> Véase RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 35. La autoridad es un tipo de razón *content-independent*, es decir, un tipo de razón en la que no hay una conexión directa entre la razón para la acción y la razón subyacente a la misma. Dicho de otra forma, una razón independiente de su contenido es una razón de primer orden que ha recibido un estatus de razón de segundo orden porque está contenida en una directiva autoritativa. La razón de segundo orden excluye no sólo otras razones de primer orden que puedan estar en conflicto, sino también la propia razón de primer orden que la originó.

<sup>40</sup> Una puntualización más a propósito de la aceptación de la autoridad. J. Raz, siguiendo la obra de R. B. Friedman, indica dos formas de aceptación de la preten-

Pretender autoridad legítima significa, por lo tanto, aceptar las directivas autoritativas y postergar el propio juicio. Estas dos cualidades se expresan en los conceptos de autoridad de facto y autoridad *de jure*. La primera se refiere a la simple aceptación de la autoridad por los destinatarios, lo que no basta, porque, como indica Raz, se establecerían sociedades en las que los habitantes aceptarían las directivas autoritativas sin sentirse obligados a seguir las reglas<sup>41</sup>. La autoridad *de jure*, sin embargo, significa que la aceptación de las directivas autoritativas implica también la postergación del propio juicio. Se logra así un concepto de autoridad que desplaza otras razones (de primer orden) y que se convierte en la razón para la acción.

El concepto de autoridad legítima de Raz, y en concreto su enfoque indirecto, constituye, en palabras de Bayón «el intento más refinado... de sortear la paradoja de la autoridad»<sup>42</sup>. Sortear la paradoja de la autoridad significa explicar por qué es racional suspender o postergar el propio juicio.

## 5. FUENTES, AUTORIDAD LEGÍTIMA Y EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO

Las implicaciones que la tesis de las fuentes y la tesis de la autoridad legítima tienen en el razonamiento práctico quedan resumidas en tres tesis: la tesis de la dependencia (*dependence thesis*); la tesis de la

---

sión de la autoridad legítima (cfr. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 40). Una es la denominada *tesis maximalista* de la aceptación, según la cual el destinatario de una regla, al aceptar la autoridad legítima, acepta ésta como razón para actuar sin que quede condicionada a su propio juicio o balance de razones. Nada obliga al destinatario a que excluya su propio juicio, sino que él elige (por lo tanto, es una cuestión de elección) trasladar la razón para actuar y por lo tanto la decisión a otra persona, a la autoridad. De esta forma, dos equipos de fútbol que juegan un partido aceptarán la autoridad del árbitro y seguirán sus instrucciones sin que tal vinculación esté condicionada a que los equipos juzguen si es correcta o no la actuación del árbitro. Nada impide que quien acepte la pretensión de autoridad realice sus propios juicios o balance de razones, pero éstos no son considerados como guías para la acción o como razón para la acción. Una segunda tesis de la aceptación es la denominada *tesis minimalista*, según la cual la pretensión de seguir la autoridad legítima se acepta sólo sobre la base de un balance de razones por el que seguir la autoridad sea racional. Es decir, sólo cuando un juicio *all things considered* indique que es racional seguir la autoridad, entonces la pretensión de la autoridad será aceptada. Esta tesis no es admitida por Raz, porque sencillamente omite la función normativa de la autoridad en el razonamiento práctico. Tal omisión provocaría situaciones absurdas: un partido de fútbol se interrumpiría después de cada instrucción del árbitro con el fin de que los equipos que disputan el partido decidieran *all things considered* si la tarjeta amarilla o el fuera de juego era correcto o no, para así aceptar o no la autoridad.

<sup>41</sup> Véase RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 27. La autoridad de facto describe un concepto asimétrico de autoridad, porque basta la aceptación de la autoridad por parte de los destinatarios para que se pueda hablar de autoridad legítima.

<sup>42</sup> BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 637.



justificación normal (*normal justification thesis*), y la tesis del reemplazo (*preemptive thesis*). Todas ellas se complementan entre sí.

*La tesis de la dependencia:*

Todas las directivas de la autoridad deben estar basadas en razones que ya se aplican independientemente a los sujetos de las directivas y que son relevantes para sus acciones en las circunstancias cubiertas por la directiva<sup>43</sup>.

Es ésta una tesis normativa sobre cómo se debe ejercer la autoridad<sup>44</sup>. Las directivas autoritativas, las normas jurídicas, deben estar basadas en razones *subyacentes*, las mismas que luego serán excluidas del razonamiento jurídico. A pesar de este abandono, actuar guiado por una razón de segundo orden garantiza que se esté actuando además en correspondencia con una razón (la razón subyacente)<sup>45</sup>.

La tesis de la dependencia, sin embargo, no es una justificación suficiente a la función de la autoridad en el razonamiento, porque plantea la paradoja de la necesidad del derecho. Es decir, si la autoridad se basa en razones que ya existen y se aplican, ¿por qué acudir a directivas autoritativas? ¿Por qué no guiar el comportamiento por las razones que orientan el ejercicio de la autoridad?

*La tesis de la justificación normal.*—Los anteriores interrogantes intentan ser resueltos por la tesis de la justificación normal. Ésta trata de resolver la paradoja de la irrelevancia práctica de la autoridad<sup>46</sup>. Se formula así:

El modo normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra supone demostrar que el presuntamente sujeto a ella cumplirá probablemente mejor con las razones que se le aplican... si acepta las directivas de la presunta autoridad como vinculantes y trata de seguirlas, que si intenta seguir directamente las razones que le son aplicables<sup>47</sup>.

Significa que el argumento que legitima la pretensión de autoridad es la aceptación por parte de los destinatarios de tal pretensión, la aceptación de la fuerza excluyente de las directivas autoritativas.

<sup>43</sup> RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 47.

<sup>44</sup> Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 639. En palabras de Raz, la tesis de la dependencia es una tesis moral sobre cómo las autoridades deberían usar sus poderes (cfr. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 53).

<sup>45</sup> El ejemplo de la señora Stöger servía para aclarar esta ventaja de la autoridad legítima.

<sup>46</sup> Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 640.

<sup>47</sup> RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 53.

La tesis de la justificación normal y la de la dependencia se refuerzan mutuamente. El ejercicio de la autoridad está guiado por las razones que ya se aplican a los sujetos destinatarios de las directivas autoritativas (tesis de la dependencia). Mediante una autoridad así legitimada, los destinatarios de las directivas pueden incrementar la correspondencia de sus acciones a las razones subyacentes si se guían por la autoridad (tesis de la justificación normal) y rechazan guiarse por las razones subyacentes. De manera que al aceptar la autoridad legítima se acepta la pretensión de que las directivas autoritativas sean las guías de la acción que permitan actuar en correspondencia a ellas y, además, en correspondencia a las razones que independientemente ya son aplicadas.

Este problema ya ha sido tratado cuando se explicaba por qué las directivas autoritativas son razones guías, mientras que las razones que justifican a la autoridad son razones para actuar en correspondencia a ellas. La clave consistía en lo que Raz denominaba «maximizar la correspondencia con las razones subyacentes y guiar la actuación por las razones guía o razones de segundo orden excluyente»<sup>48</sup>.

*La tesis del reemplazo.*—La tesis del reemplazo complementa las anteriores. Resume la idea de que las directivas autoritativas deben considerarse *razones protegidas*<sup>49</sup>. La autoridad, según esta última tesis de Raz, no es sólo una razón para la acción, sino que excluye cualquier otra razón subyacente de la que depende la propia autoridad<sup>50</sup>. Dicho de otro modo, la autoridad como razón guía no se añade a las razones subyacentes, sino que las sustituye.

Con la tesis del reemplazo se ha llegado así al núcleo de la teoría de Raz: la justificación de la función normativa de la autoridad. La autoridad legítima es una razón que guía la acción y que excluye otro tipo de razones (subyacentes o de primer orden). Su función normativa en el razonamiento práctico impide que otras razones distintas a las de segundo orden sean consideradas. En la gran *familia* de razones descritas por Raz, la autoridad puede calificarse como una razón de segundo grado protegida: es una razón para la acción, al mismo tiempo que una razón excluyente.

La principal crítica que se puede dirigir a las tres tesis de la autoridad legítima en el razonamiento práctico es la confusión entre el análisis conceptual de la autoridad y el carácter normativo o excluyente de la misma en el razonamiento práctico. Como se tendrá la oportunidad de ampliar más adelante, Raz no parece distinguir entre las razones que justifican la autoridad y las razones que justifican la función normativa de la autoridad.

<sup>48</sup> Véase lo dicho en el apartado 4.1.

<sup>49</sup> Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 642.

<sup>50</sup> Cfr. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 59.

## 6. EL PRECEDENTE COMO RAZÓN DE SEGUNDO ORDEN EXCLUYENTE Y LA FUNCIÓN EXCLUYENTE DE LA AUTORIDAD

El derecho, que pretende autoridad legítima, es un sistema de razones de segundo orden de carácter excluyente que guía la conducta y regula determinados aspectos de la vida pública. O, aún más sintetizado, el concepto de derecho responde a dos tesis, que son las dos caras de una misma moneda: *la tesis de las fuentes* y *la tesis de la autoridad legítima*. El análisis de los precedentes judiciales y su función en el razonamiento jurídico ayudará a determinar si este concepto de derecho tiene adecuadas implicaciones para el razonamiento jurídico.

### 6.1 La doctrina del precedente y la discrecionalidad de los jueces

Raz no afronta de una manera sistemática el razonamiento de los jueces en la solución de conflictos jurídicos, aunque sí establece los pilares básicos que deben guiar la actividad judicial:

Los tribunales –dice Raz– tienen el deber de aplicar las disposiciones jurídicas del sistema cuando éstas sean aplicables y obrar discrecionalmente para resolver conflictos que no se encuentren regulados<sup>51</sup>.

Lo que significa que los jueces tienen que seguir dos reglas en su razonamiento: de un lado, las reglas de reconocimiento, que señalan al juez qué disposiciones jurídicas tiene que aplicar, y, de otro lado, las reglas de discrecionalidad, que guían al juez en la solución de conflictos a los que el sistema jurídico no da una solución clara.

Un tipo particular de regla de reconocimiento es la *doctrina del precedente*. En los sistemas de derecho común las decisiones judiciales precedentes son vinculantes gracias al reconocimiento que reciben por medio de la práctica de los tribunales. Son los propios jueces los que al aplicar reiteradamente un precedente le reconocen un valor vinculante. La doctrina del precedente viene a sintetizar los hechos sociales (*social facts*) gracias a los que una decisión judicial pasa a ser considerada como un precedente vinculante, es decir, como una disposición jurídica<sup>52</sup>. Por ello hay que concluir que los precedentes, al igual que el derecho legislado, son disposiciones jurídicas que tienen carácter de reglas de segundo grado excluyentes en el razonamiento práctico.

<sup>51</sup> RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., p. 127.

<sup>52</sup> Tanto Raz como Hart entienden la doctrina del precedente como una regla de reconocimiento consuetudinaria, puesto que es la práctica de los jueces el vehículo para reconocer a estas disposiciones normativas especiales (véase RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, pp. 227 y ss.).

Sin embargo Raz indica que si bien los precedentes y las leyes tienen en común su carácter excluyente (y su función normativa en el razonamiento jurídico) es necesario distinguir su grado de obligatoriedad: los precedentes y las leyes no obligan a los tribunales de la misma forma, o en palabras de Raz «las normas del derecho común son menos obligatorias que las normas legisladas»<sup>53</sup> porque los precedentes al contrario que el derecho legislado pueden ser distinguidos (*distinguished*) o anulados (*overruled*) por los propios jueces.

Una afirmación como ésta hace pensar inmediatamente en una contradicción de la obra de Raz puesto que no se puede declarar el carácter excluyente de los precedentes a la vez que su carácter «menos obligatorio» que el de las normas legisladas. Aquí parece necesario recurrir a la distinción lógica que apunta Schauer entre fuerza excluyente y grado de la fuerza excluyente. Dicho de otra forma, la tesis de las fuentes justifica una regla de reconocimiento consuetudinaria: la doctrina del precedente. Según ésta, los precedentes son obligatorios puesto que se ha reconocido su carácter excluyente mediante la práctica de los tribunales. Entonces ¿por qué no son *tan* vinculantes u obligatorios para los jueces como lo es la ley?

Una posible respuesta la ofrece la tesis de la discrecionalidad de los jueces: en aquellos casos de conflictos no regulados<sup>54</sup>, los jueces deben decidir discrecionalmente. Obviamente la discrecionalidad de los jueces no equivale a arbitrariedad, sino más bien consiste en aportar la regla más apropiada al caso para resolverlo. Pero a la respuesta de la discrecionalidad se le pueden dirigir al menos dos objeciones. En primer lugar la diferencia entre conflictos regulados y no regulados es más teórica que real. En no pocos casos el derecho no aporta una solución clara ni unívoca a un conflicto ya sea porque dos o más reglas pueden aplicarse y no se sabe cuál de ellas es la apropiada; ya porque una única norma sea aplicable pero no se sabe cómo; ya porque no exista ninguna regla aplicable al caso; también puede ocurrir que la norma que resulta aplicable no sea aceptable o no lo sea el resultado de su aplicación. En todos los supuestos anteriores los jueces están dotados de discrecionalidad para resolverlos<sup>55</sup>. Si los jueces tienen discrecionalidad tanto en disputas reguladas como en disputas no reguladas a fin de aportar la solución adecuada al caso, eso signifi-

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>54</sup> Las disputas reguladas son aquellas en las que «el derecho proporciona una solución al caso» (*ibidem*, p. 230) de manera que el juez aplica el derecho existente, salvo que lo modifique (que lo distinga). Distintas a este tipo de disputas son las denominadas disputas no reguladas en cuyo caso el derecho no proporciona una solución al caso. El juez deberá integrar la laguna tomando en consideración las normas vigentes y creando nuevo derecho.

<sup>55</sup> Esta discreción vale tanto para los denominados casos fáciles como para los difíciles. Véase RAZ, J., «Facing Up», en *Southern California Law Review*, 1989, p. 1204.

ca que el razonamiento jurídico no discurre por niveles ejecutivos, o al menos no exclusivamente.

Esta última consideración conduce a la segunda objeción. Parece que Raz ha querido reconciliar la tesis de las fuentes y la tesis de la discrecionalidad reconociendo que la fuerza excluyente de los precedentes es graduable. Nada impide trasladar esta misma reconciliación al campo del derecho legislado. Es decir, si la función del juez es resolver disputas (reguladas o no) acudiendo a su discrecionalidad a fin de aportar la solución más adecuada, también tiene que ser cierto cuando aplica el derecho legislado. Ello significa que la reconciliación entre la tesis de las fuentes y la tesis de la discrecionalidad (se hable de precedentes o de derecho legislado) sólo es posible si se acepta que la fuerza excluyente de la autoridad es una cuestión de grados, lo que significa refutar la tesis de las fuentes tal y como la ha planteado Raz.

## 6.2 ¿Es el razonamiento judicial un razonamiento ejecutivo?

Raz sostiene que el juez soluciona los conflictos siguiendo un modelo de razonamiento dominado por la función excluyente del derecho. Y tiene razón si todas las disputas que conociera fueran las denominadas por Raz disputas jurídicas reguladas<sup>56</sup>. Pero la distinción entre disputas reguladas y no reguladas es más teórica que real. La aplicación de las disposiciones jurídicas no es automática ni tampoco excluye otro tipo de razones, proporcione o no el derecho una solución al conflicto. La necesaria adaptación del derecho a las circunstancias en las que se desarrolla el conflicto o la inexistencia de solución unívoca para la disputa jurídica, son elementos que obligan al juez a desarrollar un mismo razonamiento práctico tanto para el caso de conflictos regulados como no regulados. Éste es un razonamiento que discurre por un nivel deliberativo. Además, el derecho legislado y los precedentes serían razones de segundo grado excluyentes si y sólo si el razonamiento jurídico estuviera regulado por la *tesis de las fuentes* y fundado sobre la idea de *autoridad legítima*. Pero, como el propio Raz indica, el razonamiento de los jueces está regulado además por la tesis de la discrecionalidad que relativizan necesariamente el carácter excluyente de los precedentes y del derecho legislado.

Pero más seria es la crítica a propósito del fundamento mismo del razonamiento práctico. Raz utiliza los argumentos de la pericia y de la coordinación de la acción a fin de fundamentar el introducción de la autoridad (del derecho) en el razonamiento práctico. Con ello Raz no hace sino aceptar que existe una conexión justificatoria entre el derecho y la moral. Ahora bien, una cosa es *aceptar* que otros más exper-

<sup>56</sup> Cfr. RAZ, J., *La autoridad del derecho*, cit., pp. 229 y ss.

tos decidan o que otros decidan a fin de coordinar la acción, y otra cosa distinta es *aceptar* cualquier directiva dictada por la autoridad (aunque ésta haya sido aceptada). Es decir, existe una diferencia, apunta Bayón, entre consentir la autoridad –por el argumento de pericia y coordinación– y aceptar su función excluyente<sup>57</sup>.

La razón de la confusión entre el aspecto conceptual y el normativo es simple: si quien tiene autoridad (legítima) no pretende que sus directivas excluyan los juicios o razones propios de los destinatarios es porque sencillamente no pretende autoridad. Así una norma jurídica que no pretende excluir los juicios propios de sus destinatarios, no pretende autoridad y por lo tanto no es una directriz con autoridad<sup>58</sup>. Pero pretender autoridad, o mostrar las ventajas de postergar el propio juicio no equivale a justificar que la autoridad tiene una función ejecutiva o excluyente en el razonamiento jurídico. Al contrario de lo que sostiene Raz, se considera que las razones que justifican el origen de la autoridad no son las mismas que las razones que justifican su seguimiento. O dicho de otro modo, justificar la autoridad no equivale a justificar su función excluyente.

Las condiciones reales del razonamiento práctico, tiempo y conocimiento limitado, son las razones que justifican la introducción de la autoridad en el razonamiento<sup>59</sup>. Contar con tiempo limitado para decidir, y con conocimientos limitados para deliberar, justifica la autoridad de una madre sobre su hija y de la doctora sobre su paciente. Pero ello no significa que al aceptar la autoridad una hija deba automáticamente obedecer a la madre o el paciente a la doctora excluyendo sus propios juicios o razones. Es decir, el seguimiento de la autoridad necesita una justificación que no se encuentra en el concepto mismo de autoridad. Con ello no se está formulando un concepto distinto de autoridad sino defendiendo la necesidad de justificar por qué se sigue la autoridad de una manera racional.

En definitiva, la función de la autoridad en el razonamiento práctico, lejos de excluir un juicio o razón propia del agente debe provocar en éste una deliberación sobre las razones que justifican su seguimiento. La autoridad aparece como una razón más en tal balance, no como una razón excluyente: puede ser la razón de mayor peso, pero en todo caso, su fuerza se evaluará en relación con el resto de razones que concurren. El lugar de la autoridad es el razonamiento deliberativo.

<sup>57</sup> Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, cit., p. 687.

<sup>58</sup> La autoridad legítima, sostiene Raz, sólo tiene como espacio racional el razonamiento ejecutivo, de manera que si es posible un razonamiento de tipo deliberativo para el agente racional (como el que provocaría el preguntarse si seguir o no la autoridad) es porque la autoridad no aparece como tal en el razonamiento.

<sup>59</sup> En concreto, Raz se refiere al argumento pericial y a la coordinación de las actuaciones.

Tampoco el argumento de coordinación es suficientemente fuerte como para fundamentar la función excluyente de las directivas autoritativas. Como apunta Bayón Mohino,

lo característico de un problema de coordinación es precisamente que los individuos *no aciertan a formar un juicio* acerca de qué acción realizar: sí tienen un juicio formado acerca de qué resultados se ha de procurar conseguir, pero justamente no saben qué acción realizar para conseguirlos<sup>60</sup>.

Por eso, sólo puede ser racional la autoridad que está justificada. Pero su justificación no alcanza a la función excluyente de la misma. Es decir, el razonamiento práctico, y el razonamiento jurídico en particular no discurre por niveles ejecutivos sino deliberativos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, F., «Legal Theory and legal Reasoning Revised», *ARSP*, forthcoming.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón práctica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- «Razones y reglas: sobre el concepto de razón excluyente de Joseph Raz», en *DOXA*, 10 (1991), pp. 25-66.
- FRIEDMAN, R. B., «On the Concept of Authority in Political Philosophy», en *Authority*, editado por J. Raz, Basil Blackwell, Oxford, 1990.
- MACCORMICK, N., «Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reasoning», en *Journal of Law and Society*, 10 (1983), pp. 1-18.
- NINO, C., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción española de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985.
- *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
  - «Facing up», en *Southern California Law Review*, 62 (1989), pp. 1153-1235.
  - *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
  - «On the Autonomy of Legal Reasoning», en *Ratio Juris*, 6 (1993), pp. 1-15.
- SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

<sup>60</sup> BAYÓN MOHÍNO, J. C., «Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz», cit., p. 62. El énfasis del original.





# Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible

Por PABLO MIRAVET BERGÓN

«A mí lo que me interesa no es la felicidad de todos los hombres, sino la de cada uno de ellos» (Boris Vian, *L'écume des jours*)

## 1. INTRODUCCIÓN. ESTADO SOCIAL: ¿ESTADO LABORAL?

Apenas haría falta retocar un párrafo del clásico de T. H. Marshall para describir la situación a la que las sociedades occidentales han llegado tras la experiencia de las dos últimas décadas y media:

«(...) exactamente al final del siglo XVIII, se estaba produciendo la batalla final entre lo viejo y lo nuevo, la sociedad planificada y la economía competitiva. Y en aquella batalla la ciudadanía se dividió contra sí misma, situando los derechos sociales en el partido de lo viejo»<sup>1</sup>.

Naturalmente, con la expresión «derechos sociales» Marshall no hacía referencia a una figura que pudiera asimilarse a los derechos-crédito propios del hoy ya en situación de crisis normalizada Estado

---

<sup>1</sup> MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998, p. 32. Para una crítica del vínculo establecido por Marshall entre derechos de ciudadanía y nacionalidad formal, *vid.* FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 97-123. Sobre la desatención del optimismo evolucionista de Marshall hacia el carácter casi mitológico por ideológico de la ciudadanía civil en el ámbito cultural anglosajón, *vid.* FRASER, N., y GORDON, L., «Civil citizenship against social citizenship?», en *The Condition of citizenship*, VAN STEEMBERG, B. (ed.), London, Sage, 1994, pp. 90 y ss.

social, sino a los rudimentarios intentos de articular un sistema mínimo de protección social a través de instrumentos como la *Poor Law*, tentativas que el espíritu triunfante de la época relegó a la condición de mecanismos de beneficencia residuales, estigmatizantes y desvinculados del *status* de ciudadanía. De un modo más genérico, y en el ámbito continental, es posible identificar esos «derechos sociales» que a fines del XVIII y principios del XIX quedaron en el partido de lo viejo con las instituciones caritativo-disciplinarias heredadas del antiguo régimen (fundaciones, hospitales, asilos, etc.) que, como señala Castel, no sólo constituían un escándalo moral y político para la conciencia ilustrada, sino que «representaban un crimen contra los nuevos principios de la economía liberal»<sup>2</sup>. Tal vez sea forzado establecer una analogía entre dos situaciones históricas heterogéneas (o, más exactamente, entre los dos órdenes sociales a los que dieron lugar: las sociedades liberales postrevolucionarias y las actuales sociedades postkeynesianas), pero creo que la extrapolación resulta válida en lo que toca al recelo con el que en ambas se percibe la tutela pública del bienestar<sup>3</sup>. Sólo que, mientras que a fines del XVIII y principios del XIX el brío liberal no contemplaba la posibilidad de «fallos técnicos» como 1848, 1870, 1917 ó 1933 y la desconfianza se dirigía hacia rémoras del viejo orden medieval, en el último tercio del siglo XX, cuando, por allegar una expresión nietzscheana al campo de la protección social, «todo ya ha sido», la suspicacia tiene por destinatario al todavía existente (aunque cada vez más residualizado<sup>4</sup>) Estado del Bienestar, constructo basado en una armonía social artificialmente creada precisamente para solventar aquellos fallos técnicos que tuvo una saludable vigencia de tres décadas (los denominados «treinta años gloriosos») hasta que entró en crisis. Lo cierto es que tras dos décadas de gestión política de la «quiebra controlada»<sup>5</sup> de los estados benefactores, algunos aspectos de las sociedades postindustriales relativos a la pobreza, las desigualdades sociales y, como veremos, las relacio-

<sup>2</sup> CASTEL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 176.

<sup>3</sup> Un recelo en buena parte *inducido* por el impresionante aparato propagandístico (la «mano visible») de que ha gozado el nuevo camino de perfección del mercadismo en las dos últimas décadas y por el éxito de las retóricas de la intransigencia que teorizara Hirschman, pero al mismo tiempo un recelo interiorizado por el votante medio adscrito a la mayoría satisfecha que percibe los servicios estatales como un desdoro a sus logros sociales o como obstáculos a su «libertad de elección» que debieran quedar circunscritos a asistir a los sectores política y socialmente marginados (*vid.*, sobre este punto, BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 73 y ss.)

<sup>4</sup> Sobre la residualización de las políticas sociales y la desresponsabilización del poder público, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1999, pp. 239-262.

<sup>5</sup> Sobre el carácter político del denominado neoliberalismo, *vid.* NAVARRO, V., *Neoliberalismo y estado del bienestar*, Barcelona, Ariel, 1999, especialmente el cap. 2 («El pensamiento neoliberal y sus consecuencias económicas y sociales», pp. 76 y ss.)

nes laborales recuerdan a una situación que sólo quien anda con la Historia en el bolsillo podía creer «superada». De hecho, se habla de una «nueva cuestión social» de alcance parejo a la que suscitó el industrialismo<sup>6</sup>, concretada en el hecho de que las esferas de vulnerabilidad social o desafiliación (marginación, pobreza, exclusión) –que en los estados de bienestar de posguerra quedaban al margen del mundo del trabajo<sup>7</sup>– han venido a entretorse en este mundo en razón del desempleo estructural y de la precarización que afecta a amplios sectores laborales, sometidos a los vaivenes de la «sociedad del riesgo».

El tratamiento de la cuestión social «clásica» (el meollo de la cual, la rígida dicotomía capital/trabajo, aparece hoy difuminado por múltiples causas) constituye la historia de un proceso que recorre la segunda mitad del siglo XIX, los convulsos comienzos del XX y que culmina tras el segundo armisticio con la consolidación de los Estados sociales y su correlato socio-laboral: la sociedad salarial o el salariado, «resultado de un intento de superar la cuestión social (...) y, consiguientemente, de integrar a la clase trabajadora»<sup>8</sup>. El instrumental de que se dotaron los estados de bienestar de posguerra al objeto de institucionalizar, racionalizar y desradicalizar el conflicto social y quedar por esa vía legitimados es de sobra conocido: una política económica de gestión pública de la demanda orientada claramente al pleno empleo en el marco de un desarrollo industrial sin precedentes caracterizado por modelos de producción fordistas o seriales, generadores de pautas de consumo homogéneas; un notorio intervencionismo esta-

<sup>6</sup> «Es perfectamente lícito plantear una nueva cuestión social que tiene la misma amplitud y la misma centralidad que el pauperismo en la primera mitad del siglo XIX, para sorpresa de los contemporáneos» (CASTEL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social*, cit., p. 413). Un análisis de los rasgos distintivos de la nueva cuestión social puede verse en ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*, Buenos Aires, El Manantial, 1995.

<sup>7</sup> Como indica Alonso: «La situación que creaba esta “sociedad del bienestar” era la absoluta separación ideológica entre el mundo del trabajo y el mundo de la pobreza –situación siempre unida en el capitalismo del siglo XIX–. El mundo del trabajo entraba en el entramado del capitalismo corporatista de representación de grupos de interés mediados por el Estado, siendo los sindicatos los representantes del asalariado ciudadano-trabajador (...). Por el contrario la marginación y la pobreza aparecían como el mundo del no trabajo» (ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Trotta, 1999, p. 117. La primera cursiva es mía). Pan-Montojo recuerda la existencia de esa minoría de «ciudadanos pobres» no integrados en el mundo del trabajo (en sentido estricto, no-ciudadanos en tanto no trabajadores) incapaces de ejercer sus derechos civiles y políticos, y el tratamiento teórico de que eran objeto: «Antes de la crisis de los años setenta, la *underclass* de Myrdal, el “cuarto mundo” de Labbens o los propios *exclus* de Lenoir constituían un residuo, aunque fuera tozudo y de difícil tratamiento, dentro de unas sociedades que veían ante sí la posibilidad de acabar con la pobreza» (PAN-MONTOJO, J., «Pobreza, exclusión y desigualdad», *Revista de Occidente*, núm. 215, abril 1999, p. 12.)

<sup>8</sup> PRIETO, C., «Crisis del empleo: ¿crisis del orden social?», en *Las relaciones de empleo en España*, F. MIGUÉLEZ y C. PRIETO (dir. y coord.), Madrid, s. XXI, 1999, p. 536. Para una detallada caracterización de las sociedades salariales, vid. CASTEL, *Las metamorfosis de la cuestión social*, cit., pp. 325 y ss.

tal capaz de controlar la economía «nacional»; una sólida fiscalidad directa de carácter progresivo y unas estrategias de compensación de la moderación salarial a través de políticas redistributivas y aparatos institucionales de prestación de servicios públicos. Este modelo, que tiene como núcleo el pleno empleo, no está basado en meras políticas coyunturales, sino que es *juridificado*, quedando configurado el empleo como un estatuto profesional<sup>9</sup> fuertemente regulado –tanto desde el punto de vista de las condiciones laborales (la modalidad contractual típica es el contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo) como de los derechos adscritos al empleado– por un Derecho del Trabajo que se consolida definitivamente como rama autónoma del ordenamiento jurídico positivo<sup>10</sup> y que, al margen de las particularidades de cada sistema nacional, otorga análogo poder de negociación a sindicatos y patronal, siempre bajo la atenta vigilancia estatal. El modelo es al mismo tiempo *constitucionalizado*, siendo el marco jurídico-político que le da cobertura el Estado social y democrático de Derecho, caracterizado por incorporar a las constituciones una serie de principios inspiradores del funcionamiento de la economía (la denominada constitución económica) y por agregar de forma ya generalizada los derechos sociales al repertorio clásico de derechos liberales.

Más allá de las notas caracteriológicas convencionalmente aceptadas, quizás el rasgo que singulariza a los estados sociales occidentales de posguerra es la centralidad societal del trabajo<sup>11</sup>. Las sociedades de consenso keynesiano son, en sentido estricto, sociedades de trabajadores en las que, por una parte, queda atenuada la consideración liberal clásica del trabajo como mercancía y, por otra, el trabajo, mecanismo integrador por excelencia, se erige en el vínculo social generador de derechos e identidad, carácter «cohesionador» que, en buena parte de las evocaciones doctrinales de los tal vez idealizados treinta años gloriosos, sigue siendo rememorado en términos apologeticos<sup>12</sup>. Tan es así, que en las aproximaciones teóricas al concepto de

<sup>9</sup> «La segunda cara del Estado providencia ha sido la noción de empleo (...), (que) no designa sólo un objeto de cambio, sino también un estatuto profesional, es decir, un sistema de reglas que se impone, independientemente de la voluntad de las partes, a esta relación regulada» (*Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo en Europa*, ALAIN SUPIOT (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 236).

<sup>10</sup> Para una completa descripción de este proceso, *vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, pp. 116 y ss. Allí se pone de manifiesto, por otra parte, la naturaleza inescapablemente contradictoria de este sector jurídico, que bascula entre el principio *favor laboratoris* (de ahí su carácter tuitivo) y el de libertad de empresa y que tiene atribuida una doble función: proteger a los trabajadores y al mismo tiempo conservar el orden social.

<sup>11</sup> En contra de una distinción conceptual muy cara a la sociología del trabajo, en estas páginas usaré indistintamente los términos «trabajo» y «empleo».

<sup>12</sup> Una crítica certera de la sacralización del trabajo como vínculo social puede verse en GORZ, A., *Miserias del presente; riqueza de lo posible*, Buenos Aires, Paidós, 1998, especialmente la sección titulada «El mito del lazo social» (pp. 65-81).

ciudadanía tributarias del boceto gradualista civil-política-social se echa de ver una indistinción semántica entre dos conceptos, *ciudadanía social/ciudadanía laboral*, inferida a partir de la premisa de que es el trabajo lo que proporciona la ciudadanía plena<sup>13</sup> (entendiendo por tal la ciudadanía social) y de que los derechos socioeconómicos son, *tout court*, los derechos de los trabajadores. Destacaré, a título de mero ejemplo, unos pasajes en los que esta segunda equiparación aparece de una manera más nítida:

«Por ello, para esa mayoría, no basta con ser individuo, súbdito o ciudadano para la adquisición de los derechos económicos; se hace necesario ser trabajador» (...) «Sí creo en la posibilidad de reconstruir el Estado de bienestar (...)». «La experiencia de todo lo ocurrido nos ayudará en su rediseño. Y parte de esa experiencia nos indica (...) que debemos comenzar con el pleno empleo (...)». «El pleno empleo resulta básico por, al menos, dos razones: *por ser el trabajo el legitimador último de buena parte de los derechos para la mayor parte de los individuos (...)*». «El trabajador participa en la creación de la riqueza social. La motivación para aceptar la disciplina de una empresa no es sólo monetaria sino valorativa: el trabajo dignifica socialmente»<sup>14</sup>.

Vaya por delante que considero necesaria la tarea de desentrañar las verdades solapadas en las explicaciones rutinarias que sobre la problemática del desempleo se vierten desde posiciones neoliberales y que creo cierta (aunque con algún matiz) la tesis según la cual la prioridad política y económica (la gestión de la crisis) de los últimos veinte años no ha sido la de acabar, en la medida de lo posible, con el desempleo, sino la de disciplinar a la fuerza de trabajo y restaurar la tasa de beneficio empresarial a través de la desregulación, la «creación» artificial de paro y la transferencia de las rentas del trabajo a las rentas del capital, rentas que no se han reinvertido en economía productiva<sup>15</sup>. Por otra parte, estimo que resulta yerma, en plena distopía de la vulnerabilidad social, toda tentativa de formular teóricamente

<sup>13</sup> Por ejemplo: «(...) las políticas sociales deben ser capaces de construir un tipo de identidad social a través de prácticas que no sólo tiendan a ir más allá de la civilización del trabajo, sino que atiendan a la exigencia, actualmente sentida y necesaria, de garantizar la ciudadanía en el trabajo y *la ciudadanía plena que el trabajo procura*» (MONEREO PÉREZ, J. L., y MEDINA CASTILLO, J. E., «La ordenación jurídico política del tiempo de trabajo», *Sistema*, núm. 150, mayo 1999, p. 40, cursiva mía). En el mismo trabajo, sin embargo, los autores expresan una idea que comparto plenamente. Es más, es la idea que inspira estas páginas: «(...) es esencial que desaparezca el nexo entre el derecho a percibir prestaciones sociales públicas y el trabajo, esto es, la necesidad de pertenecer formalmente a la población activa como condicionante absoluto del derecho a prestaciones» (ibídem, p. 42).

<sup>14</sup> ANISI, D., *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Madrid, Alianza Ed., 1997, pp. 82, 116 y 119. Cursiva mía.

<sup>15</sup> Ésta es la tesis del propio Anisi, la valía de cuyas aportaciones teóricas no pongo en cuestión. En el mismo sentido, *vid.* TORRES LÓPEZ, J., «Sobre las causas del paro y la degeneración del empleo», *Sistema*, núm. 151, julio 1999, pp. 37-67.

una enésima versión de la utopía del ocio como programa social<sup>16</sup>, no ya porque varias décadas de revolución tecnológica han desmentido el optimismo de los sesenta, sino porque el ocio, tanto más gregario cuanto más «diversificado», se parece cada vez más al trabajo. Sí creo que es posible, sin embargo, problematizar las tesis que insisten en ubicar al trabajo (como *hecho* y como *derecho*) en el centro de una posible reformulación del Estado social (o de la ciudadanía social). Hasta qué punto son coherentes las alternativas que se proponen hoy para «salir de la sociedad salarial» conservando los sistemas de protección social y las propuestas más «clásicas» que siguen poniendo el acento en el mantenimiento del trabajo como mecanismo integrador que genera el haz de derechos que caracterizan a la ciudadanía social es cuestión que debiera privilegiarse en los debates sobre ciudadanía. A mi juicio, Giovanna Procacci acierta al señalar la sobrevaloración de las controversias atañederas a la identidad (cultural, de género, nacional, etc.) que en los últimos años han irrumpido en el debate político, desestimando la relativa indiferencia de la dimensión social de la ciudadanía hacia los vínculos culturales, nacionales o, en general, identitarios, para afrontar estrategias destinadas a integrar a grupos minoritarios. No deja de ser paradójico que tanto desde posiciones conservadoras, que tienden a individualizar (y aun a biologizar) las causas de la pobreza, como desde posiciones a mi ver ingenuamente autodenominadas izquierdistas, que tienden a «culturalizarlas» (y aun a romantizar a los pobres-diferentes o identitariamente correctos), se llegue al mismo punto muerto de eclipsar el carácter eminentemente social de los procesos de exclusión<sup>17</sup>, abriendo la puerta a las tendencias individualizadoras y «focalizadoras» de las políticas sociales. En este sentido, coincido con Añón cuando sostiene, de un lado, que «no se puede realizar un modelo de ciudadanía multicultural sin una ciudadanía social» y, de otro, que un tratamiento teórico de la ciudadanía a partir del principio de igualdad material no tiene por qué eliminar diferencias<sup>18</sup>. Sin duda, lo que por simplificar puede llamarse

<sup>16</sup> Esto no significa que no se pueda (y que aun se deba) leer *El derecho a la pereza* con simpatía (LAFARGUE, P., *El derecho a la pereza*, Madrid, Fundamentos, ed. 1984, con un espléndido estudio preliminar de Manuel Pérez Ledesma). No deja de ser llamativo que Lafargue fuera yerno del mismísimo Marx, la antropología del cual sigue pesando como una losa. Lafargue, por lo demás, es el que inspira el *best seller* de RACIONERO, *Del paro al ocio* (Barcelona, Anagrama, 1984), ejemplo de utopía del ocio fechada en la década de los ochenta.

<sup>17</sup> PROCACCI, G., «Ciudadanos pobres, la ciudadanía social y la crisis de los estados del bienestar», en *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, Soledad García y Steven Lukes (comps.), Madrid, s. XXI, 1999, p. 18. Para un análisis crítico de las teorizaciones sobre «la cultura de la pobreza» llevadas a cabo tanto desde la óptica culturalista (Lewis) como desde perspectivas que agregan una dimensión estructural al elemento culturalista (Wilson), vid. MONREAL, P., «¿Sirve para algo el concepto de cultura de la pobreza?», en *Rev. de Occidente*, núm. 215, abril 1999, pp. 75-88.

<sup>18</sup> AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., «El test de la inclusión: los derechos sociales», 2000 (en prensa), pp. 39 y 65.

«pensamiento de la diferencia» ha hecho mucho bien a la hora de impugnar la autocomplacencia etnocéntrica occidental. Creo, no obstante, que en cierto sentido se muestra impotente cuando afronta cuestiones vinculadas al mundo del trabajo o la desigualdad material. Algo parecido puede decirse del eviterno debate entre liberales y comunitarios o entre universalistas y relativistas, litigio que termina por desembocar en un diálogo de sordos en el que los primeros pretenden diluir de modo fraudulento la identidad de los valores y los segundos, al menos en las versiones más combativas, caen en el peligroso ideologuema de considerar que la identidad es, *per se*, un valor. Mientras se ventilan pleitos identitarios, la distancia entre ricos y pobres crece, los *working poor* o trabajadores pobres (nacionales y extranjeros) se incorporan como categoría ya casi pacífica a los análisis del mundo del trabajo, se desinstitucionalizan las estructuras de protección social en favor de mecanismos privados neofilantrópicos o neocaritativos y el pensamiento que, volviendo al principio, ha colocado a los derechos sociales en el partido de lo viejo, se consolida como cuerpo de ideas hegemónico.

## 2. ALGUNAS TRANSFORMACIONES DEL TRABAJO

Excede de mi propósito el llevar a cabo un análisis pormenorizado de las causas que han alterado de manera notable los rasgos distintivos del *hecho* del trabajo<sup>19</sup> tal y como éste era concebido en las sociedades salariales. Más bien mi intención es trazar un conciso cuadro descriptivo de las circunstancias que rodean al trabajo asalariado (o, al menos, a importantes sectores del mismo) tras varias décadas de cambios al objeto de plantear la relativa obsolescencia de las categorías que servían para configurar el trabajo como eje de los estados del bienestar. Creo necesario, en este punto, obviar las afirmaciones categóricas de trasfondo más o menos instrumental que sancionan el ocaso de la civilización del trabajo y que todavía dictaminan el fin del trabajo. Andando los noventa el economista norteamericano J. Rifkin publicó su *El fin del trabajo*, un libro, por cierto, mucho más interesante por lo que describe que por lo que prescribe<sup>20</sup>. Pese a haber conitado la atención del ámbito académico, las ideas de Rifkin han sido

<sup>19</sup> Para una visión general del tema, *vid.* GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo*, Madrid, Sistema, 1995.

<sup>20</sup> RIFKIN, J., *El fin del trabajo. El declive de la fuerza de trabajo global y el nacimiento de la era posmercado*, Barcelona, CDL, 1997. Hay edición en Paidós (1997). Libro divulgativo que tal vez haya que leer en clave norteamericana, no deja de tener mucho interés, sobre todo en sus primeros capítulos, donde el autor describe los efectos del cambio tecnológico en el sector industrial y los nuevos modelos productivos adoptados por la industria americana en los ochenta. Más decepcionante es la última parte, en la que propone un nuevo contrato social nucleado en un evanescente «tercer sector» de «economía social» mucho más cercano a la neobeneficencia de rai-gambre americana que a las estructuras institucionalizadas de bienestar europeas.

objeto de justificadas críticas<sup>21</sup> por el tono simple con el que aborda determinadas cuestiones relativas a la tecnología, el desempleo estructural y los mecanismos de solidaridad social en una supuesta era posmercado. Aunque no cabe adherirse sin más a las profecías de sesgo apocalíptico, sí es posible cuestionar la idea subyacente a aquellas críticas según la cual bastaría con rescatar el modelo social fordista del trabajo, adaptándolo a las nuevas circunstancias, para que buena parte de las penosas consecuencias (lo que he llamado circunstancias del trabajo) derivadas de la gestión de la crisis y de los cambios estructurales que han modificado el mundo laboral quedaran, si no solucionadas, sí por lo menos enmendadas o reconducidas.

La internacionalización y la financierización de la economía, los nuevos modelos productivos denominados posfordistas, el cambio tecnológico orientado a la nueva economía de las discutiblemente llamadas sociedades del conocimiento, la desindustrialización (y el correlativo desplazamiento de actividades hacia el sector servicios o terciarización, sector que no ha absorbido la mano de obra expulsada de la industria) constituyen un agregado de procesos que sirven como línea medular de explicación de las circunstancias que rodean al empleo. A ello habría que añadir la progresiva fragmentación o deshomogeneización de la regulación laboral que, en líneas generales, ha sido la vía elegida en los últimos veinte años para encarar la crisis. Me detendré tan sólo en algunos aspectos de estos fenómenos.

– La mundialización de la economía (o globalización): La importación de mercancías de países subdesarrollados y la *deslocalización* de la producción (es decir, el traslado de inversiones y actividades productivas de un país rico a un país pobre en el que los costes laborales son mucho más bajos) crea desempleo, ejerce una presión a la baja de los salarios en los países ricos y obliga, se dice, a moderar los salarios, a minorar los niveles de protección social de los trabajadores y a flexibilizar la gestión de los recursos humanos a fin de mantener la competitividad de las empresas y adaptarse a las circunstancias cambiantes. De la inabarcable literatura existente sobre el tema, destacaré la desagregación del concepto de globalización en sus distintos componentes que propone Navarro<sup>22</sup> al objeto de precisar su respectiva incidencia en el ámbito laboral. El autor distingue globalización del comercio, globalización del capital productivo y globalización del capital financiero. De su análisis sustentado en datos contrastados infiere que ni la internacionalización del comercio ni los flujos de

---

<sup>21</sup> Destacaré, por su minuciosidad, la revisión crítica que lleva a cabo Alonso (ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía...*, cit., específicamente el cap. 5: «El mito del fin del trabajo»).

<sup>22</sup> NAVARRO, V., *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, cit., en particular el cap. 5: «¿Es la globalización económica y la tecnologización del trabajo la causa del paro?», pp. 203 y ss.



inversiones productivas hacia países del sur –fenómenos que, como ha mostrado Wallerstein, no son novedosos– explican el desempleo ni justifican la desregulación. De ahí que sea posible hablar de una «utilización dogmática de la internacionalización» en las justificaciones reformadoras o flexibilizadoras que «conectan las dramáticas tasas de desempleo con la producción de bienes en otros países a costes más bajos»<sup>23</sup>. Aunque la mundialización del comercio y de la producción sí tienen una relativa incidencia negativa en la mano de obra menos cualificada de los países del norte, el fenómeno que verdaderamente ha impactado, no ya en el mundo del trabajo, sino en las estructuras «nacionales» de bienestar, es la (ésta sí reciente y novedosa) mundialización del capital financiero incoada con la liberalización del precio de las divisas y el «colapso» de Bretton Woods. Movilidad del capital financiero favorecida por las redes informáticas altamente innovadas, flujos de divisas emancipados de cualquier tutela que «viajan» en busca de beneficio inmediato en operaciones de naturaleza especulativa (o de vía corta) que ya poco o nada tienen que ver con la economía «real» caracterizan a una nueva forma de concebir la denominada economía-mundo en la que «los mercados»<sup>24</sup> condicionan el margen de actuación de los estados (más bien los obliga a competir entre sí para atraer capitales), disciplinando o vetando las políticas sociales expansivas. Al margen de que la impotencia de los estados se magnifique interesadamente, esta situación no tiene por qué caracterizarse como irreversible. Tal vez no sea posible, dicho groseramente, «encontrar» puestos de trabajo en los mercados financieros, pero sí interferir en los mismos y controlarlos a través de estrategias concertadas destinadas a limitar su poder sobre los estados y a obtener capital de las operaciones especulativas que revierta en el erario público, lo que favorecería las inversiones en planes de empleo o en otros mecanismos de protección social alternativos<sup>25</sup>.

– Nuevos modelos productivos: Más que un modelo de producción único que ha reemplazado al fordismo (caracterizado por la producción cadena de grandes series de productos elaborados de principio a fin en la fábrica, destinados a un consumo masivo y por las rigideces jerárquicas en los procesos de producción), el término posfordismo (también denominado producción aligerada, toyotismo u ohnismo) hace referencia a unas tendencias que marcan el tránsito

---

<sup>23</sup> APARICIO TOVAR, J., «El derecho del trabajo ante el fenómeno de la internacionalización», en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, núm. 1, 1997, p. 60.

<sup>24</sup> «Los mercados», indiscernibles pneumas antropologizados detrás de los que están las tan denostadas empresas transnacionales pero también, téngase esto bien presente, millones de asépticos pequeños inversores.

<sup>25</sup> Aunque ya empieza a resultar tópico, no puedo dejar de aludir aquí a la necesidad de implementar figuras fiscales que graven los movimientos internacionales de capital de naturaleza especulativa, como por ejemplo la llamada Tasa Tobin.

hacia una producción muy diversificada (muestral o personalizada), técnicamente más compleja, de plazos ajustados de entrega (*just in time*) y constantemente perfeccionada por los avances tecnológicos<sup>26</sup>. La producción aligerada –que no es sólo un método de producción, sino también una forma de organizar el trabajo– elimina puestos de mando intermedios, favorece las jerarquías planas, exige una mayor fluidez y polivalencia de los trabajadores y reclama una alta cualificación, ya que los operarios quedan implicados en el proceso productivo y asumen responsabilidades decisorias, reservadas en el fordismo a los cuadros dirigentes. Se ha querido ver en estas transformaciones una reapropiación del trabajo por parte de los trabajadores (y aun el fin de la división del trabajo), la disolución de la oposición clásica mandos-ingenieros/trabajadores y la democratización en el seno de la empresa. Se ha hablado de las posibilidades que abre la implicación de los trabajadores en la lucha por la productividad y la calidad para la gestión del tiempo y la estabilización del empleo<sup>27</sup> y todavía se ha teorizado acerca de una nueva ética empresarial posttaylorista de carácter cooperativo y sobre un *management* comunicativo de ribetes habermasianos<sup>28</sup>, que valdría también para las empresas de servicios. Lo cierto es que los nuevos modelos productivos tienen también su contracara. Por ejemplo, los métodos de dirección bajo *stress* (*management by stress*), que transfieren a los trabajadores el imperativo de la competitividad, endureciendo e intensificando<sup>29</sup> el trabajo y convirtiendo al empleado en su propio capataz, o las sutiles formas de control y presión que fomentan una identificación con la empresa (fidelización) apenas distinta del enfeudamiento o neovasallaje<sup>30</sup>. Por otra parte, los nuevos modelos tienden a la externalización de la producción, desplazando del núcleo empresarial la mayor parte posible de las operaciones productivas y de las relaciones laborales, de forma que, a medida que la producción se va alejando del núcleo duro tecno-

<sup>26</sup> Para una clarificación crítica de las voces múltiples que caen bajo la denominación «posfordismo» y un análisis comparativo de los nuevos modelos productivos (entre ellos, el denominado APS o «sistemas antropocéntricos de producción»), *vid.* CASTILLO, J. J., *A la búsqueda del trabajo perdido*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 21-43. Una visión general del posfordismo la ofrece RIFKIN, J., *El fin del trabajo*, cit., pp. 153 y ss., libro que el propio Castillo despacha como «libro de aeropuerto».

<sup>27</sup> Así, MONEREO PÉREZ y MEDINA CASTILLO («La ordenación jurídico-política...», cit.), con cita de Lipietz y Leborgue, trazan un breve cuadro de la denominada «flexibilidad ofensiva» (modelo equilibrador, autorreflexivo, que potencia la estabilidad, la innovación, la formación y la participación del trabajador en la gestión), contraparte de la «flexibilidad defensiva» (que favorece la flexibilidad y la desregulación a ultranza), pero no dejan de subrayar el deslizamiento hacia la dualización del mercado de trabajo que, a pesar de sus potencialidades, propicia la primera.

<sup>28</sup> *Vid.*, en este sentido, CORTINA, A., *et al.*, *Ética de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>29</sup> La mayor parte de los analistas subrayan un incremento horario en las jornadas de trabajo.

<sup>30</sup> GORZ, A., *Miserias del presente...*, cit., pp. 37-64.

lógico (los *insiders*) hacia la periferia (los *outsiders*), peores son las condiciones laborales (tiempo, salario, estabilidad contractual, siniestralidad). Esta dualización genera submercados de trabajo muy segmentados en los que la precarización y la desprotección originan amplios círculos de vulnerabilidad, inseguridad y pauperización (subempleo, trabajadores pobres), por no hablar de los fenómenos de invisibilización o «liofilización» del trabajo (trabajo gris o negro, semiclandestino, clandestino o sumergido, en el que la ilegalidad ampara la explotación<sup>31</sup>, fenómeno, este último, que alcanza trágicos niveles de gravedad en el caso de los así llamados –es claro que no inocentemente– extranjeros «ilegales», quienes, como ha puesto de manifiesto J. de Lucas a propósito del debate sobre la eventual reforma de la efímera Ley Orgánica 4/2000, acopian tres estigmas –no ser ciudadanos «nacionales», no ser «regulares» y no *poder ser* trabajadores formales– añadidos al que ya de por sí está contenido en la mentada identificación ciudadanía social/ciudadanía laboral<sup>32</sup>). Por otra parte, la desmembración de los núcleos empresariales, de los distritos industriales y de los tradicionales «territorios obreros» quiebra la solidaridad mecánica y la generación de identidad automática característica de la clase obrera, que ha visto notablemente mermada su capacidad de respuesta, hasta el punto de que han quedado en parte difuminados los contornos de aquel proletariado industrial otrora compacto y uniforme que se constituyó como antagonista del capital en la cuestión social «clásica».

– Desindustrialización/terciarización: Aunque es necesario un análisis riguroso del determinismo tecnológico (que presenta la modernización tecnológica como un hecho aproblemático) desde una perspectiva sociotécnica y crítica<sup>33</sup>, creo que se puede afirmar avalo-  
rativamente que el cambio técnico sí ha destruido puestos de trabajo

<sup>31</sup> CASTILLO, J. J., *A la búsqueda...*, cit., pp 156 y ss., donde se ofrecen ejemplos significativos que servirían para matizar la tesis del pretendido fin del trabajo.

<sup>32</sup> «Seguimos configurando a los extranjeros pobres –en plata: los inmigrantes extracomunitarios en busca de trabajo– como infrasujetos (...), supeditando su reconocimiento jurídico y político a un modelo de trabajo, el trabajo formal y para toda la vida, que ya ni siquiera es válido para nosotros. El vínculo entre nacionalidad, trabajo y ciudadanía aparece así como la auténtica jaula de hierro de la democracia en el próximo siglo» (DE LUCAS, J., «¿Qué políticas sobre la inmigración? Reflexiones al hilo de la reforma de la Ley de Extranjería en España», en *Tiempo de Paz*, diciembre 1999, p. 17). De los múltiples trabajos del autor sobre la materia, me limito a citar su «El marco jurídico de la inmigración», en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 38, julio 2000, pp. 3-11, donde ha vuelto a insistir en la necesidad de articular una política de (y no contra) la inmigración capaz de afrontar el fenómeno desde un punto de vista global y no meramente laboral y securitario-policial.

<sup>33</sup> *Vid.*, en este punto, ALONSO, L. E., y PÉREZ ORTIZ, L., *¿Trabajo para todos? Un debate necesario*, Madrid, Encuentro, 1996, pp. 34-36; y ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía...*, cit., especialmente el cap. 6 («El avance del determinismo tecnológico», pp. 179-211), donde se analizan los sobreentendidos que subyacen al determinismo tecnológico, principalmente en la versión triunfalista del mismo.

«de cuello azul» (el operario de la cadena fordista) y lo seguirá haciendo de una forma hasta cierto punto irreversible. No quiere decir esto que el trabajador industrial haya desaparecido sin más o esté condenado a la extinción, menos aún que se pueda sancionar sin matices la desindustrialización total de las sociedades tardocapitalistas<sup>34</sup>, tesis habitualmente incorporada en el discurso prosopopéyico y hasta intimidatorio de la nueva era tecnológica de la economía simbólico-informacional. Apuntar el hecho de la desindustrialización parcial impele a volver la mirada hacia el sector terciario o de servicios, adonde ha ido a parar parte de la mano de obra desplazada de la industria. Más allá de pretéritas esperanzas como la de Fourastié (que concibió la terciarización como la gran esperanza del siglo XX, en la medida en que permitiría que el trabajo intelectual sustituyera al trabajo manual), esperanza cumplida sólo para los denominados productores de ideas, lo cierto es que en el sector de los servicios se detectan análogas situaciones a las que me he referido anteriormente, acaso agravadas por la mayor informalidad que caracteriza a las nuevas esferas de actividad. Reich<sup>35</sup> ha propuesto una tipología en la que se distinguen cuatro grandes grupos de trabajadores: los «analistas simbólicos» o «manipuladores de símbolos», de los que dependen muchas de las claves de funcionamiento de la economía sustentada en las tecnologías de la información, el sector público funcional, los trabajadores del sector servicios que prestan su trabajo en persona y los que denomina «trabajadores rutinarios», es decir, trabajadores no especializados de la industria «expulsados» de la fábrica hipertecnificada que han ido a parar a los escalones inferiores de los servicios, a los que se podría añadir los jóvenes que acceden al mundo laboral y las mujeres, tanto más discriminadas cuanto menor es la cualificación requerida. Partiendo de esta clasificación, se puede hablar de una dualización o polarización entre los relativamente restringidos círculos de la nueva elite de los trabajadores de la información y una mucho más amplia periferia a la que afectan los mismos procesos de precarización, temporalización<sup>36</sup>, intensificación, fungibilidad, exorbitantes diferencias salariales respecto del núcleo duro, invisibilización y capacidad de respuesta si cabe más limitada que en el sector industrial.

---

<sup>34</sup> Como afirma Castel, en línea con Delmas: «La desindustrialización es un hecho, con las consecuencias que implica para la desestructuración de la clase obrera, pero las actividades industriales siguen siendo las mayores creadoras de riqueza, y las únicas capaces de “arrastrar” el crecimiento» (CASTEL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social*, cit., p. 413).

<sup>35</sup> REICH, R., *El trabajo de las naciones*, Madrid, Vergara, 1993.

<sup>36</sup> Aunque la precariedad del trabajo suele ir de la mano del contrato temporal, temporalización y precariedad no son términos sinónimos, ya que la escasa o nula capacidad de control del empleo y de las condiciones del mismo por parte del trabajador puede darse (y, de hecho, se da) tanto en los contratos temporales como en los indefinidos.

– Derecho del trabajo de emergencia y estrategias sindicales microcorporatistas: Ya se ha apuntado arriba que la manera de abordar institucionalmente la crisis de la década de los setenta consistió sustancialmente en tomar el *one and only best way* de la desregulación. La expresión «Derecho del trabajo de emergencia» designa, al decir de Monereo Pérez<sup>37</sup>, la irrupción de una regulación que rompía con los principios básicos del ordenamiento laboral y trastocaba su naturaleza tuitiva a través de una legislación excepcional –dispersa, fragmentaria y asistemática– que, si bien apareció en principio como solución coyuntural, pronto cuajó como recurso permanente, pasando a constituirse en «Derecho del trabajo de la crisis». Así, el homogéneo edificio erigido como rama diferenciada del ordenamiento jurídico orientado a solventar la insuficiencia de las categorías jurídicas del derecho civil (autonomía de la voluntad, liberismo contractual, etc.) o, en expresión feliz de Bovino y Courtis, a «realizar la promesa incumplida del derecho civil de posibilitar las relaciones contractuales entre personas libres e iguales»<sup>38</sup> y a desmercantilizar las relaciones laborales ha sido parcialmente desmantelado por la prevalencia otorgada –tanto en la elaboración legislativa como en la interpretación y aplicación–, al criterio de rendimiento y continuidad de empresa en detrimento de las manifestaciones jurídicas del principio de favor. La notoria tendencia abstencionista de un Estado en retirada marca la evolución hacia un Derecho del trabajo no unitario y subsidiario caracterizado por la confianza del legislador en los mecanismos «autorreguladores» del mercado, por la correlativa suspicacia hacia las «rigideces» –palabra erigida en talismán– de la regulación previa a la crisis y por el axioma subyacente al discurso de la reforma según el cual la desregulación genera por sí misma empleo<sup>39</sup>. Flexibilidad funcional, geográfica, temporal y contractual (multiplicación de las modalidades contractuales), moderación salarial no compensada, abaratamiento del despido, endurecimiento de acceso a los subsidios de desempleo son notas de este nuevo Derecho del trabajo que es preciso poner en contacto directo con las circunstancias a las que aludía arriba y que, en los sistemas de protección social que tienden a reproducir la estructura laboral de un país por supeditar los beneficios a las contribuciones, han incidido en los mecanismos de bienestar de un modo general, con todas las implicaciones que ello tiene en la efecti-

<sup>37</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., pp. 153-157.

<sup>38</sup> BOVINO, A., y COURTIS, C., «Por una dogmática conscientemente política», 2000, inéd., p. 23.

<sup>39</sup> Que este axioma no es pacífico ha sido repetidamente subrayado. Me remito en este punto a los citados trabajos de TORRES LÓPEZ, J. («Sobre las causas del paro y la degeneración del trabajo», cit., pp. 45-48, donde el autor argumenta contra la idea de que es la falta de flexibilidad lo que provoca el paro) y NAVARRO, V. (*Neoliberalismo...*, cit., especialmente el cap. 1: «Protección social, flexibilidad laboral y desempleo»).

vidad de los derechos sociales<sup>40</sup>. Paralelamente, la desinstitucionalización de la regulación estatal del conflicto y el desleimiento del sindicalismo como representante de intereses generales de clase en los grandes acuerdos tripartitos típicos del macrocorporatismo fordista o keynesiano ha abierto la puerta a la fragmentación sindical y a unas estrategias microcorporatistas de concertación que, según el preciso análisis de Alonso, surgen en sectores concretos en los que el poder de negociación se basa en la utilización de una cualificación específica, están destinadas a incrementar la productividad y la competitividad internacional de ramas específicas de producción (e incluso de empresas especialmente importantes) y representan el despliegue de redes de interés particular o local que determinan coaliciones intra-sectoriales que acuerdan en función no de un interés convergente y general, sino de intereses bien delimitados y dejan fuera a sectores de menor poder contractual, con el resultado de reproducir el marco segmentado y dual ya aludido de los *mercados internos o primarios* (normas rígidas de entrada, alta cualificación, autonomía profesional, etc.) y los *mercados externos o secundarios* (caracterizados por la precariedad)<sup>41</sup>.

### 3. PLENO EMPLEO OTRA VEZ

¿Son reversibles estos procesos en los que se entrelazan causas y consecuencias, que no cabe naturalizar y que merecen, como se ha visto, matizaciones? Y si lo son, ¿es la recreación del pacto keynesiano la única vía de salida frente al *zeitgeist* neoliberal? Los críticos de la desregulación admiten la necesidad de una cierta flexibilización pero no se resignan a la remercantilización de la fuerza de trabajo. El Derecho del trabajo reclama, en efecto, un impulso re-homogeneizador, pero este proceso no podrá consistir en la vuelta al estatuto<sup>42</sup> y, en cierto modo, incorporará algunas adherencias (relativa fragmenta-

<sup>40</sup> Vid., sobre la superposición de técnicas que privan de carácter unificador al sistema de previsión en materias como las pensiones, los subsidios de desempleo o, en general, el régimen público de la Seguridad Social, MONEREO PÉREZ, J. L., «Los renglones torcidos de la política social...», cit., pp. 242-245.

<sup>41</sup> ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía...*, cit., pp. 60-63. En la misma obra, el autor expone los retos que tiene planteados el sindicalismo para encarar el siglo XXI.

<sup>42</sup> En este sentido, el informe preparado en 1996 para la Comisión Europea por un grupo de expertos de diferentes países de la UE bajo coordinación de ALAIN SUPIOT (*Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, cit.), plantea una refundación del Derecho del Trabajo que pretende superar la crisis de inadaptación del modelo «clásico» industrial (fordista, keynesiano, nacional, corporatista) sin caer en la pura «recontractualización», un modelo que integre el análisis y la evolución del derecho positivo con los cambios culturales, económicos y sociológicos que han irrumpido en el mundo del trabajo (particularmente interesantes son los capítulos dedicados al tiempo de trabajo y a la incorporación de la mujer al mundo laboral).

ción, menor protagonismo de la Ley y del poder público, etc.) del credo mercadista. Es en este contexto donde creo preciso elevar la mirada un escalón, para dirigirla al vértice del sistema jurídico, es decir, al texto constitucional y a los derechos fundamentales. Antes que nada, y en la medida en que allí encontramos mandatado el pleno empleo a los poderes públicos *ex art. 40*, debo detenerme un instante.

La pulsión escatológica –que ve todo el complejo de los avatares humanos desde la perspectiva de una meta última y de una redención final– no es privativa de las cosmovisiones religiosas ni de las versiones seculares de la revelación no importa si idealistas o materialistas. Inveterada manía futurofílica, aparece en lugares tan inopinados como un Consejo Europeo, poniendo así en solfa a una de las pocas aportaciones digna de ser atendida de ese vago cuerpo de tendencias teóricas que por rutina acostumbra a denominarse posmodernidad: el señalamiento del dolor y el sufrimiento que toda promesa de redención ya ultraterrena, ya terrena (ya guiada por la providencia, ya por el progreso), tiende a legitimar<sup>43</sup>.

Un agregado de dígitos (18.212.500, el número total de desempleados oficiales de los quince países de la Unión Europea), era el único lema de la manifestación convocada el 20 de noviembre de 1997 en Luxemburgo, coincidente con la convocatoria del Consejo Europeo en cumbre monográfica (la primera en cuatro décadas) dedicada a consensuar entre los quince estrategias de creación de empleo. El resultado de aquel encuentro fue la adopción de una serie de compromisos a cinco años vista sobre políticas activas destinadas a *reducir* la cifra arriba señalada. Dos años y medio más tarde, el Consejo Europeo celebrado en Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000 estableció, con la mirada puesta en el milagro norteamericano, un conciso y categórico calendario cuyo venturoso cumplimiento habrá de conducir a la Unión Europea, no bien se haya consumado el irreversible tránsito hacia las sociedades del conocimiento basadas en las tecnologías de la información, a una *situación técnica de pleno empleo en diez años*. Descartada la posibilidad de que el Plan Lisboa 2000 para acabar con el desempleo en la Unión constituya una versión del Plan Jonathan Swift 1719 para acabar con la miseria en Irlanda<sup>44</sup> y teniendo presente la reducción del desempleo que se ha producido en este ínterin (las últimas estimaciones cifran el paro oficial de la UE en unos quince millones de personas), creo que la desinhibida recuperación del uso del término

---

<sup>43</sup> Aportación, por lo demás, ni siquiera original del pensamiento posmoderno (que lo único que hizo fue llevarla hasta sus últimas consecuencias con no pocas dosis de mala fe selectiva).

<sup>44</sup> SWIFT, J., *Modesta proposición para impedir que los niños irlandeses pobres sean una carga para sus progenitores o para su país, y para hacer de ellos un beneficio público* (1719). En esencia, el plan (por fortuna no llevado a cabo), consistía en comerse a tres cuartas partes de la población infantil pobre de Irlanda que hubiera alcanzado la edad de un año y dejar una cuarta parte para la cría.

pleno empleo como meta última o promesa de redención que comienza a detectarse por doquier merece algún comentario.

La puesta en circulación, hoy, del término pleno empleo (una expresión de poderosísimas connotaciones simbólicas, a pesar de –o justamente por– las dos décadas y media de paro estructural vividas) sirve para validar *ex post* el giro neoliberal incoado tras la crisis de los setenta y las políticas desreguladoras que lo han caracterizado, para sancionar definitivamente la obsolescencia de un modelo (el keynesiano), neutralizando el cargo mayor que los defensores del Estado de Bienestar de ese corte (nucleado, como se ha dicho, en torno al pleno empleo) han hecho al neoliberalismo y, por último, para legitimar *ex ante* el único e irreversible camino de perfección que podrá seguirse en el futuro, que no es otro que el de erosionar progresivamente las estructuras universales de protección social so pretexto de que en ese futuro por llegar a los países «en vías de pleno empleo» todos los «asistidos» podrán «responsabilizarse de sí».

Independientemente de que el pleno empleo prometido se cumpla (cosa que está muy por ver), es preciso distinguir medios y fines, puesto que los medios empleados en el modelo anterior poco o nada tienen que ver con los medios empleados de un tiempo a esta parte y de ahora en adelante para hacer realidad la promesa. Sugiero que, del mismo modo que se habla de nueva economía, se hable de «nuevo pleno empleo». La cuestión, entonces, habrá de ser planteada en otros términos: no *pleno empleo sí o no*, sino *qué pleno empleo*. Una prognosis no ingenua permite aventurar un empleo (pleno o no) que, para amplias esferas sociales, no será el empleo que perfilara Beveridge en su *Full employment in a free society* o el de la «ciudadanía industrial» de Marshall, no será estable, homogéneamente regulado y relativamente protegido, sino precario, intermitente, desregulado, pauperizado y desprotegido, un empleo incapaz de estructurar una existencia y de asegurar un porvenir, un empleo contabilizado a la americana<sup>45</sup>, las esplendentes cifras del cual apenas podrán solapar la desigualdad y los círculos de vulnerabilidad, pobreza y marginación.

En este marco cobran vigor las tesis que insisten en desvincular el derecho a un ingreso individual (y, como trataré de exponer, los derechos sociales prestacionales) del hecho del trabajo. No se me escapa que esta perspectiva implica profundas transformaciones que van más allá del cuestionamiento del *do ut des*. Demanda reformas fiscales, del régimen de la Seguridad Social y una revisión a fondo de las políticas asistenciales disciplinarias basadas en la investigación de ingresos y la evaluación de la disposición al trabajo. Por ahora subrayaré,

---

<sup>45</sup> Como señala Navarro, y al margen de que el problema del desempleo es cada vez menos un problema de tasa de desempleo, sumando parados oficiales, desanimados que ya no buscan empleo, subempleados y presidiarios, la tasa de paro norteamericana linda con la europea, e incluso la rebasa (NAVARRO, V., *Neoliberalismo...*, cit., pp. 96 y ss.).



con Offe, que la desvinculación mentada es una vía para «llevar los valores de libertad, igualdad y justicia social que caracterizaron al Estado benefactor a la fase de desarrollo en la que han ingresado los Estados capitalistas, una etapa donde el objetivo del pleno empleo ha quedado más allá de lo realista y lo deseable»<sup>46</sup>.

#### 4. EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS DERECHOS SOCIALES

Hace ya algún tiempo que Peces-Barba dijo del derecho al trabajo, entendido como derecho de crédito a una prestación positiva, que constituye un «fariseo y piadoso canturreo» que «no puede ni siquiera ser positivizado» ni ser considerado un derecho fundamental<sup>47</sup>. Ciertamente, no resulta sencillo determinar el contenido esencial o el alcance prestacional de un derecho que, si bien es «el primer derecho social históricamente reivindicado» y aun «el derecho social por autonomía»<sup>48</sup>, aparece al mismo tiempo recepcionado en «la norma constitucional menos efectiva y más retórica»<sup>49</sup>.

Tomaré como punto de referencia el tenor literal del art. 35.1 de la Constitución española:

«Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el *derecho al trabajo*, a la libre elección de su profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.»

Dejo de lado el análisis de cuestiones como el carácter excluyente de la extensión subjetiva del derecho («los españoles»)<sup>50</sup> o la inclu-

<sup>46</sup> OFFE, C., *Modernity and the State: East, West*, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 210.

<sup>47</sup> PECES-BARBA, G., «El socialismo y el derecho al trabajo», *Sistema*, núm. 97, 1990, pp. 3-10. Peces-Barba ha reiterado esta tesis en su *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, BOE-Univ. Carlos III, 1995. Para una crítica de la naturalización de la libertad de empresa que subyace a esta postura, *vid.* AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, CEC, 1994, pp. 321-322.

<sup>48</sup> SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 23 y 54.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», *cit.*, p. 109. Obviamente Ferrajoli se refiere aquí al primer inciso del art. 4 de la Constitución italiana de 1947 («La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho»), que aquí asimilo al «derecho al trabajo» reconocido en el art. 35 de la Constitución española, al inciso primero del art. 51 de la Constitución Portuguesa de 1976 («Todos tienen derecho al trabajo») o, ya en el ámbito internacional, al art. 23.1 de la DUDH de 1948 [«Toda persona tiene derecho al trabajo (...)»]. He destacado estas disposiciones a título de mero ejemplo por ser en ellas donde el reconocimiento del derecho al trabajo aparece de una manera más clara.

<sup>50</sup> El art. 10.1 de la L. O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reconoce a los extranjeros el «derecho a ejercer una

sión del «deber de trabajar» antecediendo, a mi juicio de manera impropia<sup>51</sup>, al derecho al trabajo para tratar de clarificar, en síntesis necesariamente reductora, el sentido de la expresión «derecho al trabajo» aislándola de lo que pudiera llamarse la «periferia» del derecho (promoción, salario suficiente, formación, descanso necesario, seguridad e higiene, etc.). A este respecto, creo necesario aludir, siquiera de manera elíptica, a las dos posturas teóricas que, en términos generales, pueden discernirse a la hora de delimitar el alcance del derecho<sup>52</sup>. Convento en llamar tesis monista a aquella que identifica libertad de trabajar y derecho al trabajo, integrando a este último en la primera, y tesis dualista (o, como la llama Sastre Ibarreche, de doble pretensión o bifrente) a la que distingue ambos términos como figuras con entidad, contenido y alcance propios. La tesis monista, de clara filiación liberal, constituye históricamente la primera modulación del derecho. Al integrar conceptualmente libertad de trabajar y derecho al trabajo, cataloga al derecho al trabajo dentro de los derechos de libertad o, si se prefiere, los derechos *de*. La extensión semántica de la expresión «derecho al trabajo» comprende, desde esta óptica, un conjunto de atribuciones nucleadas en torno a la facultad de disponer libremente de la propia capacidad de trabajo y una correlativa obligación del poder público de no interferir en esa libre disposición a través de una actuación ya puramente omisiva o inhibitoria, ya impeditiva o correctiva de los obstáculos que la obstruyen o entorpecen por parte de terceros. Reducido el contenido del derecho al trabajo a la libertad de trabajar, el espectro de figuras que comprendería el derecho tendría un marcado signo «negativo»: derecho *de* trabajar (de disponer), libre elección de profesión, libertad de ejercicio profesional, ejercicio de actividades por cuenta propia, libertad esgrimible frente a cláusulas de garantía sindical (*closed shops*) entre patronos y sindicatos que condicionen la permanencia o admisión a la afiliación a un sindicato e incluso libertad de los trabajadores que optan por no secundar boicots o huelgas. No hace falta decir, de una parte, que en caso de existir un mandato constitucional para que el Estado lleve a cabo una política orientada al pleno empleo, la tesis monista tiende a interpretarlo como un mandato de abstención y favorecimiento de los mecanismos privados de creación de empleo y, de otra, que todo eventual contenido prestacional (o «positivo») del derecho al trabajo como figura autóno-

---

actividad remunerada por cuenta propia o ajena», matizando, creo, la taxatividad del precepto constitucional, a pesar de que la expresión «derecho a ejercer una actividad...» parece hallarse en el ambiguo espacio de intersección entre el derecho al trabajo y la libertad de trabajar.

<sup>51</sup> Entiendo que el «deber de trabajar» no puede ser considerado como una obligación jurídica exigible coercitivamente como sí lo es, por ejemplo, el deber de tributación.

<sup>52</sup> Sigo aquí de cerca a Sastre Ibarreche, autor que en su completísimo estudio no deja de advertir sobre «las disparidades conceptuales generadas en el seno del propio debate doctrinal» (SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 129).

ma es caracterizado (bien pudiera decirse caricaturizado) según la acepción maximalista –que lo toma como derecho subjetivo a un puesto de trabajo exigible a los poderes públicos– al objeto de acreditar su inviabilidad o inoperancia jurídica.

En líneas generales, la tesis dualista (cuyo punto de arranque histórico es el preludio del proceso revolucionario de 1848, momento a partir del cual, fundamentalmente inspirada por el pensamiento socialista, empieza a abrirse camino), considera el derecho al trabajo como la pretensión de trabajar o el derecho a la ocupación y permanencia, distinguiéndolo de la mera libertad de trabajar<sup>53</sup>. Determinar cuál es el contenido de esa pretensión y, asunto más problemático, cuáles son los medios jurídicos para hacerla efectiva exige, me parece, abandonar *prima facie* la acepción maximalista, que caracteriza al derecho al trabajo como un derecho de crédito a una prestación positiva concretada en un puesto de trabajo que los poderes públicos estarían correlativamente obligados a proporcionar y que sería exigible judicialmente (carácter que en nuestro ordenamiento sí tiene un derecho social como la educación y que *debería –y técnicamente podría– tener*, por ejemplo, el derecho a la asistencia sanitaria). No creo caer en ese «paradójico iusnaturalismo realista» –denunciado pertinentemente por Ferrajoli<sup>54</sup> a propósito de quienes niegan la existencia de un derecho a partir de la inexistencia o imperfección de sus garantías– que pretende hacer desempeñar a la teoría de los derechos funciones legislativas si sostengo, habida cuenta de lo que va dicho, la infertilidad (o, más exactamente, la indefendibilidad) de la acepción maximalista. Entiendo que la tesis dualista debería poner el acento en la estrecha vinculación del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo con el mandato establecido en el art. 40.1 de nuestro texto constitucional [«Los poderes públicos (...) realizarán una política orientada al pleno empleo»], teniendo bien presente, como se ha apuntado arriba, la necesidad de «desfetichizar» el término pleno empleo. Entonces, como señala Sastre Ibarreche siguiendo a Natoli, sólo cabría hablar de derecho al trabajo en un sentido impropio, con un contenido prestacional débil o diluido: «en parte, el derecho al trabajo (...) no sería sino la concreta plasmación de la política de pleno empleo (...), es decir, la proyección individual de las diferentes medidas de política de empleo que se contemplan, así, desde el prisma individual, como un derecho a la inserción y permanencia en el mercado laboral siempre que se cumplan determinadas condiciones. Se trata, en suma, de una cierta *tensión hacia el puesto de trabajo*»<sup>55</sup>. En verdad, y a pesar

<sup>53</sup> «(...) la diferencia entre el derecho al trabajo y la libertad de trabajar radica en que el primero postula una actuación positiva, en tanto que la libertad implica establecer únicamente los límites imprescindibles por parte del Estado o de terceros» (SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 91)

<sup>54</sup> FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en *Derechos y garantías...*, cit., p. 63.

<sup>55</sup> SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, cit., p. 128.

de que en muchos de sus autos y sentencias existen alusiones laterales al derecho al trabajo, no puede decirse que nuestro Tribunal Constitucional haya profundizado en el contenido esencial del derecho desde que en 1981 dirimiera cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional 5.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores de 1980 en su redacción originaria. En el F. J. 8 de la STC 22/81 se lee:

«El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho a todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de este mismo derecho para otra parte de la misma.»

A despecho de que la expresión «derecho a un determinado puesto de trabajo» pueda inducir a una lectura maximalista, creo que desde el punto de vista individual la proyección del derecho queda circunscrita al acceso (el derecho a la ocupación y la pretensión de trabajar, difíciles de discriminar o dependientes de las políticas sociales), pero sobre todo al derecho a la estabilidad y permanencia (en modo alguno entendible como derecho real al puesto de trabajo y más bien cifrado en el momento extintivo de la relación laboral, a modo de limitación del despido libre <sup>56</sup>).

Dentro del monocolor panorama desregulador son dignas de mención algunas propuestas de políticas sociales tendentes a la creación de empleo (dicho de otro modo, a hacer efectiva la pretensión de trabajar). Me detengo en las denominadas políticas de inserción, uno de cuyos desarrollos más elaborados es el que propone Rosanvallon <sup>57</sup>, del que se ha dicho que posibilitaría la recuperación de «las virtualidades del derecho al trabajo como manifestación del derecho a vivir y

<sup>56</sup> Justamente ésta es la proyección del derecho que subraya Ferrajoli (tras señalar el carácter retórico e inefectivo del art. 4 de la Constitución Italiana) a propósito de la sentencia núm. 45 de la Corte constitucional italiana de 9 de junio de 1965, que, a partir de la invocación del derecho al trabajo, limitó el derecho de rescisión unilateral de un contrato conferida al empresario por el art. 2118 del Código Civil italiano y posibilitó ulteriormente la Ley núm. 604 de 1966 sobre la «justa causa» como condición de validez de los despidos (FERRAJOLI, L., *De los derechos del ciudadano...*, cit., pp. 109-110).

<sup>57</sup> ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social*, cit., pp. 160 y ss. El mismo autor sintetiza su propuesta en su «La revolución del derecho a la inserción», *Debats*, núm. 54, diciembre 1995, pp. 39-41. Utilizaré indistintamente las expresiones RMI, políticas de inserción o derecho a la inserción.

contribuir a la construcción del proyecto de sociedad democráticamente proponible»<sup>58</sup>. Básicamente, las políticas de rentas mínimas de inserción (RMI) (puestas en marcha en Francia a raíz de la Ley núm. 88-1088 de 1 de octubre de 1988, de ingreso mínimo de inserción), o el derecho a la inserción, consiste en un compromiso paracontractual entre el beneficiario –que se obliga a la realización de un proyecto o una actividad de interés social a cambio de un ingreso limitado– y la comunidad que teóricamente debe desembocar en la reinscripción del primero en el régimen común. Rosanvallon lo caracteriza como una «revolución jurídica» o un «objeto jurídico paradójico», en la medida en que el derecho a la inserción es un híbrido que, a diferencia de los derechos-crédito universales, los subsidios asistenciales y las prestaciones de la Seguridad Social, contractualiza o individualiza el bienestar y condiciona la satisfacción del ingreso al cumplimiento de las obligaciones *in faciendo* contraídas, observancia que es objeto de un seguimiento particularizado. Sin negar las potencialidades de la RMI, y reconociendo la plausibilidad de la intención que la informa (transformar a los asistidos pasivos en futuribles ciudadanos-trabajadores activos), esta propuesta merece, a mi juicio, algún comentario crítico. Señalaré en primer lugar –objeción que puede hacerse a toda ayuda social condicionada– la estigmatizante necesidad de acreditar la condición de careciente vía test de recursos (en este caso, no ya para recibir una cantidad, sino para «tener derecho a tener derecho» a la inserción)<sup>59</sup>. En segundo término, y como señala Castel en su análisis de la ineficacia de la ley francesa, sucede que unas medidas nacidas con vocación de transitoriedad devienen permanentes en la medida en que no logran la integración en la condición salarial. La inserción pasa así de ser una etapa a ser un «estado»<sup>60</sup>. En tercer lugar, no es de importancia menor la tendencia a la hiperburocratización y el incremento del gasto público que comportan las políticas de RMI, en la medida en que precisan de una suerte de gendarmería funcional llamada a la gestión, el control del cumplimiento de las condiciones que habilitan para el cobro de la renta mínima, o simplemente, la vigilancia del fraude. Destaco en cuarto lugar que estas medidas, que, como apuntan García Inda y Susín Betrán, «tratan de forma individual un problema estructural» y se inscriben en un proceso de «culpabilización del pobre»<sup>61</sup>, propenden a convertirse en mecanismos indirectos de regulación o, peor aún, de control de los com-

<sup>58</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía...*, cit., p. 233.

<sup>59</sup> Para una crítica general de los subsidios condicionados, que siempre se reciben *ex post*, una vez demostrada la falta de recursos, *vid.* RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia. La propuesta de un subsidio universal garantizado*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 94-95 y 99.

<sup>60</sup> CASTEL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social*, cit., pp. 434-437.

<sup>61</sup> GARCÍA INDA, A. y SUSÍN BETRÁN, R., «Políticas sociales y derecho», en *Derecho y Sociedad*, M.<sup>a</sup> J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 140.

portamientos y de limitación de la libertad personal<sup>62</sup>. Por último, y al margen de que la RMI se enmarca en el proceso de fragmentación y residualización del Estado social –poco tiene que ver el derecho a la inserción con la generalidad y la abstracta universalidad de los derechos fundamentales–, diré que, en tanto su objetivo último es el de reinscribir al insertado en el régimen común, las políticas de inserción persisten en la conservación del vínculo trabajo/derechos sociales, precisamente la tesis que en estas páginas se pone en cuestión.

Más operativas para hacer efectivo el derecho a la ocupación parecen las políticas de reducción de la jornada y de reordenación o reparto del empleo<sup>63</sup>, en el bien entendido que, si son coyunturales o a corto plazo, «siendo necesarias, este tipo de medidas de política económica y jurídica, aunque estimularían la entrada de personas sin trabajo, no reducirían sustancialmente el desempleo, puesto que no van dirigidas a poner en cuestión sus raíces estructurales»<sup>64</sup>. Me aparto en este punto de la opinión de Castel, quien, inclinado por el reparto como respuesta lógica a la situación actual y, como se ha visto, reticente ante las políticas de inserción, tacha de errónea la

<sup>62</sup> Castel («El advenimiento de un individualismo negativo», entrevista con F. Ewald publicada en *Debats*, núm. 54, diciembre 1995, pp. 34-38) manifiesta su reticencia ante el «riesgo de neofilantropía» que traen consigo estas políticas, que recuerdan, dice, a las estrategias de moralización y disciplina de la clase obrera que proliferaron en el s. XIX y que tienden a reactivar la dicotomía entre buenos y malos pobres (el insertado debe, antes que trabajar, mostrar buena voluntad).

<sup>63</sup> Como se está viendo en el proceso de aplicación (iniciado en febrero de 2000) de la ley francesa sobre la semana laboral de 35 horas, la reducción del tiempo de trabajo para los que ya trabajan es un proceso largo y no exento de dificultades, al margen de que por sí sola no significará una reducción notable del desempleo. Respecto al reparto del empleo, propuesta que tiene ya antecedentes en los comienzos del siglo XX, destaco, de entre la abrumadora literatura existente sobre el tema, las aportaciones de Aznar (*Trabajar menos para trabajar todos*, Madrid, HOAC, 1994) que Monereo Pérez y Medina Castillo han clasificado en medidas a corto plazo (reducción de horas extraordinarias, año sabático cada siete años, «reinención» de la contratación a tiempo parcial, reducción a 32 horas o semana de cuatro días, contratos de relevo, reparto «defensivo» frente al reparto «ofensivo», fiscalidad directa progresiva que no castigue a las rentas más bajas, reparto en el sector público, etc.) y a largo plazo (que atañen al modelo de sociedad y las relaciones económicas hoy vigentes) (Monereo Pérez y Medina Castillo, «La ordenación jurídica», cit., pp. 44-50); un conciso análisis de la evolución del debate sobre la reducción del tiempo de trabajo puede verse en ALONSO, L. E., y ORTIZ, L., *¿Trabajo para todos?*, cit., pp. 45 y ss.; algunas experiencias concretas de reordenación del tiempo de trabajo (por ejemplo, la de la fábrica sueca de Volvo en Uddevalla) están descritas en Gorz, A., *Misérias del presente...*, cit., donde se alude también a los denominados «planes de multiactividad», en particular el del CJD (Centro de jóvenes dirigentes), que prevé una reducción a la vez global e individualizada del tiempo de trabajo que favorece la reapropiación del tiempo y el derecho a un ingreso continuo por un trabajo discontinuo.

<sup>64</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y MEDINA CASTILLO, J. E., «La ordenación...», cit., p. 49. En este sentido, reclaman un cambio radical de valores sociales a largo plazo para desterrar el desempleo, la desigualdad, la pobreza y el deterioro ecológico. Creo que debería comenzarse por el destierro de la pobreza como prioridad indiscutida.

mezcla de la cuestión del reparto del trabajo con «alegatos en favor de una asignación universal, o un ingreso de ciudadanía, o un ingreso de existencia», ya que la propuesta de asignación universal admite un corte entre los ingresos y los derechos ligados al trabajo que «la problemática del reparto se esfuerza, por el contrario, en salvaguardar»<sup>65</sup>. Entiendo que la propuesta de asignación ciudadana que aquí se defiende (universal, no condicionada a priori –requisitos– ni a posteriori –resultados–, relativamente suficiente y concebida a manera de *prius* de existencia antes que como proyección del derecho al trabajo) y la RMI (individualizada, condicionada, mínima y entendible como manifestación del derecho al trabajo) son incompatibles (o se excluyen), mientras que la asignación ciudadana o subsidio universal garantizado y las medidas de reparto no lo son. Antes bien, un subsidio universal garantizado (en adelante SUG) ayudaría, a modo de complemento, a sostener las tendencias a la parcialización, temporalización y flexibilización del empleo, mejoraría la situación de muchas personas «condenadas» a entrar y salir intermitentemente del mercado de trabajo<sup>66</sup>, y garantizaría medios de subsistencia dignos no ya a los que no pueden, sino también a los que no quieren trabajar (quienes, dicho al pasar, también son ciudadanos).

Se ha dicho (ya en tono preventivo, ya con acentos demasiado entusiastas) que la implantación de un SUG implicaría un modelo de sociedad totalmente distinto. Pero es que las sociedades actuales ya son algo distintas al esqueleto que de ellas se dibuja en las constituciones (basta recorrer la sistemática «social» de nuestra constitución para detectar una ordenación que refleja la sociedad articulada en torno al trabajo), y, en este sentido, no veo inconvenientes en buscar alternativas de reformulación del Estado Social (que no Laboral) en una situación de crisis (que no fin) del trabajo que pasen por la repetida desvinculación entre trabajo y derechos sociales. Aun asumiendo lo que arriba he llamado tesis dualista, el reconocimiento de que el derecho al trabajo tiene un contenido prestacional débil, es decir, la admisión de los obstáculos que impiden caracterizarlo como un derecho prestacional exigible, no debe servir de cobertura para extrapolar mecánicamente tales obstáculos a los demás derechos sociales prestacionales (o, al menos, a algunos de ellos), por más que tradicionalmente vengán inventariados en el mismo grupo o «generación».

---

<sup>65</sup> CASTEL, R., *Las metamorfosis...*, cit., p. 457. Ésta no es una opinión subjetiva de Castel, sino que es el parecer común a la mayoría de propuestas de reparto.

<sup>66</sup> Favorecería las iniciativas de autoempleo y, por otra parte, al liberar tiempo facilitaría la realización de actividades voluntarias de interés social, planteamiento distinto al de esa especie de oximorón deóntico (obligatorio-voluntario) en que parecen resolverse las políticas de renta mínima de inserción.

## 5. GARANTISMO SOCIAL E INGRESO UNIVERSAL

La propuesta de una asignación, subsidio, renta o ingreso universal, garantizado e incondicionado ha sido defendida por autores de inspiración ideológica diversa como Offe, Bauman, Gorz o Dahren-dorf<sup>67</sup> entre otros, aunque quizás la elaboración más específica desde el punto de vista de su justificación normativa y económica es la llevada a cabo por Van Parijs y Van der Veen y, entre nosotros, por Raventós<sup>68</sup>, autor que define el SUG como un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre, esto es, independientemente de sus otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva<sup>69</sup>. Es preciso insistir en las notas que caracterizan el SUG y lo singularizan respecto a otras figuras más o menos afines: es *universal* (corresponde por igual a todos, y por ello puede ser tenido como un factor de igualdad formal y no sólo material), es *incondicionado* (en este sentido, distinto de la RMI, de las denominadas políticas de *workfare* o de algunas iniciativas como la renta básica que plantea la denominada «Carta de los derechos sociales» presentada en 1997 en el parlamento vasco<sup>70</sup>; la incondicionalidad desestigmatiza, elimina la posibilidad de fraude y desincentiva el trabajo clandestino) y es *relativamente suficiente* (distinta, en este punto, de propuestas como el impuesto negativo –*negative tax income*– de M. Friedman, un ingreso tan bajo para desempleados y carecientes que, como señala Gorz, constituye «una subvención a los empleadores (que) les permite procurarse trabajo pagándolo por debajo del salario de subsistencia»<sup>71</sup>, limitando, en vez

<sup>67</sup> OFFE, C., *Modernity and the State...*, cit.; BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo...*, cit., pp. 145 y ss.; GORZ, A., *Misérias del presente...*, cit., pp. 91 y ss.; DAHRENDORF, R., *Per un nuovo liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 135 y ss.

<sup>68</sup> VAN PARIJS, P., y VAN DER VEEN, R., «Una vía capitalista al comunismo», en *Zona Abierta*, núm. 46-47, 1988; para una extensa fundamentación normativa basada en la teoría de la libertad real, vid. VAN PARIJS, *Libertad real para todos (qué puede justificar al capitalismo, si hay algo que pueda hacerlo)*, Barcelona, Paidós, 1996; RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia. La propuesta del subsidio universal garantizado*, cit. El autor alude a la organización BIEN (Basic Income European Network), de la que Van Parijs es miembro, dedicada a la propagación y la fundamentación económica y ética del SUG desde hace dos décadas y que celebra congresos bianuales.

<sup>69</sup> RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia*, cit., p. 17. El autor afirma que la condición de miembro pleno de la sociedad «no se limita estrictamente a los ciudadanos del país correspondiente», aunque «exige un período de residencia legal» (p. 41).

<sup>70</sup> Sobre esta propuesta, vid., RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia*, cit., p. 101. Sobre las políticas de *workfare*, vid. GORZ, A., *Misérias del presente...*, cit. pp. 95 y ss.

<sup>71</sup> GORZ, A., *Misérias...*, cit., p. 92. Para una descripción de la propuesta de Friedman, vid. COHEN, D., *Riqueza del mundo, pobreza de las naciones*, Buenos Aires, FCE, 1998, pp. 119-121 y RIFKIN, J., *El fin del trabajo*, cit., pp. 406 y ss. Raventós, por su parte, estima que el *negative tax income* es «comparable a todos los efectos con un subsidio condicionado» (RAVENTÓS, D., *El derecho...*, cit., p. 65).



de incrementar, el poder contractual y la libertad real de elegir de los trabajadores peor situados).

Son muchos los interrogantes que suscita la propuesta del SUG. No me demoraré en las cuestiones relativas a su viabilidad financiera<sup>72</sup> o a su fundamentación ético-política<sup>73</sup>, ya que mi intención es plantear la posibilidad de encuadrarlo en la teoría garantista de los derechos fundamentales que ha desarrollado Luigi Ferrajoli.

El paradigma teórico general del garantismo elaborado por Ferrajoli abarca una triple dimensión: es una *Teoría del derecho* de linaje iuspositivista pero que a) cuestiona la asepsia valorativa y política que el tradicional positivismo metodológico atribuye a la ciencia jurídica y a la actividad jurisdiccional y b) hace hincapié en una acepción normativa y no meramente descriptiva de la validez de las normas—diversa de la mera vigencia formal (y de la justicia y la eficacia) de las mismas— concretada en su adecuación a los niveles superiores del ordenamiento, lo que abre la posibilidad de una función crítica de la ciencia del derecho con arreglo a parámetros internos básicamente nucleada en la denuncia de la invalidez de normas vigentes; es un *Modelo normativo del Derecho y del Estado*, el Estado constitucional de derecho, el cual, a diferencia del denominado Estado legislativo de derecho (caracterizado por la omnipotencia del legislador), introduce una dimensión sustancial en la democracia en forma de esos vínculos y límites materiales a las opciones políticas (legislativas y de gobierno) que son los principios y derechos fundamentales (la esfera de lo indecible) y que, recepcionados en las actuales constituciones rígidas, posibilitan el control de constitucionalidad de las leyes y los actos del poder público; por último, el garantismo es también una *Filosofía*

<sup>72</sup> A este respecto, Raventós (pp. 103 y ss.) hace un repaso de diferentes estudios de financiación que, cada uno con matices y perfiles propios, se han elaborado: Ferry (1995) para Francia; el del CORI (Irlanda) para 1998; Iglesias (1995) para España; Barbeito (1995) para Argentina, además de otros realizados para Nueva Zelanda o Brasil. En esencia, en todos ellos se plantea una reordenación de la fiscalidad y se incide en el montante de gasto público que resultaría redundante con el SUG (es digno de nota que algunas estimaciones consideran más barato el SUG que el sistema general de protección basado en subsidios condicionados). Recientemente se ha elaborado en la Universidad Autónoma de Barcelona una propuesta de financiación que posibilitaría una renta de unas 70.000 pts. (420 euros) mensuales para mayores de dieciocho años y de 20.000 (120 euros) para los menores de edad. (La cantidad del *negative tax income* estaría en torno a los 200 dólares (203 euros aprox.). La diferencia entre el NTI y el SUG no es sólo cuantitativa. El NTI, directamente encaminado a ahorrar gasto público eliminando servicios, se inscribe en las conjeturas neoliberales sobre los «fallos del bienestar». Por su parte, el SUG (al menos el que aquí se defiende) queda enmarcado en la óptica inversa, es decir, en la de los «fallos del mercado».

<sup>73</sup> Me limito a encuadrar al SUG en las estrategias justificatorias que remiten al binomio igualdad material/libertad real sobre la base de que sólo bajo unas condiciones materiales en las que las necesidades básicas están satisfechas para todos es posible hablar de individuos libres. (Una rigurosa conceptualización de las necesidades y un análisis de su posible proyección normativa se encuentra en AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit.).

*política*, o, si se quiere, una teoría de la justicia, en la medida en que admite un punto de vista ético-político desde el que la ciencia jurídica puede llevar a cabo una crítica externa del Derecho y del Estado (considerado desde el prisma garantista como una entidad artificial, técnica, instrumental y heteropoyética), «salvando» así el deslizamiento hacia una suerte de adhesión acrítica al texto constitucional rayana en un «constitucionalismo ético» (transunto del legalismo ético) en que el garantismo pudiera incurrir<sup>74</sup>.

Recientemente ha escrito Ferrajoli<sup>75</sup> que el «garantismo de los derechos fundamentales» no es sino «la otra cara» del esquema constitucionalista arriba caracterizado, un modelo que «rematerializa» el Derecho supraordenando los derechos fundamentales a la ley ordinaria y que ha generado un intenso debate doctrinal cifrado básicamente en la alteración del sistema de fuentes (supremacía de la constitución como coto vedado a la decisión mayoritaria vs supremacía del procedimiento democrático de toma de decisiones colectivas) y en la reformulación del papel de la jurisdicción [posibilidad de un juez postmecanicista –no necesariamente iusnaturalizado o *dworkinizado*– que asuma un papel activo –no necesariamente activista– de compromiso deontológico con los derechos fundamentales y los principios –no necesariamente extrasistemáticos– que constituyen el deber ser (del derecho ordinario) estipulado en las normas jerárquicamente superiores, cuyos poderes «creadores» abarcarían desde la abrogación hasta la mera comunicación de incumplimientos, pasando por la excepción de aplicación de normas y la declaración de la necesidad de determinadas regulaciones vs limitación del control constitucional a un órgano *ad hoc* subsidiario y «negativo» del tipo Corte Constitucional]. Nuestro autor se sitúa a favor de la opción del coto vedado al configurar los derechos fundamentales como la *esfera de lo indecible*, es decir, «de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los dere-

<sup>74</sup> Para una exposición de la triple dimensión del garantismo, *vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 851 y ss. y FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y Garantías...*, cit., pp. 15-35; sobre la «revolución en la naturaleza del derecho» que implica la irrupción del paradigma del Estado constitucional respecto del paradigma iuspositivista «clásico», *vid.* FERRAJOLI, «Derechos fundamentales», en *Derechos y garantías*, cit., especialmente el apdo. 7 (pp. 65-68). Un análisis parcialmente crítico de las transformaciones que el constitucionalismo ha proyectado en los ordenamientos jurídicos se encuentra en PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997. Para un lúcido comentario general sobre el garantismo de Ferrajoli en el que no se escatima alguna crítica, *vid.* SASTRE ARIZA, S., «Derecho y garantías», *JPD*, núm. 38, 2000, pp. 47-55. Para un minucioso estudio del garantismo como teoría del derecho (centrado en la distinción entre vigencia, validez, eficacia en sus diferentes acepciones y justicia de las normas), *vid.* SERRANO, J. L., *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, L., «Garantías», en *JPD*, núm. 38, julio 2000, p. 41.

chos sociales»<sup>76</sup>. Dicho de otro modo, los derechos de libertad constituyen vínculos negativos (prohibiciones) que determinan lo que el poder público no puede hacer, mientras que los derechos sociales aparecen como vínculos positivos (mandatos) que marcan lo que el Estado no puede dejar de hacer, aunque habría que recordar, en este punto, que los derechos de libertad (civiles y políticos), o al menos la mejora de las condiciones de su ejercicio, no generan meras obligaciones de abstención o negativas por parte del Estado, sino que conllevan toda una serie de obligaciones positivas (registros, aparato de justicia, seguridad pública, infraestructura electoral) que tienen incidencia en el presupuesto, mientras que los derechos sociales, a pesar de su carácter eminentemente prestacional, también generan obligaciones negativas (fundamentalmente, no discriminar en su provisión) para el Estado<sup>77</sup>.

Es de subrayar que el profesor italiano, que caracteriza sucintamente los derechos sociales como «derechos a prestaciones públicas positivas»<sup>78</sup>, ha centrado sus preocupaciones teóricas sobre estos derechos en la inexistencia de un adecuado sistema de garantías (como veremos, primarias o «de satisfacción» y secundarias o de accionabilidad en juicio) para su tutela comparable al que comúnmente existe para la de los derechos de libertad, inexistencia que ha lamentado en diferentes lugares<sup>79</sup> y que parece legitimar las tesis que, reduciendo normatividad a efectividad, niegan a los derechos sociales la consideración de derechos fundamentales de igual rango y jerarquía que los derechos liberales justamente a partir de ese déficit, con la consecuencia de que derechos positivamente estipulados en las constituciones no son tomados en serio<sup>80</sup>. Otras cuestiones teóricas

<sup>76</sup> FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano...», cit., p. 113.

<sup>77</sup> ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, núm. 1, 1997, pp. 4-7. Estos matices servirían, de un lado, para controvertir una de las aporías que suelen señalarse sobre los derechos sociales (su carácter relativo y condicionado a las disponibilidades económicas) y reconsiderar la rígida taxonomía que «invisibiliza» el coste de los derechos liberales y deja a la luz sólo el de los derechos sociales, y, de otro, para identificar las vulneraciones de derechos sociales derivadas no ya de la omisión de una prestación, sino del incumplimiento de obligaciones negativas, aspecto éste que, como muestran Abramovich y Courtis en el trabajo citado (pp. 19 y 20), abre las esferas de exigibilidad judicial convencionalmente reservadas a los derechos civiles y políticos también a los derechos sociales. Para una visión general de las aporías de los derechos sociales (carácter relativo, indeterminación interna y problemática justiciabilidad), vid. BEA, E., «Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar», *Anuario de Filosofía del derecho*, 1993, pp. 111-135.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano...», cit., p. 108.

<sup>79</sup> Vgr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 917. y «De los derechos...», cit., p. 110.

<sup>80</sup> «Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que (...) (niega) la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual, la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación» (FERRA-

sobre los derechos sociales que son objeto de atención doctrinal parecen estar bien claras en el modelo garantista. Por ejemplo: a) el tema de la titularidad (universales o específicos) –asunto respecto del que se ha diferenciado una universalidad *ab initio* de los derechos liberales (atribuidos *in genere* a esa suerte de noumeno kantiano todavía en circulación académica denominado «el hombre abstracto») y una universalidad de punto de llegada de los derechos sociales (atribuidos diferenciadamente al «hombre situado», forma sutil de designar al hombre necesitado)<sup>81</sup>—, es dirimido por Ferrajoli apelando a la universalidad de los derechos fundamentales (sociales y liberales) en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares<sup>82</sup>, derechos distintos, en este sentido, de los derechos singulares de naturaleza patrimonial, o b) el primado de la dimensión objetiva (jurídica y político-social) en la caracterización de los derechos sociales frente a su eventual configuración como situaciones jurídico-subjetivas protegidas o que puedan dar lugar a una pretensión individual<sup>83</sup>, cuestión ésta en la que nuestro autor, aun admitiendo que de los derechos sociales son predeterminables los contenidos (pero no los límites), y con todas las cautelas teóricas que es preciso observar a la hora de utilizar la expresión «derecho subjetivo» (prevenciones fundadas, de un lado, en el hecho de que en la construcción teórica kelseniana se identifica el derecho subjetivo con su garantía procesal<sup>84</sup> y , de otro, en

---

JOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 43). En idéntico sentido, y matizando la posición de Häberle (para quien la tutela procesal o secundaria es parte constitutiva de un derecho), Perfecto Andrés insiste en mantener la distinción derecho/garantía, siendo así que «en términos prácticos, la asimilación de derecho y garantía no añadiría nada allí donde esta ya concurre, mientras que cerraría el paso a toda posibilidad de garantía efectiva donde ello no sucede», consideración extensible tanto a los derechos sociales como a la garantía de los derechos en el ámbito internacional (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Garantía judicial de los derechos humanos», en *Claves*, núm. 90, marzo 1999, p. 13).

<sup>81</sup> PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 287 y ss., donde los derechos sociales (para Peces-Barba, educación, seguridad social, sanidad y vivienda) se enmarcan en lo que el autor llama «igualdad material como diferenciación» no distinguiendo, de una parte, titularidad y atribución y, de otra, ejercicio o satisfacción; y PECES-BARBA, G., «De la función de los derechos fundamentales», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, IDH Bartolomé de las Casas, Univ. Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, pp. 134 y 143. El autor deja claro que, a pesar de la distinción universalidad de partida/de llegada, los derechos sociales son universales en la medida en que se les puede atribuir la generalidad y abstracción que se predica de los derechos «clásicos». Se sobreentiende que Peces-Barba excluye aquí al derecho al trabajo.

<sup>82</sup> «Todos somos (...) igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación» (FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit., p. 46).

<sup>83</sup> AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., «El test de la inclusión: los derechos sociales», cit., p. 60. Sigue aquí la autora a Prieto, Pérez-Luño y Alexy, entre otros.

<sup>84</sup> «La esencia del derecho subjetivo, cuando no es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación» (KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 148). Si no existe esa norma (es decir, la garantía), sostienen las tesis de filiación kelseniana (vgr. las de Zolo y Barbalet) que Ferrajoli confuta, no existe el derecho.

que Kelsen asumió como figura paradigmática del derecho subjetivo únicamente a los derechos patrimoniales) no duda en caracterizar a los derechos sociales como derechos subjetivos, distinguiendo, por un lado, derechos subjetivos patrimoniales (personales o reales, pero en todo caso singulares) y, por otro derechos subjetivos fundamentales (liberales y sociales, pero en todo caso universales<sup>85</sup>).

Vayamos por fin a la posibilidad de encuadrar al SUG en el paradigma garantista de los derechos fundamentales. Antes me importa mucho precisar, por una parte, que Ferrajoli sigue atribuyendo virtualidad prestacional al derecho al trabajo y, por otra, que no ha defendido de manera explícita una asignación universal, al menos tal y como ha sido caracterizada en estas páginas (pese a que, como veremos, está muy cerca de hacerlo).

Es claro que, de las cuatro acepciones del garantismo –en el uso ampliado del término– que ha diferenciado el autor (garantismo patrimonial, garantismo liberal –y, más específicamente, penal–, garantismo social y garantismo internacional), el SUG quedaría inscrito en el *garantismo social*, que designa «el conjunto de garantías, en buena medida aún ausentes e imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes»<sup>86</sup>.

Define el autor, en términos generales, a la *garantía* como toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). A continuación distingue 1) las *garantías primarias o sustanciales*, entendiendo por tales a las obligaciones y prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, estipuladas por lo que llama «normas primarias», que equivalen a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas y cuya ausencia determina el registro de una «laguna primaria» y 2) las *garantías secundarias o jurisdiccionales*, entendiendo por tales a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias, estipuladas por lo que llama «normas secundarias», que operan como remedio previsto para la reparación de la inobservancia de las mismas ( en forma de actos ilícitos y actos inválidos) y cuya ausencia determina el registro de una «laguna secundaria»<sup>87</sup>. Pues bien, frente a las tesis que confunden los derechos con

---

<sup>85</sup> Cuestión distinta a la caracterización de los derechos sociales como derechos subjetivos *a pesar de la imperfección de sus garantías* es el proceso de construcción teórica de los conceptos de «derecho subjetivo» y «derecho público subjetivo» en el marco del giro estatalista y anti-ilustrado de la ciencia jurídica decimonónica, dócil a lo que bien pudiera llamarse Estado disciplinario-liberal, proceso que Ferrajoli ha sintetizado en su *Derecho y Razón*, cit., pp. 912-915.

<sup>86</sup> FERRAJOLI, «Garantías», cit., p. 40.

<sup>87</sup> Presento tan sólo un esbozo de un esquema adecuadamente desarrollado en FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», cit. (especialmente la sección 6: «Derechos fundamentales y garantías», pp. 59 a 65) y FERRAJOLI, L., «Garantías», cit., pp. 40, 41 y 44.

sus garantías, Ferrajoli sostiene que *las garantías, sean primarias o secundarias, cuando se refieren a derechos fundamentales requieren, siempre, para su existencia, ser introducidas mediante normas distintas de las que sancionan los derechos que garantizan*. La ausencia de las garantías no equivale, pues, a la inexistencia de un derecho *positivamente estipulado* (tesis que el autor tacha de «bien poco iuspositivista»), sino que constituye una laguna (no meramente axiológica o política) que debe colmar el legislador. Es la naturaleza *nomodinámica* del derecho moderno –en los sistemas nomodinámicos como el derecho, recuerda el autor precisamente citando a Kelsen, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas nomoestáticos, la existencia o inexistencia de las normas que disponen obligaciones, prohibiciones o derechos subjetivos no se deducen de la existencia o inexistencia de otras normas, sino que son introducidas por el correspondiente acto de producción– la que demanda la distinción derechos/garantías. Es así posible que, dado un derecho subjetivo como consecuencia de la norma que lo prevé, no existan –hasta que no se produzcan y aunque debieran existir y, por tanto, ser producidas– ni las normas primarias que establecen la obligación correspondiente (por ejemplo, los órganos encargados de la satisfacción de los derechos sociales), ni las normas secundarias que disciplinan la persecución de sus violaciones (por ejemplo, la posibilidad de reclamo en juicio de los derechos sociales).

Diré, en principio, que todo lo anterior puede ser dicho, desde el punto de vista teórico, de un derecho social positivamente reconocido en nuestro texto constitucional como la asistencia sanitaria siempre que no se haga una lectura claudicante del art. 53.3 de la Constitución. Sin embargo, y partiendo de que *status* ontológico de los derechos es el de ser *normas* (nacionales o internacionales) y no valores, razones, preferencias conscientes, exigencias de justicia ( y menos aún algo objetivamente dado o caído de un firmamento axiológico<sup>88</sup>),

<sup>88</sup> Quizá sea necesario todavía recordar que los derechos sociales son normas conquistadas y en modo alguno «regaladas». Respecto al *status* ontológico de los derechos diré, a cuenta de un aserto de Alexy [«(...) la realización de un derecho no dice nada acerca de su existencia»: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 434.] que aquí se toma el término «existencia» por el de normatividad, es decir, por la existencia de una norma jurídica generalmente de rango constitucional o internacional que reconoce un derecho, con independencia del grado de efectividad de esa norma. El término «existencia» remite a la cuestión del concepto de los derechos y, casi correlativamente, al irresuelto problema de su fundamentación. Poco se puede añadir a lo mucho que ya se ha escrito sobre la cuestionable hipótesis de que haya unos derechos como algo dado, especie de atributos ideales inherentes a las personas cuya existencia no depende de su recepción normativa o, como también se dice, de su «positivación», sobre el eventual acceso a un conjunto cognoscible (o incluso realmente existente) de valores que proporcione el fundamento de los derechos humanos o, en fin, sobre si ambas cuestiones (el qué y el por qué) son en realidad una sola. El declinar de la voluntad de fundamento, erigido en uno de los signos definitorios del pensamiento que el siglo que culmina, no ha penetrado –coherentemente, dado que justificar racionalmente enunciados valorativos es una de

es el caso que no hay en nuestra Constitución (ni, por cierto, en la Constitución italiana) precepto alguno que reconozca el derecho a la existencia (o algo parecido) a partir del cual poder, por así decir, «activar» el esquema teórico garantista y configurar el SUG como garantía primaria. ¿O sí?

Ferrajoli ha lamentado no sólo la inexistencia de garantías para los derechos sociales, sino también el clientelismo, la burocratización y las formas potestativas, selectivas y discrecionales –vale decir, en este sentido, discriminatorias– características del estado asistencial. Distinguiendo nítidamente las posibilidades de realización técnica y las posibilidades de realización política y atendiendo a la lógica universalista de los derechos fundamentales, ha planteado vías técnicas para que derechos sociales como la educación o la asistencia sanitaria puedan ser garantizados de una manera más completa, sencilla y eficaz desde el punto de vista jurídico y menos costosa en el plano económico (formalización de garantías *ex lege* de prestaciones gratuitas, obligatorias y automáticas, ampliación de las formas de protección jurisdiccional, establecimiento de cuotas mínimas destinadas a gastos sociales en las leyes de presupuestos susceptibles de control constitucional, vigilancia que, añadido, debería fortalecerse en el caso de las así llamadas «leyes de acompañamiento», etc.). Es en este marco donde plantea la propuesta de *una garantía igual para todos, atribuida ex lege con independencia del grado de necesidad, satisfecha de forma gratuita universal y generalizada, concretada en un salario mínimo garantizado a todos los mayores de edad, incrementado, si procede, según el número de hijos menores y completado, a partir de una determinada edad, con una pensión de ancianidad*. Los mimbres constitucionales a partir de los que configurar esta garantía primaria de «los derechos sociales a la *subsistencia* y la seguridad social» se ciñen al art. 38 de la Constitución italiana (y a la cláusula social del 3.2). Sin embargo, y en la medida en que aquel precepto reconoce tales derechos únicamente a «cualquier ciudadano incapacitado para el trabajo y que carezca de los medios para la vida», el autor aboga por una reforma del mismo «que extendiese a *todos* el “derecho al *mantenimiento y la asistencia social*”, desvinculándolo del estado de necesidad derivado a su vez de la incapacidad para el trabajo (lo que), equivaldría al reconocimiento de la ruptura ya irreversible del tradi-

---

las tareas de la filosofía moral– en las sofisticadas elaboraciones doctrinales que se afanan en dar con los principios de justicia (que eventualmente forman parte de un plan divino *revelado* a una naturaleza humana que tiende indefectiblemente hacia el bien o, circularmente, hacia su propia naturaleza; que pueden ser *descubiertos* apriorísticamente a manera de principios de obligación moral universal en la conciencia incontaminada de un sujeto abstracto más o menos individualista; que son *obtenidos* por consenso racional a partir de la observancia de determinadas exigencias procedimentales más o menos contrafácticas, etc.) con los que abastecer de fundamento a los derechos, la propia heterogeneidad de las cuales ya es una señal de que tal fundamento uno y definitivo no existe ni es cognoscible.

cional nexo entre desarrollo productivo, empleo, capacitación profesional y subsistencia»<sup>89</sup>.

Algo parecido cabría decir respecto a nuestro ordenamiento, en el que los asideros constitucionales para justificar el salario universal como *garantía primaria* pasarían por la reforma del art. 41 [«Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos *que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (...)*»], y por su puesta en relación con la cláusula social del art. 9.2<sup>90</sup>.

Se ve ahora que la hipótesis de Ferrajoli es bastante parecida a la del SUG: universal, incondicionada (el autor se inclina por propuestas como la de G. Standing, que desvincula la garantía de subsistencia del trabajo, frente a propuestas como la de M. Paci, que reserva la renta para desempleados), aunque no se pronuncia explícitamente sobre la suficiencia. Agregado el «salario universal» a la formalización de prestaciones universales de educación y asistencia sanitaria (y farmacológica) gratuitas y automáticas podría quedar constituido una suerte de «coto vedado social» sustraído a la discrecionalidad político-administrativa y al juego de mayorías, aunque es claro que el dominio donde el SUG ha de defenderse y justificarse es, en primera instancia, el de la política, siempre bajo el permanente cuestionamiento de la falacia determinista que identifica lo que es con lo que no puede dejar de ser.

## 6. CONCLUSIÓN (PROVISIONAL)

Parece una paradoja que un derecho constitucional como el derecho al trabajo sea, hoy, difícilmente exigible (al menos como derecho al puesto y a pesar de su fuerza como coto al despido libre), mientras que la garantía de un derecho no positiva y explícitamente reconocido pueda empezar a ser vista (evidentemente, para ese *nosotros* vago y heterogéneo que desconfía de la mano invisible y que sigue insistiendo en la defensa del Estado social) como una posibilidad teórica más viable. No es tan llamativa la paradoja si atendemos a los cambios experimentados y a los que probablemente van a llegar, transformaciones que, a mi juicio, demandan buenas dosis de imaginación política y jurídica tendentes a preservar un marco institucional que posibi-

<sup>89</sup> FERRAJOLI, «De los derechos del ciudadano...», cit., p. 112.

<sup>90</sup> Entre nosotros han sido Monereo Pérez y Medina-Castillo («La ordenación jurídico-política...», cit., pp. 43 y 50) quienes han recordado «el famoso *derecho a la existencia* digna en los términos formulados en nuestra Constitución, arts. 9.2 y 41 postulado en los orígenes del reformismo social». En este sentido, los autores mencionan la hipótesis de un subsidio de existencia para todos «ni demasiado bajo ni demasiado alto» o disuasor.



lite la existencia de individuos *realmente libres* en las habitualmente invocadas con acento inflamado «sociedades abiertas». Si en estas sociedades conviven formas cada vez más aparatosas de acumulación con situaciones cada vez más habituales de pobreza, el acento debe ser puesto en el discurso de la lucha por el uso plenamente normativo de los derechos (a fin de cuentas, algo no demasiado diferente del hoy ya casi innombrable «uso alternativo del Derecho»).

Uno se pregunta si este rudimentario esbozo (necesitado de un desarrollo mucho más profundo del que aquí se ha podido ofrecer) no es sino una contorsión argumentativa baldía desde el punto de vista jurídico, lindante, desde el punto de vista político, con el socialromanticismo. Probablemente toda apuesta por simplificar universalizando –en lugar de fragmentar residualizando, el signo de estos tiempos– lo es. A fuerza de ser sincero, sólo podría replicar esa censura por vía negativa diciendo que no me parece menos infértil el discurso del pleno empleo y del valor del trabajo (una cuestión, la del valor del trabajo, también necesitada de revisión).

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Contextos. Revista crítica de derecho social*, núm. 1, 1997, pp. 3-55.
- ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- ALONSO, L. E., y ORTIZ, L., *¿Trabajo para todos? Un debate necesario*, Madrid, Encuentro, 1996.
- ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Trotta, 1999.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Garantía judicial de los derechos humanos», *Claves de razón práctica*, núm. 90, 1999, pp. 10-17.
- ANISI, D., *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, CEC, 1994.
- AÑÓN, M.<sup>a</sup> J. y RUIZ SANZ, M., «Creación del Derecho y necesidades sociales», en *Derecho y sociedad*, M.<sup>a</sup> J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 157-180.
- AÑÓN, M.<sup>a</sup> J., «El test de la inclusión: los derechos sociales», 2000 (en prensa).
- APARICIO TOVAR, J., «El derecho del trabajo ante el fenómeno de la internacionalización», *Contextos. Revista crítica de derecho social*, núm. 1, 1997, pp. 57-74.
- BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- BEA, E., «Los derechos sociales ante la crisis del estado de bienestar», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, pp. 111-133.
- BOBBIO, N., «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 53-62.

- BOVINO, A., y COURTIS, C., «Por una dogmática conscientemente política», 2000 (ined.).
- BULYGIN, E., «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 79-84.
- CASTEL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997.
- CASTEL, R., «El advenimiento de un individualismo negativo» (entrev. con F. Ewald), *Debats*, núm. 54, 1995, pp. 34-38.
- CASTILLO, J. J., *A la búsqueda del trabajo perdido*, Madrid, Tecnos, 1998.
- COHEN, D., *Riqueza del mundo; pobreza de las naciones*, Buenos Aires, FCE, 1998.
- DE LUCAS, J., «¿Qué políticas sobre la inmigración? Reflexiones al hilo de la reforma de la Ley de Extranjería en España», *Tiempo de paz*, diciembre 1999.
- DE LUCAS, J., «El marco jurídico de la inmigración», *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 38, 2000, pp. 3-11.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, L., «El Derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 15-36.
- FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en *Derechos y garantías*, pp. 37-72.
- FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en *Derechos y garantías*, pp. 97-123.
- FERRAJOLI, L., «Garantías», *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 38, 2000, pp. 39-46.
- GARCÍA INDA, A., y SUSÍN BETRÁN, R., «Políticas sociales y Derecho», en *Derecho y sociedad*, M.<sup>a</sup> J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 131-155.
- GARCÍA PASCUAL, C., «La función del juez en la creación y protección de los derechos humanos», en *Derechos humanos*, J. Ballesteros (ed.), Madrid, Tecnos, 1992.
- GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido*, Madrid, Sistema, 1995.
- GORZ, A., *Misérias del presente, riqueza de lo posible*, Buenos Aires, Paidós, 1998.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, ed. 1979.
- MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, ed. 1998.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.
- MONEREO PÉREZ J. L., y MEDINA CASTILLO, J. E., «La ordenación jurídico-política del tiempo de trabajo», *Sistema*, núm. 150, 1999, pp. 29-50.
- MONEREO PÉREZ, J. L., «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1999, pp. 239-262.
- MONREAL, P., «¿Sirve para algo el concepto de cultura de la pobreza?», *Rev. de Occidente*, núm. 215, 1999, pp. 75-88.
- NAVARRO, V., *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel, 1999.
- OFFE, C., *Modernity and the State: East, West*, Cambridge, Polity Press, 1996.
- PAN-MONTOJO, J., «Pobreza, exclusión y desigualdad», *Rev. de Occidente*, núm. 215, 1999, pp. 5-18.

- PECES-BARBA, G., «El socialismo y el derecho al trabajo», *Sistema*, núm. 97, 1990, pp. 3-10.
- PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Univ. Carlos III-BOE, 1995.
- PECES-BARBA, G., «De la función de los derechos fundamentales», en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Univ. Carlos III, Dykinson, 1999, pp. 131-145.
- PRIETO, L., «Derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Rev. del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, pp. 9-57.
- PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- PRIETO, C., «Crisis del empleo: ¿crisis del orden social?», en *Las relaciones de empleo en España*, F. Miguélez y C. Prieto (dir. y coord.), Madrid, s. XXI, 1999, pp. 529-547.
- PROCACCI, G., «Ciudadanos pobres, la ciudadanía social y la crisis de los Estados del bienestar», en *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, S. García y S. Lukes (comps.), Madrid, s. XXI, 1999, pp. 15-44.
- RAVENTÓS, D., *El derecho a la existencia. La propuesta del Subsidio Universal Garantizado*, Barcelona, Ariel, 1999.
- REICH, R., *El trabajo de las naciones*, Madrid, Vergara, 1993.
- RIFKIN, J., *El fin del trabajo, El declive de la fuerza de trabajo global y el nacimiento de la era posmercado*, Barcelona, CDL, 1997.
- ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Buenos Aires, El Manantial, 1995.
- ROSANVALLON, P., «La revolución del derecho a la inserción», *Debats*, núm. 54, 1995, pp. 39-41.
- SASTRE ARIZA, S., «Derecho y garantías», *Jueces para la democracia*, núm. 38, 2000, pp. 47-55.
- SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996.
- SERRANO, J. L., *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Trotta, 1999.
- TORRES LÓPEZ, J., «Sobre las causas del paro y la degeneración del empleo», *Sistema*, núm. 151, 1999, pp. 37-67.
- VAN PARIJS, P., y VAN DER VEEN, R., «Una vía capitalista al comunismo», *Zona Abierta*, núms. 46-47, 1988.
- VAN PARIJS, P., *Libertad real para todos (qué puede justificar al capitalismo, si hay algo que pueda hacerlo)*, Barcelona, Paidós, 1996.
- VERNENGO, R. J., «Enfoques escépticos de los Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 1990, pp. 161-168.
- VIDAL, E., «Los derechos humanos como derechos subjetivos», en *Derechos humanos*, J. Ballesteros (ed), Madrid, Tecnos, 1992.
- VV. AA., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, A. Supiot (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.



# La demarcación entre teoría y práctica jurídicas

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ

Universidad de Santiago de Compostela

## 1. INTRODUCCIÓN

La tesis de la indiferenciación entre teoría y práctica en el ámbito jurídico es una de las más significativas, pero no de las más discutidas, de entre las defendidas por Ronald Dworkin al desarrollar sus puntos de vista críticos hacia el positivismo jurídico hartiano. H.L.A. Hart suscitó y sigue suscitando el acuerdo de numerosos filósofos del Derecho en torno a su aproximación al fenómeno jurídico, la cual por lo demás guarda similitudes con propuestas paralelas como la de Norberto Bobbio (1993). Se trata de un positivismo postkelseniano que por un lado insiste en la fundamentación de la validez jurídica en un sistema de fuentes objetivado, y en la separación conceptual entre Derecho y moral; pero que por otro lado reconoce que la noción de validez jurídica sólo cobra sentido en el contexto de una práctica social eficaz, y que puede llegar a depender de la validez moral. Esta hospitalaria versión del positivismo jurídico –«positivismo débil», admite el propio Hart (1994: 250)– no ha convencido sin embargo a Dworkin, quien ha venido elaborando una teoría del Derecho alternativa que combate el positivismo hartiano en varios frentes. Y lo ha hecho con notable éxito, pues su modo de acercarse al Derecho es hoy reconocido y estudiado como un poderoso rival del enfoque positivista.

Dworkin ha desarrollado una teoría jurídica ambiciosa, que pese a abarcar muy diversas cuestiones y contener numerosas tesis origina-

les, presenta sus postulados como facetas de un único punto de vista sobre el Derecho. Cada una de estas facetas viene a representar un frente de crítica al positivismo jurídico, y han provocado estudios particularizados que afrontan la teoría de Dworkin sectorialmente pero que no pueden dejar de considerarla también en su conjunto. Uno de estos frentes es la relación entre teoría y práctica jurídicas, asunto que me propongo tratar en este artículo. La tesis que al respecto mantiene Dworkin es provocadora, pues choca con convicciones ampliamente extendidas, pero no obstante plausible, pues cuenta con apoyos argumentales sólidos; y en consecuencia resulta sumamente atractiva. Sin embargo esta tesis no ha atraído una atención comparable a la de otras implicaciones de la teoría de Dworkin, aunque también haya quien la considera una parte crucial de dicha teoría y como tal la analiza (así Marmor 1992). Es más habitual estudiar a Dworkin a través de otros temas, por más que puedan encontrarse en estos estudios referencias al problema de la demarcación entre teoría y práctica <sup>1</sup>.

Para entrar en materia, lo primero que debo hacer es aclarar qué entenderé por «teoría» y por «práctica» a efectos de su demarcación en el ámbito jurídico. Esta aclaración me llevará a apartar del interés de estas páginas otros problemas; los cuales pese a todo tienen cierta conexión con él y pudieran merecer un breve comentario. En cualquier caso es importante notar que la distinción que pueda establecer ahora entre teoría y práctica es meramente tentativa y se justifica a efectos de la argumentación posterior, pues es precisamente la posibilidad de establecer esta distinción lo que Dworkin cuestiona y lo que será objeto de análisis.

Entenderé por *teoría jurídica* la reflexión sobre la naturaleza y los caracteres generales del Derecho; el estudio del fenómeno jurídico con pretensión de dar cuenta de su presencia social, de su estructura y funcionamiento, e incluso de cómo mejor comprenderlo. La teoría jurídica adopta una perspectiva filosófica: es crítica y no dogmática (está dispuesta a cuestionarlo todo), creativa y no predeterminada (su objeto de estudio no está preconstituido), y su interés es más cognoscitivo o especulativo que pragmático o técnico. Entenderé en cambio por *práctica jurídica* la determinación o identificación de lo que el Derecho dispone en un caso, sea abstracto o concreto; incluye tanto la investigación sobre el sentido específico de las prescripciones jurídicas (interpretación) como la atribución autorizada de dicho sentido para un caso concreto (aplicación). La práctica jurídica adopta una perspectiva técnica: opera con un instrumental limitado que aplica a

---

<sup>1</sup> Me parece significativo el caso de tres libros recientes –y recomendables– publicados por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que se ocupan de la teoría de Dworkin a través de tres asuntos más debatidos: la relevancia de los principios jurídicos en la labor jurisdiccional (García Figueroa, 1998); el papel de la coherencia como fundamento de la verdad jurídica y de la imposibilidad de discreción judicial fuerte (Iglesias Vila, 1999); y el significado de la interpretación en el ámbito jurídico (Lifante Vidal, 1999).

un objeto predibujado con la finalidad de solucionar problemas. En pocas palabras, la teoría se ocupa del concepto del Derecho y la práctica de su contenido.

Según lo dicho, no consideraré «práctica jurídica» únicamente la aplicación de normas, sino también su identificación previa. Práctica jurídica es aquí, entonces, tanto la actividad de los jueces y demás órganos de aplicación del Derecho –la «adjudicación», como se la llama a veces– como la actividad de los juristas y los científicos del Derecho. Sin duda la aplicación es siempre *práctica*, mientras que la identificación puede ser puramente *teórica*; pero en un sentido diferente al propio de la «teoría jurídica» a la que aquí me refiero. La Ciencia del Derecho puede ser teórica, pero se distingue de la Teoría del Derecho –o eso podemos alegar a efectos de la presente discusión– en su objeto, su método y su propósito. La actividad teórica propia de la llamada «Ciencia del Derecho» –la Dogmática jurídica, en realidad más una técnica que una ciencia– se aplica a un ordenamiento jurídico vigente (o a un área o aspecto de él, o a su comparación con otros); sigue unas pautas precisas y establecidas que se tienen por más rigurosas que ninguna otras (básicamente la formulación y contrastación de hipótesis); y tiene como fin mostrar el contenido de dicho ordenamiento a efectos de sus posterior alegación, aplicación o reforma. Así pues, la actividad dogmática teórica tiene un claro sentido práctico: no sólo por su finalidad práctica de ayuda a juristas, funcionarios y legisladores; sino también porque su actividad resulta en la *puesta en práctica* del Derecho. Podría decirse, jugando con las palabras, que realiza una puesta en práctica teórica del Derecho, mientras que los jueces y otros funcionarios lo ponen en práctica en la práctica. Frente a este tipo de teoría, la Teoría del Derecho se interesa por el Derecho en un sentido muy general (algunos la ven como Ontología jurídica); opera por medio de la reflexión filosófica (menos rígida y estable que el método científico, aunque no por ello menos racional); y tiene como fin entender mejor el Derecho. Este fin tiene sin duda utilidad práctica, pero es en sí teórico o especulativo. Por otro lado la Teoría del Derecho como tal no «pone en práctica» el Derecho, sino que da cuenta de él en abstracto.

Quizá llame la atención que agrupe la Ciencia del Derecho y la adjudicación jurisdiccional en una misma categoría: «práctica jurídica». Por supuesto entre ambas actividades existen importantes diferencias, y principalmente sus efectos: mientras que la aplicación modifica situaciones jurídicas, la interpretación científica no puede hacerlo. Sin embargo también comparten rasgos, y uno de ellos las sitúa en contraste común con la teoría jurídica: ambas ponen en práctica el Derecho, ambas persiguen determinar lo que el Derecho exige en los casos particulares donde resulta aplicable. El hecho de que la determinación judicial pueda verse influida por sus repercusiones no desdice su afinidad con la determinación doctrinal. En la discusión que aquí nos interesa, este rasgo compartido debe pesar más que las

diferencias. Una sentencia judicial prescribe conductas y un dictamen doctrinal no, pero tanto la una como el otro pretenden determinar el contenido del Derecho. Aunque en el caso de la sentencia esta determinación pueda ser constitutiva –pues el Derecho pasa a ser lo que la sentencia firme prescribe–, su punto de partida es el mismo que el del dictamen doctrinal, y sus juicios deben fundamentarse de idéntico modo<sup>2</sup>.

Mi propuesta sobre cómo entender «teoría» y «práctica» en la tesis de Dworkin que las vincula tiene apoyo en su obra y es la que creo más interesante. Pero también tiene apoyo otro modo diferente de entender los términos que sin embargo pasaré por alto. Me refiero a la que considera «teoría» todo enfoque desapegado sobre el Derecho y «práctica» todo enfoque comprometido<sup>3</sup>. Dworkin vendría a decir que sólo puede exponer qué exige el Derecho quien está comprometido con él. Esta idea es también discutida como tesis de la unidad de teoría y práctica (Marmor 1992: 50, Iglesias Vila 1999: 233, n.80); pero es distinta de la que aquí analizaré como tal, según la cual sólo es posible teorizar sobre el *concepto* de Derecho desde un conocimiento práctico. Ambas tesis son distintas aunque puedan tener un mismo fundamento en las ideas de Dworkin sobre la interpretación y la actitud que conlleva. Tal vez haya que ver en Dworkin una doble equiparación: por una parte entre Dogmática jurídica y Teoría del

<sup>2</sup> Una proposición jurídica del tipo «El Derecho determina que A.S.A. indemnice a B.S.A. por el daño causado» la puede formular tanto un jurista dogmático como un juez en su respectiva actividad práctica. En ambos casos las condiciones de verdad de la proposición son las mismas: que el Derecho efectivamente así lo determine o que pueda justificarse que lo hace (según la teoría que adoptemos). Cuando es el juez quien formula esa proposición y plasma en una sentencia la norma que expresa, se constituye un nuevo fundamento para dicha proposición cuando se formule de nuevo. Pero el juez y el dogmático siguen estando en las mismas condiciones. Una vez más, tanto un jurista dogmático como un juez –por ejemplo otro juez al que se le insta la ejecución de la sentencia anterior– pueden afirmar que «El Derecho determina que A.S.A. indemnice a B.S.A. por el daño causado». La novedad es que ahora el fundamento no es ya el Derecho en general, sino el Derecho particular nacido de la sentencia. De esta manera, el componente prescriptivo que acompaña a la sentencia y la distingue del dictamen, con ser obviamente importante, no añade al fundamento de las proposiciones jurídicas nada que permita diferenciar las que formula el juez de las que formula el jurista dogmático. Por eso, contra lo que opina Lifante (1999: 328), no me parece reprochable que Dworkin, al estudiar los desacuerdos en torno a proposiciones particulares como el ejemplo anterior, no se preocupe en precisar si éstas son previas o posteriores a la solución judicial del caso. La existencia de desacuerdos puede ser más razonable en un supuesto que en otro, pero en ambos responde a la misma causa, admite la misma explicación y puede relacionarse del mismo con la Teoría del Derecho.

<sup>3</sup> Sobre la distinción entre enunciados normativos comprometidos (*committed*) y desapegados (*detached*) véase Raz 1979: 153 y 1991:200-207, y Hart 1983: 154-155. Un ejemplo de enunciado desapegado es, por seguir a Raz, el que cabe hacer a un amigo vegetariano advirtiéndole «No debes comer este plato; contiene carne», sin que quien lo enuncia sea vegetariano o siquiera apruebe el vegetarianismo. O el que hacen los abogados que asesoran a sus clientes sobre el punto de vista jurídico sin sugerir por ello que deba respetarse.



Derecho, y por otra parte entre teoría y práctica (Lifante 1999: 305 ss.). En cualquier caso, me parece que el desafío más interesante al positivismo jurídico que plantea Dworkin cuando vincula teoría y práctica no se refiere a cómo concebir la actividad desapegada de abogados o estudiosos del Derecho al describir el punto de vista jurídico, sino la de los teóricos de enfoque filosófico. La actitud desapegada que puedan adoptar los abogados o los dogmáticos no es externa a la práctica jurídica, sino que exige participar en ella, aun sin creerse obligado a hacerlo. Su enfoque no puede representar a una teoría escindida de la práctica: en su actividad hay un componente práctico en el que cabe reconocer juicios de valor interpretativos. No niego el interés de discutir si estos juicios de valor tienen qué expresar necesariamente un compromiso con el Derecho. Pero esta discusión no supone un desafío al positivismo jurídico sino que tiene cabida en su seno (¿es posible una ciencia jurídica descriptiva?). Además, su solución vendrá dada en parte por lo que consideremos «compromiso» (¿se compromete uno con el Derecho cuando toma sus normas como pautas de conducta que tienen un sentido y responden a unos valores, o sólo cuando uno comparte esos valores?). Más interés tiene a mi juicio discutir si es posible una teoría filosófica sobre el Derecho sin actitud interpretativa (¿es posible una teoría jurídica descriptiva?); pues para este tipo de teoría el positivismo jurídico no exige ningún tipo de compromiso interno con el Derecho, de modo que reclamarlo sí ha de suponerle un desafío<sup>4</sup>.

Como se deduce de lo expuesto, el problema de la demarcación entre teoría y práctica al que se refiere este trabajo no es otro modo de plantear la conocida discusión sobre si la ciencia jurídica es descriptiva o prescriptiva. La demarcación entre teoría y práctica puede también enfocarse desde la posible distinción entre una teoría descriptiva y una práctica normativa, como veremos, pero en un sentido diferente al de quienes proponen entender la ciencia jurídica como disciplina descriptiva. En el caso de la discusión sobre la ciencia jurídica ésta es entendida siempre como concernida por el contenido del Derecho, pero se discute si su enfoque debe ser descriptivo (su tarea consiste en dar cuenta de cuál es el Derecho, sin modificarlo) o si por

---

<sup>4</sup> Una observación similar puede hacerse sobre la comparación que propone Dworkin entre interpretación jurídica e interpretación literaria, entre ciencia jurídica y crítica literaria (Dworkin 1982: 540 ss.; 1986: 228 ss.). Podría tener interés discutir el paralelismo que Dworkin establece entre estas actividades, basado en que ambas son interpretativas y adoptan un punto de vista interno al objeto interpretado (el Derecho y la literatura, respectivamente). Pero lo creo poco polémico. Más interesante me parece discutir si también la teoría jurídica es interpretativa comprobando su paralelismo con la teoría literaria. La dificultad es que la teoría literaria parece más una interpretación de la crítica literaria que de la literatura misma (Marmor 1992: 44). Entonces si es posible una teoría literaria que no entra en el contenido de la literatura sino que se limita a describir su naturaleza y caracteres, podría ser posible una teoría jurídica que no entre en el contenido del Derecho sino que se limite a describir su naturaleza y caracteres.

el contrario no puede o debe evitar ser prescriptivo o normativo (su tarea es inevitablemente valorativa, lo cual implica que cuando pretende dar cuenta de cuál es el Derecho en realidad le está dando forma). El contraste se establece entre ciencia jurídica por un lado, y creación y aplicación del Derecho por otro<sup>5</sup>. En el caso de la demarcación entre teoría y práctica, en cambio, la pregunta sobre si cabe interpretar el Derecho sin que lo afecten los valores del intérprete se pone en relación con la pregunta de si cabe interpretar el Derecho sin que lo afecte la teoría jurídica del intérprete. Aquí el contraste se establece entre la determinación (práctica) de cuál sea el Derecho y la indagación (teórica) sobre qué sea el Derecho. Normalmente se asume que la determinación del contenido del Derecho es una tarea con cierto contenido normativo, pues en efecto el intérprete no puede deshacerse de sus valores para evitar que moldeen su juicio sobre qué dice el Derecho. Juristas y jueces no pueden identificar mecánicamente las soluciones jurídicas de los casos concretos. Pero aun después de asumir esto permanece la cuestión de si aquel juicio y ésta identificación son o no independientes de una Teoría del Derecho.

Todos estos diversos asuntos que estoy deslindando tienen interés para aclarar las relaciones entre filosofía y ciencia en el campo jurídico. Todos ellos muestran con claridad que la interdependencia de la filosofía con las disciplinas técnicas y científicas es algo real y relevante. El problema epistemológico que trasluce en ellos es el de precisar el estatuto de la jurisprudencia –en el sentido de teoría sobre Derecho, en principio filosófica pero acaso también científica o técnica– como fuente del Derecho. El planteamiento y la resolución de este asunto es indudablemente del interés y de la competencia de la filosofía jurídica. Es un problema meta-teórico, porque es *acerca* de la filosofía del Derecho y su relación con la ciencia jurídica, aunque no deja de estar al mismo tiempo *dentro* de la filosofía del Derecho. Pero la solución del problema es asimismo importante para la ciencia

---

<sup>5</sup> Entre las contribuciones clásicas a esta discusión figuran las de Hans Kelsen y Alf Ross. Kelsen (1991: 355) asigna a la ciencia jurídica la «pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas», lo que a su juicio la diferencia de actos de voluntad como la legislación y la aplicación. Esta asignación la realiza en lo que parece un plano prescriptivo: como resume Bobbio (1990: 205), Kelsen «*prescribe describir*». En cambio Ross (1994: 135) sostiene que en la interpretación jurídica del tipo que Kelsen considera –Ross la analiza en los jueces, pero pienso que podría hacerlo igualmente en la ciencia jurídica tradicional– «la distinción entre la función cognoscitiva y la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica». Esa observación pertenece a una descripción de la ciencia jurídica, enfoque que Ross a veces recomienda (1994: 107) –yendo más lejos que Bobbio habría que decir en tales casos Ross *prescribe describir que se prescribe*–. Pero en último término Ross no se conforma con esa descripción de una ciencia jurídica defectuosa y aboga por una ciencia jurídica empírica que, a diferencia de la tradicional, se asimile a la sociología del Derecho y pueda realizar descripciones sobre el contenido del Derecho sin contaminación valorativa o normativa (1994: 20).

jurídica en su función básica de identificar e interpretar el Derecho concreto. De este problema epistemológico complejo trataré aquí la cuestión de si la Teoría del Derecho, como rama de la filosofía jurídica, contribuye a formar el Derecho. En cambio, como dije, no me interesaré por deslindar los componentes descriptivos y prescriptivos presentes en la dogmática jurídica, para a partir de ahí indagar de qué manera la actividad prescriptiva, oculta o no, afecta a la configuración del Derecho (sobre este punto en relación con las tesis de Dworkin puede verse Pérez Luño 1993: 146)<sup>6</sup>.

## 2. LA PRÁCTICA JURÍDICA EN EL CONTEXTO DE UNA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO

El problema de la demarcación entre teoría y práctica jurídicas enfrenta dos puntos de vista diferentes sobre la Teoría del Derecho, entendida como filosofía jurídica o jurisprudencia filosófica. Para unos contribuye a conformar el contenido del Derecho y a su vez toma su forma de la interpretación de dicho contenido. Para otros se limita a analizar el Derecho sin incidir en su contenido y sin verse condicionada por la interpretación de dicho contenido. Este debate se manifiesta en toda su extensión en la crítica que Ronald Dworkin dirige al positivismo jurídico hartiano por pretender limitarse a ser una suerte de análisis descriptivo del Derecho, un análisis de tipo lingüístico, estructural o sociológico. Veamos ya esta crítica y sus argumentos.

H.L.A. Hart se propuso construir una teoría jurídica general (aplicable a diversos lugares, culturas y épocas) y descriptiva (moralmente neutra). Como es sabido, en el Prefacio original de su libro *El concepto de Derecho* presentó éste como un ensayo de teoría jurídica analítica que también podía ser considerado «un ensayo de sociología descriptiva» (Hart 1980: xi; 1994: 239). Pues bien, Dworkin cuestiona esta pretensión de Hart, en un doble sentido. En primer lugar, niega que una teoría jurídica pueda ser puramente descriptiva sin caer en la irrelevancia. En segundo lugar, pone en duda que Hart realmente haya pretendido lo que afirma, dado que su teoría puede interpretarse de modo que tenga relevancia. Esto no significa que

---

<sup>6</sup> La repercusión de la filosofía sobre la ciencia jurídica puede apreciarse en la propia investigación que dejo de lado. En efecto, se trataría de reconocer hasta qué punto las posiciones jurídicas que son efectivamente reconocidas por los jueces y otros aplicadores del Derecho vienen determinadas, o deberían venir determinadas, no ya por las fuentes del Derecho, sino por lo que la dogmática propone *normativamente* al interpretarlas. Pues bien, este aspecto del problema, que entronca con reflexiones de la Escuela histórica del Derecho, sólo admite un enfoque y una solución filosófica, pero sin embargo tiene relevancia jurídica y por tanto científica y técnica.

Dworkin niegue la posibilidad de un estudio externo sociológico o histórico del Derecho. Por el contrario lo admite, pero como estudio dependiente del estudio interno. Según él es este estudio interno el propio de la teoría jurídica –o «jurisprudencia», como prefiere llamarla–, la cual es fundamentalmente valorativa pues debe ofrecer una interpretación sobre cuál es el mejor modo de entender el Derecho; esto es, sobre cuál es la mejor concepción del Derecho (Dworkin 1986: 13, 94 ss., *pássim*). Dworkin también reconoce que hay un tipo de jurisprudencia que se limita a describir el uso de los conceptos jurídicos, incluido el propio concepto de *Derecho*, pero considera que este tipo de teorías jurídicas «semánticas» –así las denominan– carecen de utilidad, puesto que el Derecho es un concepto necesitado de interpretación, y toda teoría jurídica que se precie debe comprometerse con una interpretación del mismo (Dworkin 1986: 50, 64, 101, *pássim*)<sup>7</sup>.

La teoría jurídica de Dworkin es radicalmente diferente a la de Hart, según observa éste: es «en parte valorativa y justificatoria y “se dirige a una cultura particular”» (Hart 1994: 240, citando de Dworkin 1986: 102). La teoría de Dworkin, como resume Hart (1994: 241), es *interpretativa* «ya que consiste en la identificación de los principios que mejor se “ajustan” (*fit*) o concuerdan con el Derecho reconocido pacíficamente (*settled law*) y las prácticas jurídicas de un sistema jurídico, y que también proporcionan la mejor justificación del mismo...». En efecto, Dworkin insiste en la importancia de contemplar el Derecho, en tanto que práctica social, desde el punto de vista de quien entiende el sentido de dicha práctica. Con esta perspectiva –que él defiende tanto para el teórico como el jurista práctico–, para identificar el Derecho no basta con observar las pautas normativas que siguen los ciudadanos, o con atender ciertos hechos significativos asumidos generalmente como fuentes del Derecho. Es necesario además interpretar tales pautas y tales hechos en relación con su finalidad, esto es,

<sup>7</sup> Un párrafo significativo (el más relevante, según Marmor 1992: 44) es el siguiente, relativo al análisis de prácticas sociales como la cortesía: «De modo que cada uno de los participantes en una práctica social debe distinguir entre tratar de decidir lo que los otros miembros de la comunidad creen que la práctica exige y tratar de decidir, por sí mismo, lo que realmente exige. Como son cuestiones diferentes, los métodos interpretativos que usa para responder la segunda cuestión no pueden ser los métodos de la interpretación conversacional, dirigida a los individuos uno por uno, que usaría para responder la primera. Un científico social que ofrece interpretar la práctica debe hacer la misma distinción. Puede, si lo desea, proponerse únicamente informar sobre las diversas opiniones que tienen los distintos individuos en la comunidad sobre lo que la práctica demanda. Pero eso no constituiría una interpretación de la práctica misma; si se propusiera este otro proyecto debe abandonar el individualismo metodológico y usar los métodos que sus sujetos usan al formar sus propias opiniones sobre lo que la cortesía realmente exige. Es decir, debe *unirse* a la práctica que se propone comprender; sus conclusiones no son entonces informes neutrales sobre lo que creen los ciudadanos de (la comunidad de) cortesía, sino afirmaciones sobre la cortesía *que compiten* con las de ellos (Dworkin 1986: 64).

en el contexto de la idea o ideas –los principios– que las justifican, de modo que dichas pautas y hechos cobren realmente sentido. No podemos saber qué o cuál es el Derecho sin entender su propósito y sin interpretarlo de modo que dicho propósito no sea traicionado<sup>8</sup>.

Partiendo de que este modo «interpretativo» de acercarse al Derecho es el único fructífero para el jurista, Dworkin considera que sólo merecen atención las teorías o concepciones sobre el Derecho que reconocen el sentido que dan a esta práctica social sus participantes (el concepto de dicha práctica) y que se comprometen con él. Así, por ejemplo, considera que la teoría de Hart tiene interés sólo si se entiende como una concepción sobre el modo de justificar la coacción estatal que insiste en la importancia de las convenciones sociales; pero no en cambio si se entiende como un estudio sobre el uso de la palabra «Derecho» que no toma partido sobre el valor del Derecho mismo. Por tanto Dworkin pretendía hacer un favor a Hart al suponer que el enfoque teórico de éste puede ser contemplado desde la perspectiva «interpretativa» que él considera imprescindible. Hart sin embargo se rebeló contra esta pretensión, insistiendo en la posibilidad y la relevancia de una teoría jurídica descriptiva. Para Hart un teórico del Derecho puede tener en cuenta perfectamente la perspectiva interna del Derecho, y describir correctamente la aceptación que los participantes hacen del Derecho, sin él mismo compartir dicha aceptación. Por eso le reprocha a Dworkin que al ver la teoría jurídica como una tarea comprometida con el punto de vista interno del Derecho, está cerrándole el paso a la posibilidad de una observación externa de dicho punto de vista interno. Como él resume, «la descripción puede seguir siendo descripción, incluso cuando lo que se describe es una valoración» (Hart 1994: 243, 244).

Así las cosas, queda planteado el problema de si es posible o no una teoría jurídica descriptiva; o, dicho de otro modo, si toda interpretación filosófica del Derecho contribuye inevitablemente a dar forma al propio Derecho. Con gran agudeza, Dworkin viene a sugerir que cualquier teoría filosófica que pretenda describir cómo se identifica el Derecho, o cómo se discrimina entre normas jurídicas y no jurídicas, está tomando partido sobre cuál es el Derecho y es, por tanto, una doctrina jurídica valorativa más, plenamente comprometida con el

---

<sup>8</sup> La idea de «propósito» como elemento crucial en una teoría jurídica remite a Lon Fuller, a quien Dworkin sin duda tiene en cuenta aunque en su *Law's Empire* no lo cite. En palabras de Fuller (1969: 106): «el Derecho es la empresa de someter la conducta humana al gobierno de reglas. A diferencia de la mayoría de las teorías jurídicas modernas, este enfoque trata el Derecho como una actividad y considera un sistema jurídico como el producto de un esfuerzo sostenido y con un propósito». En palabras de Dworkin (1986: 58): «Quiero decir que una interpretación es por naturaleza dar cuenta de un propósito; propone un modo de ver lo que es interpretado –una tradición o práctica social tanto como un texto o una pintura– como si fuera el producto de una decisión de perseguir un conjunto de temas o visiones o propósitos, un “sentido” (*point*) en lugar de otro».

aspecto interno del Derecho. No hay posibilidad de distanciarse de las doctrinas jurídicas y adoptar la posición de un observador externo. Respecto de ciertos ámbitos como el Derecho (o la ciencia o el arte), el filósofo –cree Dworkin– no puede situarse en un punto externo o imparcial desde donde contemplarlos sin participar normativamente en ellos. Por eso piensa Dworkin que describir el Derecho es practicar el Derecho. En cuanto el supuesto observador se refiere al «Derecho» (como hacen normalmente los filósofos o teóricos del Derecho), y no meramente a una serie de situaciones y acontecimientos (como haría un sociólogo o un historiador), está incurriendo en interpretaciones propias de la ciencia jurídica, porque está haciendo un juicio sobre el contenido del Derecho. Estas interpretaciones son valorativas, y no descriptivas, en el sentido de que suponen una toma de postura respecto de cuál es la mejor manera de entender las prácticas jurídicas del Estado de que se trate.

Como puede verse, la sugerencia de Dworkin supone un desafío para la teoría jurídica positivista, teoría que se funda sobre la posibilidad de comprender y explicar el Derecho a partir de sus fuentes sociales y sin recurrir necesariamente a juicios de valor<sup>9</sup>. Para el positivista, una Teoría del Derecho puede cumplir su tarea de clarificar qué es el Derecho haciendo abstracción tanto de la cuestión moral –¿tiene justificación?, ¿merece obediencia?– como de la cuestión práctica –¿qué dice?, ¿tengo razón al creer que eso es lo que dice? Esto no impide que pueda llegar a constatar que en alguna comunidad el Derecho consiste en la puesta en práctica de valores (así en los sistemas de ética legalizada) o en decisiones particulares (así en los regímenes casuísticos, donde los jueces resuelven *ad hoc* en lugar de aplicar normas preexistentes).

Entiendo que en realidad el desafío que presenta Dworkin a la teoría jurídica positivista en el tema que trato tiene dos vertientes. Por un lado pone en duda la posibilidad de una Teoría del Derecho independiente de la práctica jurídica. Por otro lado pone en duda la posibilidad de una práctica jurídica independiente de la Teoría del Derecho. Aunque el tratamiento de Dworkin no favorece esta escisión de problemas –que son obviamente dos caras de la misma moneda puesto que uno conlleva el otro–, no obstante me parece que pueden ser tratados por separado y tienen un cierto interés independiente uno del otro.

---

<sup>9</sup> En palabras de Bobbio (1993): «El positivismo jurídico consiste, pues, en el estudio del Derecho como *hecho* y no como *valor*: hay que eliminar de la definición del Derecho todo elemento basado en juicios de valor, que conlleve la distinción entre Derecho bueno y malo, justo e injusto» (p. 147). «Si queremos precisar otra característica de las definiciones positivistas, observaremos que éstas establecen lo que el Derecho es prescindiendo de su contenido, es decir, de las materias por él reguladas» (p. 154).

### 3. POSIBILIDAD DE UNA TEORÍA DEL DERECHO INDEPENDIENTE DE LA PRÁCTICA JURÍDICA

A primera vista una teoría que se limite a describir lo que creen y hacen los participantes en la vida jurídica hace compatible la indagación sobre qué es el Derecho con la despreocupación por cuál es el Derecho. Por ejemplo un sociólogo o un antropólogo pueden constatar los actos que por lo general una comunidad considera jurídicos, y ofrecer un concepto de Derecho para esa comunidad, sin ellos ser juristas o tener noción alguna sobre qué actos deberían ser considerados jurídicos en dicha comunidad. Su intervención sería similar a la de un visitante de un club de *bridge* que sin saber jugar al *bridge* llegue a hacerse una idea de qué es basada en sus observaciones y lo describa. La teoría sobre el *bridge* de este visitante será claramente independiente de la práctica, pues en su caso la práctica de dicho juego es imposible.

Ahora bien, es dudoso que una indagación de ese tipo sea verdaderamente una teoría sobre el *bridge* o una Teoría del Derecho. El problema no es necesariamente que el visitante del club de *bridge* o el antropólogo pasen por alto el sentido normativo de las actividades que estudian. Como es sabido, en ciertas prácticas sociales los participantes se comportan como lo hacen porque guían su conducta por normas, y este fenómeno es tan significativo y característico de la práctica que ésta no es correctamente descrita si dicho «aspecto interno» no es debidamente tenido en cuenta (Hart 1980: 110, *pássim*). Pero esto no tiene por qué ser un problema para el antropólogo o el visitante del club de *bridge*, los cuales podrían adquirir consciencia de que los miembros de la comunidad jurídica y los jugadores de *bridge* actúan siguiendo normas. Aunque estos observadores no saben cuáles son esas normas, pueden notar que existen y cuándo actúan, y tenerlo presente en sus descripciones. Es posible describir una práctica normativa desde un punto de vista externo que sin embargo de cuenta del punto de vista interno (Hart 1980: 111). Basta con tener suficiente información contextual (Marmor 1992: 49). El problema es más bien que pudiera ser imposible describir una práctica normativa sin participar activamente en ella de algún modo, sin tomar partido por su contenido, sin *practicarla*. La perspectiva de Dworkin difiere de la de Hart en que según el primero no es posible comprender una práctica social como el Derecho desde un punto de vista externo (García Figueroa 1998: 244).

Las dudas sobre la posibilidad de una descripción del Derecho o del *bridge* realizada desde un punto de vista externo las suscita ya, a mi parecer, la propia implausibilidad de que alguien pueda teorizar sobre ellos sin conocer sus reglas. Que el teórico de una actividad o práctica social sea consciente de que ésta se guía por reglas no parece bastante para confiar en su descripción de dicha actividad. Para tomar

en serio su descripción debemos suponer que conoce la actividad desde dentro. Es decir, le pedimos que fundamente su descripción en un punto de vista interno a la actividad, en el conocimiento de un participante. Este punto de vista interno no tiene por qué suponer un compromiso con las normas de esa actividad, en el sentido de considerarse obligado por ellas. Basta con que conozca las reglas y sepa aplicarlas, aunque sea con actitud desapegada. Así, por ejemplo, para confiar en una teoría sobre el *bridge* exigimos —o eso creo— que el teórico sepa jugar al *bridge*, aunque deteste el juego o no juegue nunca. No nos basta con que haya visto jugar a otros. Pero entonces lo que pedimos es que el teórico tenga conocimientos prácticos; estamos vinculando la teoría a la práctica. Esto no prejuzga sobre el tipo de práctica. Recuérdese que por *práctica* no sólo me refiero a la aplicación (por ejemplo, jugar al *bridge*), sino también a la interpretación (por ejemplo reconocer jugadas válidas del *bridge*). Lo que parece importar no es cómo el teórico practique el objeto que describe, sino que tenga el conocimiento interno que sólo se adquiere practicándolo.

Sin embargo lo que debe mostrarse no es que algún conocimiento práctico del Derecho sea prerrequisito para teorizar sobre él, sino que la propia Teoría incurra en la práctica. En términos más concretos, la cuestión polémica es si una teoría del Derecho como la de Hart es descriptiva, como él sostiene, o también interpretativa y por tanto valorativa. En mi opinión, tiene ambas vertientes, como en definitiva sostiene Dworkin. En principio la teoría jurídica de Hart es descriptiva porque consiste en exponer las condiciones que dan origen y forma a los sistemas jurídicos. En particular, expone que los sistemas jurídicos surgen cuando en el seno de un grupo social una serie de factores determinados son aceptados como criterios para identificar las normas que deben guiar la conducta, en especial por parte de quienes deben aplicarlas (esto es, cuando los funcionarios aceptan una *regla de reconocimiento*). Ahora bien, al hacer esta descripción, Hart no está refiriéndose al «verdadero» Derecho, a la «esencia» del Derecho o de los sistemas jurídicos; pues no cree que exista tal cosa, sino a lo sumo percepciones sobre lo que es esencial en el Derecho. Tampoco está solamente describiendo lo que normalmente se entiende por «Derecho» o «sistema jurídico», pues Hart es explícito al negar que su trabajo verse sobre el significado de la palabra «Derecho» (así en 1994: 247). Lo cierto es que Hart se refiere a lo que él —y presumiblemente sus lectores— considera Derecho (o sistema jurídico), y por tanto está haciendo una interpretación del contenido del Derecho. Y tiene razón Dworkin al advertir que en cualquier concepción teórica sobre el Derecho, en cualquier interpretación del concepto de Derecho, está implicada una opción valorativa muy similar o idéntica a la que realizan los juristas prácticos cuando asocian al Derecho un contenido y no otro.

Una aplicación clave del problema que estoy discutiendo es la que cabe hacer a la idea hartiana de la regla de reconocimiento. No sé



hasta qué punto será útil ilustrar una cuestión difícil con una noción tan debatida como la de regla de reconocimiento, pero me parece adecuada para formarse un juicio sobre las respectivas posiciones de Hart y Dworkin en cuanto a la naturaleza de la teoría jurídica y la filosofía del Derecho. La noción de regla de reconocimiento es una creación teórica de Hart para describir un fenómeno complejo como es la existencia de los sistemas jurídicos y la validez de sus normas. La *regla de reconocimiento* es la pauta que especifica «alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce» (Hart, 1980: 117). Se trata de un conjunto de criterios de identificación de normas jurídicas que de hecho aceptan los funcionarios del sistema jurídico «como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial» (Hart, 1980: 145). Según Hart, que una determinada regla o norma es jurídicamente válida significa que satisface efectivamente los requisitos exigidos por esa pauta. Esta explicación no es tanto una descripción de lo que los funcionarios creen como de lo que los funcionarios hacen. Descripción que a mi juicio es aceptable pese a que de hecho no todos los funcionarios están de acuerdo sobre cuáles son las normas jurídicas válidas. El desacuerdo fáctico sobre el contenido del Derecho es un inconveniente para hablar de una regla de reconocimiento aceptada, pero no una refutación: es posible que haya acuerdo respecto a cuáles son los criterios de la validez jurídica pero desacuerdo a la hora de aplicarlos.

Ahora bien, quien describe un sistema jurídico exponiendo que sus funcionarios aceptan una serie de criterios como regla para discriminar las normas jurídicas de las demás, no puede explicar las discrepancias fácticas entre los funcionarios sobre cuáles son las normas jurídicas alegando que algunos de ellos yerran en cuanto a qué es el Derecho o cuál es la regla de reconocimiento de su sistema. Porque afirmar eso implica sostener que hay una versión mejor que otras de la regla de reconocimiento, y en ese caso la teoría dejaría de ser descriptiva de lo que los funcionarios hacen. Hart cae de lleno en esta dificultad cuando, por ejemplo, dice que «en algunos sistemas, como en Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos» (Hart, 1980: 252). Al afirmar unos criterios concretos como contenido de la regla de reconocimiento en Estados Unidos, Hart rebasa claramente la descripción de lo que hacen los funcionarios estadounidenses cuando identifican el Derecho y realiza una interpretación de cuál es el Derecho en Estados Unidos; rebasa la teoría para adentrarse en la práctica.

Para permanecer en el plano de la descripción, el teórico que afirma la existencia de una regla de reconocimiento comúnmente aceptada por los funcionarios debe explicar las discrepancias fácticas entre éstos sobre cuál es el Derecho sin implicar que algunos de ellos están equi-

vocados sobre cuál es la regla de reconocimiento. Una explicación viable podría ser que los funcionarios comparten los criterios de identificación de normas pero discrepan respecto a cómo aplicarlos. Esta sencilla explicación es a mi juicio básicamente correcta, pero implica un punto de vista interno respecto a la regla de reconocimiento. Una descripción puramente externa de un sistema jurídico no permitiría distinguir si los funcionarios discrepan sobre los criterios de reconocimiento o sobre la aplicación de dichos criterios. Sólo desde dentro del sistema, sólo desde la práctica del Derecho, puede deectarse que los desacuerdos no se refieren a los criterios de reconocimiento. Por eso en definitiva la afirmación de una regla de reconocimiento como un hecho cuya existencia es constatable no puede hacerse en el plano de la pura teoría, sino que involucra la práctica.

Veamos por ejemplo el caso español. Creo que una descripción adecuada del funcionamiento de nuestro Derecho pasa por mostrar cómo los operadores jurídicos españoles aceptan y aplican un conjunto uniforme de criterios para identificar las normas jurídicas. Se trata de criterios complejos y difícilmente sintetizables, pero uniformes en cuanto que son comúnmente admitidos, implícita o explícitamente, como pautas para discriminar entre las normas. Pero sobre todo son uniformes en cuanto que su aplicación está controlada técnicamente y es posible saber con bastante certeza cuándo dichos criterios han sido satisfechos. En concreto pienso que la regla de reconocimiento del sistema jurídico español contiene los siguientes criterios, además de otros referidos a las normas preconstitucionales: 1) una norma es jurídica si ha sido elaborada en conformidad con la Constitución; 2) una norma no es jurídica si ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, y 3) una norma es jurídica si es declarada constitucional por el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>. Creo que es posible describir externamente la aceptación general de estos criterios de reconocimiento por los juristas y funcionarios españoles. Pues bien, lo cierto es que esta convicción común coexiste con discrepancias fundamentales respecto al Derecho, y algunas de ellas parecen contra-

---

<sup>10</sup> El segundo criterio es a primera vista un corolario del primero, pues una norma declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) deja automáticamente de ser conforme a la Constitución. Pero el criterio tiene sustantividad propia por cuanto el TC puede declarar inconstitucional una norma que era conforme a la Constitución antes de esa declaración (pero no desde entonces). También el tercer criterio refleja el primero, pues cuando el TC admite la validez de una norma ésta resulta ser formalmente conforme a la Constitución y satisface por tanto el primer criterio. Pero tiene igualmente sustantividad propia en cuanto que el TC puede declarar constitucional una norma que no era conforme a la Constitución antes de esa declaración (pero sí desde entonces). Por tanto, el segundo y tercer criterios son tan constitutivos del concepto de «norma jurídica» como el primero: una norma es válida en el sistema jurídico español si esta condición es admitida por el TC y sólo si no es negada por el TC. No es sólo que el TC es quien tiene la competencia para aplicar concluyentemente el primer criterio, sino que la opinión del TC es por sí misma decisiva con independencia de lo que *previamente* pudiese exigir el primer criterio.

decir que haya un acuerdo jurídico básico sobre los criterios de validez. No me refiero a las discrepancias sobre la validez de una norma sobre la que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado. Éstas pueden explicarse como desacuerdos fácticos sobre la aplicación del primer criterio (¿qué es conforme con la Constitución?). En cambio las discrepancias sobre la validez de una norma sobre la que el Tribunal Constitucional sí se ha pronunciado no pueden explicarse verosímilmente como desacuerdos fácticos sobre la aplicación de los criterios segundo y tercero (¿qué es conforme con el Tribunal Constitucional?). Aquí las discrepancias sobre el Derecho parecen implicar discrepancias sobre las condiciones de validez, y necesitan una explicación adicional.

Es un hecho que algunos juristas discrepan en algunos casos con el Tribunal Constitucional y consideran inconstitucional lo que éste ha declarado conforme a la Constitución. Sin embargo, de acuerdo con los criterios de reconocimiento supuestamente aceptados por todos los juristas, debería estar claro que la norma considerada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional es válida. He aquí, entonces, que a juicio de los juristas discrepantes la norma en cuestión es tanto inconstitucional e inválida como constitucional y válida. El camino para disipar esta contradicción puede ser distinguir dos tipos de reconocimiento de validez: uno técnico o formal, competencia en último término del Tribunal Constitucional, y otro libre o material, competencia de cualquier intérprete de la Constitución. Entonces, aunque todos los juristas coinciden en cuáles son las condiciones formales o técnicas de la validez, no coinciden necesariamente en cuáles son las condiciones sustantivas o cuál es el «espíritu» de dicha validez. Las condiciones que en definitiva cuentan para afirmar con certeza qué normas son jurídicas son las técnicas. Son ellas las que conforman la verdadera regla de reconocimiento (y son ellas las que cualquier abogado serio tiene en consideración inicial para informar a su cliente sobre cuál es el Derecho). Los juristas pueden y suelen hacer una valoración personal sobre cuál es el Derecho en el caso concreto, que guarda relación con sus concepciones del Derecho. Pero todos ellos —si no me equivoco— aceptan la misma regla de reconocimiento, pues todos aceptan que, sea lo que sea lo que ellos piensen, es el Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra sobre la validez de las normas jurídicas españolas.

Admitamos que la distinción entre desacuerdos sobre la validez material y desacuerdos sobre la validez técnica es una explicación plausible que permite sostener que existe una regla de reconocimiento compartida a pesar de que ciertas discrepancias parecen desmentirlo. Pero ¿podemos considerar esta distinción como parte de una descripción puramente teórica de un sistema jurídico? No lo creo, pues esta distinción no puede realizarse externamente. Desde fuera de la práctica jurídica española, desde una teoría ajena a la práctica, no sería posible distinguir entre quien sostiene que una ley que el Tribunal

Constitucional estimó constitucional es inconstitucional pero acepta que la opinión del Tribunal Constitucional es un criterio de validez (y por tanto la norma es técnicamente constitucional) y quien sostiene que dicha ley es inconstitucional y no acepta que la opinión del Tribunal Constitucional es un criterio de validez. Esto es, desde fuera de la práctica jurídica española no sería posible detectar y describir la existencia de una regla de reconocimiento, entendida como conjunto de criterios compartidos.

¿Qué cabe concluir de todo lo anterior? En mi opinión puede defenderse que es posible una descripción teórica del funcionamiento del sistema jurídico, y en concreto que es posible describir la aceptación de una regla de reconocimiento. Esta última descripción es plausible como explicación del funcionamiento de un sistema jurídico, incluso aunque en la práctica se observen discrepancias en la identificación de normas por parte de los funcionarios. Ahora bien, cuando ante la discrepancia observada el teórico toma partido por una formulación o una interpretación de los criterios que rebasa el consenso que pueda detectarse empíricamente, en ese momento está introduciendo una valoración que equipara su labor a la de un jurista: deja de ser observador para hacerse partícipe. Por eso, mi percepción de la regla de reconocimiento española, y de las discrepancias sobre la constitucionalidad, puede ser vista justificadamente como una concepción más sobre el Derecho, que implica una interpretación y valoración propias de un jurista, y no en cambio como la apreciación de un observador externo. En cuanto el teórico del Derecho, se interna en el fenómeno jurídico y hace algo más que constataciones empíricas, en cuanto pretende ir más allá de lo que pudiera averiguar un observador que se conforma con constatar una actividad guiada por normas, y se refiere al Derecho tal como es –tal como él cree que es–, desde ese momento el filósofo se comporta como un jurista y, como él, hace ciencia jurídica <sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Las mismas consideraciones son de aplicación al teórico del *bridge*. A partir de su observación y de los testimonios de los jugadores podrá verosímelmente postular un concepto de *bridge* como juego de cartas sometido a unas reglas (quizá las *Laws of Duplicate Contract Bridge 1987*), interpretadas en su caso por árbitros oficiales. Pero una teoría así deja de ser descriptiva desde el momento en que podemos preguntarnos por qué son esas reglas las que definen el *bridge*. ¿Cómo reaccionará ese teórico ante un hablante que llama *bridge* a un juego diferente? Puede tenerlo en cuenta, en cuyo caso debería revisar su concepto de *bridge* hasta hacerlo inservible. Puede ignorarlo por creerlo equivocado, en cuyo caso estará practicando el *bridge* al interpretar su contenido y tomar partido al respecto. Y puede restarle importancia por apartarse del uso común del término «*bridge*», en cuyo caso estará admitiendo que el contenido del *bridge* es el determinado por la mayoría de sus jugadores o árbitros. Esta admisión es de por sí un ejercicio práctico de *bridge*, pero además plantea el problema de definir qué es *bridge* discriminando entre lo que la mayoría de sus jugadores considera acciones propias del *bridge* y lo que admite como tales (por ejemplo, por haberlas aceptado un árbitro oficial), lo cual exige involucrarse en la práctica del juego.

Hasta aquí he argumentado a favor de admitir que Dworkin tiene razón en que el teórico del Derecho no puede abstenerse de practicarlo de algún modo. Sin embargo he defendido esa idea en el contexto de una teoría del Derecho basada en la noción de regla de reconocimiento, noción que Dworkin rechaza. La tesis de Dworkin sobre la unidad de teoría y práctica va más allá: invita a construir la teoría jurídica desde la práctica, desde la determinación y justificación de los derechos y los deberes que un juez debe reconocer. El Derecho no puede entenderse, según él, como producto de una regla de reconocimiento, sino como resultado de un proceso de justificación de las decisiones judiciales, donde cuenta todo lo que al examinar a la práctica jurídica dándole el mejor sentido posible se muestra vinculante para el juez. Desde este punto de vista, la teoría jurídica es una teoría de la adjudicación (Marmor, 1994: 47; Coleman, 1995: 53). Se llega así a formular un concepto de Derecho, donde lo que cuenta no es cómo se crean las normas, sino cómo se justifican las decisiones.

Por mi parte, creo que Dworkin va demasiado lejos al sugerir el *concepto* de Derecho cuya interpretación es tarea común tanto de la práctica jurídica –la dogmática y la adjudicación– como de la teoría jurídica. Se trataría del modo en que una comunidad guía y constriñe la coacción estatal por los derechos y responsabilidades nacidos de decisiones políticas pasadas sobre cuándo dicha fuerza está justificada (Dworkin, 1986: 93). Dworkin arguye que tales posiciones jurídicas dependen de los principios morales implícitos en ese historial político. Pero el problema no es esta concreta *concepción* del Derecho que lo vincula con la moral (cfr. Lifante, 1999: 309). El problema es ya el propio concepto que se asume como punto de partida, pues a mi juicio no es sino una concepción más. La teoría que asocia el Derecho a la justificación de la coacción estatal es plausible y tiene fundamento en la práctica jurídica. Pero la participación práctica en el Derecho podría fundamentar una teoría y concepto diferentes, totalmente ajenos al interés por justificar conductas. Por ejemplo, cabría llegar a concebir el Derecho en términos de sistema normativo institucionalizado, o de instrumento social para resolver conflictos, pues conceptos así también pueden dar cuenta eficazmente de la práctica jurídica.

Es posible que aunque tuviéramos que rechazar la caracterización del concepto de Derecho sugerida por Dworkin el núcleo de su teoría no se vería afectado (Dworkin, 1986: 93). Sin embargo sí perdería sentido mucho de lo que Dworkin defiende sobre la interpretación jurídica, y por eso no es de extrañar que se esfuerce por defender su propuesta conceptual frente a posibles rivales. Así, frente a una posible descripción del Derecho en términos de normas con autoridad provenientes de fuentes sociales, como la que cabría adscribir a Raz, Dworkin (1986: 429) objeta que dicho enfoque necesita apoyarse en razones de moral política, según las cuales sólo la atención a esas fuentes sociales puede justificar la coacción. Pero una objeción de este tipo, sea o no apta frente a Raz, no sería aplicable a los enfoques

conceptuales sobre el Derecho, donde no se toma como razón *moral* para la acción. El Derecho es una razón para actuar, y sería inadecuado cualquier concepto que no lo tuviese en cuenta. Pero esa realidad puede asumirse como un hecho, sin darle ni dejar de darle contenido moral, en cuyo caso el Derecho no será visto como el respaldo justificatorio de la coacción estatal. En general, como señala Calsamiglia (1993: 67), el positivismo jurídico no está interesado en la justificación de las decisiones jurídicas, sino en describir los elementos que componen el Derecho. Aunque ninguna descripción es neutral, sino que involucra siempre algún tipo de evaluación (por ejemplo, sobre qué es más relevante), esta valoración no tiene necesariamente que ser moral o justificatoria (Marmor, 1992: 55-57).

#### 4. POSIBILIDAD DE UNA PRÁCTICA JURÍDICA INDEPENDIENTE DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La tesis que asimila teoría y práctica jurídicas tiene como segunda vertiente la idea de que todo intento de determinar el contenido del Derecho, toda actividad jurídica práctica, requiere e implica una teoría sobre el concepto del Derecho, una concepción iusfilosófica. En palabras de Dworkin, «no hay una línea fija que separe la jurisprudencia (*jurisprudence*, teoría jurídica) de la adjudicación o de cualquier otro aspecto de la práctica jurídica. Los filósofos del Derecho discuten sobre la parte general, el fundamento interpretativo que debe tener cualquier argumento jurídico. Nosotros podemos dar la vuelta a la moneda. Cualquier argumento jurídico práctico, no importa lo detallado y limitado que sea, asume el tipo de fundamento abstracto que ofrece la jurisprudencia, y cuando compiten fundamentos rivales, un argumento jurídico asume uno y rechaza otros. De modo que cualquier opinión de un juez es en sí misma una porción de filosofía jurídica, incluso cuando la filosofía está oculta y el argumento visible está dominado por citas y listas de hechos. La jurisprudencia es la parte general de la adjudicación, el prólogo callado de cualquier decisión en Derecho» (Dworkin, 1986: 90).

La idea, como se ve, es que la actividad del jurista práctico, al decir cuál es el Derecho, exige tomar posición teórica sobre qué es el Derecho. Esto a primera vista parece exagerado, pues no es difícil imaginar un abogado, un juez o un dogmático actuando profesionalmente sin haberse planteado nunca qué sea el Derecho o qué Teoría del Derecho le parece más convincente. Pero mirado el asunto con más atención me parece más plausible que, en efecto, la práctica del Derecho está siempre acompañada de presupuestos teóricos implícitos. Con frecuencia el jurista no es consciente de ellos o no los articula en forma de teoría filosófica, pero esto no impide que existan y se confundan con su labor práctica.

Pensemos, por ejemplo, en un abogado que debe informar a su cliente sobre si es lícito incluir en una página *web* personal «vínculos» a páginas ilícitas. Cualquiera que sea la opción que tome para encontrar el Derecho aplicable, dicha opción será defendible con una concepción filosófica sobre el Derecho, pero no con otras. Por tanto, la respuesta que el abogado dé a su cliente, cualquiera que sea, vendrá acompañada de una teoría jurídica sobre qué es el Derecho. La práctica del abogado no es en el fondo independiente de la teoría. Supongamos que nuestro abogado considere que debe buscar la respuesta jurídica en las fuentes del Derecho habitualmente reconocidas como tales y no en cambio en principios morales ilustrados o en alguna combinación de éstos con las fuentes pacíficamente admitidas. En tal caso, su búsqueda práctica de cuál es el Derecho es a su vez una teorización de corte positivista sobre qué es el Derecho, según la cual para conocer su contenido no es preciso *necesariamente* recurrir a argumentos morales. Supongamos, en cambio, que nuestro abogado considere que debe asesorar a su cliente indicándole la opinión judicial mayoritaria; o la opinión social mayoritaria; o la probable respuesta del tribunal que previsiblemente examinaría el caso... Todas estas diferentes respuestas son consecuencia de diferentes concepciones (o incluso conceptos) sobre el Derecho, que surgen a su vez de diferentes enfoques teóricos. Por tanto, la implicación de la teoría en la práctica no sólo se manifiesta desde un enfoque del conocimiento jurídico como el de Dworkin, en el que la determinación del contenido del Derecho requiere una teoría moral, sino en cualquier enfoque.

La tarea práctica consistente en exponer el contenido del Derecho requiere interpretarlo, lo cual a su vez exige partir de un concepto de Derecho y adoptar una concepción del Derecho que den sentido a esa interpretación. Pero Dworkin no se limita a poner de relieve esta exigencia como una condición previa de la práctica jurídica. Su tesis es incisiva sobre todo por indicar que la teoría es simultánea a la práctica e indistinguible de ella. Por un lado, como vimos, la teoría se construye con la práctica: entender qué es el Derecho demanda entender cuáles son las normas jurídicas aplicables, cuáles son las normas que vinculan al juez; en definitiva una teoría del Derecho consiste en una teoría de la adjudicación. Por otro lado, la práctica depende de la teoría, pues los presupuestos filosóficos se traducen en la interpretación del Derecho y así en su contenido; hasta el punto de que podría decirse que la filosofía jurídica es parte integrante del Derecho (Pérez Luño, 1993: 151).

Las tesis de Dworkin sobre la interpretación jurídica refuerzan esta conexión de búsqueda práctica y explicación teórica. Según él, una interpretación de la práctica jurídica, al igual que ocurre respecto a la literatura, debe satisfacer un test con dos dimensiones: debe ajustarse a esa práctica y debe mostrar su sentido o valor. Siendo así —escribe—, «la percepción de cualquier juez sobre el sentido o la función del Derecho, de la cual dependerán todos los aspectos de su enfo-

que acerca de la interpretación, incluirá o implicará alguna concepción sobre la integridad o la coherencia del Derecho como institución, y esta concepción tanto orientará como restringirá su teoría operativa sobre el ajuste –esto es, sus convicciones sobre qué cantidad del Derecho anterior debe ajustarse a una interpretación, cuál y cómo–» (Dworkin, 1982: 273). Por tanto, «los jueces desarrollan un enfoque concreto a la interpretación jurídica formando y refinando una teoría política sensible a las cuestiones sobre las que depende la interpretación en casos concretos; a esto le llaman su filosofía jurídica. Incluirá tanto aspectos estructurales, que elaboran la exigencia genérica de que una interpretación debe ajustarse a la historia doctrinal, como afirmaciones sustantivas sobre metas sociales y principios de justicia. Las opiniones de un juez sobre la mejor interpretación serán por tanto consecuencia de creencias que otros jueces no tienen por qué compartir» (Dworkin, 1982: 545).

No obstante, las razones para admitir que en el ámbito jurídico es imposible una práctica independiente de la teoría no bastan para sostener los concretos planteamientos de Dworkin sobre el carácter interpretativo de teoría y práctica. Puede decirse que según Dworkin el conocimiento práctico del Derecho en una comunidad se obtiene fundamentando las proposiciones jurídicas en una interpretación que integre de forma coherente y sensata lo que en dicha comunidad se reconoce como materiales jurídicos; porque el Derecho, tanto en la teoría como en la práctica, no es sino el resultado de la interpretación mejor justificada de lo que una comunidad está dispuesta a considerar Derecho. Según esto, el conocimiento teórico y práctico del Derecho tienen una misma fuente en el esquema de creencias que el intérprete tiene razones para preferir a cualquier otro. Porque si bien al intérprete no le puede bastar como justificación su opinión subjetiva, tampoco le es posible abandonar su esquema conceptual para buscar una justificación objetiva externa (Iglesias Vila, 1999: 211, *passim*). Pero las consideraciones epistemológicas de Dworkin, sin duda poderosas, no consiguen a mi parecer eliminar la posibilidad de un modelo de conocimiento jurídico, donde el referente sea distinto a la *mejor* interpretación posible. Pienso que hay lugar para un conocimiento jurídico práctico vinculado a una teoría sobre el Derecho que conciba éste sin prejuzgar sobre su valor o disvalor. Si así fuera, habría que relativizar el alcance de la unidad entre teoría y práctica postulada por Dworkin: consigue poner de manifiesto la conexión entre decir el Derecho y filosofar sobre el Derecho, pero no consigue hacer preferible una filosofía concreta sobre cómo decir el Derecho.

Lo que quiero decir es que la epistemología jurídica de Dworkin no conduce indefectiblemente a su teoría jurídica. Admitamos con Dworkin que la determinación práctica del contenido del Derecho es correcta si y sólo si puede justificarse teóricamente: el Derecho no lo inventan los intérpretes, pero tampoco está «ahí fuera» para contrastar las interpretaciones. Pero dicha justificación podría realizarse –contra



lo que apunta Dworkin— sin pretender que la teoría adoptada concibe el Derecho como lo mejor que moralmente puede ser. Creo que bastaría con pretender que concibe el Derecho como lo que verosímilmente puede ser. Por ejemplo, creo que las proposiciones jurídicas pueden justificarse verosímilmente en el marco de una comprensión del Derecho que lo asocia a la autoridad de unas fuentes sociales. Tal vez esta concepción no sea la mejor desde el punto de vista moral, pero es bastante para respaldar la práctica. De hecho, por lo que sé, es la concepción operativa en la normalidad de la práctica jurídica de jueces, abogados y dogmáticos. Dworkin tiene buenas razones para defender la asociación Derecho-integridad-moralidad política: es una asociación recomendable; pero los positivistas tienen también buenas razones para defender la asociación Derecho-autoridad-reconocimiento efectivo: es una asociación practicada.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BOBBIO, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), en su *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 197-218.
- *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- CALSAMIGLIA, A., «Dworkin y el enfoque de la integridad», *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), 38, 1993, pp. 45-68.
- COLEMAN, J. L., «Truth and Objectivity in Law», *Legal Theory*, 1, 1995, pp. 33-68.
- FULLER, L. L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969 (2.ª ed.).
- GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- DWORKIN, R., «Law as Interpretation», *Texas Law Review*, 60, 1982, pp. 527-550; ahora en A. Aarnio y N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, vol. II, Aldershot, Dartmouth, 1992, pp. 255-278.
- *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986. Hay trad. esp. de C. Ferrari: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Editora Nacional, México, 1980 (2.ª ed.). Hay reedición en Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- «Postscript» a su *The Concept of Law*, 2.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-276.
- IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed. (1960), trad. de R. J. Vernengo, Porrúa-UNAM, México, 1991.
- LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Las fuentes del Derecho y la teoría de Ronald Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), 38, 1993, pp. 115-159.
- RAZ, J., *Razón práctica y normas* (2.<sup>a</sup> ed. 1990; 1.<sup>a</sup> 1975), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia* (1958), trad. de G. R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1994.

## II.2 ESTUDIOS DE HISTORIA DEL PENSAMIENTO Y FILOSOFÍA POLÍTICA



## Doce preludios a la Filosofía jurídica y política del siglo XXI

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ  
Universidad de Málaga

Mientras dure esta música,  
seremos dignos del amor de Helena de Troya [...]  
Mientras dure esta música,  
creeremos en el libre albedrío,  
esa ilusión de cada instante.  
[...] sabremos que la nave de Ulises volverá a Ítaca  
[...] seremos la palabra y la espada  
[...] creeremos en la misericordia del lobo  
y en la justicia de los justos.

Mientras dure esta música,  
mereceremos haber visto, desde una cumbre,  
la tierra prometida.

Jorge Luis Borges, *Música griega* (1985)

Es un error obstinarse en imaginar el futuro, todavía, como un desierto; somos los primeros colonos del futuro, de la vigencia del siglo XXI. De ahí que estos preludios no respondan al impulso, como necesidad prioritaria, de explicar un devenir más o menos inmediato, de ofrecer predicciones o arriesgar desafíos visionarios.

Estos preludios intentarán ser, en exclusiva, una concisa música inaugural, donde afinar lo que desde la Filosofía jurídico-política actual se apronta para el siglo XXI, cuya ejecución en realidad ya

hemos acometido. Porque este ahora-del-hoy es, en sus sonidos, pausas y silencios, asimismo (a un sólo *tempo*) clave, escala y movimiento que la percute y, por tanto, la prepara para ser oída.

Y es que, definitivamente, yo creo que el pendiente mañana está iniciado en el mismo hoy tardío que vivimos, no importa la disputada premura de algunos calendarios (nuevo siglo y nuevo milenio) o la morosa contabilidad de la buena y falaz matemática (ni cambio de siglo, ni cambio de milenio).

El futuro está aquí, es ya algo ganado y seguro. A él hemos llegado luego de dejar atrás todo presente histórico, o sea, el tiempo (para-histórico) que nos hablaba de la historia desde fuera de la historia, y también de descartar todo pretérito imperfecto, es decir, el tiempo (prehistórico) que sólo enunciaba la historia como propensión plausible. En consecuencia, ya estamos situados algo más que «en puertas» del futuro; vivimos del todo adelantados al hoy inercial del ayer más reciente; ahora somos ya instantes del futuro; habitamos el futuro en una continuidad sin huecos, en un tiempo que no está enfermo de tiempo, que no se duele de tiempo, y eso es el futuro mismo, y así éste nos pertenece, por primera vez nos pertenece efectivamente, incluso si todos los aquí presentes aún nos recordamos, o quizá por ello justamente, cautivos de otro tiempo a causa del «peso del sentido» de haber sido hasta ayer (tan lejos, tan cerca) hombres y mujeres de la víspera (la penúltima máscara de ese remoto «fue hace un siglo»), soportando a la espalda, como atlantes, el arquitrabe del siglo contemporáneo, que es la carga colosal de su memoria.

Y, por eso, tan lejos como de hacer presagios, de augurar lo que en este preciso momento y hora del futuro ya es innecesario, estos preludios lo están igualmente de pretender fabricar algún repertorio, alguna recopilación de aquella memoria. Durante los días finales del último año hubo bastantes, demasiados, catálogos, inventarios, cánones... antes más que dispuestos a salvarla esforzados en cambio por ampliar con la desmemoria de lo posible, y lo imposible, la libérrima lista de ese naufragio que es el olvido. Pero, por fortuna, la memoria, aunque a veces parezca obstinada en lo contrario, es siempre una marea caprichosa; de modo que en cualquiera de sus resacas, allí donde el tiempo se filtra de tiempo, en el trastiempo, termina siempre por devolver sobre alguna playa del hoy-en-adelante, algún día, más tarde o más temprano, la posesión del recuerdo que es el porvenir del pasado.

Entre tanto, reconozco que estos preludios tampoco han logrado sustraerse del todo a los gastados ecos traídos desde el silencioso y perdido anteayer, ni a las claras voces oídas en un logrado ayer más moderno. Tengo la esperanza de que no sea difícil distinguir los ecos de las voces.

Por lo demás, presentada en formato que raya lo portátil, y en orden impremeditado, aunque no negligente, este ensayo de 12 prelu-

dios a la Filosofía jurídica y política del siglo XXI quedaría como sigue:

1. *El derecho a la felicidad.*—Al examinar los orígenes de la modernidad política, esto es, la distinción entre libertad negativa y positiva, olvidamos con frecuencia cuál fue su objetivo esencial. Kant<sup>1</sup> se refirió, en efecto, a la organización jurídico-política de una sociedad capaz de presentar junto a la máxima libertad, también la más rigurosa determinación y garantía de los límites de esa libertad, y hacer posible que la libertad individual coexistiera junto a la libertad de los demás. De aquel proyecto muy a menudo se olvida que sólo del surgimiento de ese tipo de sociedad, y sólo en ella, le sería posible al hombre alcanzar «la suprema intención de la Naturaleza, a saber: el desarrollo de todas sus disposiciones naturales en la humanidad». A ese *desideratum*, han renunciado, no tanto quizá por indolencia como por rubor, la mayoría de las constituciones desde mediados del siglo XIX y a lo largo del XX. El proyecto kantiano acerca de la felicidad, del que igualmente hablaron los padres fundadores de las primeras colonias americanas y también el mismo Jefferson en la Declaración de Independencia, contenido en la elemental pretensión de organizar la sociedad política (la asociación y constitución civil) como comunidad óptimamente abierta al desarrollo de todas las disposiciones de sus miembros, a materializar la presencia en ella de ciudadanos felices, la idea en suma del derecho político a la felicidad humana, ha venido a dar así en algo semejante al extravío de alguna fantasía melancólica o a una expectativa continuamente retardada. El derecho a la felicidad es, sin embargo, una realidad jurídica que, al menos para unos concretos sujetos, no admite demora, y es preferente a cualquiera otra imaginable.

El preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup> y más recientemente las exposiciones de motivos en algunas de las últimas Leyes de Protección Jurídica del Menor<sup>3</sup> hablan de nuevo sobre el derecho a la felicidad. Se reconoce que los niños, las *personas* menores de edad, para lograr el pleno y armonio-

<sup>1</sup> KANT, I., «Ideas para una historia universal en clave cosmopolita» (1784), en Id., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, trad. de C. Roldán Panadero y R. Rodríguez Aramayo, con estudio preliminar («El “utopismo ucrónico” de la reflexión kantiana sobre la Historia», pp. IX-XLIV) de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 11-12.

<sup>2</sup> *Los Derechos del Niño*, Centro de Derechos Humanos, Oficina de las Naciones Unidas, Ginebra, 1990; ÁLVAREZ VÉLEZ, M.<sup>a</sup> I.; CALVO BLANCO, E. (eds.), *Derechos del Niño*, Prol. de J. Ruiz-Jiménez Cortés, McGraw-Hill, Madrid, 1998; PRIETO SANCHÍS, L., «Los derechos fundamentales del menor», en VV.AA., *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Consejo Superior de Protección del Menor-Ministerio de Justicia, 1983, pp. 181-192; CALVO GARCÍA, M., «La protección del menor y sus derechos», en *Derechos y Libertades*, 2, 1994, pp. 177-199.

<sup>3</sup> En España, Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. HIERRO, L., «Los derechos de la infancia. Razones para una ley», en *Infancia y Sociedad*, 27-28, 1994, pp. 85-108.

so desenvolvimiento de su personalidad, deben crecer en un ambiente de *felicidad*. La felicidad de los menores, el derecho del niño a la búsqueda y satisfacción de sus propias necesidades y las de los demás niños, es lo que les convierte en sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad, además, para modificar el propio medio personal y social. La felicidad resulta así un derecho fermental con poder de transformación de toda la comunidad política, de la vida pública en su globalidad, porque permite construirla desde los valores ciudadanos (el menor como ciudadano)<sup>4</sup> de la paz, la dignidad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad, haciendo de la organización política el teatro necesario de la felicidad de cada uno y de todos.

Uno de los retos heredados por el siglo XXI ha de consistir en volver a hablar, sin sonrojo, del derecho a la felicidad como mediación entre la libertad negativa (el derecho a proteger la *privacy* de la propia esfera de subjetividad personal) y la libertad positiva (el derecho a participar en y de lo que es público), y en recuperar esa dicción especialmente para la infancia como ciudadanos felices y porvenir de una mejor ciudadanía común. La infancia forma, al cabo, el conjunto más vulnerable de los seres humanos en toda nuestra convulsa sociedad contemporánea, y por eso la primera en sufrir los efectos de la injusticia y la desigualdad. No vencer la sobrecogedora incapacidad adulta para ofrecer felicidad a los niños, el derecho a la felicidad de los niños, significa no dar tiempo a la infancia, robarle tiempo al presente de nuestro futuro actual, que este futuro como el hoy en que todo empieza se pierda demasiado pronto. Renunciar a la felicidad de los niños, que son el hoy del futuro, equivale también a reintegrar el más próximo mañana del futuro (los cambios demográficos que se avecinan) sólo con pasado; sobre todo, ahora que Europa envejece, que el viejo continente es cada día más viejo.

2. *Identidad moral como heteronimia.*—La reflexión sobre «el otro» revela el grosor de nuestra identidad moral. Pero, ¿cómo explorar al otro, siempre inconmensurable, desde uno mismo y luego regresar a uno mismo? Se me ocurren dos caminos: ser nadie para ser cualquiera, y ser otro para ser alguien. La literatura ofrece dos ejemplos: Ulises y Don Quijote. En la isla de los Cíclopes, Ulises cambió de nombre diluyendo su identidad en la de Nadie, y para ello se identifica ante al cíclope Polifemo como Nadie. Esto es, a fin de seguir siendo Ulises y reencontrar el rumbo a Ítaca, la patria del yo, para sobrevivir y salvar la vida

<sup>4</sup> MCCORMICK, N., «Los “derechos del niño”, una prueba para las teorías del Derecho» (1976,), en Id., *Derecho legal y socialdemocracia* (1982), trad. de M.<sup>a</sup> D. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-137; FANLO Y CORTÉS, I., «I diritti politico del minore. Alcune considerazioni sull'idea del “bambino cittadino”», y HIERRO, L., «Il bambino e i diritti dell'uomo», ambos en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 29, 1, 1999, pp. 169-187, y 189-205 resp., y BARATTA, A., «Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 29, 2, 1999, pp. 495-525.



de sus compañeros, hubo de abandonar su propia identidad cambiándola por la de otro cuya identidad era no tener identidad alguna, por aquél cuyo nombre era el de Nadie, por aquel que era «Nadie». Y ser Nadie es como ser Cualquiera; porque para ser uno mismo, para conservar la propia identidad, es necesario a veces despojarse de sí mismo, olvidarse de ser quien se es; regresar a «no ser», volver a la Nada como principio del Ser. Y así, pudiendo ser cualquiera, siendo como otro, como aquél cuya identidad es la de Nadie, la de cualquiera, retornar a ser uno mismo. La novela de Cervantes comienza asimismo con un deseo de olvido: «En un lugar de La Mancha, de cuyo nombre no quiero acordarme...» Vivía allí un viejo hidalgo de antiguo linaje cuyo nombre era Alonso Quijano, a quien del poco dormir y del mucho leer libros de caballerías («se le pasaban las noches leyendo de claro en claro, y los días de turbio en turbio», y «olvidó casi de todo punto el ejercicio de la caza, y aun la administración de su hacienda») «se le secó el cerebro», de manera «que vino a perder el juicio», la conciencia del yo, e «imaginábase» (una forma más de olvidarse) ser otro, y fue al fin así, lanzado a esa aventura, como se hizo Don Quijote. O lo que es igual, arrinconando su ensimismamiento, extrañándose, pasando de lo uno a lo múltiple, «ser» el sujeto Don Quijote, el sujeto particular que «no era» Alonso Quijano, le hizo ser Alguien asimismo («a sí mismo») universal, igualmente Alguien particular cuando de nuevo regresó a ser Alonso Quijano, ya un nuevo Alonso Quijano. Y todavía más: con la «mirada del otro» transformó el mundo: un huesudo rocín trocó en Rocinante, los molinos en gigantes, los rebaños en ejércitos, una bacía de barbero en el yelmo de Mambrino... y, sobre todo, qué (razón de la sinrazón) podría impedirlo, una rústica aldeana, Aldonza Lorenzo, vino así en ser su amada dama Dulcinea.

Los modelos de alteración y alteridad de Ulises y Don Quijote sugieren contemplar el problema de la identidad moral desde nuevos enfoques. Por ejemplo, aprovechando esa pasión por el heterónimo de Fernando Pessoa que Antonio Tabucchi intenta transmitir en la traducción y edición de su poesía<sup>5</sup>. O lo que para la determinación de la identidad moral del propio individuo frente a otros propone la «tercera vía» de Paul Ricoeur<sup>6</sup>, «al debate entre aristotélicos y kantianos, entre liberales y comunitarios, y que abordada desde un sentido amplio de la fenomenología, la hermenéutica dialógica y el personalismo de matriz kantiana, nos muestra a un sujeto no desentendido que en sus acciones se encuentra endeudado con los otros, postulando para ello la primacía de la mediación sobre la afirmación inmediata del sujeto, una identidad que admita sin contradicción el cambio y la variación (identidad narrativa), y la voluntad de poner en juego una reacción dialéctica entre el sí mismo y la alteridad, una alteridad sin la

<sup>5</sup> PESSOA, F., *Una sola moltitudine*, trad., ed. e introd. («Un baule pieno di gente», pp. 9-35), de A. Tabucchi, con notas de J. M.<sup>a</sup> Lancastre, Adelphi, Milano, 1976.

<sup>6</sup> RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, trad. de A. Neira, Siglo XXI, Madrid, 1996.

que será imposible dar cuenta y razón (una narrativa justificatoria) de uno mismo como sujeto responsable.

3. *Revisión de la complejidad del sujeto jurídico.*—En este prelude integro dos movimientos de pensamiento: uno es la idea de «revisión» no como reformulación, sino como «otra mirada», una mirada más en lo profundo, una forma de mirar que hurgue en busca de la perspectiva, en profundizar la entraña de lo que en principio más se ve en el Derecho, de aquello que ha ocupado la entera visión del Derecho. En ese sentido, se ha de partir del que ha sido punto de vista hasta hoy privilegiado (privilegio también como *lex privata*), el androcéntrico, y de lo patriarcal como dominante a primera vista. Con esa óptica se ha producido una completa saturación del *ojo jurídico* en el que la estabilidad de las imágenes únicamente permitía la admisión de lo diferente y la diversidad (un lado femenino del Derecho), a partir del sistema autorreferencial de patrocinio, es decir del reconocimiento a través del ángulo visual varonil, desde la visualización del hombre; el resto se perdía de vista. El estándar jurídico de «valores» femeninos presentaba un estereotipo de imágenes de mujer cuya identidad era así, por tanto, reconstruida y configurada (duplicada<sup>7</sup>) desde los fragmentos en los que el sujeto masculino *reconocía verse*. No existían, pues, en realidad, atributos definitorios, estables, de carácter inherente a la mujer; no había sujeto femenino, sino otra «categoría» de sujeto masculino.

Considerando lo anterior, la idea de «complejidad» aprovecha en la construcción del sujeto jurídico precisamente la base con que la inestabilidad de las formas de identidad femenina y su signo *conventional* (ser a la manera establecida), se muestra susceptible de alojar las imágenes duplicadas del sujeto masculino, de otro sujeto. Es decir, la idea de complejidad del sujeto jurídico trabajaría con una nueva herramienta conceptual: una identidad resultante (en el *solve et coagula* deconstructivista) de lo proteico, contingente, flexible, múltiple; en suma, transformando la diversificación en el rango excelente de la diferencia como posibilidad, finalmente no-contradictoria y coherente, de ser sí mismo siendo de otra manera a la establecida.

Revisar el sujeto jurídico, profundizar su lado femenino, y por extensión el del Derecho, tal vez no consiste entonces en mirar a otro lado, a otra parte, o en mirar del lado del revés, a una faceta opuesta, sino ver y mirar en el lado de lo que no se nombra en la mirada masculina, esto es, la complejidad femenina, incluyendo en ésta, igualmente, aunque sin ingenuidad<sup>8</sup>, las «grandes narrativas» soporte de los relatos no categoriales de la identidad masculina, o sea, que han estado *des-prendidas* del varón, o por mejor decir, *en el margen dife-*

<sup>7</sup> Inversamente, podría decirse, la femineidad se despliega mediante la «doble» narrativa de la ironía. *Vide*, en este sentido, el relato desenvuelto por Luey Snowe sobre la Justicia Humana ante sus examinadores, profesores Messieurs Boissec y Rochomorte, en *Villette*, de Charlotte BRONTË.

<sup>8</sup> *Vide* BRYSON, N., «Two narratives of Rape in Visual Arts: Lucretia and the Sabine Women», en S. Tomaselli-R. Porter, *Rape. An Historical and Social Enquiry*,

rencial con el varón: por ejemplo, los relatos mitológicos sobre la selección de semillas y recolección de frutos (Demeter), sobre la destreza en la manipulación de tejidos (Aracne), sobre la memoria como madre –y la madre como memoria– de todas las formas de representación (Mnemosyne), etc. Porque incluso en esa fragmentabilidad frágilmente reconstructiva (pensamiento débil) de lo femenino se nombra lo que no sólo habla de sí mismo, que no es autorreferencial, cerrado y acabado, sino nutriente, creativo y enriquecedor.

4. *Derechos humanos y pobreza.*—Los derechos humanos son en la sociedad occidental, a finales del siglo XX, parte esencial de su cultura, derecho y política. Pero el programa civilizatorio que con ellos Occidente ha ido construyendo en tránsito hacia la modernidad desde el siglo XVI<sup>9</sup> se encuentra planteado en este hoy del mañana, también por la propia diacronía de los modelos de su evolución histórica<sup>10</sup>, con una dimensión de particular alcance al advertir, igualmente, la incidencia que el legado económico de insolidaridad y pobreza recibido por el siglo XXI ejerce sobre sus inmediatas posibilidades de expansión o en la propensión a mantenerlo dentro los límites de la concepción clásica liberal-democrática<sup>11</sup>. Se trata, además, de una cuestión no menor o secundaria, pues a la prologación de la función correctora de desigualdades atribuida a los derechos humanos se conectan problemas de tanta embergadura como los concernientes, desde la moralidad o el derecho justo, a la filosofía «de los derechos»; desde la legalidad, al derecho positivo y teoría jurídica de tales derechos; desde la eficacia, a su efectiva realización y cumplimiento.

Y si es lo cierto que, sin duda, se prepara un mundo a la medida de los más favorecidos, no lo es menos que la lucha por la dignidad del hombre –y la pobreza constituye una forma especialmente ultrajante de violencia, de degradación y de exclusión– sigue abierta y se libra en un campo de contradicciones que (conviene recordarlo) no están resueltas ni superadas en ninguna parte, aunque haya partes en donde parezcan más sordas y en otras más agudas. Tal clase de percepción obliga a admitir que en esta hora del futuro, el ayer sin embargo no ha terminado de pasar; o dicho por pasiva, que es la hora en que el futuro debe salir del pasado. Concentrar el empuje para vencer la rémora de ese arrastre exige hacer frente, responsable, imaginativa y, a mi juicio,

---

Blackwell, Oxford, 1989, pp. 152-173, por ejemplo, al abordar la distinción del Derecho romano entre el estupro de una virgen y el estupro de una mujer casada.

<sup>9</sup> PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y Derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982; PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad: siglos XVI-XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.

<sup>10</sup> PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, II.<sup>a</sup> parte, cap. VI, pp. 145-204.

<sup>11</sup> TORRES LÓPEZ, J., *Economía Política*, Civitas, Madrid, 1995 (2.<sup>a</sup> ed.), tema 17: «Pobreza e insolidaridad: ¿el legado económico del siglo XX?», pp. 411-424. PECES-BARBA, G., «Escasez y solidaridad. Una reflexión desde los clásicos», en Id., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 67-82.

también conjuntamente, a varios retos aplazados y a determinadas necesarias transformaciones.

Respecto a los desafíos, de todo punto, el que los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración de 1948 no permanezcan por más tiempo como la generación de derechos individuales cuya vigencia universal es todavía en gran medida retórica, convirtiéndose, como conviene a su proceso de emergencia histórica, tardía pero no de distinta índole, a de los derechos civiles y políticos frente al Estado, en cívicamente controlables, a través, por ejemplo, de su objetiva cuantificación en políticas ordinarias y en el efectivo nivel de equidad social que tales políticas logran realizar.

En cuanto a las innovaciones, ante todo, un cambio de mentalidad acerca de lo público como ámbito de responsabilidad colectiva, que de no producirse nos ancla bien a mediados de siglo (años sesenta), bien a sus décadas finales (años ochenta-noventa). Es decir, o a una época en que a la crisis de la esfera pública se presumió como respuesta necesaria y suficiente<sup>12</sup> el recurso a la fórmula de difusión y ensanchamiento de un instrumento jurídico-político original del siglo XVIII, el derecho de sufragio, y que no generalizó el bienestar social, o a la reacción neo-liberal<sup>13</sup>, acudiendo a un instrumento jurídico-civil original del siglo XIX, la libertad (y la igualdad), plasmado en la ocupación de todo el espacio social por la institución del mercado espontáneo, autorregulado y libre, donde la estimulación del crecimiento económico tampoco ha reducido la desigualdad. Ante este panorama, hoy, ya en el futuro, sabemos que el bienestar no deriva mecánicamente de la extensión del derecho de voto; también, que la actividad de intercambio económico y la eficiente circulación de bienes en el mercado –cuya propia existencia implica ciertas precondiciones no desprovistas de relevancia moral–<sup>14</sup> no es por sí sola capaz de generar igual posición en él ni de erradicar con él la pobreza estructural y la escasez, y que más bien asimila y sostiene los actuales niveles de desigualdad sin desarticular su normal funcionamiento.

Ante este panorama, hoy, ya en el futuro, debemos comprender igualmente que a la base del problema del indetenible aumento de

<sup>12</sup> MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social* (1950), trad. de P. Linares, Alianza, Madrid, 1998.

<sup>13</sup> HAYECK, F. VON, *Camino de servidumbre* (1944), trad. de J. Vergara, Alianza, Madrid, 1985 (2.ª ed.); *Individualism and Economic Order*, Routledge & Paul Kegan, London, 1948; *The constitution of liberty*, Routledge & Paul Kegan, London, 1960; *Derecho, legislación y libertad. I, Normas y orden*, trad. de L. Reig Albiol, Unión, Madrid, 1985; *Derecho, legislación y libertad. II, El espejismo de la justicia social*, trad. de L. Reig Albiol, Unión, Madrid, 1988, y *Derecho, Legislación y libertad. III, El orden político de una sociedad libre*, trad. de L. Reig Albiol, Unión, Madrid, 1976. VELARDE, C., *Hayeck. Una teoría de la Justicia, la Moral y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1994.

<sup>14</sup> BRENANN, G., y BUCHANAN, J., *The Reason of Rules*, Cambridge UP, Cambridge, 1985, cap. II, sec. V; RUIZ-MIGUEL, A., «Mercado y Democracia», en *Claves de Razón Práctica*, 38, 1993, pp. 34-39; OVEJERO, F., *Mercado, Ética y Economía*, Icaria, Barcelona, 1994.

demandas igualitarias, de pobreza subsistente o siquiera de escasez como defectuosa distribución equitativa en el reparto de riquezas, junto a la crisis de tensión histórica límite en el sistema tradicional de representación política del modelo de democracia liberal y al lado también de los efectos de disgregación social sustanciales a la globalización del capitalismo democrático, comienzan a transparentar asimismo signos propios de una sociedad democrática avanzada, de una democracia más real y profunda: nuevas experiencias de participación y de nuevos valores sociales cohesionantes que ya anuncian a los derechos de la ciudadanía como los derechos humanos del siglo XXI.

5. *Soberanía cívica.*—Soberanía y ciudadanía han estado enfrentadas desde el nacimiento del Estado, y particularmente en conflicto durante los dos últimos siglos. Esa agudización tuvo inmediato origen en la estrecha vinculación competitiva que presidió la victoria ciudadana de los derechos individuales como conquista sobre la soberanía estatal. La paz a dicho antagonismo se firmó entre las partes, ciudadano y soberano, con la progresiva inclusión en las cartas constitucionales<sup>15</sup>, mediante paulatinos y diferentes mecanismos de contrapeso, de los derechos civiles, políticos y sociales. Las consecuencias, sin embargo, tuvieron mayor alcance. El Estado, convertido ya en ineluctable, evitaría en adelante quedar de nuevo y más desequilibrado, y para ello absorbió e integró desde luego la acción del poder constituyente de los ciudadanos. Pero tras ello iban a seguirse todavía otras repercusiones: que la soberanía popular se agotaba en el Estado constitucional, con lo que también concluía allí toda posibilidad de abrir cualquier otro episodio de «derechos». Y aún más, que la paz obtenida por el ciudadano del Estado —desde el absoluto, hasta finalmente el liberal y social— acusaba por contrapartida la tendencia a dejar trazado un límite máximo e insuperable al espacio político de la ciudadanía, o lo que es igual, a su autodeterminación para decidir sobre los actos y las creencias de su civismo, haciéndolo coincidir cada vez en mayor medida con la descripción política y social correspondiente al aparato institucional de la democracia liberal y al entramado de relaciones entre particulares en el sistema capitalista. Y al cabo, lo público, el espacio natural ciudadano, escenario por principio de su *participación soberana*, se transformó dentro de la democracia constitucional en el escenario de la *representación política*, mediante el ejercicio de los derechos políticos, en especial del derecho de sufragio, y de la *representación social* con base al reconocimiento de los derechos sociales<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> McILWAIN, C. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno* (1947), trad. de J. J. Solozábal Echevarría, CEC, Madrid, 1991.

<sup>16</sup> RUIZ MIGUEL, A., «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, 15-16, 1994, vol. II, pp. 651-674; PECES-BARBA, G., «Los derechos sociales, económicos y culturales: su génesis y su concepto», en *Derechos y Libertades*, II, 6, 1998, pp. 15-34.

Ese nuevo escenario de lo público, como bien sabemos, tampoco logró permanecer a salvo de ulteriores recortes políticos durante la crisis de las instituciones representativas, ni de recortes sociales por la sobredimensión del mercado<sup>17</sup>.

Por fortuna, como he señalado, el futuro contemporáneo, está inscribiendo una profundización de la democracia, la llamada «democracia crítica»<sup>18</sup> donde la Constitución no extenua el poder constituyente de la soberanía popular<sup>19</sup>, donde soberanía y derechos se muestran cooriginales porque mutuamente se presuponen<sup>20</sup>, donde lo público no se ciñe sólo a la Administración pública del Estado y al Mercado, donde, en fin, es creciente la nostalgia civil por una soberanía no debilitada, el regreso a una ciudadanía pujante y activamente participativa.

Porque, en efecto, el papel de la acción política y social ciudadana, aún sí comprometida a una determinada e incontestable idea de democracia (la constitucional) y de sistema económico (el capitalista), es determinante. Se edifica sobre fórmulas teóricas apoyadas en relecturas de la idea de autonomía política en Kant y Rousseau, aportando traducciones republicanas de la tradición liberal o traducciones liberales de la tradición republicana<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «La crítica neoliberal al Estado Social. Un resumen y una valoración». *Doxa*, 15-16, 1994, vol. I, pp. 243-370, y DE CASTRO, B., *Los derechos sociales, económicos y culturales. Análisis a la luz de la Teoría general de los Derechos Humanos*, Universidad de León, 1993 y «Estado Social y crisis de los derechos sociales, económicos y culturales», en *Derechos y Libertades*, II, 6, 1998, pp. 51-76.

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, G., *La crucifixión y la democracia* (1996), trad. de A. Pentimalli Melacino, Ariel, Barcelona, 1996 (Recensión a esta obra, por A. Greppi, en *Sistema*, 131, 1996, pp. 136-140).

<sup>19</sup> PALOMBELLA, G., *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. y Prol. («De la nostalgia civil: la soberanía popular») de J. Calvo González, Comares, Granada, 1999. Asimismo, RIPOLI, M., «Controversie sulla sovranità», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 29, 1999, pp. 219-231.

<sup>20</sup> HABERMAS, J., «Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana» (1994), trad. de J. González Amuchástegui, en *Derechos y Libertades*, II, 3, 1994, pp. 215-230.

<sup>21</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, Madrid, 1998 (3.ª ed.), «Claus Offe: lógica del capital y democracia representativa», en Id., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 219-266; BARCELONA, P., *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social* (1990), trad. de H. C. Silveira Gorski, J. A. Estevez Araujo, J. R. Capella, Trotta, Madrid, 1996 (2.ª ed.); D. Trend (ed.), *Radical Democracy. Identity, Citizenship, and the State*, Routledge, New York, 1995; *La Democracia de los Ciudadanos*, J. Rubio Carracedo J. M.ª Rosales (eds.) Suplemento I de *Contrastes. Revista Interdisciplinar de Filosofía* (Universidad de Málaga), 1996; RUBIO CARRACEDO, J., *Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo*, Trotta, Madrid, 1996; ROSALES, J. M.ª, «Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996, pp. 281-308, *Patriotismo, nacionalismo, ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997 (Recensión a esta obra, por J. Calvo González, en *Anuario de Filosofía del*

Al propio tiempo, su realización práctica se construye desde el conjunto de las muy variadas experiencias cívicas emergentes en el desarrollo del actual tejido social donde ya están densificando unos nuevos «derechos de la ciudadanía»: derechos (culturales) a la identidad colectiva, y a la participación diferencial (nacionalismo, identidades de género, minorías étnicas) que favorecen la solidaridad y el consenso social en torno a valores civiles compartidos entre grupos sociales diferentes, y compartidos entre las diferentes culturas en que se expresan, también por tanto la tolerancia y el disenso social.

Esta clase *Soberanía Cívica*, no pasiva o meramente receptora, sino protagonista, fruto de la capacidad de los agentes sociales para la organización autorrealizadora, y manifestación de una experiencia ciudadana donde el ciudadano aparece como miembro de una comunidad y no como ciudadano simplemente particular, parece al día de hoy, que es ya el futuro, la única vía de recargar de legitimidad la intervención pública de control sobre los poderes en el Estado de Derecho, incluida su versión jurisdiccionalizada como Estado constitucional de Derecho<sup>22</sup>, permitiendo establecer y verificar con el poder político de la Administración pública una interlocución e interacción mediadora libre y basada en la confianza, así como con la estructura de mercado, mediante la guía directiva marcada por pautas de consumo responsable.

6. *Versiones/reversiones en el derecho a la intimidad.*—La intimidad es una noción dúctil capaz de desencadenar una deriva interpretativa extraordinariamente versátil. Admite la ambivalencia y la paradoja; v. gr., en el par privado vs. público, pues aunque lo típico de lo público es no carecer de intimidad podemos asimilar para una misma realidad pública la intimidad de lo público y la publicidad de lo íntimo.

---

*Derecho XV*, 1998, pp. 468-470) y *Política cívica. La experiencia de la ciudadanía en la democracia liberal*, CEC, Madrid, 1998; VALLESPÍN, F., «Cosmopolitismo y sociedad multicultural», en A. Valencia Saiz (Coord.), *Participación y Representación políticas en las Sociedades Multiculturales*, Universidad de Málaga, 1998, pp. 29-46; GARCÍA-S. LUKES, S. (comp.), *Ciudadanía, identidad y participación*, trad. de J. M. Álvarez, Siglo XXI, Madrid, 1999; TOSCANO MÉNDEZ, M., «El liberalismo político y la educación de los ciudadanos en una sociedad pluralista. Acerca de la autonomía y la tolerancia», en *Contrastes. Revista Interdisciplinar de Filosofía*, III, 1998, pp. 231-257; NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, J. Cohen (comp.), trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1999; L. C. Bresser Pereira-N. Cunill Grau (eds.), *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Paidós, Buenos Aires, 1999; MOUFFE, C., *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, trad. de M. A. Galmari ni, Paidós, Barcelona, 1999; PETIT, Ph. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de T. Domènech, Paidós, Barcelona, 1999; P. Barry Clarke, *Ser ciudadano*, trad. de A. Mendoza, Squitur, Madrid, 1999; ARIAS MALDONADO, M., «Democracia verde versus democracia liberal: ¿hacia un nuevo modelo democrático?», en *Revista de Estudios Políticos*, 105, 199, pp. 211-232, y SARTEA, C., «Né uguali é diversi: cittadini. Una riflessione sull'ultimo Habermas», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 1999, pp. 467-486 (J. Habermas, *Die Einbeziehung des Andere. Studie zur politischen*, Frankfurt am Main, 1996).

<sup>22</sup> PALOMBELLA, G., «Giudici, diritti e democrazia», en *Democrazia e Diritto*, 1997 («Giudici e diritti»), pp. 241-264.

La ciudad sirve de ejemplo. En algunas poblaciones, existen zonas o barrios bajo la denominación de «ciudad-jardín». Significa que el espacio público de la «ciudad» toma referencia en el «jardín» privado, en lo que logra controlar su crecimiento interior y su desbordamiento externo, en un plegamiento hacia la intimidad que rivaliza con las estaciones y los días, con el tiempo, e igualmente en la alegoría del Edén, que era un jardín privado y un jardín de infancia (*kinder garden* de la humanidad), y en la del regreso adánico, a la ciudad como paraíso terrenal. Pero la ciudad también se ofrece, y con más frecuencia, como la exposición pública de lo íntimo; en la ciudad de los sin-casa (*homeless*), metáfora de la expulsión, en la ciudad del abandono y la miseria, en la ciudad sin-techo, de quienes ya no tienen intimidad alguna<sup>23</sup>, en la que les trata como a las basuras, excedentes de intimidad, que igualmente arroja a la vía pública. Pero no voy a tratar de esto ahora.

Con rasgos de ambivalencia y paradoja entre lo privado-público la intimidad se había mostrado ya mucho antes. Pienso en el nacimiento plenamente moderno de la pintura y en los motivos de los maestros holandeses cuyas tablas hacen públicas escenas interiores, intimistas, de espacio doméstico, del a diario de la vida de cada día, representándolas en una atmósfera de quietud y silencio que Bloch describía como «dulzura de la felicidad próxima»<sup>24</sup>. Es el deleite, el gozo, de la intimidad que disfruta el matrimonio Arnolfini, de Van Eyck, donde el ahondamiento repetitivo que refleja el espejo a la pared de la habitación es capaz de introducir la calle, lo público, en la alcoba, a la que sólo llega el sordo aleteo de las palomas en el alfeizar de la ventana. Era, seguramente, la metáfora de la intimidad y seguridad burguesas. Pero tampoco quiero referirme a ello.

Del generalizado derecho a la intimidad personal y familiar como derecho fundamental, más bien creo que interesa conocer con carácter prelidual en este futuro contemporáneo qué sea todavía lo defendible en una Europa plural, de diversidades multisegmentadas y de libertad de fronteras, pero también de grupos sociales y colectivos cerrados sobre sí mismos, sellados al exterior por sus señas de identidad<sup>25</sup>. O por expresarlo de otro modo, si el núcleo esencial de protección a la intimidad es propiamente la disposición privada acerca del conocimiento de informaciones sobre la subjetividad, o bien el control de la no disponi-

<sup>23</sup> Vid. *El Diablo Cojuelo*, de Luis Velez de Guevara, que levantaba los techos de las casas de una ciudad para desvelar la intimidad de los hogares.

<sup>24</sup> BLOCH, E., *El principio de esperanza* (1959), trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1979, T. II, pp. 375-376.

<sup>25</sup> DE LUCAS, J., *Europa, ¿convivir con la diferencia?: racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992, *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, y *Puertas que se cierran: Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», en *Sistema*, 106, 1992, pp. 71-81; ESCOBAR, R., *Metamorfosis della paura*, Il Mulino, Milano, 1997.



bilidad pública, por otros, de la difusión de aquel conocimiento. Y todo, además, en una Europa de profundas y constantes transformaciones tecnológicas que no sólo han traído un cambio de formas, sino también de conceptos en la comunicación informativa y en la morfología de los mundos privados<sup>26</sup>. El mundo es ahora, virtualmente, una «aldea global», y su espectador, extravertible, parte del espectáculo. En esta última circunstancia reside uno de los aspectos más polémicos y preocupantes de la intimidad heredados, creo, del espíritu de las viejas culturas comunitarias, del eremitismo societario frecuentemente dado, o al menos muy propenso, a manifestaciones xenófobas.

Podría construir mi reflexión como un relato. En efecto, «érase una vez» una comunidad cerrada (autocrática) donde no había intimidad en cuanto dominio exclusivo de un ámbito personalísimo de información. Todo el mundo sabía todo acerca del otro, y ese todo era «lo mismo». La relación funcionaba simétricamente para el común conocimiento de los «secretos», lo cual hacía que no hubiera secretos: «conozco bien a Fulano», «Fulano no tiene secretos para mí». Se vivía así, entonces, «públicamente». El «otro» era nuestra propia mirada desde fuera de nosotros mismos; al «otro» lo conocíamos como a nosotros mismos, el «otro» era «familiar». Esa no restricción de publicidad, el hecho de que prácticamente todo fuese público, determinaba también la exclusión de obscenidad; no existía noción de «obsceno» porque nada se situaba fuera de escena, todo y todos estaban en escena. Sí se protegía, sin embargo, la difusión de ese conocimiento haciendo que la información no rebasara determinados límites; límites no tanto de contenido sino de alcance, de frontera. Los límites eran la propia comunidad, de la que el sujeto formaba parte. Y así sucedió que un día llegó hasta aquel lugar un forastero, que fue muy pronto recibido de mal grado, porque «entraba en escena» y, por tanto, podía conocer de todos ellos, igualándose en la participación de un poder comunitariamente restringido; pensaron que el extranjero venía a «robarles» su espacio escénico visto que entraba en su intimidad común. Y resultó que la presencia del «extraño» se hizo cada vez más incómoda, porque aquel que era el obsceno, al descubrirles la «subjetividad», les trajo la sensación de «pudicia», les contrajo en su intimidad, que ya no sólo fue disposición privada acerca del conocimiento de informaciones de la subjetividad, sino algo metainformativo: el «recato» y la «reserva» de esa información, su ocultamiento, expresado en términos de autocontrol, ante el riesgo subsiguiente de desconocimiento acerca de quién era conocedor, de quién fuera el que

---

<sup>26</sup> BAUDRILLARD, J., *El otro por sí mismo* (1987), trad. de J. Jordá, Anagrama, 1988; LYON, D., *The Electric Eye. The Rise of Surveillance Society*, Polity, Cambridge, 1994; SAAVEDRA, M., «El riesgo de lo privado y el simulacro de lo público en la sociedad televisiva», en *Derechos y Libertades*, 5, 1995; pp. 463-481; S. G. Jones (ed.), *Cybersociety. Computer-Mediated Communication and Community*, Sage, London, 1995; QUÉAU, PH., *Lo virtual. Virtudes y vértigos*, trad. de P. Ducher, Paidós, Barcelona, 1995, R. Shields (ed.), *Culture of Internet. Virtual Spaces, Real Histories, Living Bodies*, Sage, London, 1996.

conocía, y la no disponibilidad pública, por otros, de aquel conocimiento de informaciones sobre la subjetividad, esto es, la censura, que luego fue extendiéndose cada vez más de los titulares de lo individual particular común, a los titulares de lo público general común, esto es, a los titulares de los poderes públicos. La pudicia, el recato, la «vergüenza», en definitiva, fue desde sus raíces filosóficas, sobre todo pascalianas, resultando paulatinamente sobre todo un conocimiento asimétrico<sup>27</sup>. Finalmente, el que por entrar desde fuera de escena los había dejado fuera de escena, el obsceno, y que también les hacía sentirse obscenos, porque les exponía a todas las miradas desde cualquier ángulo, les hacía sentir vergüenza, fue él mismo expuesto al estigma, a la censura, al desconocimiento público. Otra vez la vergüenza edénica, la exagerada pudibundez de Adán y Eva, que aparece cuando son arrojados del Paraíso, al quedar fuera de la escena «privada» (la intimidad del jardín), al salir al mundo exterior, a lo público. Lo pudoroso, lo privado, se transformaría más tarde, «muchos años después», en virtud.

Es en esta deriva interpretativa, que conduce por los caminos del pecado y el castigo al ocultamiento y a la culpa, donde la preocupación por la intimidad como garantía o control protector de la íntima subjetividad, de la privacidad que no deseo dar a conocer de mí, puede transformar en el miedo a no conocer de los otros que conocen de mí, y en el miedo a conocer qué sea lo que conozcan de mí. Es, al cabo, el riesgo no teórico de hacer del derecho a la intimidad, u otros derechos<sup>28</sup>, por *re-versibilidad*, expedientes de moralización preservativa y censoria de lo público.

Llegamos aquí al ecuador de este ensayo de doce preludios. En los seis restantes me limitaré a probar, a través de algunas breves notas, elegidas al azar entre los pautados de la Filosofía jurídica española, la sugerencia de idea musical, de melodía, que ya suena, o está a punto de hacerlo, o lo hará creo que a no tardar mucho. Y es:

<sup>27</sup> MCCORMICK, N., «Intimidad y obscenidad» (1978), en Id., *Derecho legal y socialdemocracia*, cit., pp. 139-154; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, cap. 9: «La intimidad en una sociedad informatizada», pp. 345-357, y «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, 10, pp. 203-217; ARANGUREN, J. L., et al., *De la intimidad*, C. Castilla del Pino (ed.), Crítica, Barcelona, 1989; H. BÉJAR, *El ámbito íntimo*, Alianza, Madrid, 1990 (2.ª ed.); DANE, P., «The public, the private, ad the sacred: variations of a theme of Nomos and Narrative», en *Cardozo Studies in Law and Literature*, 8, 1996, pp. 15-64; DE JUAN, J. L., *Incitación a la vergüenza*, Seix Barral, Barcelona, 1999; HERMIDA DEL LLANO, C., «Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil», y MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 703-715 y 717-738 respec.

<sup>28</sup> CALVO GONZÁLEZ, J., «Ghettoización de la Universalidad y futuro de los Derechos Humanos», en *Derechos y Libertades*, 5, 1995, pp. 405-412, y «Publicidad de las sentencias, intimidad del ofendido y derecho a la información. (Sobre el “relato de los hechos”», en Id., *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

1. *Sobre una teoría de la niebla jurídica*: En la niebla se esfuman los gestos representativos, tal vez por eso es casi siempre más turbadora que la evidencia. Ciertas semitransparencias del Derecho producen particulares efectos de desorientación sobre los operadores jurídicos y sus expectativas «razonables»<sup>29</sup>. Es lo que así denominaría como *niebla jurídica*. Se trata en algunos casos de niebla «natural»; por ejemplo, la producida en la textura abierta y vaguedad del lenguaje jurídico<sup>30</sup>, o en la interpretación operativa que trabaja con hechos indiciarios, hechos difusos como disipados, desvanecidos<sup>31</sup>. Otras veces esa niebla es más artificial; la niebla de los conceptos jurídicos indeterminados, de las nociones de contenido variable, o de las lógicas borrosas<sup>32</sup>. Pero existe también otro campo del Derecho en el que se levanta una relativamente espesa niebla, no del todo artificial ni por completo natural: la niebla jurídica que rodea a la discrecionalidad técnica y que tanto dificulta su control<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> RECASÉNS SICHES, L., «El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica», en *Diánoia*, 1956, pp. 24-54, y «lo razonable a contrario de lo racional en la Vida y en el Derecho», en VV. AA., *X Aniversario: Generación de Abogados, 1948-1953*. Universidad de Guadalajara, México, 1963, pp. 19-35; JORI, M., «Razionalità e Ragionevolezza del Diritto», en *Sociologia del Diritto*, II, 1975, 2, pp. 438-442; PERELMAN, CH., *Le raisonnement et le déraisonnable en Droit*, LGLJ, París, 1984; MCCORMICK, «On reasonableness», en Ch. Perelman-R. Vander Elst, *Les notions de contenu variable en Droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 131-156; ATIENZA, M., «Para una razonable definición de “razonable”», en *Doxa*, 4, 1987, pp. 189-200; AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), trad. de E. Garzón Valdés-R. Zimmerling, CEC, Madrid, 1991; PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht, London, 1989; CALVO GONZÁLEZ, J., «Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)» (1994), en Id., *Derecho y Narración*, cit., pp. 13-30; CORTEN, O., *L'utilisation du «raisonnable» par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, Bruxelles, 1997, y «L'interprétation du “raisonnable” par les juridictions internationales: au-delà du positivisme juridique?», en *RGDIP*, 1998, 1, pp. 5-44.

<sup>30</sup> CARRIO, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, y *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971; CAPELLA, J. R., *El lenguaje jurídico*, Añel, Barcelona, 1968; LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990. Vid. también POWELL, J., «Transparency, opacity ad openness», en *Journal of Legal Education*, 40, 1990, pp. 161-171.

<sup>31</sup> CALVO GONZÁLEZ, J., *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1998 (2.ª ed.), p. 21 y 49-85.

<sup>32</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Única solución correcta y conceptos jurídicos indeterminados», en C. Faralli-E. Pattaro, *Reason in Law*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 321-331; MACKAAY, E., «Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision», en *Langages*, 53, 1979, pp. 33-50; WROBLEWSKI, J., «Fuzziness of Legal System», en *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen, XVI Oikenstiede Jurisprudentia*, Vammala, 1983, pp. 315-334; GUASTINI, R., «Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 13, 1983, pp. 449-467; PERELMAN, CH.-VANDER ELST, R., *Les notions de contenu variable en Droit*, cit.

<sup>33</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 46, 1996, pp. 95-118, «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», en *Civitas*.

2. *Sobre las estructuras narrativas del Derecho*<sup>34</sup>: El origen del Derecho no sólo está en una fábula, sino que es una fábula que se reinventa a sí misma alimentándose de sí misma (v. gr.: la historia evolutiva jurídica como encadenada «novela del Derecho», de Dworkin<sup>35</sup>) y que, además, sin dejar de ser la misma historia, un universal análogo (historias de la misma historia), cambia cada vez que es contada por un distinto narrador, o por la voz de un mismo narrador bajo diferentes «mascaras narrativas». Hay, pues, también una manera narrativa de acercarse al pensamiento jurídico capaz de presentar el Derecho no sólo como un simple mecanismo de descripción o reproducción de la realidad, sino como el relato acerca del narrador que plasma en su historia la conciencia de lo que le afecta y de qué es lo que le afecta. La interrogación narrativa acerca de quién es el narrador y cuál sea su narración. Su utilidad no se limita a la geología y arqueología narrativa del derecho antiguo, sino que rinde valiosos resultados aplicada igualmente a la obra de los clásicos contemporáneos<sup>36</sup>.

---

*Revista española de Derecho Administrativo*, 92, 1996, pp. 535-554, «La dimensión dialéctica (y sus consecuencias), en la motivación de las sentencias», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 46, 1996, pp. 175-204 y *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998; ROUVILLOIS, F., «Le raisonnement finaliste du juge administratif», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 6, 1990, pp. 1817-1857; FERNÁNDEZ, T. R., *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, y «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, 83, 1994, pp. 381-401; ATIENZA, M., «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, 85, 1995, pp. 5-26; OTERO PARGA, M., «La arbitrariedad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XII, 1995, pp. 387-400; FERNANDO PABLO, M., «La motivación de los actos urbanísticos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 43, 1995, pp. 81-128; HINOJOSA MARTÍNEZ, E.-GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGUEZ, N. (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996; TARUFFO, M., «Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica», en M. Bessone (ed.), *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Giapichelli, Torino, 1997, pp. 139-153; LOMBARDO, G., «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 1997, pp. 939-986; DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997.

<sup>34</sup> CALVO GONZÁLEZ, J., *El Discurso de los hechos*, cit. y nota a esta 2.ª ed. («La razón narrativa del *post res perditas*»), pp. 1-11; *Derecho y Narración*, cit.; *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Agora, Málaga, 1996; «La verdad de la verdad judicial. (Construcción y régimen narrativo)», en Id. (Coord.), *Verdad (Narración) Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38.

<sup>35</sup> DWORKIN, R., «La chaîne du droit», en *Droit et Société*, 1, 1985, pp. 51-79, y *El Imperio de la Ley* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988; SHERWIN, R., «The narrative construction of legal reality», *Vermont Law Review*, 18, 1994, pp. 681-719; B. L. Apt, «Aggadah, legal narrative, and the Law», en *Oregon Law Review*, 77, 1994, pp. 943-1006; BARON, J.-B.-EPSTEIN, J., «Is law narrative», en *Buffalo Law Review*, 45, 1997, pp. 141-187.

<sup>36</sup> V. gr.: Hart. Vid. FITZPATRICK, P., *La mitología del Derecho moderno* (1992), trad. de N. Parés, Siglo XXI, México-Madrid, 1998, pp. 196-225.

3. *Sobre el minimalismo jurídico*: Qué es la norma jurídica, contemplada en su más perfecto refinado analítico, sino una abstracción minimalista. Sin embargo, los aspectos normativos y analíticos que se derivan de ese aserto no deben identificar ni necesariamente agotar la posibilidad de construir alguna hipótesis de trabajo sobre lo que podría llamarse «minimalismo jurídico». Más aún, no vencer la tentación de orientar un estudio minimalista del Derecho por caminos diferentes a los del formalismo o la jurisprudencia conceptual podría originar equívocos. En ellos, la supuesta «minimalización» se conduce, en todo caso, a través un reduccionismo del momento de la construcción o de la aplicación jurídica. El derecho es para Kelsen una construcción piramidal y escalonada que asciende hasta una hipotética norma fundamental, luego básica; no obstante, el sistema jurídico se explica descendiendo, de modo que la pirámide está, en realidad, en una posición invertida, donde la cúspide, un punto, actúa como el soporte de la línea base. Kelsen más bien parece un cubista<sup>37</sup>, incluso diría que un picasiano que logra ver a la par, y una en la otra, las dos caras realidad. La jurisprudencia de conceptos, por su parte, representa un abstraccionismo aplicativo del Derecho. La dogmática de un «paraíso de los conceptos», consiste, como escribe Hart, «en una actitud que procura encubrir y «minimizar» la necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de las normas una vez que la regla general ha sido establecida»<sup>38</sup>. En todo caso, aquella depuración formal y esta minoración del espacio se refieren a un disminucionismo equívoco para con la idea de minimalismo. Se trataría de adoptar otra variante de aproximación a la experiencia jurídica, diferente de las que la crítica jurídica ya ha desarrollado; no de tipo filosófica, interesada por la fundamentación, no histórica, interesada por el origen y la evolución de determinada institución jurídica, ni tampoco pragmática como interesada por los efectos que el Derecho produce en el destinatario, sino sociológica en su vertiente fenomenológica de raíz husserliana, de ir «a las cosas mismas». El minimalismo jurídico pretende ser una aproximación material al derecho mismo, considerado en su pura objetualidad; un enfoque, en suma, que permitiría un nuevo modo de valoración de qué es el Derecho.

4. *Sobre la cultura de la jurisdicción*: A este preludeo afluyen, entrelazados, gran número de temas sobre diferentes vicisitudes, a veces de relevancia en absoluto sólo teórica, relacionadas con la experiencia aplicativa del derecho en la función judicial, y que a su vez ramifican, no siempre libres de contradicciones, en problemas tales que la división de poderes, el modelo de juez del *common law* o del

<sup>37</sup> LAVAND, N., «Kelsen ou le cubisme», en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 9, 1986 («La Philosophie du Droit de Hans Kelsen»), pp. 97-114. (Cito sólo su título, pues el contenido no guarda relación con lo que anuncia).

<sup>38</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Nacional, México, 1980, pp. 161-162.

*civil law*, la legitimación democrática del juez, crisis de la racionalidad formal y sumisión exclusiva a la ley, etc., así como también en otros tantos relativos al par Justicia-Política<sup>39</sup>. A estos últimos, comunmente planteados hasta ahora en las conocidas variantes de judicialización de la política (subordinación del juicio político al juicio penal, criminalización de la política), politización de la justicia (neutralidad política vs. gobierno de los jueces, «ruido de togas», suplantación del *indirizzo politico*) se suma una nueva: la «judicialización» de la Justicia (*iude-suspectus*<sup>40</sup> vs. imparcialidad objetiva y subjetiva; *id est*, la mal llamada «contaminación» judicial), que desde ya comienza a desatar, *malgré lui*, una notable inquietud y confusión en ciertos ambientes y sectores de la Magistratura, y en el concreto y cotidiano ejercicio de la potestad jurisdiccional. Se debería, pues, no eludir por más tiempo la oportunidad de confeccionar un *index* del que resultaran convenientemente ordenados los contenidos del sintagma «función judicial».

De cualquier modo y mientras así sucede, la situación y estado de la cultura de la jurisdicción se muestra envuelta hoy, prácticamente al completo, por las tensiones de un cambio cuya más inmediata manifestación incide sobre el terreno de la tarea interpretativa asignada a los tribunales. Se trata, en efecto, de una transformación tan profunda que afecta, en primer lugar, al paradigma interpretativo de la «función judicial» *per se*, es decir, en cuanto actividad destinada *prima facie* a comprender, aplicar y justificar el Derecho. Frente a la función judicial interpretativa como actividad de *cognitiva invenio* (*ars invenienti*, descubrimiento e interpretación jurídica reproductiva) se registra asimismo, con claridad, una versión *volitiva* de la interpretación (discrecionalidad proyectada a la dimensión jurídica creacional). A esta dicotomía le cabe sin embargo, creo, igualmente la posibilidad de un desarrollo metanarrativo de la *jurisdictio* como traducción y no mera lectura o escritura<sup>41</sup>, de donde la función judicial interpretativa de la

<sup>39</sup> SAAVEDRA, M., «La legitimidad judicial la crisis del imperio de la ley», en *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1/1993, pp. 3-9 e «Interpretación judicial del Derecho y Democracia», en *Travesías, Política, Cultura y Sociedad en Iberoamérica*, I, 1, 1996, pp. 235-244; BERGALLI, R., «Protagonismo judicial y responsabilidad política», en *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 423-445; GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Alfons El Magnànim, Valencia, 1997; FERRAJOLI, L., «Jueces y Política» y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Control Judicial del Poder Político», en *Derechos y Libertades*, 7, 1999, pp. 63-80 y 81-87, resp.; ATIENZA, M., «Virtudes judiciales. Selección y formación de jueces en el Estado de Derecho», en *Claves de Razón Práctica*, 86, 1998, pp. 32-42; GUARNIERI, C.-PEDERZOLI, P., *Los jueces y la Política. Poder judicial y Democracia*, trad. de M. A. Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 1999.

<sup>40</sup> CALVO GONZÁLEZ, J., «*Iudex suspectus*. Semionarrativa y Retórica de la imagen» (1995), en Id., *Derecho y Narración*, cit., pp. 99-104.

<sup>41</sup> CALVO GONZÁLEZ, J., «Jurisdictio como traducción» (1995), en Id., *Derecho y Narración*, cit., pp. 107-118 [versión francesa «Jurisdictio comme traduction» en ΕΥΔΨΚΛΑ. *Revue du Centre International de Philosophie et Theorie du Droit*. (Atenas), 5-6, 1999, pp. 115-123], y «¿Qué va a ser de la interpretación jurídica? Seis propuestas para el próximo milenio», en P. Ferreira da Cunha (ed.), *Instituições de Direito. Filosofia e Metodologia do Direito*, vol. I, Almeida, Coimbra, 1998, pp. 453-464.

facticidad y legalidad apunte a ser entendible como actividad de *inventio deliberativa* (*ars inventa disponendi, narratio*, interpretación productiva)<sup>42</sup>, de forma que los tribunales sean concebidos como órganos heterónomos de producción jurídica.

5. *Sobre el giro a los principios*: Las transformaciones que la cultura de la jurisdicción operan sobre el cambio de paradigma interpretativo de la «función judicial» alcanzan igualmente a la interpretación constitucional de los derechos en una versión jurisdiccionalizada del Estado constitucional de Derecho como Estado (garantista) de los Derechos<sup>43</sup>. Traslucen aquí, inmediatamente, incertidumbres (e inquietudes) sobre el rol de «representación suplente» asumido por los jueces, y en una perspectiva algo más profunda de ese mismo conflicto institucional entre legisladores y jueces, entre ley y aplicación de la ley, asimismo que sin discutir a la ley (aun cuando valor abiertamente en crisis) su condición de presupuesto vinculativo de la decisión judicial (juez delegado, juez ejecutor), ésta se vincule también de modo indiscutible al compromiso objetivado por otros valores constitucionales (juez guardián). Pero, ¿cómo «pensar» la mutación del juez guardián en la *megajurisdicción* de la *superjudicatura*?

La vía, en todo caso, es (está siendo, en general, para bien) la del «Giro a los Principios», a una juridicidad habilitante no extranormativa, de moral positivada, que en la interpretación constitucional de los derechos suscita oportunidad genuina a una reescritura del conflicto Iusnaturalismo vs. Positivismo jurídico, ya no como empeño unilateral de pertenencia (inclusión, sujeción, imposición) vs. separación (segregación, autonomía, elección) de los órdenes de la Moral y el Derecho, sino como reconducción identificativa de las valencias y potencialidades de lo moral en lo jurídico<sup>44</sup>.

---

Además, TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, PUF, París, 1991, *Les figures du jugement*, PUF, París, 1993 y «La Codification, transcription ou transgression de la loi?», en *Droits*, 24, 1996, pp. 83-93. Asimismo, DE SOUSA SANTOS, B., «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», en *Journal of Law and Society*, 14, 3, 1987, pp. 279-302, D. Bourcier-P. Mackay (dir.), *Lire le droit*, LGDJ, París, 1992, y OST, F.-VAN DE KERCHOVE, M., «Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez», trad. de I. Lifante Vidal, en *Doxa*, 14, 1993, pp. 169-194, y GARCÍA PASCUAL, C., «Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 603-619.

<sup>42</sup> CALVO GONZÁLEZ, J., «La verdad de la verdad judicial. (Construcción y régimen narrativo)», cit., pp. 33-34, y «Post-scriptum», en id. (Coord.), *Verdad (Narración) Justicia*, cit., pp. 157-159.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez et al., Trotta, Madrid, 1998 (3.ª ed.), y *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de A. Greppi y P. Andrés Ibáñez, e Introd. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999; PALOMBELLA, G., «La conoscenza nell'interpretazione. (Un modello per la giurisdizione)», en J. Calvo González (coord.) *Verdad (Narración) Justicia*, cit., pp. 71-141, y «Giudici, diritti e democrazia», cit.

<sup>44</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, con Epíl. de G. Peces-Barba («Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», pp. 157-173), Trotta, Madrid, 1995. Asimismo, RUBIO LLORENTE, F., «Comentario a *Il diritto mite*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40, 1994,

6. *Sobre el destino de la filosofía jurídico-política en el siglo XXI:* El destino es el fervor y la efímera duración de los días. Alcanzar el destino es, pues, sólo cuestión de tiempo. El destino de la filosofía jurídico-política en el siglo XXI, aunque demorado a la última jornada del último calendario, está ahora lleno de rectilíneos días de futuro. Ninguna curvada interrogación aguarda en ellos que el concurso de la inteligencia no pueda erigir a tiempo. Tampoco ninguna fantasía que el ejercicio subjetivo de la imaginación y la voluntad no sepa convocar. El destino está en la Historia, y la Historia de nuevo está en *marcha*.

Y termino. El único y verdadero plan en la idea musical de estos preludios, urdidos con la levedad fragmentaria de sus epifanías, fue una invitación abierta a ejecutar la duración, la eurythmia, las secuencias armónicas y la fijación definitiva los contrastes tonales. Pero sé que en ellos no siempre he sabido evitar alguna anticipación personal, tal vez incluso todavía demasiado prematura. Ahora me disgusta la descortesía intelectual de esa falta de reserva. Mis disculpas.

---

pp. 427-435, y la sección monográfica «Hacia el Estado Constitucional: un debate» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996 sobre la obra de Zagrebelsky: GASCÓN ABELLÁN, M., «Presentación: la concepción del Derecho en *El derecho dúctil*» (pp. 17-38), ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «No conviene “matar” al “notario”. A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España)» (pp. 57-63), GARCÍA AMADO, J. A., «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios» (pp. 65-85), GUASTINI, R., «Derecho dúctil, Derecho incierto», trad. de M. Gascón (pp. 111-123), y PRIETO SANCHÍS, L., «El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de *El Derecho Dúctil* de Gustavo Zagrebelsky)» (pp. 125-158). También PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica* (1987), Tecnos, Madrid, 1993 (2.ª ed.), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997 y *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, y ATIENZA, M.-RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.



## Algunas reflexiones en torno al magisterio de la Iglesia Católica sobre los derechos humanos a partir del Concilio Vaticano II <sup>1</sup>

Por JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ

Universidad de Salamanca

En la primera parte del artículo se realiza un estudio crítico de la evolución histórica del magisterio de la Iglesia Católica sobre la idea de los derechos humanos, desde su rechazo hasta el cambio de actitud sobre la misma, tal y como se deduce de los textos del Concilio Vaticano II y de documentos posteriores. En la segunda parte, se presentan los dos modelos de fundamentación sobre los derechos defendidos por el magisterio católico. El primero es un modelo filosófico que retoma el pensamiento de santo Tomás de Aquino sobre la ley natural y que nos servirá para plantear las dificultades de diálogo entre el Magisterio y las éticas contemporáneas que defienden un fundamento racional de los principios morales. El segundo modelo de fundamentación parte del análisis de diferentes pasajes de la Biblia para extraer de ellos criterios justificatorios sobre los derechos del hombre, adoptando una perspectiva teológica válida únicamente para los creyentes.

---

<sup>1</sup> El presente artículo recoge en buena medida, parte de la ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos, celebrado en Salamanca del 26 al 29 de octubre de 1998, y ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DGES núm. PB 96-1272.

## 1. PRESENTACIÓN

La materia objeto de estudio es, sin duda, muy extensa para ser analizada con la profundidad requerida en estas escasas páginas. El número de encíclicas, cartas apostólicas, documentos conciliares, sinodales, etc.; en los que se han abordado y se continúan analizando los problemas relativos al concepto, al fundamento o a la protección de los derechos humanos, es casi inabarcable. Por esta razón, me limitaré a exponer algunas reflexiones sobre los principales documentos elaborados por el magisterio de la Iglesia Católica<sup>2</sup> en relación con dos temas que considero especialmente interesantes para la Filosofía de los Derechos Humanos.

El primero es el relativo al cambio de actitud del magisterio hacia la idea de los derechos humanos. Para comprender la trascendencia de la incorporación del magisterio al movimiento cultural de la defensa y promoción de los derechos humanos, considero imprescindible hacer un recorrido histórico breve en el que recordaré algunas de las manifestaciones críticas que la Iglesia de Roma dirigió tanto hacia la idea como hacia la positivización jurídica de esos derechos. A partir del estudio de diferentes fuentes, abordaré el significativo cambio doctrinal que el magisterio de la Iglesia Católica adoptó de forma decidida en la famosa encíclica de Juan XXIII *Pacem in terris*, del año 1963<sup>3</sup>. La asunción de la idea de los derechos humanos ha tenido sus consecuencias dentro y fuera del ámbito eclesial. Dentro, porque desde este Magisterio se han presentado y defendido argumentaciones sobre los derechos del hombre que han facilitado la adhesión de la Iglesia Católica al movimiento cultural de los derechos; y fuera, porque el hecho de que la jerarquía de la Iglesia Católica haya hecho suya la defensa de estos derechos ha contribuido a mejorar su difusión y su protección por todo el mundo. Además, la apertura llevada a cabo por el Magisterio hacia otras religiones y hacia otras éticas ha generado discusiones teológicas sobre la libertad o la igualdad de los propios católicos dentro de la Iglesia.

---

<sup>2</sup> Considero que forman parte del «magisterio de la Iglesia Católica» los diferentes documentos elaborados, de forma individual o conjunta, por quienes constituyen la «Jerarquía de la Iglesia», esto es: Papas, Cardenales, Arzobispos y Obispos, quienes por su autoridad confieren oficialidad eclesial a los escritos que analizaremos. Por su significación en este tema, utilizaré documentos procedentes de la Comisión Pontificia *Iustitia et Pax* y de la Comisión Teológica Internacional –a las que también considero pertenecientes a la jerarquía eclesial–, y citaré, también, algunos escritos de teólogos cristianos relativos a los derechos humanos y a su fundamentación.

<sup>3</sup> Por lo que se refiere a nuestro país, la aparición de la encíclica provocó la publicación de múltiples libros colectivos, sobradamente conocidos: *Comentarios a la «Pacem in terris»*, Madrid, La Editorial Católica BAC, 1963; *Comentarios civiles a la encíclica «Pacem in terris»*, Madrid, Taurus, 1963; *Comentarios universitarios a la «Pacem in terris»*, Madrid, Tecnos, 1964, etc. Sobre el pensamiento católico renovador en España, y en particular sobre derechos humanos, véase, entre otros: GARCÍA MANRIQUE, R., *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 351 y ss.

El segundo tema que analizaré será el relativo a la fundamentación de los derechos humanos defendida por el Magisterio de la Iglesia Católica. Los modelos de fundamentación utilizados han sido dos: uno, elaborado desde una perspectiva filosófica iusnaturalista, y otro construido, esencialmente, a partir del estudio teológico de las Sagradas Escrituras. Expondré la evolución del primero y me detendré en el comentario de la concepción de ley natural presentada en los diferentes documentos y en el importante tema del posible diálogo entre el Magisterio y algunas éticas contemporáneas. Por último, expondré los principales modelos bíblico-teológicos propuestos.

## 2. ¿CONTINUIDAD DOCTRINAL O RENOVACIÓN?

Quienes sean asiduos lectores de las encíclicas, cartas apostólicas, y otros documentos del magisterio de la Iglesia estarán de acuerdo en señalar que una de las costumbres más extendidas entre los autores de los mismos consiste en citar los documentos pastorales de sus antecesores, siempre para corroborar las afirmaciones y los juicios ya emitidos. Otro de esos hábitos es el de hacer coincidir la fecha de publicación de las nuevas encíclicas con la de otras anteriores, sirviendo este hecho para rendir homenaje a los anteriores pontificados. El objetivo principal de estas prácticas no es otro que el de poner de manifiesto la continuidad doctrinal del pensamiento teológico y filosófico de la jerarquía eclesial. Lo mismo se percibe en los documentos que estudiaré, en los que late la idea de que la doctrina social de la Iglesia constituye un conjunto de reflexiones que ha sabido combinar la fidelidad a los principios invariables de la fe y de la moral cristiana con el dinamismo inherente de la vida social.

Sin embargo, esa pretendida continuidad doctrinal es aparente en relación con el tema de los derechos humanos<sup>4</sup>. Esta valoración no pretende en modo alguno negar el mensaje liberador dirigido al hombre, ni la defensa de la dignidad del mismo, afirmaciones reiteradamente expresadas en la Biblia y concretadas en la actitud de Jesús de Nazaret hacia los hombres y mujeres de su tiempo. Sería absurdo ignorar las influencias cristianas que recibieron en su momento, tanto las declaraciones liberales de derechos del siglo XVIII, como la Declaración Universal cuyo cincuentenario conmemoramos en el año 1998<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Entre quienes sostienen que sí existe continuidad doctrinal respecto a esta materia, cfr. CANTERO NÚÑEZ, E., *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Madrid, Speiro, 1990, pp. 109 y 116, en donde afirma que no existen más que ciertas diferencias en el lenguaje utilizado por Juan Pablo II en relación con el de sus antecesores, pero en ningún caso considera que las diferencias sean de contenido.

<sup>5</sup> En este sentido, Cfr. ETXEBERRÍA, X.; *Derechos humanos y cristianismo. Aproximación hermenéutica*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, p. 9. El autor califica la relación entre los derechos humanos y el cristianismo de compleja y contradictoria, en

Creo, pues, necesario diferenciar con nitidez lo que ha sido y es una actitud de defensa de la dignidad del hombre que se remonta siglos atrás —ciertamente con bastantes sombras en su realización—, de lo que fue la actitud mantenida durante mucho tiempo por la jerarquía católica hacia un concepto histórico —el de los derechos humanos—, elaborado por la filosofía política liberal al que pronto anatematizó.

Recordemos algunos datos suficientemente ilustrativos al respecto <sup>6</sup>. El 10 de marzo de 1791, el Papa Pío VI emitió el anatema solemne en la *Bula Quod aliquantulum*. Fueron fundamentalmente, los artículos 3.º, 10., y 11. de la *Declaración de 1789* los que recibieron las condenas morales más fuertes por parte de la jerarquía. Según el Magisterio, la afirmación de que: «toda soberanía reside esencialmente en la Nación», negaba el principio paulino *Non est potestas nisi a Deo*. Al defender la libertad de conciencia expresada en los siguientes términos: «Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas,...» y más tarde, la de comunicación y opinión: «La libre comunicación de pensamientos y de las opiniones, es uno de los derechos más preciosos del hombre...», se estaban estableciendo, según la jerarquía, las premisas que conducirían a la secularización de la sociedad. La proclamación de los derechos del hombre fue interpretada como un ataque frontal a la religión católica. La ausencia de una mención explícita a Dios o a los derechos de la religión católica, concebidos éstos siempre como derechos excluyentes frente a otras confesiones religiosas, fueron denunciados como ejemplos significativos de la actitud anticatólica de los defensores de la idea de los derechos del hombre.

Como es bien conocido, esta manera de afrontar las relaciones de la jerarquía de la Iglesia Católica con el pensamiento filosófico-político moderno se manifestó en diferentes documentos pontificios, como en la encíclica de Gregorio XVI *Mirari vos*, de fecha 15 de agosto de 1832, o en encíclica de Pío IX *Quanta Cura* seguida del *Syllabus*, ambos textos de fecha 8 de diciembre de 1864. En ellos se recogen algunas de las reivindicaciones de los derechos humanos otorgándoles el significativo título de errores del «mundo moderno». La crítica a las teorías del contractualismo filosófico-político, el rechazo de la soberanía popular y del sistema democrático, fueron algunos de los temas enjuiciados negativamente desde esta visión preconiliar de la realidad política <sup>7</sup>.

---

cuanto que las declaraciones de derechos surgen en un contexto cultural al que no se le pueden negar raíces judeo-cristianas, e inmediatamente entran en colisión con la Iglesia Católica, así sucedió con el pensamiento ilustrado y con la Revolución Francesa.

<sup>6</sup> En este punto, seguimos fundamentalmente la exposición ofrecida por LABOA, J. M.; «Iglesia y declaración de Derechos del Hombre», en AA.VV., *Instituto Fe y Secularidad. Memoria Académica. 1988-1989*, Madrid, pp. 20-36.

<sup>7</sup> Cfr. PECES-BARBA, G.; «Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1 (1981), pp. 212 y ss. y en *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, «Boletín Oficial del Estado», 1995, pp. 79 y ss., en donde analiza el pensamiento católico y el pontificio en relación con los derechos humanos.

Aunque no podemos detenernos en el análisis de esta fuerte reacción de la Iglesia ante la idea de los derechos humanos y, en general, ante los principales postulados liberales, sí conviene recordar, como hace, entre otros, Yanes Álvarez, que el liberalismo decimonónico fue con frecuencia anticlerical, «en el sentido militante de la palabra», actitud ésta que se puede comprender como consecuencia, a su vez, de la estrecha vinculación entre la jerarquía de la Iglesia Católica y la monarquía absoluta, y que llevó a la primera, una vez derrocada la segunda, a sentirse amenazada y perseguida por el movimiento liberal. Los derechos del hombre eran interpretados entonces por la jerarquía eclesial como derechos contra los derechos de Dios<sup>8</sup>, como libertades contra la religión o como liberación de la religión<sup>9</sup>. Ahora bien, esta situación que se produjo con diferente intensidad en todos los estados europeos, no puede servir de argumento para justificar el hecho de que hasta el año 1963, año en el que se publica la encíclica *Pacem in Terris*, el magisterio de la Iglesia Católica no admitiera de una manera plena y decidida la idea de los derechos humanos. La historia nos enseña la paulatina evolución del liberalismo político concretada en el progresivo respeto del hecho religioso, junto a la transformación, más lenta aún, de la actitud de los dirigentes eclesiales hacia la idea de los derechos humanos y hacia los principios políticos característicos de las democracias liberales.

Formarían también parte de los pasos previos a ese cambio de actitud acontecido en el Concilio Vaticano II, los siguientes documentos publicados a lo largo del siglo XX: la encíclica de León XIII *Rerum novarum*, en la que se hace referencia a los derechos del hombre —en concreto a los derechos de los trabajadores—, con un lenguaje menos virulento que el de sus predecesores; las encíclicas de Pío XI *Mit brennender Sorge* de fecha 14 de marzo de 1937, y *Divini Redemptoris*, de 19 de marzo de 1937, en las que se manifiesta el rechazo de la jerarquía de la Iglesia Católica al nazismo y al comunismo como formas políticas totalitarias; y los conocidos radiomensajes de Navidad de Pío XII, en especial el de 1942 en el que se defiende la dignidad de la persona humana, y el de 1944 en el que se exponen las condiciones morales necesarias para la existencia de lo que el pontífice llamó una «sana» democracia<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Situación, según Philippe ANDRE-VINCENT, «...provoqué par la Révolution française avec la naissance de l'homme sujet de droit absolu de la Déclaration de 1789». *Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II*, París, LGDJ, 1983, p. 78.

<sup>9</sup> Cfr. YANES ÁLVAREZ, E.; *Fundamentos teológicos de los derechos humanos*. Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI, el 7 de marzo de 1994 en Madrid, pp. 7 y 8. En similares términos se expresa Gilbert APOLLIS, «L'Eglise et les Déclarations des droits de l'homme de 1789 et 1948 en *Droits de Dieu et Droits de l'homme. Actes du IX Colloque national des Juristes catholiques*, París, des 11-12 novembre 1988, París, TEQUI., p. 48. Relaciona directamente el rechazo católico con la política anticlerical practicada por los revolucionarios franceses a partir de cierto momento, aunque considera que la Declaración fue elaborada en un contexto exento, por lo general, de actitudes antirreligiosas.

<sup>10</sup> Vid. *Doctrina Pontificia II. Documentos Políticos*, Madrid, Editorial Católica, 1958, pp. 838-855 y 868-885

Pero el cambio esencial de la jerarquía Católica hacia la idea de los derechos humanos se explicita en la encíclica de Juan XXIII *Pacem in Terris*, de fecha 11 de abril de 1963 y, posteriormente, en dos documentos conciliares de gran importancia: la Constitución *Gaudium et spes* y la Declaración *Dignitatis humanae*. Estos escritos constituyen un claro reflejo de la idea subyacente a lo largo de las sesiones conciliares expresada por el Papa Juan XXIII con el término *aggiornamento* pastoral, palabra que podríamos traducir como actualización o puesta al día. Este *aggiornamento* de la Iglesia demandaba de la jerarquía la admisión y la valoración positiva de la idea de los derechos humanos tal y como habían sido definidos en la Declaración Universal del año 1948. Este paso decisivo fue consecuencia, a su vez, de una nueva forma de entender las relaciones entre la Iglesia Católica y el mundo, tal y como se advierte claramente en la Constitución *Gaudium et spes*, publicada siendo papa Pablo VI. La comunicación entre lo cristiano y lo social no se concebía ya como una relación entre dos órdenes diferentes, «“sometido” en cierto modo el social al cristiano» –característica ésta del modelo preconiliar–<sup>11</sup>, sino que la relación debía ser entendida ahora desde una nueva actitud de la Iglesia de inserción en el mundo moderno y de cooperación con él.

Esa nueva actitud consistió en reconocer que tanto un concepto que procedía de «fuera de ella», el de los derechos humanos, como una Declaración elaborada al margen de los diferentes credos religiosos, merecían, sin embargo, una valoración moral positiva. Y ello sólo puede entenderse desde el reconocimiento explícito de la autonomía de las realidades terrenas, ya que, según se dice: «las cosas creadas y la sociedad misma gozan de propias leyes y valores, que el hombre ha de descubrir, emplear y ordenar poco a poco», puesto que, además, «la Iglesia (...) sin que siempre tenga a mano respuesta adecuada a cada cuestión, desea unir la luz de la revelación al saber humano para iluminar el camino recientemente emprendido por la humanidad»<sup>12</sup>.

Los quince años de silencio del magisterio desde la proclamación de la Declaración Universal de Derechos del año 1948, hasta la publicación de la *Pacem in terris*, se rompieron desde los primeros párrafos de esta encíclica<sup>13</sup>. Se definió en ella la nueva posición de la jerar-

<sup>11</sup> Cfr. VIDAL, M.; «Debate interno sobre la Doctrina social de la Iglesia», *Iglesia Viva*, núms. 153-154, 1991, pp. 325-344.

<sup>12</sup> Cfr. *Gaudium et spes*, a partir de ahora citada GS., núm. 36. Los textos pontificios y conciliares salvo que se indique lo contrario, están tomados de *Once grandes mensajes*, Edición preparada por Jesús Iribarren y Jose Luis Gutiérrez García, Madrid, BAC, 1993.

<sup>13</sup> Jean RIVERO ha calificado el cambio de actitud como «...retorno espectacular de una importante corriente de pensamiento (se refiere al pensamiento de la Iglesia Católica),... tras una lenta evolución», que ha desembocado en «...una adhesión explícita a la idea de los derechos humanos». Cfr. «Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985, p.189.

quía de la Iglesia Católica ante la realidad política del momento, y al abordar el importante tema de la forma de la organización jurídica del Estado, se indicó que lo primero que ésta requería era la constitucionalización de los derechos fundamentales del hombre. Además, el papa Juan XXIII se manifestó partidario de una autoridad pública de alcance mundial y expresamente valoró la mencionada Declaración como el primer paso hacia una constitución jurídica y política de todos los pueblos del mundo, proclamando el deseo de que esta organización pudiera garantizar, con eficacia, los derechos del hombre, ya que la defensa de los derechos y deberes de la persona humana constituía el contenido básico del bien común<sup>14</sup>.

Comparte el mismo espíritu la Constitución pastoral *Gaudium et spes*. Se insiste allí en el hecho de que la Iglesia «proclama los derechos del hombre y reconoce y estima en mucho el dinamismo de la época actual que está promoviendo por todas partes tales derechos.»<sup>15</sup> Fue esencial en este proceso de acercamiento a la idea de los derechos humanos la publicación de la *Declaración sobre la libertad religiosa*, libertad que no deja de ser una concreción de la libertad de conciencia tan denostada por la jerarquía católica en siglos precedentes. La libertad religiosa es definida en el texto conciliar como «inmunidad de coacción, de tal manera —se dice—, que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público.»<sup>16</sup> Similar respaldo a los derechos humanos encontramos en las proposiciones finales del Sínodo del año 1971 sobre el tema la «Justicia en el mundo» en las que, además de reiterar el apoyo de la Iglesia a las Naciones Unidas, se insta a todos los gobiernos que aún no han ratificado la Declaración Universal a que lo hagan cuanto antes<sup>17</sup>.

Estos decididos impulsos en favor de la defensa de los derechos humanos fueron también alentados por voluntad expresa de Pablo VI, fiel continuador de la labor iniciada por Juan XXIII en este compromiso de la Iglesia Católica con el mundo. Al Papa Montini se debe la creación de la «Pontificia Comisión Justicia y Paz», cuyo objetivo principal consiste en el estudio y la investigación de los problemas y posibles soluciones relativos a la justicia y a la paz<sup>18</sup>. También fue iniciativa de Pablo VI la elección del tema ya mencionado del Sínodo del año 1971 y el diseño de una estrategia política de acercamiento a las instituciones internacionales que se concretó en múltiples visitas a

<sup>14</sup> Cfr. *Pacem in terris*, a partir de ahora citada *PT.*, núms. 9, 60, 75, 139, 144 y 145.

<sup>15</sup> Cfr. *GS.*, núm. 41.

<sup>16</sup> Cfr. «Declaración sobre la libertad religiosa», núm. 2, en *Concilio Vaticano II. Constituciones, Decretos y Declaraciones*, Madrid, BAC, 1967, p. 784.

<sup>17</sup> Cfr. «Documento final del Sínodo La Justicia en el mundo», *Ecclesia*, núm. 1569, 18 y 25 de diciembre de 1971, pp. 27 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. Motu proprio «Iustitiam et pacem», *Ecclesia*, núm. 1849, 13 de agosto de 1977, pp. 15 y ss.

la sede de la Naciones Unidas en Nueva York, a la O.I.T., a la F.A.O., etc.; y que se manifestó en la participación activa de la Santa Sede en todas las conferencias internacionales organizadas por las Naciones Unidas. Signos de esos nuevos tiempos lo constituyen las diferentes actividades tendentes a la colaboración ecuménica, como la creación en el año 1967 del SODEPAX –Comité de investigación sobre la sociedad, el desarrollo y la paz como nexo de unión entre el Consejo Ecuménico de las Iglesias y la Pontificia Comisión Justicia y Paz–, así como el desarrollo de una extensa actividad pastoral por numerosos países en la cual el tema de la defensa los derechos humanos fue una constante <sup>19</sup>.

El 10 de diciembre de 1974, el Presidente de la Comisión Pontificia «Iustitia et Pax», Cardenal Maurice Roy, presentaba un documento titulado *La Iglesia y los derechos del hombre* <sup>20</sup>, en el que se contienen las principales reflexiones del magisterio sobre este tema y en el que se diferencia la perspectiva iusnaturalista de acercamiento a los derechos humanos y la perspectiva puramente teológica. Este pequeño escrito constituye un documento básico para conocer y comprender el pensamiento del magisterio desarrollado posteriormente.

La preocupación por el reconocimiento y por la promoción de los derechos humanos se ha convertido también en una de las características del pontificado de Juan Pablo II. La valoración de la Declaración Universal de 1948 continúa la línea positiva iniciada por Juan XXIII. En su primera encíclica, del año 1979, *Redemptor hominis*, reconoció el esfuerzo llevado a cabo por las Naciones Unidas para definir los derechos inviolables del hombre y resaltó el largo camino que resta aún por recorrer hasta la realización efectiva de estos derechos <sup>21</sup>. Sobre el texto de 1948 afirmó que había «ayudado a la humanidad a tomar conciencia de su comunidad de destino» y que el mismo había puesto de «relieve un conjunto de nociones impregnadas de tradición cristiana, en particular la noción de dignidad de la persona.» <sup>22</sup>

Para finalizar este breve recorrido de carácter histórico, quiero referirme a tres cambios de actitud que se están manifestando en las últimas décadas en el seno de la Iglesia Católica. Esos cambios demuestran las influencias externas que la Iglesia está recibiendo y aunque deberían ser estudiados de una manera mucho más amplia de

<sup>19</sup> Cfr. BIFFI, F.; «Los derechos del hombre en el Magisterio de los Papas del siglo XX». en AA.VV., *Los derechos humanos. Enfoque cristiano*, Quito, FIUC. Ed. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986, pp.148 y ss.

<sup>20</sup> COMISIÓN PONTIFICIA «IUSTITIA ET PAX», *La Iglesia y los derechos del hombre*, Ciudad del Vaticano, 1975.

<sup>21</sup> Cfr. JUAN PABLO II, *Redemptor hominis*, Madrid, Ed. Paulinas, 1979, pp. 49 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. JUAN PABLO II, «Discurso dirigido al Cuerpo Diplomático acreditado en la Santa Sede (9-1-1989)» en *Juan Pablo II y los derechos humanos, (1981-1992)*, Edición a cargo de Javier Hervada y José Manuel Zumaquero, Pamplona, EUNSA, 1993, p. 301.



la que ahora puedo hacer, basten unas líneas para comprender su importancia y su necesaria inclusión en este trabajo.

En primer lugar, la Jerarquía de la Iglesia Católica ha realizado, y sigue realizando, un análisis histórico-crítico de sus actitudes y comportamientos hacia la idea de los derechos humanos<sup>23</sup>. Este repaso ha concluido, en muchos casos, con la petición pública de perdón, tal y como recoge la Carta Apostólica *Tertio Millennio Adveniente*, cuando de forma genérica se reconoce que, en ocasiones, la Iglesia ha ofrecido al mundo «el espectáculo de modos de pensar y actuar que eran verdaderamente *formas de antitestimonio y de escándalo*» y que, además, ha utilizado «*métodos de intolerancia e incluso de violencia en el servicio a la verdad*». La Carta Apostólica hace también extensivo este examen de conciencia a todos los cristianos para que se pregunten por las responsabilidades que tienen en relación con «...*los males de nuestro tiempo*». <sup>24</sup> Este cambio de actitud frente a la tradicional imagen que la Iglesia ofrecía al mundo, como institución incapaz de cometer errores, debe ser valorado muy positivamente. Parece evidente que sólo en la medida en que la jerarquía profundice en la auto-crítica, sus mensajes serán más respetados y se considerarán mejor legitimados ante todos los hombres <sup>25</sup>.

En segundo lugar, la apertura hacia los otros cristianos y también hacia las otras religiones con el fin de ofrecer a toda la humanidad respuestas a sus necesidades, ha convertido a la idea de los derechos humanos en un elemento aglutinador de los principales credos religiosos. Con esta actitud ecuménica se celebró en Kyoto, del 16 al 21 de octubre de 1970, la «Conferencia Mundial de las Religiones para la Paz» y se elaboró una declaración final en la que se definió un *ethos* universal de las grandes religiones al servicio de la sociedad mun-

---

<sup>23</sup> Cfr. COMISIÓN PONTIFICIA «IUSTITIA ET PAX», *op. cit.*, p. 13.: «... el pensamiento, la acción de la Iglesia no en todos los periodos de su historia han sabido defender y promover los derechos de la persona humana con la claridad y energías necesarias». Entre los intelectuales católicos que han adoptado esa misma actitud autocrítica se encuentra Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, quien, tras reconocer y recordar las luces y las sombras de la Iglesia en relación con la idea de los derechos humanos, indica que «...la historia nos ha impuesto por ese pecado colectivo de omisión y a veces de acción, contra las legítimas libertades humanas, una dura penitencia; la penitencia que se revela en los juicios desfavorables –y a veces en los gritos– de los millones de hombres que lucharon... por el efectivo reconocimiento y la eficaz protección de ese haz de derechos...», cfr. *El Concilio Vaticano II y los derechos del hombre*, Madrid, Edicusa, 1968, p. 9.

<sup>24</sup> Cfr. JUAN PABLO II; *Carta apostólica «Tertio millennio adveniente»*, Salamanca, Sígueme, 1996. En especial, núms. 33-36. Los subrayados son lo originales del texto de la Encíclica.

<sup>25</sup> Al tiempo de escribir este artículo se produjo la difusión del documento titulado «Memoria y reconciliación: la Iglesia y las culpas del pasado», en el que se hace un repaso de los errores cometidos por la Iglesia Católica a lo largo de la historia. Lo sorprendente ya no es sólo que este escrito haya tardado tanto en publicarse, sino que el gesto de reconocer y pedir perdón por esas culpas, no ha sido bien acogido por ciertos sectores eclesiales.

dial<sup>26</sup>. Años después, y con ocasión del XXV aniversario de la Declaración Universal, el día 8 de diciembre de 1973, se emitió un comunicado conjunto de la Comisión Pontificia «Iustitia et Pax» y del Consejo Ecuménico de las Iglesias en el que se animaba a todas las comunidades cristianas a participar en la defensa y promoción de los derechos humanos. En 1986, se celebró con el mismo espíritu ecuménico el encuentro de oración y compromiso por la Paz en la ciudad italiana de Asís. Conviene recordar que los demás cristianos no católicos, como la Alianza Reformada mundial en 1976, el Sínodo General de la Iglesia de Inglaterra, ese mismo año, la Alianza Luterana mundial, un año después, y la Iglesia Ortodoxa, también vienen elaborando documentos en los que la defensa de la dignidad del hombre y de sus derechos se percibe con toda claridad.

Y en tercer lugar, la defensa y proclamación de los derechos humanos ha supuesto una llamada a la coherencia de la jerarquía católica en relación con los derechos humanos de los católicos dentro de la misma Iglesia. Puede que haya quien piense que en el ámbito eclesial no tiene sentido reivindicar derechos, que éstos surgieron en un marco jurídico-político completamente diferente al de la Iglesia, que la teoría política liberal los concibió, ante todo, como límites del poder político y que esa característica hace que no tengan ni sentido ni cabida dentro de la Iglesia Católica. Sin embargo, aunque ha sido la propia jerarquía eclesial la primera en comprender que ella misma debía dar un testimonio del respeto de los derechos humanos en su propio seno —así se refleja en el documento final del Sínodo sobre la Justicia en el mundo donde se hace un análisis de las situaciones más conflictivas entre las que cita: los derechos de los trabajadores contratados por la Iglesia, la libertad de expresión y de pensamiento, y una escasa y vaga alusión a los derechos de las mujeres para que «tengan su propia parte de responsabilidad y de participación en la vida comunitaria de la sociedad y también de la Iglesia»<sup>27</sup>—, lo cierto es que no se han dado más pasos en esta línea. No es de extrañar, por tanto, que haya surgido un movimiento dentro de la Iglesia Católica que desde hace décadas viene reclamando un cambio de las posiciones oficiales. Ejemplo de las actividades de ese movimiento lo constituyen la reunión celebrada en 1968 en la Universidad Católica de Washington, sobre el tema la «Declaración de libertades cristianas», en la que se reivindicaron, entre otros derechos, el de recibir información objetiva sobre las actuaciones internas y externas de la jerarquía eclesial y el derecho a la igualdad de los cristianos sin discriminación por razón de raza, color o sexo, etc.<sup>28</sup>; o la creación de la «Asociación para los derechos de los católicos en la

<sup>26</sup> Esta idea ha sido propuesta, entre otros, por Hans KUNG, cfr. «A la búsqueda de un *ethos* básico universal de las grandes religiones», *Concilium*, núm. 228, 1990, pp. 289-309.

<sup>27</sup> Cfr. «Documento final del Sínodo La Justicia en el mundo», *op. cit.*, p. 31.

<sup>28</sup> Cfr. CORIDEN, J. A.; «Los derechos humanos en la Iglesia. Una cuestión de credibilidad y autenticidad», Trad. J. Pascual, *Concilium*, núm. 144, 1979, p. 93.

Iglesia», nacida en Estados Unidos en 1980, que ha presentado una «Carta de los derechos de los católicos en la Iglesia»<sup>29</sup> de carácter reivindicativo. En ese documento se mencionan varios derechos, entre otros: el derecho de todo cristiano a contraer matrimonio (en clara alusión a favor del establecimiento de excepciones al voto de castidad), el derecho a investigar libremente en el campo de la teología, y el derecho a elegir el ministro eclesiástico que se prefiera<sup>30</sup>. Reivindicaciones que no han sido asumidas en el vigente Código de Derecho Canónico en el que se recogen diferentes derechos y obligaciones cuya titularidad corresponde a todos los fieles (cánones 208-223), a los fieles laicos (cánones 224-231), a los clérigos (cánones 273-289), y a los institutos religiosos y a sus miembros (cánones 662-672)<sup>31</sup>.

Cierto es que la Iglesia Católica no es una organización política democrática en la que tendrían plena acogida y sentido los derechos humanos. Pero, dado que la Iglesia, como todo grupo social mínimamente desarrollado, posee una estructura organizativa en cuya cúspide se encuentra una jerarquía que ejerce su autoridad y su poder temporal, elaborando normas y sancionando su incumplimiento, etc; resulta evidente que se pueden producir situaciones que vulneren algunos derechos humanos<sup>32</sup>. La tarea de dotar de efectividad a los derechos humanos dentro de la Iglesia continúa pendiente y deberá ser abordada con profundidad y con coherencia, pues no resulta legítimo para criticar las violaciones de los derechos humanos quien no reconoce, en su propio seno, las situaciones que los vulneran<sup>33</sup>.

### 3. LAS FUNDAMENTACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DEFENDIDAS POR EL MAGISTERIO DE LA IGLESIA CATÓLICA

Preguntarse por el fundamento de los derechos humanos es plantearse la razón justificadora última de su reconocimiento y de su protección. Como sabemos, los redactores de la Declaración Universal del año 1948 llegaron a lo que se ha denominado un «consenso práctico o político»

<sup>29</sup> Cfr. *Concilium*, núm. 167, 1981, pp. 143 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. GREINACHER, N.; «Derechos humanos-derechos cristianos», *Concilium*, núm. 175, 1982, pp. 211-227.

<sup>31</sup> Cfr. *Código de Derecho Canónico*, Madrid, BAC, 1983.

<sup>32</sup> Puede consultarse en relación con este tema *Los derechos humanos en la Iglesia*. II Congreso de Justicia y Paz de los dominicos y dominicas de España. Madrid, 25-27 de abril de 1986, Salamanca, San Esteban, 1986. El libro se refiere, entre otros temas, a la libertad de investigación, a los derechos de la mujer y a las clases marginadas dentro de la Iglesia.

<sup>33</sup> Cfr. Díez-Alegría, J. M.<sup>a</sup>; «Situación actual de los Derechos Humanos en la Iglesia» en AA.VV., *Instituto Fe y Secularidad. Memoria académica 1988-1989*, Madrid, pp. 53-60.

sobre el fundamento de los derechos<sup>34</sup>. En virtud de este acuerdo, la dignidad inherente a todo ser humano fue considerada el fundamento de los derechos. Resultaba imposible avanzar en una delimitación conceptual de la «dignidad humana» porque difícilmente se alcanzaría el respaldo unánime de los firmantes de la Declaración. La pregunta sobre la procedencia de esa dignidad del hombre, no fue respondida<sup>35</sup>.

Como apuntamos antes, el magisterio de la Iglesia Católica defiende una doble fundamentación de los derechos humanos, por una parte, ha hecho suyos los postulados de la filosofía iusnaturalista de san Agustín y de santo Tomás de Aquino<sup>36</sup>, a los que ha agregado sin provocar ninguna incompatibilidad doctrinal, fundamentaciones bíblico-teológicas. Esta doble fundamentación puede generar alguna confusión. Habría que recordar que no todas las teorías iusnaturalistas implican fundamentaciones religiosas o, al menos, no tienen por qué hacerlo necesariamente. Sería conveniente delimitar, con la mayor claridad posible, cuándo el Magisterio presenta una justificación de los derechos realizada desde una perspectiva filosófica y cuándo lo hace desde una perspectiva teológica.

### 3.1 La fundamentación iusnaturalista

Cuando la Iglesia asumió explícitamente el texto de la Declaración en la encíclica *Pacem in terris*, ofreció a todos los hombres un fundamento de los derechos del hombre con la pretensión de responder a la pregunta sobre el sentido último de la dignidad humana, tanto desde una perspectiva teológica<sup>37</sup> como desde una filosófica iusnaturalista. Desde los primeros párrafos de la encíclica *Pacem in terris* se percibe la fundamentación iusnaturalista de los derechos del hombre al afirmarse que el fundamento de toda convivencia bien ordenada reside en el principio de que «todo hombre es persona», lo que significa, dice la

<sup>34</sup> En referencia a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la ONU, Norberto Bobbio indica que no tiene sentido intentar establecer el fundamento absoluto de los derechos humanos, puesto que ya existe un fundamento histórico consensuado. «Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados». Cfr. *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

<sup>35</sup> Cfr. THILS, G.; «La reflexión de los teólogos» en AA.VV., *Los derechos humanos. Enfoque cristiano*, Quito, FIUC, Ed. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986, p. 84.

<sup>36</sup> Sobre la invocación de la autoridad de San Agustín y Santo Tomás de Aquino, cfr. *Veritatis splendor*, núm. 43. En adelante citaremos a través de *Comentarios a la «Veritatis splendor»*, Edición dirigida por Gerardo del Pozo Abejón, Madrid, BAC, 1994. Cfr. núm. 43. A partir de ahora *VS*.

<sup>37</sup> La dignidad de todo ser humano forma parte de las verdades reveladas por Dios. Cfr. *PT.*, núm. 10.

encíclica, que «todo hombre es una naturaleza dotada de racionalidad y libertad, y que por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su naturaleza», siendo éstos considerados universales, inviolables e irrenunciables<sup>38</sup> De manera más explícita aún, se afirma que esos derechos y deberes naturales tienen su «origen, mantenimiento y vigor indestructible» en la ley natural que los confiere o los impone<sup>39</sup>, exigiéndose además al Estado que los reconozca y los regule en su «constitución general»<sup>40</sup> con fórmulas precisas y claras. La ley natural, se afirma, es el fundamento normativo del que dimanen los derechos humanos.

### 3.1.1 *El concepto de ley natural*

Aunque los documentos que analizamos no constituyen tratados filosóficos –no es esa la pretensión de sus autores–, sí que transmiten la concepción que el magisterio de la Iglesia tiene sobre la ley natural. Lo que se ha producido es una evolución en el tratamiento del concepto de ley natural. Mientras que en algunos textos, como la *Pacem in terris* o la *Gaudium et spes*, se puede apreciar una cierta diferenciación cuando se alude a la ley natural y a la filosofía iusnaturalista y de cuando se expone el contenido de la ley divina y de los principios de la fe cristiana; esta distinción de perspectivas no se percibe con la misma intensidad ni claridad en *Veritatis splendor*. Como expondré más adelante, el tratamiento que se hace en esta encíclica de la ley natural es puramente teológico, insistiéndose a lo largo de todo el documento en la conexión entre la ley eterna y la ley natural.

En los primeros números de la *Pacem in terris* se expone que el Creador ha impreso en el corazón de todo hombre un orden que la conciencia descubre<sup>41</sup>. La ley que define ese orden es una norma que establece qué es lo que está bien y qué es lo que está mal. Esa ley es una ley natural, puesto que forma parte de la naturaleza de todo hombre, y es también una ley moral<sup>42</sup> que regula, principalmente, cómo debe ser el comportamiento de los hombres entre sí, cómo deben regularse las relaciones de los ciudadanos con las autoridades públicas de cada Estado y cómo deben ordenarse las de la comunidad mundial de todos los pueblos<sup>43</sup>. En los textos citados se advierte la doble perspectiva utilizada por el Magis-

<sup>38</sup> Cfr. *PT.*, núm. 9.

<sup>39</sup> *Ibidem*, núm. 28.

<sup>40</sup> *Ibidem*, núm. 75.

<sup>41</sup> La noción de ley natural expuesta, como es sabido, parte de la reflexión hecha por Santo Tomás de Aquino sobre el conocido texto de San Pablo *Rm 2, 14* referido a los gentiles, de los que se dice que «...si bien no tienen ley escrita (se refiere a la ley mosaica), tienen, sin embargo, una ley natural, mediante la cual todos entienden y tienen conciencia de lo que es bueno y de lo que es malo». Cfr. *Suma Teológica*, 1-2.q.91, a.2, Madrid, BAC, tomo VI, 1956.

<sup>42</sup> *Ibidem*, núm. 81.

<sup>43</sup> *Ibidem*, núms. 5, 6 y 7.

terio, pues, por una parte, se afirma que Dios es el legislador último de esa ley natural, pero, por otra, se defiende que todo hombre puede conocer y comprender lo establecido por dicha norma, siendo por ello una ley de validez universal. La perspectiva teológica y la filosófica iusnaturalista adoptada por el Magisterio se complementan.

Lo mismo sucede al definir el concepto de ley natural en la *Gaudium et spes*. Se afirma allí que todo «hombre tiene una ley escrita por Dios en el corazón», y a la vez, se explica que la conciencia de cada hombre es la que permite conocer el contenido de esa norma. Como además, aquélla es común a todos «une a los cristianos con los demás hombres para buscar la verdad y resolver con acierto los numerosos problemas morales»<sup>44</sup>.

La idea de la complementariedad de modelos de fundamentación también se percibe en el documento de la Comisión Pontificia «Iustitia et Pax» *La Iglesia y los derechos del hombre*, y también ha sido seguida por la Comisión Teológica Internacional y por la Comisión Pontificia «Iustitia et Pax» en un importante documento publicado en el año 1983. Se diferencia en este último texto entre las fundamentaciones ascendentes, llamadas iusnaturalistas, y las fundamentaciones descendentes, o cristológicas. La primera de dichas fundamentaciones o enfoques defiende que conceptos como el de derecho natural, o el de naturaleza humana, pueden servir para mejorar la comprensión y la colaboración con los no creyentes. En el segundo enfoque se insiste en que el mensaje liberador de Cristo alcanza a todo hombre, es por tanto universal en su destino, aunque confesional en cuanto a su fuente. No obstante, aunque se ha reconocido la mejor disposición para el diálogo si se parte de postulados puramente filosóficos –como los que pudiera ofrecer la idea de ley natural–, lo cierto es que esta estrategia ha sido calificada por los autores del citado documento de incoherente. El Magisterio de la Iglesia, se dice, no puede ocultar, o no utilizar verdades que encuentra en el Evangelio, verdades sobre el hombre que son universalmente válidas. Por tanto, el planteamiento presentado en este documento de 1983 por la Comisión Teológica Internacional y por la Comisión Pontificia «Iustitia et Pax», defiende la complementariedad y no oposición del acercamiento ascendente y del descendente al considerar que su coexistencia no es más que un «caso particular de la articulación naturaleza y gracia, fe y razón, siempre difícil de realizar»<sup>45</sup>, dejándo abierta la posibilidad de mantener un diálogo con los no creyentes. Lo que nunca se admitiría en ese tipo de diálogo es que se silenciara las verdades procedentes de la fe cristiana.

El documento del año 1983, alude además a un significativo cambio en la utilización del lenguaje por parte de la jerarquía de la Iglesia. Se dice que términos como los de *naturaleza*, *Derecho Natural* o *Ley*

<sup>44</sup> Cfr. GS. núm. 16.

<sup>45</sup> Cfr. Comisión Teológica Internacional y Comisión Pontificia «Iustitia et Pax», *Los cristianos de hoy ante la dignidad y los derechos de la persona humana. Doc. 1983*, Madrid, CETE, 1987. pp. 43 y ss.

*Natural*, han sido sustituidos por otros como los de *hombre*, *persona humana*, *recta razón*, o *humanización*<sup>46</sup>. Sin embargo, esta afirmación, entiendo que debe ser matizada al menos en dos sentidos: en primer lugar, los cambios lingüísticos no han implicado ninguna variación substancial en la línea doctrinal sobre los derechos del hombre, ésta se ha mantenido invariable desde el Concilio Vaticano II hasta nuestros días; y en segundo lugar, en contra de lo dicho anteriormente, el concepto de «ley natural» se ha convertido en imprescindible y esencial —nunca ha dejado de serlo si se analizan los textos pontificios—, para fundamentar la teología moral católica a partir de la contundente defensa del mismo expuesta en la encíclica de Juan Pablo II *Veritatis splendor*, publicada el día 6 de agosto de 1993. La importancia de la mencionada encíclica es conocida y ha dado lugar a múltiples estudios. Su influencia en la última encíclica de Juan Pablo II, *Fides et ratio*, de fecha 14 de septiembre de 1998<sup>47</sup>, es también patente.

Antes de proceder al estudio de las dos encíclicas citadas, es necesario hacer una consideración previa de carácter general que nos facilitará la comprensión de la problemática existente en estas materias. Formalmente, las encíclicas se dirigen a los obispos de la Iglesia Católica, son ellos los primeros destinatarios de las reflexiones del Papa como responsables de las Iglesias locales, pero, de hecho, no son los únicos interesados en su contenido. Desde el Concilio Vaticano II, el Magisterio Pontificio ha ido sumando lectores de muy diferente procedencia, bien del ámbito eclesial, o bien del extraeclesial. Debido a esta nueva situación, fruto también de la atención prestada por los medios de comunicación al magisterio, éste posee desde hace décadas una amplia difusión. Se une a esta realidad socio-cultural la vocación misionera de la Iglesia que requiere, según se expone en diferentes textos pontificios, una actitud dialogante, abierta y misionera con el mundo. Pues bien, ese talante dialogante no se advierte en el caso de la encíclica *Veritatis splendor*, probablemente porque el objetivo esencial de la misma fue el de reafirmar algunas verdades fundamentales de la doctrina moral católica que habían sido mal interpretadas en algunas Facultades de Teología y Seminarios católicos<sup>48</sup>. Concrecciones de ese objetivo lo constituyen la utilización reiterativa del argumento de la autoridad pontificia, que ha llevado a muchos católicos a interpretar aquélla más bien como un ejercicio de autoritarismo<sup>49</sup>, o la insistencia del Pontífice en recordar

<sup>46</sup> Ibídem, p. 45. (Las cursivas son del texto).

<sup>47</sup> Citaremos por la edición de *Fides et ratio*, versión española de la Políglota Vaticana, Madrid, San Pablo, 1998. A partir de ahora: *FR*.

<sup>48</sup> Se citan el rechazo a la doctrina tradicional sobre la ley natural, la negación de la universalidad y permanente validez de los preceptos morales y se opina que el magisterio no debe intervenir en cuestiones morales mas que para exhortar y proponer valores «en los que cada uno basará después autónomamente sus decisiones y opciones de vida». Cfr. *VS*, núm. 4.

<sup>49</sup> Cfr. BLÁZQUEZ, N.; «Ley natural» en *Comentarios a la «Veritatis splendor»*, *op. cit.*, pp. 617 y ss. Considera además que el tema de la ley natural podía haber sido

a los obispos su responsabilidad en la misión de preservar la transmisión fiel de la enseñanza moral a los fieles, siempre en comunión *cum Petro et sub Petro*<sup>50</sup>. Por todo ello, al analizar la exposición que esta encíclica hace sobre la ley natural, no podemos olvidar en ningún caso, como bien destaca Niceto Blázquez, que Juan Pablo II «se dirige a los teólogos moralistas y no a los filósofos sin más»<sup>51</sup>.

La idea principal expuesta en la *Veritatis splendor* es la defensa de la existencia de una norma moral básica llamada «ley natural». Se recuerda que se encuentra impresa en los corazones de todos los hombres<sup>52</sup>, de manera que a través de la razón natural todos puedan conocer sus prescripciones, siendo por tanto, universal en sus preceptos<sup>53</sup>. Así pues, para responder doctrinalmente a las interpretaciones incorrectas antes mencionadas, el magisterio Pontificio reiteró las ideas básicas de la filosofía iusnaturalista de san Agustín y fundamentalmente de santo Tomás de Aquino sobre la existencia de la ley natural<sup>54</sup>, con sus características de racionalidad, universalidad e inmutabilidad; aunque en relación con esta última, se advierte que corresponde al propio magisterio de la Iglesia precisar, según las circunstancias históricas, el contenido de las normas a través de las cuales se expresa la mencionada ley<sup>55</sup>.

La encíclica pretende responder a la pregunta moral por excelencia: ¿qué he de hacer para obrar bien?, la respuesta dada en este documento sólo puede ser admisible desde la creencia en la existencia de Dios, «sólo Él es bueno y conoce perfectamente lo que es bueno para el hombre», se dice. Ese código moral lo constituyen los mandamientos, cuyo compendio y fundamento no es otro que el mandamiento del amor al prójimo. En él se expresa, además, la «singular dignidad de la persona humana»<sup>56</sup>, debido a que es la única criatura en la tierra a la que Dios ha amado por sí misma<sup>57</sup>. Las principales conclusiones teológicas que se extraen de la encíclica son que la libertad o autonomía personal del hombre y la ley de Dios están en armonía, aunque el hombre siempre es libre de obedecer o no los mandamientos; y que

---

enfocado de una manera más filosófica y menos teológica mitigando el recurso a la autoridad pontificia; y también, entre otros, FLECHA ANDRÉS, J. R.; «Presencia de la Biblia en la *Veritatis splendor*». *Ibidem*, p. 381.

<sup>50</sup> Cfr. VS. núm. 116.

<sup>51</sup> Cfr. *op. cit.*, p. 615.

<sup>52</sup> Cfr. VS., núm. 12.

<sup>53</sup> Cfr. VS., núm. 51.

<sup>54</sup> De ella se dice «... no es más que la luz de la inteligencia infundida en nosotros por Dios. Gracias a ella conocemos lo que se debe hacer y lo que se debe evitar. Dios dio esta luz al hombre en la creación», se remite a Santo Tomás en la *Summa Theologiae* I-II q.91.a.2 y al *Catecismo de la Iglesia Católica*, núm. 1955; y continúa diciendo: «Después lo hizo en la historia de Israel, particularmente en las “diez palabras”, o sea, con los mandamientos del Sinaí, ...» Cfr. VS., núm. 12. El Decálogo contiene, pues, preceptos de la ley natural y del derecho divino.

<sup>55</sup> Cfr. VS., núm. 53.

<sup>56</sup> Cfr. VS., núm. 13.

<sup>57</sup> Cfr. GS., núm. 24.



Dios es la única fuente de moralidad<sup>58</sup>. Según lo expuesto por el magisterio, no se puede afirmar que existe una conciencia moral subjetiva y autónoma. Se niega que la razón autónoma tenga capacidad para crear valores y normas morales, aunque sí pueda descubrirlos si actúa rectamente<sup>59</sup>. Como se advierte tras la lectura de la encíclica, la respuesta que ofrece el magisterio al problema del conocimiento de la verdad moral es eminentemente teológica.

### 3.1.2 *La posibilidad de diálogo*

Junto a estas afirmaciones contenidas en la *Veritatis splendor*, el magisterio de la Iglesia Católica ha querido recordar, también en esta encíclica, la disposición al diálogo con la cultura moderna partiendo del carácter racional de las normas morales contenidas en la ley natural<sup>60</sup>. Sin embargo, lo que la encíclica no concreta son los cauces necesarios para profundizar en esa comunicación con otras filosofías que también defienden la posibilidad de un fundamento racional de la ética<sup>61</sup>.

En casi todas las encíclicas posteriores al Concilio Vaticano II se insiste en la necesidad que la Iglesia Católica tiene de participar en el diálogo con el mundo moderno. ¿Cuáles serían las características de ese diálogo? La encíclica *Ecclesiam suam*, la primera del pontificado de Pablo VI, de fecha 6 de agosto de 1964, contiene múltiples referencias al diálogo, definido en este documento como la actitud que la Iglesia debería tener en su relación con la humanidad. Frente a actitudes y comportamientos poco dispuestos al diálogo con la sociedad, se defiende ahora una actitud de diálogo más flexible, «... adaptado a la índole del interlocutor y a las circunstancias de hecho», cuyas características principales serían el respeto de la dignidad y de la libertad del interlocutor y la exclusión de la condenación apriorística y de la polémica ofensiva y habitual<sup>62</sup>.

La verdad moral objetiva, se dice, puede encontrarla el cristiano «en el diálogo con los otros hombres y estando atento a la parte de verdad que encuentra en la experiencia de vida y en la cultura de las personas y de las naciones»<sup>63</sup>. Ahora bien, para que esa verdad objetiva de la que puede participar el cristiano con otros hombres sea auténtica, debe estar siempre y necesariamente de acuerdo con la «Verdad moral» absoluta

<sup>58</sup> Cfr. *VS.*, núm. 35.

<sup>59</sup> *Ibidem*, núm. 32 y núm. 40.

<sup>60</sup> Cfr. *VS.*, núm. 36, se cita allí a SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q.71.a.6.

<sup>61</sup> En relación con esta carencia, Niceto BLÁZQUEZ indica que: «Teniendo en cuenta que la cuestión de la ley natural no es exclusiva de la teología cristiana, sino que afecta a la entera humanidad, la encíclica podía haber sacado más partido con algunas reflexiones o consideraciones filosóficas más cercanas y comprensibles para posibles lectores no creyentes, o creyentes no cristianos». Cfr. *op. cit.*, p. 617.

<sup>62</sup> Cfr. *Ecclesiam suam*, núms. 72 y 73. A partir de ahora *ES*.

<sup>63</sup> Cfr. *Centesimus annus*, núm. 46. A partir de ahora *CA*.

que es Dios. El magisterio de la Iglesia no admite la existencia de una verdad moral que fuera independiente o contraria a la «Verdad», con mayúsculas. Además, y esto es necesario subrayarlo, el diálogo del que tímidamente se habla en esta cita, es un diálogo con límites preestablecidos, ya que el cristiano, se dice, al entrar en comunicación con los demás hombres, no debe renunciar a lo que ha conocido a través «... de la fe y del correcto ejercicio de su razón».<sup>64</sup> Pero no se dice nada más sobre ese posible diálogo, ni sobre las características que debería tener para definir las normas morales objetivas. Y en relación con el diálogo dentro de la Iglesia, se recuerda que éste «no suprime el ejercicio de la obediencia... por un lado; ni el de la sumisión por otro», recordando, de nuevo, la constitución jerárquica de la Iglesia<sup>65</sup>.

Además, el magisterio tiene el «... deber de declarar la incompatibilidad de ciertas orientaciones del pensamiento teológico y de algunas afirmaciones filosóficas con la verdad revelada»<sup>66</sup>, porque una de sus principales misiones es la de velar por la explicación fiel de la Palabra de Dios a todos los hombres. Ahora bien, el diálogo entre el magisterio de la Iglesia y algunas concepciones filosóficas genera una serie de interrogantes sobre su posible compatibilidad. Algunas de esas dudas han sido expresamente respondidas por el magisterio —como es el caso del rechazo a las éticas consecuencialistas y proporcionalistas<sup>67</sup>—, otras no. La concepción cristiana y universal de los derechos humanos no resulta compatible ni con el existencialismo ateo ni con el naturalismo materialista, se dice, mientras que otras corrientes de pensamiento modernas, como el personalismo procedente de Emmanuel Mounier, contienen intuiciones sobre la comunidad y la persona que «... pueden integrarse en otras filosofías, como también en la teología católica»<sup>68</sup>. De forma más general y vaga se alude también a la posibilidad de diálogo sobre la dignidad humana con justificaciones modernas no cristianas y se cita a la filosofía trascendental, a la existencialista y, de nuevo, al personalismo comunitario, siempre en la medida en que no estén cerradas al recurso de la trascendencia divina ni a la cristología, aunque no se profundiza ni se concreta más sobre la comunicación con estas filosofías<sup>69</sup>.

Similares planteamientos se repiten en la encíclica de Juan Pablo II *Fides et ratio*<sup>70</sup>. Las relaciones entre la filosofía y la teología no ha-

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Cfr. *ES.*, núms. 91 y ss. y 107.

<sup>66</sup> Cfr. *VS.*, núm. 29.

<sup>67</sup> El magisterio de la Iglesia advierte que son soluciones morales inaceptables porque esas éticas no admiten la existencia de prohibiciones morales absolutas, es decir, de actos intrínsecamente malos que contradicen el bien de la persona. Cfr. *VS.*, núms. 75 y ss. Cfr. GUTIÉRREZ, G.; «La *Veritatis splendor* y la ética consecuencialista contemporánea», en *Comentarios a la Veritatis splendor*, *op. cit.*, pp. 233-262.

<sup>68</sup> Cfr. Comisión Teológica Internacional y Comisión Pontificia *Iustitia et Pax*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>70</sup> *Vide FR.*, *op. cit.*

bían vuelto a ser estudiadas con detenimiento desde la publicación de la encíclica *Aeterni Patris*, de León XIII, de fecha 4 de agosto de 1879. Se afirma en *Fides et ratio* que las filosofías que han olvidado o negado el carácter trascendental del hombre han provocado la aparición en los últimos tiempos de diferentes formas de agnosticismo y relativismo ético que han derivado en la valoración del hombre sólo desde criterios pragmáticos<sup>71</sup>. Se acoge muy favorablemente todo esfuerzo filosófico abierto al carácter trascendental del ser humano y se defiende la complementariedad de esa forma de usar la razón con la fe cristiana. La Iglesia tiene el deber, a través de lo que ha llamado «diakonía humilde pero tenaz», de indicar lo que pueda resultar incompatible con la fe y, por tanto, con la verdad y rechaza a «quienes consideran que la verdad es el resultado del consenso y no de la adecuación del intelecto a la verdad objetiva»<sup>72</sup>. Se critica también a las filosofías que niegan las aportaciones de verdad que derivan de la revelación divina y se insiste en afirmar la autonomía de la razón, aunque se recuerda, a la vez, que ésta no puede erigirse en un valor absoluto y exclusivo<sup>73</sup>. La encíclica expresa con toda claridad cual sería la situación ideal para mejorar las relaciones entre razón y fe, ésta no sería otra, se dice, que la elaboración de una filosofía en consonancia con la Palabra de Dios, filosofía ésta que sería, además, el «punto de encuentro entre las culturas y la fe cristiana, el lugar de entendimiento entre creyentes y no creyentes»<sup>74</sup>. Resulta difícil imaginarse cómo se llevaría a cabo esa comunicación sobre la que no se dice nada.

En el capítulo séptimo de la encíclica *Fides et ratio* se hace un análisis de los sistemas filosóficos rechazables por el magisterio de la Iglesia, estos son, según el citado documento: el *eclecticismo* por negar la posibilidad de discernir la parte de verdad de un pensamiento de lo que pueda tener de erróneo, el *historicismo* por negar la validez perenne de la verdad, el *cientifismo* por negar la validez de las formas de conocimiento que no sean propias de las ciencias positivas, el *pragmatismo* porque admite que la rectitud de un determinado comportamiento se decida con el voto de la mayoría parlamentaria y el *nihilismo* por negar el sentido de la existencia humana<sup>75</sup>. De entre todos ellos, el que más nos interesa es el *pragmatismo*, definido como «actitud mental propia de quien al hacer sus opciones excluye el recurso a reflexiones teóricas o a valoraciones basadas en principios éticos», cuyas consecuencias, se dice, se han manifestado en la construcción de un «concepto de democracia que no contempla la referencia a fundamentos de orden axiológico y, por tanto, inmutables», de modo que «las grandes decisiones morales del hombre se subordinan, de hecho, a deliberaciones

<sup>71</sup> Ibídem, núm. 5.

<sup>72</sup> Ibídem, núm. 56.

<sup>73</sup> Ibídem, núm. 79.

<sup>74</sup> Ibídem.

<sup>75</sup> Ibídem, núms. 86-89.

tomadas cada vez por los órganos institucionales»<sup>76</sup>, en referencia, según interpreto, a los Tribunales Constitucionales.

La pregunta clave es entonces ¿cómo sabemos cuáles son las normas morales objetivamente válidas?, ¿no puede existir un procedimiento a través del cual se garantice la objetividad de las normas morales? El magisterio dice, por una parte, que «la doctrina moral no puede depender en absoluto sólo de la llamada ética “procedimental” [...] no puede venir determinada en modo alguno por las reglas y formas de deliberación de tipo democrático»<sup>77</sup>. Pero además, Juan Pablo II afirma que no es admisible de ningún modo que «la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos [...] si no existe una verdad última –se advierte– [...] las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin principios se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como lo demuestra la historia»<sup>78</sup>. La primera cita está destinada a no admitir los postulados de la ética procedimental en lo que se refiere a las situaciones ideales de deliberación; la segunda se dirige directamente a criticar ciertas desviaciones de las democracias reales.

La principal conclusión que podemos extraer de estas afirmaciones del magisterio es que en ellas no se percibe una diferencia de trato entre las fundamentaciones convencionales defendidas por las teorías del consenso fáctico, como la que puede representar Norberto Bobbio, y las concepciones procedimentales de racionalidad práctica, defendidas por Karl Otto Apel, Jürgen Habermas o John Rawls, entre otros<sup>79</sup>. Y ciertamente no son lo mismo.

No es éste el momento de entrar a estudiar un tema tan amplio y complejo como el de la valoración que la Jerarquía de la Iglesia hace sobre las democracias reales, pero quisiera exponer algunas ideas al respecto. Para el magisterio es incuestionable que la autoridad política debe caracterizarse por mandar «según la recta razón», es decir, que la obligatoriedad de sus prescripciones procede «del orden moral»<sup>80</sup>, y aunque desde la fe cristiana se afirme que toda autoridad procede en último término de Dios, ello no impide que los goberna-

<sup>76</sup> *Ibidem*, núm. 89.

<sup>77</sup> *Ibidem*, núm. 113.

<sup>78</sup> Cfr. *Centesimus annus*, a partir de ahora citada CA, núm. 46. En la misma línea doctrinal se han manifestado, entre otros, Carlos Ignacio MASSINI, para quien la idea de los derechos humanos y de la dignidad del hombre no pueden quedar «... a merced de algo tan cambiante y efímero como el consenso ocasional de una mayoría de la opinión pública o de los gobiernos de un grupo de Estados», cfr. «Derechos humanos y consenso», *Verbo*, núms. 257-258, 1987, p. 793.

<sup>79</sup> Resulta muy ilustrativo para comprender las dificultades infranqueables existentes entre el paradigma moral cristiano y el dialógico el artículo de BONETE PERALES, E., «El fundamento racional de la moral y la *Veritatis splendor*» en *Comentarios a la Veritatis splendor*, *op. cit.*, pp. 263-300.

<sup>80</sup> Cfr. *PT.*, núm. 47.

dos elijan libremente a sus representantes políticos<sup>81</sup>. Pero, junto a esta defensa genérica de la democracia, lo que denuncia el magisterio es la idea defendida por algunas teorías filosófico-políticas según las cuales la voluntad humana es la única fuente en la que se fundamentan los derechos y los deberes del hombre<sup>82</sup>. En definitiva, el magisterio sostiene que si esa voluntad política no es conforme a principios morales objetivos, universalmente válidos por tanto, no puede ser admitida, en ningún caso, como criterio de discernimiento moral.

Por otra parte, no creo que deba relacionarse la democracia con el relativismo ético, es necesario recordar que el Magisterio advierte del peligro, pero no lo relaciona necesariamente. Bien es verdad que la tolerancia que conlleva la defensa de la pluralidad ideológica es considerada como uno de los valores democráticos, pero eso no significa, como creo que es compartido por muchos, que en democracia todas las concepciones del bien valgan por igual, más bien la democracia es una forma de gobierno que pretende ajustar sus normas jurídicas a criterios morales a través del diálogo y la deliberación, pese a sus imperfecciones. Prueba de ello es que los derechos humanos que aparecen formulados en la Declaración Universal de 1948 constituyen un código moral objetivo, consensuado con grandes dificultades, que constituye un criterio imprescindible para calificar de democrático, o no, a los diferentes regímenes políticos.

En cualquier caso, creo que las principales críticas de la Jerarquía de Iglesia Católica hacia los sistemas democráticos reales surgen al concretar la idea de derechos humanos en el Derecho positivo. Es en ese momento en el que se advierte que muchos de los términos y de los conceptos aparentemente comunes utilizados para discutir sobre derechos humanos —pensemos en el de dignidad o en el de vida humana—, poseen las características de la ambigüedad y de la vaguedad, y que, como consecuencia de ello, algunas de las acepciones usadas por la Iglesia Católica no son coincidentes con las de otros intérpretes de los textos jurídicos simplemente porque se realizan desde concepciones morales diferentes a la suya. Y aunque pueda resultar algo desconcertante después de conocer las críticas emitidas hacia determinadas filosofías, la Iglesia Católica reitera tanto la «necesaria prudencia»<sup>83</sup> con la que debe participar en ese diálogo real como la posibilidad de encontrar soluciones a los grandes problemas de la humanidad mediante «una clara y honesta colaboración de los cristianos con los fieles de otras religiones y con quienes, aun no compartiendo una creencia religiosa, buscan la renovación de la humanidad»<sup>84</sup>. Ese diálogo real en el que la Iglesia está dispuesta a participar,

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, núm. 52. También puede consultarse en relación con la defensa del sistema democrático: *PT.*, núms. 53-77, y *GS.*, núms. 74 y 75, entre otros.

<sup>82</sup> Cfr. *PT.*, núm. 78.

<sup>83</sup> Cfr. *GS.*, núm. 92.

<sup>84</sup> Cfr. *FR.*, núm. 104.

se realiza desde la convicción de que existen materias no susceptibles de negociación y desde el convencimiento de que tanto los procedimientos de deliberación democráticos existentes en los regímenes políticos actuales como las condiciones especiales para alcanzar un consenso ideal definidas en las éticas procedimentales, no son el cauce adecuado para establecer la verdad moral objetiva. Probablemente, las razones que han llevado al magisterio a mantener esa postura puedan resumirse en dos: primera, porque una fundamentación convencional puede degenerar en la adopción de acuerdos arbitrarios –no objetivos– sometidos a intereses políticos, económicos, etc.; como en ocasiones puede percibirse en las democracias reales; y, segunda, porque las éticas procedimentales se fundamentan en condiciones teóricamente posibles, pero irreales<sup>85</sup>.

Y si son rechazadas las éticas procedimentales, ¿cuál es la alternativa que se ofrece desde el magisterio para conocer y definir el contenido de las normas morales objetivas? La respuesta es, de nuevo, la presentada por Santo Tomás: los primeros principios comunes de la ley natural son «evidentes por sí mismos», dado que, además, según su filosofía, todo agente actúa buscando realizar su fin, que es a la vez su bien, «todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente por la inteligencia como buenas y, por consiguiente, como necesariamente practicables»<sup>86</sup>. Sin embargo, esa presunta evidencia de los primeros principios morales no debe ser tal cuando no son tan fácilmente cognoscibles por la razón humana, si lo fueran, no existirían discusiones éticas sobre problemas relativos a la moralidad de nuestras acciones.

### 3.2 Las fundamentaciones bíblico-teológicas<sup>87</sup>

Una de las principales consecuencias de la nueva actitud manifestada en el Concilio Vaticano II hacia la idea de los derechos humanos lo constituye el propósito de elaborar una fundamentación bíblico-teológica de los mismos. El intento no resultó de difícil consecución porque las referencias a los valores fundadores de los derechos humanos –la dignidad de todo ser humano y las ideas de libertad, igualdad o fraternidad–, son abundantísimas tanto en el Antiguo como en el Nuevo

<sup>85</sup> En este sentido, comparto con Leonardo RODRÍGUEZ DUPLA la idea de que: «Adoptar el modelo discursivo equivale a aplazar *ad calendas graecas* la fundamentación de los derechos humanos. Pero la ética, pensamiento urgido por la necesidad de obrar, consta de argumentos, no de demoras», cfr. «Sobre el fundamento de los derechos humanos», *Salmanticensis*, vol. XLIII, fasc. 1, enero-abril 1996, p. 60.

<sup>86</sup> Cfr. *Suma Teológica*. 1-2, q.94, a.2.

<sup>87</sup> Aunque ya se habían realizado algunos estudios sobre el tema, en la alocución de JUAN PABLO II a la Comisión Teológica Internacional de 5 de diciembre de 1983, el Pontífice insistió particularmente en la necesidad de una renovación teológica sobre el tema de los derechos del hombre. Cfr. Comisión Teológica Internacional y Comisión Pontificia Iustitia et Pax, *op. cit.*, p. 12.

Testamento<sup>88</sup>, si bien es cierto que las interpretaciones que la Jerarquía de la Iglesia Católica ha dado a esos conceptos no siempre resultan coincidentes con las de determinadas ideologías políticas.

El documento ya citado de la Comisión Pontificia «*Iustitia et Pax*» del año 1974 recoge las cuatro principales fundamentaciones de los derechos del hombre elaboradas a partir del estudio teológico de los textos bíblicos. Estas justificaciones de los derechos han sido desarrolladas dentro de las llamadas «Teología de la imagen», «de la Encarnación», «de la eclesiología» y «de la liberación».

La «Teología de la imagen» se ha servido de textos como el de *Génesis* 1, 26-27, en el que se afirma que el hombre fue hecho a imagen de Dios, para interpretar que esta participación analógica del hombre en la naturaleza del Creador constituye el fundamento de la especial e igual dignidad de todo hombre, independientemente de su raza, cultura, etc.<sup>89</sup> Según Edouard Hamel<sup>90</sup>, que ha realizado un importante estudio sobre estas fundamentaciones teológicas y que considera a este enfoque teológico como uno de los esenciales, la dignidad del hombre deriva de ser la obra maestra del Creador, sólo del hombre se afirma en la Biblia que es *imago Dei*. De esta concepción antropológica se deriva también la idea de que el hombre es titular de los derechos, no porque así se haya consensuado en una asamblea, sino porque los derechos del hombre son derechos de Dios en la medida en que todo hombre participa por analogía de la naturaleza de su Creador. Consecuentemente, cada ser humano debe cumplir una prescripción moral prioritaria cuyo contenido es el de respetar a las otras imágenes de Dios, a los otros hombres.

La «Teología de la Encarnación» acude a la idea de la especial relación que todo hombre posee con Dios, fundamentándose en el misterio de la Encarnación. Dios se hizo hombre elevando la dignidad de éste a lo más alto y muriendo Cristo en la cruz, «redimió con su sangre a todo hombre, a toda raza, a todo grupo, a toda cultura»<sup>91</sup>.

La llamada «Teología de la eclesiología» insiste en la tarea encomendada por Cristo a los Apóstoles de anunciar el Evangelio a todos los hombres proclamando como única ley la del amor, mandato que exige el reconocimiento de la dignidad y de los derechos del prójimo<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. LIMBURG, J., «Los derechos humanos en el Antiguo Testamento», *Concilium*, núm. 144, abril, 1979, pp. 33-40; y BLANK, J., «Los derechos humanos en el Nuevo Testamento», *ibidem*, pp. 41-52.

<sup>89</sup> Cfr. Comisión Pontificia *Iustitia et Pax*, *op. cit.*, p. 35, en la que se recoge el texto de *Gálatas* 3, 28, «... ya no cuenta el ser judío o griego, ni ser esclavo o libre, ni ser hombre o mujer, porque todos son una sola cosa en Cristo Jesús».

<sup>90</sup> Cfr. «Fundamentaciones bíblico-teológicas de los derechos humanos según la constitución *Gaudium et spes*», en Rene Latourelle (ed.). *Vaticano II. Balance y perspectivas. Veinticinco años después (1962-1965)*, Salamanca, Sígueme, 1989, pp. 753-764.

<sup>91</sup> Cfr. Comisión Pontificia *Iustitia et Pax*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 38.

La «Teología de la liberación» desarrolla los mensajes contenidos en diferentes lugares bíblicos en los que se anuncia la liberación de los pobres. Coincidiría con esta Teología el enfoque citado por Hamel y desarrollado a partir del concepto de «Reino de Dios». Son innumerables los pasajes bíblicos en los que se hace referencia a la venida de un rey que hará justicia a los desheredados de la tierra, liberará a los cautivos, saciará a los hambrientos, aplastará al opresor, etc. La venida de ese Reino es la principal pretensión de la Iglesia<sup>93</sup>, de manera que las actuaciones de los cristianos encaminadas a defender la efectividad de los derechos humanos en el mundo son consideradas pasos decisivos en el camino hacia la construcción del llamado «Reino de Dios».

Según Hamel, aparecen también en *Gaudium et spes* diferentes expresiones que han servido para argumentar a favor de otro fundamento teológico de los derechos del hombre: el de la Alianza entre Yahvé y «su pueblo». La principal materialización de ese pacto es el Decálogo, concebido como el código de conducta moral válido para toda la humanidad. Hamel ha interpretado que, teniendo en cuenta ese pacto, la violación de los derechos de los hombres constituye una vulneración de las leyes de la Alianza, de manera que mostrar respeto a los otros es también manifestar el respeto debido a Dios. Desde el mismo enfoque teológico se argumenta que la Nueva Alianza, la Encarnación, el hecho de que Dios se hiciera hombre, constituye el mejor ejemplo de la exaltación de la dignidad humana y, por tanto, la mejor manera de fundamentar los derechos humanos desde el punto de vista teológico<sup>94</sup>.

El último de los fundamentos teológicos a los que alude Hamel es el concepto de solidaridad, utilizado principalmente por San Pablo en 1 *Cor.* 12, 12-29, texto en el que se realiza una metáfora entre el cuerpo humano y la Iglesia. De aquel pasaje se ha deducido el carácter naturalmente social del ser humano y la igualdad dignidad de todos los hombres, ideas utilizadas en la *Gaudium et spes* para fundamentar diferentes críticas contra la ética individualista y para defender la promoción del bien común y de la solidaridad internacional<sup>95</sup>.

El estudio de los fundamentos bíblico-teológicos de los derechos humanos podría interpretarse como un freno a la corriente ecuménica abierta hace ya tiempo y un retroceso en el camino del diálogo entre la Iglesia y el mundo. Sin embargo, nada impide la complementariedad de estos enfoques teológicos –cuya validez y aceptación será exclusiva para los creyentes–, con el desarrollo y la profundización del diálogo de la Jerarquía de la Iglesia Católica con diferentes éticas, con el objetivo de compartir criterios morales sobre la dignidad del ser humano y sobre sus derechos, aunque, como creo que ha quedado reflejado en este trabajo, la tarea parece difícil.

<sup>93</sup> Cfr. GS., núm. 45.

<sup>94</sup> Esta perspectiva, llamada también «cristológica», se advierte en la primera encíclica de JUAN PABLO II, *Redemptor hominis*, Madrid, San Pablo, 1979, núms. 13 y 14.

<sup>95</sup> Cfr. GS., núms. 26, 29 y 30.



## Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español

Por MILAGROS OTERO PARGA

Universidad de Santiago

La Declaración Universal de Derechos Humanos surgió como consecuencia de la necesidad de establecer un Código de derechos que fuese respetado y potenciado por distintos países. Se trataba de fijar, con carácter internacional, una especie de «mínimos éticos» que aunque no creaban obligaciones legales a los Estados, habrían de servir como una declaración de principios, llamada a convertirse, en palabras de Eleanor Roosevelt, en la «Carta Magna de la Humanidad». Por otro lado, la Carta de Naciones Unidas ya había establecido, en su artículo 55, que la ONU promovería el respeto universal por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Y para lograrlo, el artículo 56 del mismo texto dispone que todos los miembros de Naciones Unidas, de forma conjunta o separada, han de comprometerse a tomar medidas tendentes a este fin. Con este motivo el Comité Económico y Social de Naciones Unidas creó una Comisión de Derechos Humanos, cuya misión fue la de redactar un Código de Derechos Humanos. Este «Código» tendría tres partes, una declaración, una convención y unas medidas complementarias de control internacional.

Se pretendía con ello una doble finalidad. A saber, crear y potenciar el ámbito de protección de los derechos humanos. Crearlo, o al menos llamar la atención internacional sobre su carencia, en aquellos países donde estos derechos no tenían todavía realización. Y potenciar su eficacia en aquellos otros países donde, aunque ya se había producido su reconocimiento, su eficacia era muy escasa. En este último caso se pretendía además trasladar su regulación del ámbito exclusivamente nacional al internacional.

Como ya se ha dicho, la declaración que surgió no creaba obligaciones legales, de hecho no podía hacerlo, pero sería la base de otra serie de textos posteriores que sí lo harían. Era una piedra más, aunque muy importante, en el arduo camino de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales que se había iniciado mucho tiempo antes y que tendría que tener todavía una andadura mucho más larga. Para algunos, como Aranguren, la importancia de esta Carta «no va más allá ni más acá de ser una extensión de algo que para algunos privilegiados en el mundo ya es realidad, para otros no lo es en absoluto, y para los intermedios, para los que equivalen a ese grupo intermedio que en la otra dialéctica era la de los conformismos, es todavía una realidad menos que a medias»<sup>1</sup>.

Para otros, como Edward Doryan, era necesario reconocer la diversidad de ideologías políticas y grupos étnicos, creencias religiosas y diferentes grados de desarrollo económico. Y por ello hablaba de la necesidad de establecer unas normas comunes de derechos humanos y de respeto de la dignidad de cada individuo a fin de crear un «vínculo entre los hombres indispensable para el mantenimiento de las relaciones pacíficas y solidarias entre las naciones y su cooperación fecunda económica, social y cultural»<sup>2</sup>. La Declaración debía servir para ello.

Pero este vínculo no debía ser utópico ni ideal, sino eficaz<sup>3</sup>. Debía tender cada vez más a superar la pretendida «buena voluntad de los Estados» y a convertirse en un elenco de derechos objetivos respaldados por una autoridad y potestad internacional. Unos derechos que pudieran ser exigidos por la comunidad internacional y frente a los cuales se pudieran oponer, en caso de incumplimiento, las oportunas sanciones. Y por eso, el motivo de la celebración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal debe extenderse hacia dos caminos. El primero, el de conmemorar lo sucedido en el pasado, y el segundo, el de tomar impulso para el futuro, a fin de lograr, cada vez con más fuerza, el establecimiento de un régimen internacional efectivo de los derechos humanos que, aunque implique una limitación sustancial del poder soberano de cada Estado, signifique la promoción

<sup>1</sup> ARANGUREN, J. L., *Los derechos humanos*, Madrid, ed. Ciencia Nueva, 1966, p. 58.

<sup>2</sup> El doctor Doryan fue el Secretario ejecutivo de la asociación costarricense pro Naciones Unidas. Sus palabras, en este sentido, las conocemos a través de la obra de VV.AA. *La Declaración Universal de derechos humanos* (comentarios y textos), Costa Rica, asociación costarricense pro Naciones Unidas, Ed. Juricentro, 1979, p. 12.

<sup>3</sup> Porque como dice Todolí, lo que se busca es crear una especie de código universal en el cual estén contenidas las normas sin las cuales la convivencia y la paz entre las naciones sea imposible. Pero, este código es una especie de ideal que no se presenta como algo universalmente obligatorio y por ello está carente de vitalidad y eficacia. Más información en TODOLÍ, J., *Moral, economía y humanismo*, Madrid, Instituto Social León XIII, s/a, pp. 5. y ss. Creo que la fecha aproximada de esta obra es 1956.

jurídico-internacional del individuo elevándolo a sujeto de Derecho internacional positivo universal<sup>4</sup>.

Yo me quiero sumar a esta celebración realizando lo que espero sea una pequeña contribución al tema, en el sentido de ofrecer un punto de vista sobre si existe aportación del Siglo de Oro español en la formulación de los derechos humanos.

### El punto de partida

El punto de partida de estas reflexiones debe situarse en el contenido de la Declaración Universal, ya que lo que se trata de averiguar es si ha existido, desde el punto de vista histórico, alguna aportación de la escuela española que sirviera para perfilarlo. Se trata de averiguar si ha habido, en la historia de nuestro país, una clara tradición de defensa de lo que después serían los derechos humanos. Y, más concretamente, si se ha producido esta defensa en el ámbito de lo que se ha llamado «Siglo de Oro español». Para dar respuesta a este interrogante me ceñiré fundamentalmente al maestro de muchos de los autores de este momento. Creador del Derecho internacional, el cual, además, por cuestiones puramente temporales (sus fechas vitales se sitúan entre 1480-1546), fue de los primeros en el tiempo. Me refiero a Francisco de Vitoria. Y lo que me propongo analizar es el hecho de si en su obra puede encontrarse un germen de lo que después sería el desarrollo de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional.

Pero antes de iniciar esta andadura, quiero aclarar que no pretendo hacer panegíricos ni forzar la historia. Sé que en muchos momentos se ha producido este hecho quizá como respuesta al ostracismo al que se había condenado, durante algún tiempo, a los juristas-teólogos de la escuela española. No obstante, este hecho, que por otro lado tampoco fue generalizado<sup>5</sup>, creo que las alabanzas exageradas y fuera de lugar resultan casi siempre perjudiciales e inadecuadas. En todo caso,

<sup>4</sup> TRUYOL SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 9 y ss.

<sup>5</sup> Prueba de ello son la cantidad de autores que estudiaron este período. Entre los españoles se pueden citar a modo de ejemplo los siguientes: LISARRAGUE, S., *La teoría del poder en Francisco de Vitoria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947; TRUYOL SERRA, A., *Los principios del Derecho Público en Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946; TIerno GALVÁN, E., «El tacitismo en las doctrinas políticas del Siglo de Oro español», *Anales de la Universidad de Murcia*, IV, 1947-1948; FRAGA IRIBARNE, M., en su estudio preliminar de los *Seis libros de la justicia y el derecho*, de MOLINA, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1947; RUIZ DEL CASTILLO, C., *Las relaciones entre los derechos del hombre y el derecho internacional, según las inspiraciones de F. de Vitoria*, Madrid, Instituto F. de Vitoria, 1949; BARCIA TRELLES C., *Interpretación del hecho americano por la España universitaria del siglo XVI*, Montevideo, Institución Cultural Española del Uruguay, 1949. Y más recientemente, DE ASÍS ROIG, R., «Algunos aspectos del derecho natural en la obra de los civilistas españoles», *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-1989. Y entre los extranjeros, BROWN SCOTT, J., *El origen español del Derecho*

lo que pretendo hacer es vestir la situación con el ropaje adecuado que permita comprenderla en su justa medida.

Y coincido con Pérez Luño en cuanto afirma que «el deseo de enaltecer sin límites a nuestros clásicos, unido a un uso metódico e históricamente deficiente de las categorías filosóficas, jurídicas y políticas ha conducido, en ocasiones, a abrumar a aquellas figuras con epítetos que rebasan las fronteras del espacio y del tiempo»<sup>6</sup>. Y como consecuencia de ello se ha querido poner en boca de estos juristas conceptos y relaciones que ellos ni siquiera podrían haber sospechado.

Sin embargo, creo que tampoco conviene desconocer que su legado fue muy importante y probablemente, y continúo parafraseando a Pérez Luño, aportaron una «destacada contribución al desarrollo del iusnaturalismo racionalista y humanista de signo democrático que hizo posible la génesis de los modernos derechos humanos y del estado de derecho»<sup>7</sup>. Entiendo que ambas afirmaciones, lejos de excluirse se complementan y que si bien no podemos afirmar, sin forzar excesivamente la historia, que se pueda hallar un precedente de las modernas declaraciones de derechos humanos en la obra de la escuela española o, más concretamente, de Vitoria, sí podemos encontrar en su pensamiento las bases firmes sobre las que se asentarán, en el futuro, estos derechos y, por tanto, su reconocimiento. Por otro lado, el tiempo en el que les tocó vivir a los autores de este momento fue de profundas transformaciones y cambios, lo que lo hace muy próximo a nuestra época. Y en ese sentido, y aunque debemos salvar las claras diferencias existentes, creo que su aportación fue fundamental e incluso imprescindible para la actual formulación de los derechos humanos tal y como hoy aparecen recogidos en las distintas declaraciones y convenios.

Sin embargo, he de admitir que esta opinión que en este momento manifiesto no es la generalmente seguida por la doctrina filosófico-jurídica en la actualidad. De hecho, Peces-Barba ha sostenido en múltiples ocasiones que los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno (entendiendo que alcanzan su plenitud en el siglo XVIII que es cuando termina definitivamente la Edad Media y empieza el mundo Moderno)<sup>8</sup>. Con anterioridad a este

---

*Internacional moderno*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1928. BATLLORI, M., «La irrupción de los jesuitas españoles en la Italia dieciochesca», *Razón y fe*, 1942; NYS, E., «Les publicistes espagnols du XVI siècle et le droit des indiens», *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, 21, 1889, KOHLER, J., «Die spanischen Naturrechtslehrer des 16 und 17 Jahrhunderts», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1916-1917.

<sup>6</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La polémica sobre el nuevo mundo*, Madrid, ed. Trotta, 1995, p. 64.

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 181.

<sup>8</sup> PECES BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, ed. Mezquita, 1982, p. 5; *Libertad, poder, socialismo*, Madrid, Civitas, 1978, p. 208; «Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 1986-1987, pp. 220 y ss.; «Los derechos funda-

momento, aunque esté presente la idea de dignidad de la persona, no se concebía la realización de ésta a través del concepto de derechos fundamentales.

También Castro-Cid otorga un papel fundamental al reconocimiento de la dignidad de la persona y su protección en el largo camino de los derechos humanos, ya que entiende que en esta evolución desempeñó un papel fundamental el cristianismo. Aunque no tan fundamental como para adelantar el surgimiento histórico de estos derechos como tales, que lo sitúa más tarde. Concretamente, en las declaraciones del siglo XVIII, preocupándose a partir de este momento de su reconocimiento nacional y supranacional. Afirma, con Fernández Galiano, que las posibles manifestaciones que se produjeron en la antigüedad y el medievo no pueden ser tenidas en cuenta porque no son sistemáticas y no supusieron reconocimiento por parte del poder<sup>9</sup>.

Por otro lado, Truyol Serra también entiende que «la conciencia clara y universal de los derechos del hombre es propia de los tiempos modernos»<sup>10</sup> y, más concretamente, a partir del siglo XVIII, que es cuando comienzan a producirse las declaraciones americanas de derechos. Sostiene que antes existían derechos estamentales que implicaban una desigualdad por nacimiento. No obstante, no sería correcto decir que los hombres en este momento desconocieran que más allá de su nacimiento o *status* político, poseían una dignidad intrínseca. No se desconocía porque ya había sido expuesta por autores como Santo Tomás, pero esta idea no tuvo oportuno respaldo legal llegando a ser, en gran medida, olvidada. Y así siguió retrasándose el reconocimiento de los derechos humanos hasta que con la ruptura de la unidad de la fe y del imperio surge la libertad de opción religiosa y con ella la tolerancia. Las primeras fórmulas de aceptación de esta nueva realidad se producen, según Truyol, en Rhode Island y Maryland, debido a que a esos territorios habían llegado personas de muy distintas procedencias con religiones y modos de pensar muy distintos que necesitaban vivir en paz. Tampoco el maestro Truyol menciona a Vitoria ni a los juristas españoles de la escuela del derecho natural como base importante o impulsora del surgimiento de los derechos humanos.

Y mucho menos lo hace Imbert, al cual traemos a colación por haber sido director de derechos humanos del Consejo de Europa en 1996. Él afirmaba que «estamos tan acostumbrados a vincular los derechos

---

mentales en la cultura jurídica española», *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, pp. 169 y ss. En esta obra ni se refiere al siglo XVI y en cuanto a ciertos antecedentes anteriores al XVII casi ni los considera, centrándose en las aportaciones hasta la guerra civil, después de la contienda y en la cultura española de después de los años sesenta. Más recientemente manifestó esta misma opinión en otros muchos trabajos como «La universalidad de los derechos humanos», *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 613 y ss.

<sup>9</sup> CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 17 y ss. Manifiesta igual opinión en el libro que escribió en colaboración con FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Madrid, ed. Universitas, 1993, pp. 433 y ss.

<sup>10</sup> TRUYOL SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 12.

humanos al patrimonio cultural occidental, desde el grito de Antígona, pasando por la idea judeo-cristiana, que olvidamos que el concepto de derechos humanos, tal y como lo entendemos hoy, no puede fecharse más que a finales del siglo XVIII. Por su parte, la dimensión internacional del mismo no surge hasta después de la II Guerra Mundial»<sup>11</sup>.

E incluso Pérez Luño, a pesar de conceder un papel importante a los juristas-teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, en cuanto a la defensa de los derechos personales de los habitantes de los territorios del nuevo mundo y con ello a la defensa de la libertad y dignidad de todos los hombres<sup>12</sup>, entiende que «los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporales determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII»<sup>13</sup>. Y además, afirma, como ya se ha recogido en estas páginas, que no es adecuado, sino más bien craso error, trasladar sin más los esquemas del pasado al presente<sup>14</sup>.

Yo tampoco lo pretendo, ni tampoco creo que lo hagan una serie de autores que pasaré a citar a continuación. Sin embargo, sigue interesándome la propuesta de buscar una relación, salvando la terminología, entre el reconocimiento y regulación de los derechos humanos y los puntos de vista defendidos por Vitoria (en cuanto al reconocimiento de la igualdad, libertad y dignidad que tienen todos los hombres y la necesidad de su protección) en su tiempo.

Y en un sentido que reconozco como más próximo a esta postura se encuentran otra serie de autores que pasaré a señalar. Así, por ejemplo, Vergés Ramírez sitúa el descubrimiento de América como «placenta vital» sobre la que se asienta el proceso de gestación y la línea de crecimiento de los derechos humanos<sup>15</sup>. Otros, como Gros Espiell,

<sup>11</sup> IMBERT, P. H., «Los derechos humanos en la actualidad», en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 73. En apoyo de esta postura se manifiesta también LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 103 y ss.

<sup>12</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 30. En este trabajo advierte del hecho de que los derechos fundamentales y su formulación jurídico-positiva como derechos constitucionales es un fenómeno relativamente reciente, aunque sus raíces filosóficas se remontan y se hallan íntimamente ligadas a los avatares históricos del pensamiento humanista.

<sup>13</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., «Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?», en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, op. cit. p. 14. En esta misma obra afirma que estos derechos nacen en principio con una marcada impronta individualista, esto es, como libertades individuales. Después, en el siglo XIX aparece la llamada segunda generación que incorpora a los derechos económicos, sociales y culturales. Y hoy se habla de una tercera generación que se presenta como respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades».

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., «Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica», *Doxa*, 12, 1992, p. 323.

<sup>15</sup> VERGÉS RAMÍREZ, S., *Derechos humanos; fundamentación*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 103 y ss. Dice que «los escritos más autorizados de aquel momento históri-

manifiestan una postura similar, aunque en este caso referida al derecho a la libre determinación de los pueblos como derecho humano ya vislumbrado y defendido por Vitoria<sup>16</sup>.

Por su parte, Montoro Ballesteros afirma que ya la Edad Media ofrece una concepción concreta y distinta a la actual de lo que hoy llamamos derechos humanos. Y en cuanto a su protección recuerda que no es un tema específico de nuestro tiempo sino que desde perspectivas distintas ha preocupado al hombre «a lo largo de toda su historia a medida que de modo “progresivo” fue cobrando conciencia del valor supremo de la “dignidad” y de los derechos que ella exigía»<sup>17</sup>. Y advierte además que no es que no existieran derechos humanos en la Edad Media sino que se llamaban de distinta manera. Así, en la mentalidad medieval se hablaba de *libertas*, privilegio, *status*, honor, *dignitas*, *ius*, etc., y se designaba un *status* jurídico subjetivo caracterizado por la capacidad para ser titular de «libertades concretas».

También resulta interesante la opinión manifestada por Rodríguez-Toubes que relaciona la noción de derechos fundamentales, en cuanto a su aparición histórica en Europa, con los siglos XVI y XVII. Dice que ésta se produjo debido a la interacción de causas de diverso signo social, económico y político. Y entre ellas sitúa «el trabajo teórico, en esta época, de la escolástica española, de modo destacado, en torno al trato de los indígenas americanos»<sup>18</sup>. Con ello parece querer situarse en el camino de quienes opinan que la historia de la aparición y posterior reconocimiento de los derechos humanos es larga y compleja y por ello hay que buscarla de una forma más amplia que aquella que la sitúa en la aparición de las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII. Posiblemente para ello habrá que proceder a una interpretación extensiva de los términos, pero no a forzar la realidad ni a buscar imprecisiones que violenten la historia.

En el mismo camino, aunque también con sus peculiaridades, se puede situar a Vintila Horia, que otorga, sin dudarlo, un papel fundamental a los juristas de la escuela española en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos, ya que los sitúa como «precursores de un planteamiento, valedero de dichos derechos fuera de su actual planteamiento, pero mucho más relacionado con su actual utilidad»<sup>19</sup>.

---

co (se refiere al descubrimiento de América) gestaron una toma de conciencia del sentido universal de los derechos humanos».

<sup>16</sup> GROS ESPIELL, H., «El derecho a la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, p. 134.

<sup>17</sup> MONTORO BALLESTEROS, A., «Raíces medievales de la protección de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990 pp. 86 y ss.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 22. El autor presenta a lo largo de este libro un sugerente y completo estudio sobre la fundamentación de los derechos humanos. Me ha parecido oportuno destacarlo debido al hecho de que posiblemente su título no muestra con toda claridad, el contenido real que aborda.

<sup>19</sup> HORIA, V., *Los derechos humanos y la novela del siglo XX*, Madrid, ed. Magisterio Español, 1981, pp. 58 y ss.

Entiende que basta sentir algo de curiosidad y penetrar en las ideas de estos autores para darse cuenta de que en gran medida, y para muchos, era importante la extensión del imperio español, pero tenía que hacerse con una justificación legal adecuada. Y esa justificación pasaba por la necesidad de proteger los derechos de los antiguos habitantes del nuevo mundo intentando con ello legitimar su conquista. Por ello pretendieron, muchas veces sin lograrlo, conjugar el derecho de los indios a vivir en sus tierras y a beneficiarse de sus frutos, con el derecho de los españoles a entrar y hacer lo mismo. Esta mezcla no es fácil de conseguir. No obstante trabajaron en ello algunas de las mentes más preclaras no sólo del momento sino de la filosofía jurídica española de todos los tiempos. Pero no adelantemos acontecimientos que alteren el *iter* expositivo que nos habíamos propuesto.

Por tanto, y siguiendo nuestro esquema, me referiré por último a la postura de Puy, porque entiendo que puede establecerse como colofón de lo que hemos estado refiriendo hasta este momento. Sabida es la afición, muchas veces manifestada, del profesor Puy por la historia y mucho más por la de España. Por eso, la opinión que mantiene sobre este tema es absolutamente coherente con su pensamiento. Se resume en dos principios: 1. no se pueden distinguir períodos significativos en la historia de los *dikeos* y 2. no se debe distinguir entre la etapa de desconocimiento y la de conocimiento de los derechos humanos porque tal criterio depende, a su vez, de una definición prejudicial de los mismos. Y por eso entiende que «los derechos humanos han existido siempre, al menos en el sentido de que constituyen un concepto latamente coextenso con los de derecho, ley, justicia, etc.»<sup>20</sup>. Y por ello los podemos encontrar en cualquier época salvando únicamente la interpretación lingüística.

Como conclusión a esta primera parte, creo que se puede afirmar que el proceso de positivación de los derechos humanos fue arduo y difícil. Sobre él conocemos algunos datos concretos que establecen sus hitos fundamentales pero, en realidad, no existe opinión unánime sobre su inicio ni sobre su fin (puesto que todavía no ha terminado). Lo que sí sabemos es que a la hora de averiguarlo es fundamental establecer primero el concepto de derechos humanos sobre el que queremos trabajar. Y en este establecimiento hay que tener en cuenta las grandes diferencias filosófico-jurídicas por supuesto, pero también religiosas, culturales e ideológicas, lo que hace sumamente complicado el proceso<sup>21</sup>. De hecho, si tenemos en cuenta los resultados obtenidos en el pequeño muestreo efectuado, observamos que éstos no se agrupan, exactamente al menos, por tendencias o escuelas filosófico-jurídicas únicamente. Así defienden la modernidad (en su etapa pos-

<sup>20</sup> PUY MUÑOZ, F., «Retrospectiva de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 7, 1990, p. 178.

<sup>21</sup> Más información en PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 52 y ss.



terior al siglo XVIII) como momento de inicio de la positivación de los derechos humanos, Peces-Barba, Castro Cid, Truyol Serra, Fernández Galiano e Imbert, entre otros. Y se oponen a esta fijación temporal Vergés Ramírez, Gros Espiell, Rodríguez-Toubes y Vintila Horia, en cuanto ven la posibilidad de que este proceso se iniciara antes.

Por su parte, Montoro Ballesteros sitúa el comienzo de este proceso en la Edad Media, aunque advierte de que en este momento se utilizaba una terminología diferente.

He dejado a propósito para el final las posturas de Puy Muñoz y Pérez Luño. Puy no aporta fechas porque presenta una postura muy abierta en cuanto al concepto de derechos humanos se refiere. Entiende que éstos han existido desde siempre porque los relaciona con la búsqueda de la justicia por parte del hombre. Y desde ese punto de vista, esta actitud ha sido constante a lo largo de la historia, aunque en algunos períodos se detuviese o ralentizase. Y por su parte, Pérez Luño presenta una postura claramente matizada en la que si bien se manifiesta hacia la modernidad como fecha de aparición de los derechos humanos como tales, también entiende que los iusnaturalistas clásicos españoles constituyeron un «eslabón imprescindible» en la formación histórica de los derechos humanos<sup>22</sup>.

Personalmente me interesa esta posibilidad y por ello pasaré a analizar, a continuación y sucintamente, el pensamiento de Vitoria. Para ello me limitaré fundamentalmente a su *Relectio De Indis* en donde intentaré averiguar si existe o no una posible conexión que sirva de «eslabón» en la formación del concepto de derechos humanos<sup>23</sup>.

## El punto de llegada

El punto de llegada es Vitoria o mejor dicho su *Relectio de Indis* en tanto en cuanto pueda extraerse de ella algún punto de partida que conduzca a la actual regulación y defensa de los derechos humanos. Pero para entender la importancia que pudo tener este autor en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, es preciso atender de nuevo, como tantas otras veces, a la situación jurídico-política, geográfica y económica de nuestro país en aquel tiempo. Nos movemos en el período del descubrimiento de América y sobre todo en el momento de la colonización de los nuevos territorios. España era la gran potencia mundial y entre ella y Portugal se repartían los territorios recién des-

<sup>22</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La polémica sobre el nuevo mundo*, op. cit., p. 184.

<sup>23</sup> Las ediciones que he manejado de la relección de Vitoria son: VITORIA, F., *Relectio de indis o libertad de los indios*, edición crítica bilingüe por PEREÑA, y PÉREZ PRENDES, J. M., y estudios de introducción por BELTRÁN DE HEREDIA, V., AGOSTINO IANNARONE, R.; URDANOZ, T.; TRUYOL, A., y PEREÑA, L., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967; VITORIA, F.; *Relecciones de Indis y del derecho de guerra*, texto latino y versión al español por el MARQUÉS DE OLIVART, Madrid, Espasa-Calpe, 1928.

cubiertos. No podemos decir que en nuestro país no existiese un afán de conquista. Creo que sí existía y además en sus distintas acepciones. Creo que España tenía, en relación con el Nuevo Mundo, el afán de conquistar. Pero no sólo mediante la guerra sino también con esfuerzo y habilidad, logrando a la vez ganar la voluntad y «cautivar el ánimo» (en palabras del diccionario de la Real Academia) de las personas que allí vivían. Y América era un lugar idóneo para ello. España tenía mucha fuerza, una gran flota y un espíritu en ese momento expansionista. América ofrecía muchas posibilidades. Tenía mucha riqueza (al menos bruta) y estaba habitada por unos hombres que en muchas ocasiones no ofrecían resistencia (como en el caso de la conquista de México por Hernán Cortés) y en otras, aunque, ofrecieran alguna, podían ser fácilmente reducidos.

Existió por tanto un interés conquistador desde el punto de vista económico y de expansión de fronteras. Además, América estaba muy lejos, fuera del alcance directo del control de los monarcas españoles y ello permitía, a las personas dispuestas a ello, la posibilidad de actuar de forma arbitraria y delictiva con mayor impunidad<sup>24</sup>. Por otro lado, América ofrecía muchas posibilidades de lo que en un principio parecía un rápido enriquecimiento en un mundo distinto y generoso sobre el que no existía mucha vigilancia. La tentación era excesiva y muchos, evidentemente demasiados, sucumbieron al abuso y a la barbarie manchando para siempre un capítulo de la historia de España y convirtiéndose en mucho más salvajes que aquellos indígenas a los que habían ido a colonizar. Tampoco hay que olvidar que en España las cosas estaban confusas. Por un lado, y en un principio, los reyes ven en los indios a unos súbditos que desean convertir a la fe católica y anexionar a sus reinos. Ven a unos vasallos que deben vivir con y como el resto de los muchos que tenían<sup>25</sup>. Y en función de ello establecen leyes donde se recogen principios de respeto y cuidado hacia los indios<sup>26</sup>. Pero estas leyes no evitaron los abusos, toda vez que en España comenzaron a surgir voces, como la de Ginés de Sepúlveda, que pretendían legitimar los abusos que se estaban cometiendo, otorgando a los españoles derechos de conquista que no tenían. Algunos de estos autores lograron convencer a muchos (al menos a los ojos de

---

<sup>24</sup> A pesar de que estaba establecido el llamado «juicio de residencia» que era un procedimiento por el cual se revisaba la actuación de algunos oficiales reales tras su cese, y se determinaba y exigía la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido por los actos realizados en ejercicio de sus cargos. Más información sobre este tema en GONZÁLEZ ALONSO, B., «El juicio de residencia en Castilla», *Anuario de Historia del derecho español*, XLVIII, 1978, pp. 193 y ss.

<sup>25</sup> Más información en CARRO, V., *La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América*, Madrid, Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispánicos de la Universidad de Sevilla, 1944, pp. 45 y ss.

<sup>26</sup> En este sentido está la Cédula de Medina del Campo, que califica a los indios como personas libres; las leyes de Burgos, que establecen que éstos deberían cobrar salarios por su trabajo y tener derecho a casa y hacienda, y las Reales Cédulas de Carlos V, de 1528 y 1530, en contra de la esclavitud, por citar algunas de ellas.

la época y de las personas ya predispuestas a ello) de que España no sólo tenía derecho sino también deber de intervención en América y con ello la situación se desestabilizó sobremanera.

En este momento, y con este estado de cosas, surge la figura de Vitoria. Y quizá una de sus grandes genialidades, como señala Truyol Serra, fue la de «haber percibido y extraído con claridad las consecuencias que aquel trascendental acontecimiento implicaba para la futura configuración de las relaciones internacionales»<sup>27</sup>. Para ello estructura el orbe como una «comunidad internacional universal» basada en la naturaleza humana, y cuyo principio supremo de convivencia es el bien común. Con esta idea se convierte, por derecho propio, en el primer clásico creador del Derecho internacional que establece la comunidad con una *ingens necessitas* o urgente necesidad de ayuda ajena y servicio mutuo<sup>28</sup>. Pero a esa comunidad que nacía en ese momento de la mano de España había que dotarla de un sistema jurídico coherente y bien fundado. Uno de los clásicos estudiosos de Vitoria, Luciano Pereña, afirma que el maestro salmantino era consciente de que podía cambiar el rumbo de la historia de América y de que sus ideas políticas podían condicionar la política oficial, llegando incluso a provocar una crisis en la conciencia nacional, como de hecho así sucedió<sup>29</sup>. Y es posible que así fuera. No en vano él era consultado por el rey Carlos V en numerosas ocasiones con motivo de la política que éste debía seguir en los territorios recién descubiertos<sup>30</sup>. Pero a pesar de ello Vitoria no era un político sino un universitario y por eso aconsejó al rey según su leal saber y entender advirtiéndole, entre otras cosas, de que «la soberanía tiene sus límites y esos límites son, primordialmente, los derechos naturales de los individuos»<sup>31</sup> de los cuales no carecían los indios.

Y por eso reconoce y defiende que «los bárbaros» no están, ni tienen por qué estar, sujetos ni al Emperador ni al Papa. Muy al contrario, son verdaderos dueños de sus tierras y de sus personas y pueden gobernarse a sí mismos como mejor les plazca<sup>32</sup>. En esa misma línea

<sup>27</sup> TRUYOL SERRA, A., «Doctrina vitoriana del orden internacional», *Ciencia Tomista*, 72, 1947, pp. 124 y ss.

<sup>28</sup> DEMPFF, A., *La filosofía cristiana del Estado en España*, Estudio preliminar de José M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ PANIAGUA, Madrid, Rialp, 1961, p. 89.

<sup>29</sup> PEREÑA, L., «Francisco de Vitoria: Conciencia de América», *Ciencia Tomista*, 106, 1989, p. 218.

<sup>30</sup> Y de hecho en algunas ocasiones perdió el favor real cuando el rey entendió, y así se lo hizo saber en una carta dirigida al padre prior del Monasterio de S. Esteban, de Salamanca, que se conserva en el Archivo de Indias, que no defendía de forma adecuada los intereses españoles. Y por ello debía cambiar su postura y moderar sus exposiciones públicas sobre el tema. Más información en GETINO, L. G. A., *El maestro Francisco de Vitoria*, Madrid, Imprenta Católica, 1930, p. 151.

<sup>31</sup> Esta afirmación la realiza FERNÁNDEZ, R., «Francisco de Vitoria en el internacionalismo europeo», *Ciencia Tomista*, 120, 1993, p. 311. Sin embargo, y a pesar de coincidir con el fondo de lo que Fernández expone, yo no he encontrado en la obra de Vitoria ningún lugar donde mencione los términos «derechos naturales» y «soberanía».

<sup>32</sup> Lo que en cambio no pueden hacer, como luego veremos, es conculcar el derecho de gentes. Y para hacérselo cumplir es para lo que se justifica la intervención

también advirtió el derecho de todos los pueblos a su igualdad jurídica con independencia de cual fuera su religión, cultura o costumbres. Y por tanto, los indios, por muchos pecados que pudiesen haber cometido, no eran siervos por naturaleza sino libres y verdaderos dueños de sus cosas<sup>33</sup>. No en vano tenían sus propios derechos antes de la llegada de los españoles.

También luchó y reivindicó la liberación de los indios de la violencia de los conquistadores, de la avaricia, de la represión, de la tiranía y del escándalo de los sacerdotes. Así como el derecho de los indios a la paz, a la defensa de su identidad nacional y a su educación<sup>34</sup>. Y en muchos momentos su figura se hizo incómoda porque no cerraba los ojos ni sucumbía a la comodidad de una situación creada. Por otro lado, y aunque como es bien sabido no publicó ninguna obra en vida, sí cultivó el género de las relecciones en las cuales se ocupaba de asuntos de actualidad. A través de ellas podía además llegar a la conciencia social ya que no se trataba de clases universitarias propiamente dichas. De hecho eran lecciones magistrales no ordinarias a las que acudían muchas personas interesadas. Sabido es que en aquel momento la Universidad tenía cierto peso como cuna del saber y a ella se volvían los ojos de gran parte de la sociedad ante problemas de actualidad.

La *Relecctio de Indis* se pronuncia en 1539. Antes, Vitoria ya había preparado el camino que quería iniciar con la *Relecctio de potestate civili* (1528) y la *Relecctio de potestate Ecclesiae* (1533). En la primera relección sobre el tema de los indios, que es la que ahora interesa, afirma que «los bárbaros eran sin duda alguna verdaderos dueños pública y privadamente de igual modo que los cristianos» (Ind. I 1,16). No obstante ello no fue suficiente para que les dejaran seguir disfrutando pacíficamente de sus dominios. Y por ello, y ante esta situación, expone siete títulos falsos de conquista contraponiéndolos a otros siete que considera justos. Al final duda de la existencia de un octavo título justo que termina incluyendo aunque con reservas<sup>35</sup>.

---

española. Este tema fue tratado en mayor profundidad por MENÉNDEZ REIGADA, I., «El derecho de intervención según Vitoria», *Ciencia Tomista*, 72, 1947, p. 145. En este mismo año se publicó por la Universidad de Santiago una obra titulada *Francisco de Vitoria*, en la cual participaron maestros «compostelanos», como Camilo BARRICA TRELLES, Álvaro D'ORS, Amadeo FUENMAYOR, Laureano LÓPEZ RODÓ, Salvador LISSARRAGUE, Paulino PEDRET y Luis LEGAZ LACAMBRA.

<sup>33</sup> Más información en MENÉNDEZ PIDAL, R., *El P. Las Casas y Vitoria*, Madrid, Colección Austral, 1966, pp. 15 y ss.

<sup>34</sup> Y en ese sentido luchó por la abolición de la esclavitud y exigió de la corona de España la promulgación y reconocimiento de estas realidades. Y si bien admitió el derecho de intervención de España en América bajo algunas condiciones, siempre lo entendió como una situación transitoria hasta que se alcanzase el autogobierno. Más información en PEREÑA, L., «Francisco de Vitoria: Conciencia de América», *op. cit.*, pp. 228 y ss.

<sup>35</sup> A través de esta obra va argumentando con infinita paciencia en relación con los «supuestos» títulos de conquista falsos y estableciendo los que entiende que son legítimos.

Los títulos falsos de conquista son los siguientes: 1. El Emperador no es dueño del mundo porque por derecho natural todos los hombres son libres. Por lo tanto, no hay nadie que tenga, por derecho natural, el imperio del orbe. Y, como dice también Santo Tomás (II, 2.<sup>a</sup>, cuestión 10, art. 10) el señorío y la prelación se han introducido por el derecho humano y, por lo tanto, no son de derecho natural y no hay razón mayor para que tengan que sujetarse a semejante dominio. De lo cual se infiere evidentemente que antes de Cristo no había quien tuviera por derecho divino el imperio del orbe y, por lo tanto, fundándose en dicho título y tiempo, el Emperador no puede hoy arrogarse el dominio de toda la tierra y de dichos bárbaros. Y ateniéndose al derecho humano tampoco el Emperador es dueño del orbe. Si así fuera, sería sólo por la autoridad de una ley. Y si la hubiera, ésta carecería de vigor, porque la ley supone la existencia de una previa jurisdicción. Y si antes de la ley no tenía el Emperador jurisdicción en el orbe, tal ley no podría obligar a los que previamente no fueran ya súbditos suyos (Ind. I 2,2). Y aun suponiendo que el Emperador fuese señor del mundo, no por eso podría ocupar las provincias de los bárbaros y establecer nuevos príncipes quitando a los antiguos y cobrar impuestos (Ind. I 2,3). 2. El Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe (Ind. I 2,4). No le puede pertenecer el dominio sino por derecho natural, por derecho divino o por el derecho humano. Por derecho natural y por derecho humano es cierto que no. Si por derecho divino no consta en ninguna parte, luego se afirma gratuitamente y sin fundamento. Cristo tuvo, sin duda, potestad espiritual en todo el orbe, lo mismo sobre los fieles que sobre los infieles y pudo dar leyes que obligaran a todo el mundo. El Papa no tiene tal potestad sobre los infieles, ni los puede excomulgar ni prohibir entre ellos los matrimonios en los grados permitidos por el derecho divino (Ind. I 2,5). Su potestad es sólo espiritual y por ello únicamente tiene jurisdicción espiritual sobre los fieles. Y aún admitiendo que el Papa pudiese tener esa potestad, no podría transmitirla a los príncipes seculares porque es aneja al Papado. Y no podría el Papa separarla del cargo de Jefe de la Iglesia, ni podría privar a su sucesor de aquella potestad (Ind. I 2,6). El Sumo Pontífice tiene potestad temporal en orden a las cosas espirituales, esto es, en cuanto sea necesario para administrar las cosas espirituales (Ind. I 2,7). Pero no tiene ningún poder temporal sobre los bárbaros ni sobre los demás infieles (Ind. I 2,8) y, aunque los bárbaros no quisieran reconocer ningún dominio al Papa, no se puede por ello hacerles la guerra ni apoderarse de sus bienes y territorios, porque tal dominio no existe (Ind. I 2,9). 3. Tampoco puede aplicarse el derecho de descubrimiento (Ind. I 2,10), porque las tierras ocupadas no carecían de dueño. De hecho está ya probado que los bárbaros eran verdaderos dueños, pública y privadamente de sus bienes. Es de derecho de gentes que se conceda al ocupante lo que no es de nadie, como se dice expresamente en las Instituciones. Pero como aquellos bienes no carecían de dueño, no pueden ser comprendidos en este título.

4. De la misma manera no se puede castigar a los indios por el hecho de no querer recibir la fe de Cristo a pesar de habérsela predicado (Ind. I 2,11). Porque ellos, antes de tener noticia alguna de la fe de Cristo, no cometía pecado de infidelidad por no creer el Él (Ind. I 2,12). De hecho, por muy pecadores que por otra parte sean, ignoran invenciblemente; luego su ignorancia no es pecado (Ind. I 2,13), porque para que la ignorancia sea vencible o pecaminosa se requiere que haya verdadera negligencia en la materia ignorada (Ind. I 2,14). Por otro lado, los bárbaros no están obligados a creer la fe de Cristo al primer anuncio que se les haga de ella (Ind. I 2,15). De todo esto se infiere que no están obligados a creer la fe de Cristo y por ello no se les puede hacer la guerra ni proceder contra ellos por derecho de guerra, ya que es evidente que son inocentes en cuanto esto y que ninguna injusticia hicieron a los españoles. Por tanto, no hay ninguna causa de guerra justa (Ind. I 2,16). Ahora bien, si habiendo rogado y amonestado a los bárbaros para que escuchen pacíficamente a los predicadores de la religión no quisieran oírlos, no pueden ser excusados de pecado mortal. Ellos no pueden creer si no oyen. Luego están obligados a oír, porque si no lo estuvieran se encontrarían fuera del estado de salvación sin culpa suya (Ind. I 2,17). Y si la fe cristiana les es propuesta a los bárbaros de un modo probable, esto es con argumentos razonables, y esto no sólo una vez y a la ligera, sino asidua y tenazmente, están obligados los bárbaros a recibir la fe de Cristo bajo pena de pecado mortal (Ind. I 2,18). Sin embargo, y a pesar de estos argumentos, Vitoria no está muy convencido de que la fe cristiana haya sido, hasta ese momento, propuesta y anunciada a los bárbaros, de tal manera que estén obligados a creerla bajo nuevo pecado (Ind. I 2,19). E incluso aunque la fe haya sido anunciada a los bárbaros de un modo probable y suficiente y éstos no la hubieran querido recibir, no es lícito, por esta razón hacerles la guerra ni despojarles de sus bienes (Ind. I 2,20).

5. Tampoco es admisible la conquista aludiendo a unos supuestos pecados de los bárbaros (Ind. I 2,21). Se dice que aunque no se les pueda hacer la guerra por razón de su infidelidad o por no recibir la fe de Cristo puede, no obstante, hacerse por otros pecados mortales, ya que cometen muchos y gravísimos según cuentan. Frente a esta postura afirma el maestro salmantino que ni este título ni el precedente son suficientes. Nunca en el Antiguo Testamento cuando los negocios se ventilaban por las armas ocupó el pueblo de Israel tierras de infieles, por el hecho de ser infieles o idólatras o por otros pecados contra la naturaleza como sacrificar sus hijos o hijas a los demonios (Ind. I 2,22).

6. Ni tampoco se pueden amparar los españoles en la elección voluntaria porque muchas veces estaría viciada por el miedo o la ignorancia. Además, los bárbaros no saben lo que hacen, y aun quizá ni entienden lo que les piden los españoles. Por otro lado, esta opción la solicitan gentes armadas que rodean a una turba inerme y medrosa. E incluso, teniendo ellos, como se dijo antes, sus propios gobernantes y príncipes, no puede el pueblo sin causa

razonable aceptar nuevos jefes en perjuicio de los anteriores. Ni tampoco pueden sus mismos jefes elegir un nuevo príncipe sin consentimiento del pueblo (Ind. I 2,23). 7. Por último, se refiere al supuesto título de donación especial de Dios. Se dice (y no sé por quien) que Dios en sus singulares designios condenó a todos los bárbaros a la ruina por sus abominaciones y los entregó en manos de los españoles. Sobre esto no quiero entretenerme en muchas discusiones, porque es peligroso creer al que anuncia una profecía contra la ley común. Pero aun suponiendo que el Señor hubiera decretado la perdición de los bárbaros, no se excluye por ello que quede sin culpa el que los destruyere. ¡Ojalá que, a excepción del pecado de infidelidad, no hubiera entre algunos cristianos mayores pecados contra las buenas costumbres que hay entre los bárbaros! (Ind. I 2,24.)

Y junto a estos títulos establece otros que sí considera legítimos. Y muchos de ellos, a pesar de mostrarse como títulos legítimos de conquista otorgan también derechos a los indígenas. Ello es así porque, como ya se ha dicho, Vitoria aspiraba a la creación de un derecho internacional universal donde existirían una serie de personas con derechos y deberes comunes. Lástima que eso no coincidiese con la realidad y que en la práctica una de las partes fuese tan abrumadoramente más fuerte que la otra que hiciese imposible la relación.

Los siete títulos legítimos que muestra son los siguientes: 1. Derecho de comunicación natural (Ind. I 3,1), por el cual los españoles tenían derecho de recorrer esos territorios y permanecer allí mientras no causasen daños a los indígenas. Este derecho de comunicación, basado en el derecho de gentes, iba acompañado del derecho a comerciar. Porque por derecho natural son comunes a todos el aire, el agua corriente y el mar, los ríos y los puertos. Y por derecho de gentes, pueden las naves atracar en ellos. Por tanto, su uso no puede vedarse a nadie. De donde se sigue que los bárbaros cometerían injusticia contra los españoles si les prohibieran entrar en sus territorios (Ind. I 3,2). Por otro lado, si hay entre los bárbaros cosas que son comunes a los nacionales y a los extranjeros, no es lícito que los bárbaros prohíban a los españoles la comunicación y participación de esas cosas. Pues si desde los primeros tiempos de la creación del mundo y después de reparado tras el diluvio la mayoría de los hombres estableció que los embajadores en todas partes fueran inviolables, que los mares fueran comunes, que los prisioneros de guerra fueran esclavos, y que convenía que los extranjeros no fueran expulsados, ciertamente esto tendría fuerza de ley, aunque algunos otros se opusieran (Ind. I 3,3). También reconoció el derecho de los bárbaros a tener ciudadanía española si allí le nacieran hijos a algún español y quisieran éstos ser ciudadanos del país (Ind. I 3,4). Pero si los bárbaros quisieran privar a los españoles de lo que les pertenece por derecho de gentes, como el comercio y las demás cosas antes relatadas, los españoles deben, primero con razones, evitar el escándalo y demostrar que no vienen a hacerles daño. Pero si los bárbaros no quieren acceder, sino que acuden a la

violencia, los españoles pueden defenderse y tomar todas las precauciones que necesiten para su propia seguridad (Ind. I 3,5). Y si después de haberlo intentado todo los españoles no pueden tener seguridad y paz con los bárbaros, si no es ocupando sus ciudades y sometiénolos, podrán lícitamente hacerlo (Ind. I 3,6). Además, si una vez demostrada la buena voluntad de los españoles los bárbaros perseveran en su mala voluntad, podrán los españoles actuar contra éstos, ya no contra inocentes, sino contra declarados enemigos (Ind. I 3,7). 2. Derecho de anunciar el Evangelio (Ind. I 3,8). Los cristianos tienen derecho a predicar y anunciar el Evangelio en las provincias de los bárbaros, entre otras razones porque son prójimos y a cada uno confió Dios el cuidado de su prójimo. Y aunque esto es de derecho común y está permitido a todos, pudo, sin embargo, el Papa encomendar esta misión a los españoles y prohibírsela a los demás (Ind. I 3,9). Pero si los bárbaros permiten a los españoles predicar el Evangelio libremente y sin poner obstáculos, tanto si reciben como si no reciben la fe, ya no es lícito por este motivo declararles la guerra ni tampoco ocupar sus territorios (Ind. I 3,10). Y si los bárbaros, tanto los jefes como el pueblo mismo, impiden a los españoles anunciar libremente el Evangelio, pueden éstos, dando antes razón de ello a fin de evitar el escándalo, predicarles aun contra su voluntad y entregarse a la conversión de aquella gente. Y si fuera necesario, por esta causa aceptar o declarar la guerra, hasta que den oportunidad y seguridades para predicar el Evangelio. Lo mismo se ha de decir si, a pesar de permitir la predicación, impiden las conversiones, matando o castigando de otra manera a los convertidos a Cristo, o alejando a los otros con amenazas o por medio del terror (Ind. I 3,11). 3. Si algunos bárbaros se convierten al cristianismo y sus príncipes quieren hacerles cambiar de opinión por la fuerza o el miedo, podrían intervenir los españoles. Y esta intervención no se basaría únicamente en el tema de religión sino también en el de amistad y sociedad (Ind. I 3,12). 4. Si los bárbaros se hubieran convertido a la fe de Cristo, bien por medios normales o de manera indebida, es decir, empleando la fuerza o la amenaza o de otro modo injusto, mientras sean cristianos de verdad, puede el Papa con causa justa, pídaselo ellos o no, darles un príncipe cristiano y quitarles los otros príncipes infieles (Ind. I 3,13). 5. La tiranía de los príncipes y de las leyes que dañen a los inocentes. Y no es obstáculo el que todos los bárbaros consientan en tales leyes y sacrificios, y que no quieran ser en esto defendidos por los españoles. Pues no son en esto dueños de sí mismos ni tienen derecho a entregarse a sí ni a sus hijos a la muerte (Ind. I 3,14). 6. La verdadera y libre elección. Esto es, si los bárbaros mismos, comprendiendo la prudente administración de los españoles y su humanidad, libremente quisieran, tanto los príncipes como los súbditos, tener y recibir como soberano al rey de España. Éste podría ser, y sería título legítimo y aun de derecho natural (Ind. I 3,15). 7. Como aliados y amigos porque a veces los mismos bárbaros guerrearán entre sí legítimamente, y la parte que padeció injus-



ticia y tiene derecho a declarar la guerra, puede llamar en su auxilio a los españoles y repartir con ellos el botín de la victoria. Ya que con toda justicia puede la república pedir auxilio a los extranjeros para castigar a los agresores, como puede hacerlo contra los criminales de dentro (Ind. I 3,16).

Esta relección, al igual que el resto de la obra de Vitoria, junto con la de los demás teólogos-juristas de la escuela española del derecho natural, permite, según Carro, hacer «un ensayo de Declaración de derechos y deberes del hombre, supuestamente aprobada en las Aulas teológicas de la Universidad de Salamanca en el siglo XVI»<sup>36</sup>.

En ella se establecerían entre otros el derecho de todos los hombres a ser libres, a la vida, a la legítima defensa de la vida, a los medios que garanticen su existencia, a la libertad de culto, a la propiedad, a la educación, a la enseñanza, a la familia, a la crianza y educación de los hijos, e incluso a participar en el gobierno de su país.

Efectivamente muchos de esos derechos están recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros textos anteriores y posteriores a la misma. Sin embargo, parece excesivo opinar que ese elenco puede extraerse de la obra de Vitoria. De hecho, en ningún lugar de su trabajo habla de derechos fundamentales o humanos a pesar de que sí recogió una serie de principios que tenían que ser respetados para asegurar la dignidad, la libertad y el derecho de gobierno que tenían los indios en sus tierras.

Si entendemos con Eusebio Fernández que los derechos humanos, o morales (tal y como a él le gusta denominarlos, gusto que no comparto), son «pretensiones legítimas originadas en y conectadas con la idea de dignidad humana y los valores que la componen»<sup>37</sup>, parece que sí pueden vislumbrarse en los textos de Vitoria y sus coetáneos algunos antecedentes históricos. Nada más, pero tampoco nada menos.

Y en ese sentido a los tres momentos que señala De Castro en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos, esto es fundacional o revolucionario (que sitúa en el siglo XVIII), de consolidación (que sitúa en el siglo XIX y principios del XX) y de expansión y revisión (a partir de 1917)<sup>38</sup>, yo añadiría otro y lo situaría delante del primero. Sería el período de preparación y en él no sólo tendrían cabida, sino un lugar destacado, los juristas españoles de la escuela española del derecho natural.

<sup>36</sup> CARRO, V., *Derechos y deberes del hombre*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1954, pp. 110 y ss.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Estudios de ética jurídica*, Madrid, ed. Debate, 1990, p. 60.

<sup>38</sup> CASTRO CID, B., «La Declaración Universal de Derechos Humanos: Balance en un aniversario», en *Los Derechos humanos: cuarenta años después 1948-1988*, Santiago de Compostela, Fundación Alfredo Brañas, 1990, pp. 68 y ss.

## Conclusión

En función del estudio realizado concluyo afirmando que quizá sea excesivo otorgar a los trabajos del Siglo de Oro español el calificativo de antecedentes en cuanto al reconocimiento y positivación de los derechos humanos tal y como hoy se entienden. No obstante creo que es, no sólo oportuno sino justo, recordar este período o, al menos, el trabajo de autores como Vitoria, como impulsor de lo que después serían los derechos humanos. Y ello especialmente por las contribuciones que aporta en favor de la defensa de la libertad, la igualdad y la dignidad de todos los hombres, (a pesar de que estos derechos no fuesen siempre de efectiva realización). Así como por la exigencia de reconocimiento que postula en cuanto a los derechos de los bárbaros (anteriores al de los españoles) a tener el dominio de sus tierras y de sus bienes, sus propios gobernantes, sus costumbres (matrimonios, etc.), su cultura e incluso sus creencias religiosas. Vitoria era hombre de Iglesia y, por lo tanto, veía como labor primordial a efectuar en América la de catequización de los indígenas. Sin embargo entendía que este trabajo debía realizarse por la vía del convencimiento y nunca de la fuerza o de la guerra porque la ignorancia de los bárbaros no era culpable.

Creo que su trabajo fue muy interesante y estuvo bien fundado y estructurado y por ello entiendo que debe ser tenido en cuenta, sino como precedente, al menos como base filosófico-jurídica de lo que después serían los derechos humanos.

Por último, quiero terminar recordando la idea apuntada por Bobbio en el sentido de que la comunidad internacional ha comprendido que existen una serie de derechos fundados en una serie de valores hoy generalmente aceptados, pero «la comunidad internacional se encuentra hoy no sólo frente al problema de aprestar garantías válidas a esos derechos, sino también frente al de perfeccionar continuamente el contenido de la Declaración, articulándolo, especificándolo y actualizándolo, de tal modo que no se vuelva rígido en fórmulas tanto más solemnes cuanto más vacías»<sup>39</sup>. Y por eso la celebración del cincuenta aniversario de esta Declaración es importante, pero no debe producirnos un «efecto placebo» porque todavía hay mucho que hacer. Y ojalá cada uno a nivel personal, los Estados a través de sus Constituciones y la comunidad internacional a través de su legislación sepamos cumplir con este encargo que nos ha sido legado tantos siglos atrás. Ésa sería a mi juicio la mejor forma de celebrar este aniversario.

---

<sup>39</sup> BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», *Anuario de Derechos humanos*, 1, 1981, p. 17.

# Las peculiaridades del derecho inglés desde la mirada de la Europa continental

Por M.<sup>a</sup> OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ

Universidad de Cantabria

## I. INTRODUCCIÓN

Es clásica la distinción de dos grandes familias jurídicas en el mundo desarrollado. Por un lado la correspondiente al derecho continental y por otro lado al derecho anglosajón. La primera heredera del derecho romano postclásico, del Código de Justiniano, la segunda formada en la tradición inglesa y extendida a las antiguas colonias británicas. La cultura jurídica europea contemporánea se nos presenta así diferenciada en dos modelos a uno de los cuales pertenecen las Islas Británicas y al otro el resto de Europa. Dentro de las Islas Británicas, Escocia e Irlanda mantienen un sistema mixto con aspectos jurídicos propios del anglosajón y otros del continental. Por ello podemos hablar con propiedad de un derecho inglés «insular y singular»<sup>1</sup>. Un sistema jurídico excepcional respecto a una cultura jurídica generalizada en la Europa del mundo moderno.

Mientras que los códigos representan el derecho más típicamente continental, el *common law* representa el derecho más genuinamente inglés. Inglaterra se aparta de la corriente general codificadora que arrastra al resto de Europa. En el «país de la particularidad», en expre-

---

<sup>1</sup> RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho Inglés*, trad. F. Vela, Madrid, Revista de Occidente, 1946, p. 83.

sión de Hegel, se da la espalda a «la commoción universal» de los principios de libertad e igualdad abstractos y universales a los que tiene acceso toda la población y su sistema jurídico se caracteriza por los derechos particulares y privilegios procedentes de la época feudal. Para Hegel, en Inglaterra, el «interés universal es concreto», mientras que «los principios abstractos no dicen nada a los ingleses»<sup>2</sup>. Como consecuencia de ello su derecho le resultará «pésimamente organizado». Y mucho más que eso: un derecho confuso, irracional, que constituye «una y la misma injusticia». Porque no proviene de una autoridad determinada, porque sólo es accesible a aquellos que saben de cuestiones jurídicas, porque se opone a la racionalidad jurídica representada por la codificación que, en tanto que ordena y determina las singularidades en normas universales, es ya en sí misma un «acto de justicia»<sup>3</sup>. El gobernante que da a su nación un código es un «benefactor» y su labor en tal sentido motivo de «agradecimiento», tanto como de reproche el no hacerlo porque «negar a una nación culta o a una clase jurídica la capacidad de hacer un código es uno de los mayores insultos que puede sufrir esa nación o esa clase»<sup>4</sup>.

Queda claro que, para Hegel, la codificación representa la máxima expresión de la racionalidad jurídica, de la que carece el derecho inglés. Pero para otros no es manifestación de una sinrazón jurídica aunque, como decía Bentham que era partidario de la codificación, carezca de autor determinado y de una forma verbal fija como contenido. Más bien obedece a una racionalidad distinta a la de los códigos. No simboliza la razón-fuerza del Monarca, ni la razón-consenso del Parlamento, sino la razón de los juristas adquirida mediante la observación, el estudio y la experiencia que ha podido ser considerada en el *common law* como razón perfecta. Una razón que, aplicada al derecho, no es abstracta y universal sino concreta e histórica, variable según las circunstancias del momento y el lugar<sup>5</sup>.

Un modo distinto de razonar que determina dos tipos de conocimiento fuertemente enraizados. Un saber jurídico abstracto se impone en el continente y un saber empírico y concreto en Inglaterra. Sus contenidos, sus términos, su formación y su pensamiento jurídico son diferentes. Más sistemático en el continente, más casuístico o analíti-

<sup>2</sup> Cfr. HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. J. Gaos, Madrid, Alianza, 1989, p. 699.

<sup>3</sup> HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. J. L. Vermal, Barcelona, Edhasa, 1988, § 215 (p. 288).

<sup>4</sup> *Ibíd.*, § 211 (p. 283).

<sup>5</sup> Es obra principalmente de esa *summa ratio* de los jueces que exponía Coke: «aunque toda la razón que se encuentra dispersa en tantas cabezas diferentes se reuniera en una sola, no podría ella, sin embargo, hacer un Derecho como el inglés, porque éste a través de tantas sucesiones de edades ha sido afinado y refinado por un número infinito de hombres graves y doctos», la cita corresponde al jurista en la obra de HOBBS, Th., *Diálogo entre un filósofo y un jurista del common law*, trad. M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1992, p. 6.

co en Inglaterra; en un caso más teórico, en el otro más práctico, fruto de la aplicación de métodos deductivos e inductivos respectivamente.

Circunstancias históricas particulares como la precoz formación de un Estado unitario inglés, la unidad jurídica, la centralización judicial, la creación de un potente cuerpo homogéneo de juristas y la existencia de un fuerte nacionalismo jurídico, se revelan como factores importantes en el origen de las peculiaridades jurídicas del sistema del *common law* inglés. Efectivamente, la Inglaterra medieval ya contaba con un poder centralizado y la práctica jurídica nacional estaba en manos de jueces y abogados. La profesión jurídica va adquiriendo un carácter corporativo creciente al asumir las *Inns of Court* la tarea de formar juristas. Además el *common law*, de origen consuetudinario, surge con vocación de aplicación general superpuesto a los derechos locales y no como derecho subsidiario<sup>6</sup>.

Pero también se ha señalado la fidelidad del derecho más genuinamente anglosajón a algunos rasgos característicos del mundo inglés. Cuestión que ha sido analizada por algunos ilustres juristas y filósofos del Continente. En esta línea se pueden destacar, entre otros, la admiración de Montesquieu<sup>7</sup>, Ihering, Kantorowicz o Radbruch, la curiosa indiferencia de Rousseau<sup>8</sup>, y la dureza de las críticas de Hegel o Nietzsche. Se pretende encontrar unas características típicamente inglesas que puedan ser determinantes de un especial modo de ser

---

<sup>6</sup> Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 58. Cfr. SHERMAN, Ph., *Roman Law in the modern world*, V. I., Littleton (Colorado), Fred B. Rothman & Co, 1993, §380 (pp. 364-365). El fortalecimiento del propio derecho y la consiguiente falta de recepción del derecho de Justiniano se debe, para algunos autores, principalmente al clasismo derivado de la buena organización de los juristas ingleses y no se explica por razones patrióticas. Cfr. WESENBERG, G., WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. J. J. de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 129.

<sup>7</sup> Inglaterra es la nación que MONTESQUIEU tuvo presente al realizar su obra *El espíritu de las Leyes*, una leyes que «deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas» (trad. M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1987, p. 10). La obra de Montesquieu responde a un examen de las leyes no como principios abstractos sino desde un punto de vista empírico, mediante la observación de sus relaciones con el «clima, la religión, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres y los hábitos» (Ibídem, p. 205). Se sobrepone así al método del iusnaturalismo abstracto fundamentador de leyes universales para concretizar el tipo de leyes adecuado al espíritu de cada pueblo según sus circunstancias particulares. La razón que Montesquieu aplica en su obra no precede a la historia sino que opera con sus datos, con el contexto histórico y ambiental en donde las leyes han de ser aplicadas. Sin duda en la elaboración de esta obra tuvo una gran influencia su estancia durante más de un año en Inglaterra.

<sup>8</sup> ROUSSEAU, J. J., vivió en Inglaterra y allí comenzó a escribir *Las Confesiones* (trad. M. Armiño, Madrid, Alianza, 1997). No obstante no le dedica mucha atención a este país. En tal obra reconoce que no sentía, por naturaleza, ninguna inclinación por Inglaterra (p. 837). Afirma que no se encuentra a gusto en el país que se siente cautivo. Ve Inglaterra como una trampa a la que le envían sus enemigos (Ibídem, pp. 253, 836). A pesar de lo cual alguna referencia a un supuesto carácter típicamente inglés puede encontrarse en *Emilio o De la educación* y en el *Contrato social*.

jurídico. Si bien los retratos del pueblo inglés son tan dispares que resulta difícil ver ese pretendido carácter genuinamente británico. Dificultad que se extiende a la conexión de algunos de los supuestos rasgos de su modo de ser con su sistema jurídico.

## II. LA BÚSQUEDA DE RASGOS «TÍPICAMENTE» INGLESES

Hay que partir de lo discutible que es ya la propia existencia de los caracteres nacionales y mucho más esa semántica que sirve para adornar la singularidad individual hasta sumergirla en la homogeneidad colectiva. Cuando la «poética» de la identidad fusiona «lo fáctico con lo ideal y lo mudable con lo permanente; o pone, esencializa, tergiversa, selecciona, objetiva e idealiza, mitifica y sacraliza»<sup>9</sup>.

Como referentes del modo de ser inglés no pueden obviarse sus circunstancias geográficas. Y no sólo por tratarse de una isla, además desde principios del siglo XVI Inglaterra es una potencia marítima. Entonces la conciencia isleña del inglés le infunde un gran espíritu aventurero y emprendedor. El mar libre es también libre mercado. El inglés en continua actividad desarrolla una forma de vida que se va desligando del Continente<sup>10</sup>.

Esta lejanía exige para aproximarse a su conocimiento, en palabras de Ortega, superar los obstáculos que se encuentran al mirarlo como un país extraño, «con sorpresa, azoramiento y la conciencia de tener delante algo admirable, pero incomprensible»<sup>11</sup>. Es preciso adentrarse en «una intimidad», en «un sistema de secretos» difíciles de descubrir al contemplarlo desde fuera. A tal dificultad le añade el hecho de que el inglés es silencioso: «con faces impasibles, detrás de sus pipas, velan los ingleses alerta sobre sus propios secretos para que no se les escape ninguno»<sup>12</sup>.

Y no siempre se les observa con curiosidad amable, de la misma forma que se admira e, incluso, se imita al mundo inglés también irrita y exaspera. Al atravesar la mirada los límites del Continente se produce la sorpresa, la turbación y la fascinación y entonces «la sublimación» y «el rechazo» parecen ser las únicas respuestas ante la «inquietante» diferencia<sup>13</sup>. Por eso, quizás hemos de advertir con

<sup>9</sup> LISON TOLOSANA, C., *Las máscaras de la identidad. Claves antropológicas*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 11-12. Un proceso que no es difícil aboque en la solidaridad con los «nuestros» frente a la exclusión de los «otros», Cfr. TODOROV, T., *Nosotros y los otros. Reflexiones sobre la diversidad humana*, trad. M. Mur Ubasart, México, Siglo XXI, 1991, pp. 204-205.

<sup>10</sup> SCHMITT, C., *Tierra y mar. Consideraciones de la historia universal*, trad. R. Fernández Quintanilla, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 1952, pp. 99-101.

<sup>11</sup> ORTEGA y GASSET, J., «Epílogo para ingleses», en *La rebelión de las masas*, Madrid, Revista de Occidente, Alianza, 1990, p. 203.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>13</sup> KRISTEVA, J., *Extranjeros para nosotros mismos*, trad. X. Gispert, Barcelona, Plaza & Janes, 1991, p. 228.

Nietzsche –y especialmente viniendo de él– que «tenemos el deber de desconfiar, de mirar maliciosamente de reojo desde todos los abismos de la sospecha» lo que los distintos autores reconocen como típicamente inglés<sup>14</sup>.

Junto a la insularidad, las condiciones climáticas de Inglaterra como factor determinante del carácter inglés no han pasado inadvertidas. Con resultados muy diferentes Montesquieu y Nietzsche le dedican especial atención.

Para Nietzsche la existencia del inglés está marcada por su exposición al «horrible claroscuro del norte y de los espectros conceptuales y la anemia debidos a la falta de sol»<sup>15</sup>, que sustituye la espiritualidad del sur por la «desgana». Y sin escatimar medios para manifestarle su desprecio añade su incapacidad para crear sus convicciones e ideas, su necesidad de disciplina moralizadora, su carencia de afán de superación, su limitación de perspectivas, su gusto por guardar las apariencias, su torpeza y su vulgaridad<sup>16</sup>.

Pero esa vulgaridad inglesa parece no ser consecuencia de la falta de luz, sino resultado del convencimiento de que han sido los «inventores» de los «prejuicios democráticos», del «plebeyismo europeo», incluso de haber convertido a los franceses en «monos y comediantes de tales ideas», en sus «víctimas» y sus «mejores soldados». Les considera artífices de las ideas democráticas. Así el inglés se le aparece como la metáfora del hombre burgués, democrático y utilitarista<sup>17</sup>.

Nietzsche despliega maliciosamente sus dotes irónicas al resumir la virtud de los ingleses a su aspiración al «comfort», a la «fashion» y a «un puesto en el Parlamento»<sup>18</sup>. Montesquieu, seguramente, se hubiera escandalizado al escuchar tales impropiedades del pueblo que tiene, según él, tan buenas costumbres y tantas virtudes. De esa isla fría y lluviosa que constituye una «máquina sana y bien constitui-

<sup>14</sup> NIETZSCHE, F., *Más allá del bien y del mal. Preludio de una filosofía de futuro*, trad. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 1988, § 34 (p. 60).

<sup>15</sup> *Ibidem*, § 254 (p. 212).

<sup>16</sup> Esa vulgaridad no forma parte del carácter inglés según SCHOPENHAUER, al menos, no de los ingleses que continúan viviendo en Inglaterra. Para él, vulgares son los americanos. Precisamente en el extremo opuesto de ellos sitúa a los ingleses de quienes dice siempre se esfuerzan por ser nobles. Y poco más adelante atribuye la vulgaridad americana al hecho de que es un país formado por gente descendiente de quienes tuvieron que huir de Europa. No se refiere el autor a que muchos de estos huidos eran ingleses. Cfr. *El amor, las mujeres y la muerte*, trad. D. Castrillo Mirat, Madrid, Edaf, 1989, pp. 213-214. Esa supuesta necesidad que tienen los ingleses de una disciplina moralizadora parece en consonancia con la popularidad del juez inglés. Figura singular en Inglaterra, con gran autoridad y prestigio que algún admirador del derecho inglés le atribuye la misión de ser «el educador responsable del *ethos* nacional» y de «robustecer y formar la moral de su pueblo». Cfr. RADBRUCH, G., *op. cit.*, pp. 100, 32.

<sup>17</sup> NIETZSCHE, F., *Más allá del bien y del mal...*, *cit.*, § 253 (p. 210). Pueden verse también sus obra, *La Gaya Ciencia*, trad. Ch. Greco y G. Groot, Madrid, Akal, 1988, § 358 (pp. 280-283). Sobre la misma cuestión, *La genealogía de la moral*, trad. A. Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 1991, Parte I, § 4 (pp. 33-34).

<sup>18</sup> NIETZSCHE, F., *Más allá del bien y del mal...*, *cit.*, §228 (p. 176).

da»<sup>19</sup> y forja en sus habitantes una predisposición a la libertad. Son valerosos, muy activos, obstinados y están preparados para las grandes empresas<sup>20</sup>. Los ingleses tienen confianza y seguridad en sí mismos, necesitan de libertad para buscar medios con que satisfacer las necesidades con que la naturaleza les grava y, por ello, es difícil tiranizarlos o esclavizarlos<sup>21</sup>.

La forma de gobierno inglesa es considerada por Montesquieu como la óptima para garantizar una libertad para la que tan bien están dotados sus ciudadanos. La libertad, en relación con la Constitución, descansa en la distribución de los poderes. Aunque respecto a tal principio lejos están los jueces ingleses de ser «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»<sup>22</sup>.

Kant, sin haber estado nunca allí, se aventura a decir que «en ningún país cabe encontrar tantas particularidades como en Inglaterra». Como Montesquieu resalta el carácter obstinado del inglés, su amor por la libertad y añade que son, sobre todo, «cultivadores del espíritu de la nación»<sup>23</sup>.

Este sentimiento nacional, que algunos califican como ardor patriótico y del que también derivan su carácter orgulloso, su espíritu de libertad, su tenaz energía, la firmeza en la conservación de su pasado o su amor a la tradición, su preferencia de lo duradero sobre lo transitorio, su sentido práctico, su disciplina jurídica o su enraizado sentimiento legal, son consideradas las características más destacadas del talante inglés como supuestas determinantes de un derecho genuino y diferente al derecho del continente europeo.

### III. El Derecho inglés y el Derecho romano

El derecho inglés carece, en parte, de una forma verbal fija contenida en un texto legal, no es un derecho procedente en su totalidad del Parlamento, no siempre toma como referencia la ley sino las deci-

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 157.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 162-163, 191.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 155, 232, 303. En el *Contrato social*, ROUSSEAU, J. J., corrobora las posiciones de Montesquieu en cuanto a la relación del clima (y de aquí el trabajo que se necesita para producir) con la libertad. Y en esta línea considera a Inglaterra un país apropiado para la libertad. Se necesita más trabajo para producir las tierras que en países cálidos (trad. F. de los Ríos Urruti, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pp. 105-109).

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 112. Las condiciones del continente que llevaron a generalizar en la época la idea de sujeción de los jueces a la ley está también en él. Es éste uno de los aspectos de la organización de los poderes ingleses que no está recogido en ese ideal de gobierno que cumple la separación de poderes y que Montesquieu construye, en opinión de SCHMITT, C., «con plena conciencia de la inexactitud histórica y política, a base de las situaciones constitucionales inglesas», *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Madrid, Alianza, 1983, pp. 311-312.

<sup>23</sup> Cfr. KANT, I., *Antropología práctica*, trad. R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 60-63.



siones de los tribunales en casos análogos. Es, principalmente, un derecho consuetudinario. Pero sus costumbres no provienen, como en el derecho continental, de la práctica popular, sino de la de sus jueces. Es, en gran medida, un derecho jurisprudencial que, según algunos autores, «no está expuesto a la estrechez de miras del normativismo»<sup>24</sup>.

En el derecho continental el código reproduce los mandatos del legislador soberano, y representa un derecho omnicompreensivo, racionalizado, coherente, sistemático y por todos conocidos, realizando así el ideal de previsibilidad, certeza y seguridad jurídica. El derecho es un dato que viene dado en la ley escrita, que es así «el sólido armazón en el que se desenvuelve todo el derecho»<sup>25</sup>. La norma jurídica se anticipa al caso problemático que nace ya juridificado por su coincidencia con el supuesto de hecho de aquella. La fuente principal del derecho es la ley que emana del Parlamento correspondiendo al juez su aplicación, en una puesta en práctica del principio de separación de poderes. Principio muy flexibilizado en Inglaterra donde el juez es creador de derecho, la *House of Lords* se erige en órgano jurisdiccional y su presidencia ha correspondido tradicionalmente al Lord Canciller<sup>26</sup>.

Para el juez inglés, artífice del derecho y protagonista en el sistema de fuentes, el derecho no es un dato previdamente dado, no forma un cuerpo sistemático y limitado al texto de un código, ni se anticipa al caso. El caso surge con independencia de toda norma jurídica general y abstracta. El derecho es el *iustum* concreto que hay que ir buscando en cada caso. Una búsqueda que huye de la arbitrariedad remontándose a casos similares en un intento de resolver objetivamente, en atención a las semejanzas de los problemas planteados. Un ejemplo de «pensamiento del orden concreto, fundado en el derecho intrínseco de un caso determinado»<sup>27</sup>. El derecho sólo se crea para el caso particular y otros similares, no se adelanta a futuras cuestiones problemáticas, está abierto a ellas, a corregirse y cambiarse en atención a un nuevo caso en una actividad judicial creadora reconocida. La seguridad jurídica se cifra ahora en la sujeción del juez a decisiones precedentes. Supone la afirmación un derecho «fluido», pero a la vez «tenaz y resistente», que depende de las circunstancias del caso particular, en constante movimiento pero «sin brincos, ni soluciones de continuidad», en un

<sup>24</sup> SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. M. Herrero, Madrid, Tecnos, 1996, p. 59.

<sup>25</sup> KASER, M., *En torno al método de los juristas romanos*, trad. J. Miquel, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1964, p. 51.

<sup>26</sup> Cfr. ALLEN, C. K., *Las fuentes del Derecho inglés*, trad. A. Ortiz García, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 812.

<sup>27</sup> SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cit., p. 61.

intento de armonizar la seguridad jurídica con la justicia del caso concreto <sup>28</sup>.

Ha sido muy repetida la afirmación de que el derecho inglés se resistió a la recepción del derecho romano, pero no se ha desarrollado completamente al margen de él. Ha podido destacarse su influencia en el periodo formativo del *common law*, o en la constitución de las instituciones del estado inglés, en la universalidad del *ius mercatorum*, en la competencia de los tribunales eclesiásticos en materia de matrimonios y sucesiones, en la actuación de las *Courts of Admiralty* y, especialmente, la aparición en el siglo XV y el funcionamiento hasta mediados del siglo XIX de los tribunales de equidad que incorporan el carácter escrito y secreto del proceso continental frente a la oralidad y publicidad propia del modelo anglosajón y que propició la aparición de un modelo de juristas de formación universitaria a los que se enseñaba derecho romano y canónico <sup>29</sup>. Son estas notas características y comunes con el derecho continental heredero del derecho romano postclásico.

Más allá de estas influencias puntuales se ha podido decir que en Inglaterra se recibieron del derecho romano términos, ideas y método pero no un texto legal, no un código <sup>30</sup>. En este sentido, lo más destacable, según algunos romanistas y según Kantorowicz, de las influencias del derecho romano en el derecho anglosajón se derivan de sus puntos de conexión con el derecho romano clásico.

Un sentimiento jurídico fuertemente enraizado, un carácter práctico y tremendamente realista hace coincidir a romanos e ingleses y ha determinado un modo de realizar el derecho que se aleja del modo de hacer del continente <sup>31</sup>. Y de aquí resulta que la metodología del jurista inglés es, para algunos, la más fiel a la utilizada en la creación del derecho romano. No procede de los romanos la concepción del derecho como un sistema cerrado al modo del derecho continental en que la abstracción, la lógica y la deducción constituyen su base. Un sistema completo y único en el que se es capaz de deducir todas sus normas y en el que se pretende convertir al juez en un subsumidor del caso en la norma como si de un autómatas se tratara. Tal idea representa una «ficción», que no se corresponde con el carácter práctico y realista de los romanos, y la deducción lógica una apariencia al servicio del «interés y no de la verdad» <sup>32</sup>. Resulta utópico y «hasta

<sup>28</sup> RADBRUCH, G., *op. cit.*, p. 80.

<sup>29</sup> Cfr. DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés*, trad. J. L. de los Mozos, Valladolid, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1992, pp. 121-128.

<sup>30</sup> Cfr. SHERMAN, Ph., *op. cit.*, § 377 (p. 360).

<sup>31</sup> La tenaz energía y el carácter conservador son las notas de coincidencia, destacadas por IHERING, entre el pueblo romano y el inglés en *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998, § 24 (pp. 239, 257).

<sup>32</sup> La ficción utilizada al servicio de la lógica en ese pretencioso sistema unitario, pleno y coherente es, según KANTOROWICZ, el «disfraz de una mentira al servicio de métodos falsos o de intereses prácticos», «La lucha por la Ciencia del Derecho», en SAVIGNY, KIRCHMANN y otros, *La Ciencia del Derecho*, trad. W. Golschmidt,

desagradable» concebir la tarea del juez como un simple reproductor de la ley sin capacidad alguna para valorarla, configurarlo como un «esclavo de la seguridad jurídica» más que como «un servidor de la justicia»<sup>33</sup>.

El ideal del operador lógico omnicomprendido no pertenece a la grandeza de los romanos sino a su decadencia política, y tampoco se corresponde con la vida jurídica de Inglaterra. Ni el derecho romano clásico, ni el derecho anglosajón se caracterizan por su sistematicidad desde un punto de vista externo que les hiciera aparecer como sistemas cerrados e inflexibles. Son derechos coherentes que coinciden en su carácter casuístico, empírico y no dogmático elaborado por un método inductivo<sup>34</sup>. El análisis y no la síntesis ocupan a estos juristas.

Ni el jurista romano ni el inglés conciben la existencia de una única solución jurídica para un caso concreto. La solución correcta es la consecuencia de «una sugestión bienhechora»<sup>35</sup>. En esta idea es donde pervive el sentimiento jurídico y no en el que busca una única solución posible. El jurista inglés es un investigador que va descubriendo como según los distintos aspectos del caso resulta aplicable una u otra norma, uno u otro valor que aportan soluciones diferentes. Sólo así, apartados del texto limitado de la ley y acercándose a la vida, a través de un caso real con sus condiciones y sus consecuencias, entienden que puede hacerse justicia<sup>36</sup>. Y de tal manera ha sido constatado por la actuación de los juristas que siempre han ido más allá de ese sistema ficticiamente cerrado «rompiendo las cerraduras o utilizando ganzúas»<sup>37</sup>.

El sentido práctico de los ingleses les ha llevado a reconocer sus sentencias como auténticas normas jurídicas, y no como un mero acto

---

Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 347, 360. A propósito de tal aviso MARTÍNEZ GARCÍA J. I., puntualiza que la ficción, a diferencia de la mentira, no pretende engañar a nadie, cfr. *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992, p. 106. Y el mismo KANTOROWICZ señala que la ficción es soportable «si un pueblo conservador como los romanos la emplean para el desenvolvimiento histórico de una institución» en «La lucha por la Ciencia del Derecho», *cit.*, pp. 346-347.

<sup>33</sup> KANTOROWICZ, H., «Las tendencias en la Ciencia del Derecho», en RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 124.

<sup>34</sup> Las diferencias están en la vinculatoriedad del precedente judicial en el derecho anglosajón, inexistente en el derecho romano. Así como en el corporativismo de la creación del derecho inglés en manos de jueces a través de decisiones judiciales. En el derecho romano el ámbito de creación del derecho es más amplio que en el derecho inglés. Correspondía a juristas a través de dictámenes y otras manifestaciones, no necesariamente estaba limitado al ámbito judicial. Cfr. KASER, M., *op. cit.*, pp. 46-49. Cfr. BUCKLAND, W. W. y MCNAIR, A. D., *Derecho romano y «Common Law»*, trad. I. Cremades Ugarte, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1994, pp. 38-41.

<sup>35</sup> KANTOROWICZ, H., «La lucha por la Ciencia del Derecho», *cit.*, p. 341.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 369.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 349. En el mismo sentido, señala VIEHWEG, T., que la «*legal science* inglesa y americana están tan lejos como nosotros de un procedimiento formalista y sistemático», en *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, Taurus, 1986, p. 135.

de aplicación de una norma, como se consideraban las decisiones del pretor romano. En el modelo jurídico inglés no se pretende incluir un caso dentro de un sistema previo, sino dar una decisión apropiada según una ajustada estimación. Sus reglas parten de la experiencia de casos concretos, no son rígidas como tampoco lo son sus términos jurídicos. Se eluden las generalizaciones, la lógica y la deducción para permanecer apegado al problema. Y así el jurista no intenta comprender un derecho que ya elaborado se «limita a aceptar» y aplicar, sino que lo entiende como algo que él «construye»<sup>38</sup>. Aquel ideal de los métodos de la lógica jurídica, con una única solución posible al caso, es sustituido por romanos e ingleses por el «ideal de popularidad» del juez responsable que siente y crea derecho unido al caso planteado y no lo diluye en abstracciones<sup>39</sup>.

#### IV. LOS GRANDES PILARES DEL DERECHO INGLÉS: SENTIDO JURÍDICO, TRADICIÓN Y LIBERTAD

El realismo inglés facilita la elaboración y la aplicación de un derecho que surge en el caso, que es lo más cercano a lo concreto y lo tangible. El derecho nace del caso particular observado en comparación con un caso anterior. La experiencia de generaciones van engrandeciendo un derecho en el que la intuición ha sido un factor clave, como manifestación de un sentimiento jurídico enraizado<sup>40</sup>. Un sentimiento jurídico que conforma la fuerza del derecho, que le transmite una tremenda energía<sup>41</sup>. Una intuición y un sentimiento jurídico que no es exclusivo del juez sino, se dirá, de todo un pueblo. Un pueblo con un carácter firme y de gran fortaleza, como Kant y Montesquieu atribuían al inglés, cuyos individuos tienen una enorme seguridad interior y una gran confianza en su derecho pueden transmitir tal seguridad como característica principal de tal derecho. Se evidencia así una conexión necesaria entre el sentimiento interior y personal de seguridad y la seguridad exterior y objetiva que es proporcionada por el derecho, o como dice Radbruch, «una relación equilibrada entre el

<sup>38</sup> Ibídem, p. 80.

<sup>39</sup> Cfr. KANTOROWICZ, H., *La lucha por la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 330, 367.

<sup>40</sup> Circunstancia que se ha entendido también compartida con el pueblo romano. Referido al derecho romano se puede leer esta magnífica forma de expresar el método de sus juristas: «cuando tienen que considerar un caso de derecho parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse», SAVIGNY, F. von., *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y Ciencia del Derecho*, trad. A. G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, p. 64.

<sup>41</sup> Cfr. IHERING, R. von., *La lucha por el Derecho*, trad. A. Posada, Madrid, Civitas, 1989, p. 92.

sentido de la libertad y el sentido de la comunidad»<sup>42</sup>. Porque «el pueblo hace el derecho, pero el derecho hace a su vez al pueblo»<sup>43</sup>.

No hay sentimiento legal, dice Ihering, que «pueda resistir la prolongada influencia de un derecho malo» que limite la libertad de acción, que es para tal sentimiento «lo que el aire para la llama»<sup>44</sup>. Y los ingleses tienen muy acusado tal sentido jurídico. Defienden su derecho con «abnegación y energía». Ese sentimiento legal de los ingleses lo ilustra con la figura del viajero inglés, que se opone a los engaños con una fuerza inusitada, sin flaquear por temores o disgustos que le puedan acarrear la disputa y sin regatear tiempo ni dinero. No defiende así sólo su derecho sino el derecho nacional. Hay en esta actitud «algo característico de Inglaterra», es «la historia secular de su desenvolvimiento político» y es la mejor prueba del «valor ideal del derecho» y de la «energía del sentimiento legal»<sup>45</sup>. Desde la consideración de un inglés recto y disciplinado se destacan también como manifestaciones de su sentido del derecho: el elevado cumplimiento de las cargas impositivas, los pocos presos que hay entre ellos, el gran número de autodeclarados culpables, su relación amistosa y colaboradora con la policía, su sentido crítico centrándose en el derecho vigente y no en principios suprapositivos<sup>46</sup>.

El sentimiento jurídico y el carácter intuitivo en asuntos de derecho se presentan como notas inseparables, que unidas a su carácter práctico, pretenden explicar el sistema jurídico inglés tan alejado de las abstracciones del derecho continental. Una intuición que para algunos implica un elemento de arbitrariedad. Así, se ha señalado ya como para Hegel, los jueces tienen el monopolio de poseer la ley no escrita, por cuanto pueden juzgar si el precedente es o no adecuado a derecho y, en su caso, separarse de él<sup>47</sup>. La «oscuridad verbal», el

<sup>42</sup> Donde el sentido de libertad equivaldría a la seguridad interior y el sentido de comunidad a la seguridad exterior, RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, cit., p. 26. El carácter intuitivo del inglés así como su sentido de la comunidad lo dedujo MADARIAGA de que el inglés es un hombre de acción y no de pensamiento y el motor de sus actos es el *fairplay*. El individuo se integra en el equipo apreciando inmediatamente el equilibrio entre él y la comunidad, cfr. «Ingleses, franceses y españoles», en *Carácter y Destino en Europa*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pp. 19-20.

<sup>43</sup> IHERING, R. von., *El fin en el Derecho*, T. I, trad. D. Abad de Santillán, Puebla (México), Cajica, 1961, p. 280.

<sup>44</sup> IHERING, R. von., *La lucha por el Derecho*, cit., p. 77.

<sup>45</sup> *Ibidem.*, p. 95.

<sup>46</sup> Cfr. RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho Inglés*, cit., pp. 25-26. Claro que los ingleses dan más variadas explicaciones de su relación con el derecho o más bien de la proporción de los incumplimientos. Entre ellas una política nacional de persecución del delito que pivota sobre los principios de eficiencia y orden, por un lado, y economía, autonomía local y tradición, por otro lado, en relación con las distintas situaciones sociales y económicas. Cfr. GATRELL, V. A. C., «Crime authority and the policeman-state», en *The Cambridge Social History of Britain 1750-1950*, V. 3, *Social Agencies and institutions*, Cambridge, F. M. L. Thompson, 1993, p. 257.

<sup>47</sup> Cfr. HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, cit., § 211 (p. 283).

«estilo tortuoso y laberíntico» de los documentos legales es otro de los motivos que se dan para poner de manifiesto que el derecho inglés sólo es asequible a los especialistas en Derecho<sup>48</sup>. En los cuales, en palabras de Bloch, «el tacto jurídico» es «el de una clase media con un buen pasar». Y el peligro que con ello se corre lo expresa así: «¡qué Dios tenga de su mano al pobre diablo, al hombre fuera de lo corriente que choque con los libros precedentes!»<sup>49</sup>.

Un peligro que se pretende conjurar apelando al sentido tradicional de los ingleses. El juez inglés se apoya en la experiencia pasada de acuerdo con el caso concreto y actual, utiliza los casos ya decididos como criterio de solución, «*reasoning from case to case*»<sup>50</sup>. La tradición se convierte en el gran moderador de los posibles excesos del uso de la intuición para decidir sobre el caso concreto. Ni arbitrariedad, ni irracionalidad presiden la actuación del juez inglés. Su razón se ejercita mirando al pasado y perfeccionándolo al aplicar el derecho al caso actual.

El peso de la tradición en la vida colectiva infunde un profundo sentimiento de derecho también tradicional que se resuelve en que el juez no puede, salvo excepciones debidamente justificadas, decidir de un modo diferente un caso similar. La misma tradición que permite al juez continuar siendo creador del derecho, lo limita a las decisiones de jueces anteriores. Se considera que la popularidad y prestigio de los jueces actúan como suficiente garantía de su imparcialidad. Unos jueces que, más allá de los textos jurídicos, se fijan en los problemas reales y cuya independencia, se estima, resulta reforzada al no tener que someterse estrictamente a los designios del poder político representado en el Parlamento y sus leyes<sup>51</sup>.

El derecho, como la vida de Inglaterra, está profundamente marcado por la idea de la veneración de los ingleses hacia su pasado. El inglés «se complace en sus viejas formas aun cuando las menosprecie»<sup>52</sup>. Lo tradicional es en sí mismo un valor que forma parte de la esencia de Inglaterra, lo más moderno exige allí una forma tradicional. Se ha llegado a decir, en este sentido, que «la presencia de lo antiguo se ha convertido casi en un elemento natural del paisaje inglés»<sup>53</sup>. Pero en relación a su sistema jurídico no hay «antiguo derecho inglés,

<sup>48</sup> MADARIAGA, S. de., «Ingleses, franceses y españoles», *cit.*, p. 56. En la misma obra, «Arceval y los ingleses» se señala que la «semioscuridad tradicional del laberinto de las leyes» es propicio para que la Administración de justicia esté en manos de una clase profesional «cerrada y cercada» y «enrevesada de pensamiento y estilo» como un «complicado sistema de patios, puertas, verjas y túneles», *Ibidem*, p. 483.

<sup>49</sup> BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, trad. F. González Vicen, Madrid, Aguilar, 1980, p. 134.

<sup>50</sup> VIEHWEG, T., *op. cit.*, p. 77.

<sup>51</sup> Cfr. KANTOROWICZ, H., «La lucha por la Ciencia del Derecho», *cit.*, pp. 368-369.

<sup>52</sup> RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho Inglés*, *cit.*, p. 21.

<sup>53</sup> MATEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998, p. 158.

porque en Inglaterra todo el derecho es actual cualquiera que sea su época»<sup>54</sup>. El precedente es así en el derecho inglés un «esquema de vigencia permanente»<sup>55</sup>. Su derecho es histórico, los ingleses no han pasado a la modernidad rompiendo bruscamente con la época medieval, la continuidad marca sus instituciones y sus derechos. La corriente del iusnaturalismo racionalista que imprimió el sello revolucionario al derecho continental, reforzó la actitud conservadora del derecho anglosajón.

El *common law* no resistió sólo al movimiento general codificador, también a las prerrogativas reales, a las actuaciones de los tribunales de equidad y al incremento de la legislación social en el último siglo. Claro que a su respeto por la tradición, en el mantenimiento de un derecho supuestamente adecuado a las peculiaridades locales, hay que añadir el espíritu de cuerpo de abogados y jueces que no querían perder su protagonismo en la creación del derecho<sup>56</sup>. El derecho inglés sigue siendo un conjunto de casos y decisiones, «un laberinto de precedentes que tiene que ser desenmarañado con la ayuda de guías que suministra la profesión legal»<sup>57</sup>.

Paradójicamente este derecho en el que se destaca el férreo apego al pasado y, por tanto, es conservador, se presenta también como abierto a lo nuevo, porque —se dirá— no compromete el porvenir. El derecho inglés se presenta como un derecho flexible con una gran proyección para adaptarse a las nuevas situaciones<sup>58</sup>. Tradición e innovación confluyen de esta manera en el derecho inglés que a través del precedente se construye en el tiempo alzando puentes que unen el presente con el pasado y se proyectan hacia el futuro. Porque el derecho es lo estable y eso es también conservar su elasticidad para mantenerse en continuo contacto con la experiencia. Dice Ortega que Inglaterra es «en todos los órdenes de la vida newtoniana». Tienen así los ingleses la facultad de «interpretar todo lo inerte y material» —lo cual alcanza al orden jurídico— como «puro dinamismo» y de «sustituir lo que no parece sino cosa yacente, quieta y fija, por fuerzas, movimientos y funciones»<sup>59</sup>.

Inseparable del amor inglés a la tradición es su sentimiento nacional. Una pasión por sus peculiaridades que se liga a un derecho que «*sulla spinta dell'ardore patriottico, scambia l'originalità con l'ecce-*

<sup>54</sup> ORTEGA Y GASSET, J., *Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee*, Madrid, Revista de Occidente (T. IX), Alianza, 1983, p. 223.

<sup>55</sup> WEBER, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. M. Echevarría, J. Roura Parella, E. Imaz, E. García Maynez y J. Ferrater Mora, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 517.

<sup>56</sup> Cfr. FRANK, J., *La influencia del Derecho Europeo Continental en el «Common Law»*. *Algunas reflexiones sobre el Derecho «comparado» y «contrastado»*, trad. J. Puig Brutau, Barcelona, Bosh, 1957, pp. 79, 93.

<sup>57</sup> Cfr. TREVELYAN, G. M., *Historia política de Inglaterra*, trad. R. Iglesia, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 127, 274.

<sup>58</sup> Cfr. RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho Inglés*, cit., pp. 60-61.

<sup>59</sup> ORTEGA Y GASSET, J., «Epílogo para ingleses», cit., p. 218.

lenza»<sup>60</sup>. Un sentimiento nacional que se traduce en un vigor y ardor en la defensa de lo propio y que, en ocasiones, «necesita de moderación», ya que si se juzga su pasado «han pecado más por un laudable exceso que por un condenable desinterés»<sup>61</sup>. Sentimiento que Hegel considera una manifestación de orgullo y que, en relación al derecho, se ha traducido en su «habitual actitud hostil» hacia todo lo que viene de fuera<sup>62</sup>.

Y es, sin duda, la libertad su mayor orgullo. Una libertad que forma parte de una admirada tradición<sup>63</sup>. Inglaterra es para muchos el país de la libertad por excelencia y su defensa es un deber<sup>64</sup>. Existe –decía Montesquieu– «una nación en el mundo cuya constitución tiene como objeto directo la libertad política», y esa nación es Inglaterra<sup>65</sup>.

El espíritu de libertad, tan alabado por algunos, ha permitido al país, en opinión de otros, un gran avance en el comercio y en la industria pero un tremendo atraso en relación a otros países cultos de Europa en la cultura científica<sup>66</sup>. Una libertad en la que, según Hegel, tiene cabida «el

<sup>60</sup> CANNATA, C. A. y GAMBARO, A., *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea. II. Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, G. Giappichelli, 1989, p. 126.

<sup>61</sup> HUME, D., *Ensayos políticos*, trad. C. Armando Gómez, Madrid, Tecnos, 1987, p. 152.

<sup>62</sup> Cfr. HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre filosofía de la historia universal*, cit., p. 698.

<sup>63</sup> Para algunos el país más firme y constante defensor de la libertad moderna «che furono in gran parte sua conquista, e saranno in eterno sua gloria». Por eso su Constitución puede verse no sólo como un procedimiento formal de regulación de poderes, sino como «proceso histórico de responsabilización a los ciudadanos en un destino político común ... como una pedagogía política», esencialmente dirigida a educar en la libertad. Cfr. SCHIERA, P. A., «La costituzione inglese fra storia e mito», en ROMANO, A. (Ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, *Atti del Seminario Internazionale di Studi in Memoria di Francisco Tomás y Valiente* (Messina, 14-16 novembre 1996), Milano, Giuffrè, 1998, pp. 52, 55.

<sup>64</sup> Cfr. RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, cit., p. 27. Este sentimiento de libertad, es también señalado por Schmitt, C., como uno de los motivos que explican que la teoría del Estado de Hobbes fuese considerado por su propio pueblo «como una anomalía *contra natura* y su imagen del Leviathan como símbolo de algo monstruoso», *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*, trad. F. J. Conde, Madrid, Haz, 1941, p. 125.

<sup>65</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 107.

<sup>66</sup> La especial capacidad de los ingleses para la vida industrial es destacada por SOMBART, W., *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, trad. M. P. Lorenzo, Madrid, Alianza, 1993. La «mentalidad calculadora», su «espíritu emprendedor», el «ánimo aventurero» y su «afán de conquista» se presentan como determinantes para que Inglaterra se convirtiera en un modelo de actividad económica para otros países (p. 158). Virtudes comerciales realizadas por la extensión del puritanismo que imprime disciplina, energía, voluntad y dominio de sí mismo, cfr. TAWNEY, R. H., *La religión en el orto del capitalismo*, trad. J. Menéndez, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, p. 365. Por otro lado SOMBART destaca otros rasgos del empresario inglés que afectan a la paralización de las energías económicas: su carácter orgulloso en relación a «sus anticuados modelos de maquinaria», el «descuido de la publicidad», el intento de «imponer gustos en el mercado», «el gusto por el lujo»... (*El burgués...*, cit., pp. 159-160).



soborno» y «el capricho», que mediante la venta de votos lleva una y otra vez a la aristocracia al gobierno para hacer del Estado su «particular negocio». Una libertad formal que sacrifica al país al interés particular<sup>67</sup>.

A pesar de la opinión de Hegel, de ser Inglaterra un país que no tiene una Constitución escrita, ni una estricta división de poderes articulada, es el país europeo con una trayectoria constitucional más continua<sup>68</sup>. El que primero consolidó su régimen parlamentario<sup>69</sup>. Su condición de amantes de la libertad ha favorecido esta trayectoria y la libertad es inseparable de su derecho. El derecho británico representa la «continuidad jurídica» que manifiesta la «continuidad política» de su historia constitucional<sup>70</sup>.

Esa libertad se presenta como uno de los motivos que se opusieron a que los ingleses adoptasen el derecho romano postclásico. Paradójicamente se dice «de la gran potencia marítima mundial», del «Imperio británico» que la asociación de aquel derecho a la idea de Imperio y el temor con ello al fortalecimiento del poder legislativo del monarca contribuyeron a la supervivencia del *common law*. Más bien este último, y no el primero puede ser una de las razones al mantenimiento de su derecho, en tanto que la función judicial ha sido siempre un baluarte defensivo de los derechos del ciudadano frente a los abusos del poder. Los tribunales que administraban y declaraban este derecho aunque nacidos al amparo del Monarca habían mantenido su independencia respecto a él<sup>71</sup>. Por esto el Parlamento siempre apoyó su causa en los momentos difíciles para su mantenimiento. Y quizás debido a tales circunstancias no han sido rivales en materia de creación jurídica. El prestigio de los órganos judiciales, la opinión pública y la prudencia del Parlamento para limitar su papel en la función de creador de la ley –primera fuente del derecho también en el sistema jurídico inglés– a aspectos muy concretos, permite que las leyes y el conjunto de precedentes que las interpretan «queden entretejidos inseparablemente en el tejido unitario del *common law*»<sup>72</sup>. Aun cuando la ley

<sup>67</sup> Cfr. HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, cit., p. 699., cfr. *Principios de la Filosofía del Derecho*, cit., agregado al § 180 (p. 257) y, en el mismo sentido, cfr. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. R. Valls Plana, Madrid, Alianza, 1997, § 544 (p. 562).

<sup>68</sup> Señala DÍEZ DEL CORRAL, L., que «la gran isla vecina» no siguió el ejemplo francés de la aparatosa revolución y optó por «el camino de las reformas para llevar a cabo, bajo una fachada aristocrática, que engañaría al mismo Tocqueville, una democratización de la vida, seguramente, inigualada por los países continentales», *El rapto de Europa. Una interpretación histórica de nuestro tiempo*, Madrid, Alianza, p. 10.

<sup>69</sup> Cfr. MATTEUCCI, N., *op. cit.*, pp. 151, 158, 287, 290.

<sup>70</sup> LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982, p. 176.

<sup>71</sup> De hecho con posterioridad se crearon los tribunales de *equity* por la Corona que no resolvían conforme al *common law* y cuyos miembros tenían formación universitaria e incorporaron el modelo continental. Rivales durante mucho tiempo los tribunales de *common law* salieron victoriosos de esta nueva amenaza, Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *op. cit.*, pp. 62-63, 78.

<sup>72</sup> RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho Inglés*, cit., p. 48.

regule una materia concreta el juez sigue siendo el auténtico protagonista del sistema jurídico anglosajón.

## V. EPÍLOGO

Muchos han querido ver el sistema jurídico inglés como el resultado de una actuación judicial que es tradicional, respetuosa con la libertad, mantenida por un profundo sentimiento nacional y propia de un pueblo con un gran sentido jurídico y práctico. Un sistema admirado y respetado pero también criticado duramente<sup>73</sup>. La actitud crítica se ha considerado además como un componente destacado del carácter inglés. A propósito del sentido crítico del inglés, señala Radbruch, que se cita a Dickens con «más humor que indignación»<sup>74</sup>. Y nuevamente se tropieza con el tópico de lo nacional, de ese *sense of humour* con el que el inglés transige y se domina, a la vez que da salida a la pasión tras su aparente frialdad<sup>75</sup>.

Dickens en su obra *Casa desolada* trata con dureza el sistema judicial inglés cuando describe la «maldad del Supremo» a través de un «pleito fantasmal» en el que, no obstante las penurias y las corrupciones, las partes siguen anhelando que la justicia y la verdad se ponga de su lado. Esa flema, tan típicamente inglesa, propia del igualmente típico *gentleman* inglés, en la que se trasluce la impassibilidad, la convicción y la firmeza, sean cuales sean los resultados y lo que suceda en el entorno del juicio, se aprecia a lo largo de todo el relato. Sus palabras, mejor que las de nadie, pueden servir para expresar lo que se atribuye al sentimiento de los ingleses por su derecho. Unas palabras que algunos pueden poner en boca de cualquier inglés, de algún «artículo corriente y de fabricación nacional», de cualquier «producto del suelo y clima de Inglaterra». Pero unas palabras que Dickens otorga a un abogado, a uno de esos profesionales del derecho que tanto han contribuido a la permanencia del sistema jurídico inglés. Dice el jurista inglés: «somos una gran nación; somos una nación muy grande. Nuestro sistema judicial es magnífico... ¿Querría, acaso, que una gran nación tuviese un sistema judicial pequeño? ¡Vamos, por favor, por favor!»<sup>76</sup>.

Y con todo esto va a parecer que el sistema jurídico inglés se ha establecido de forma «cuasinatural» e «incuestionada». Como si sólo

<sup>73</sup> Precisamente por lo que tiene de diferente e «inexportable» y desde visiones y sentimientos que se mezclan en un «espectro de observaciones» que recrean desde fuera la historia, la política y las instituciones jurídicas inglesas. Cfr. SERRANO, A., «Lectura romántica de la Constitución de Inglaterra», en ROMANO, A. (Ed.), *Il modello costituzionale inglese...*, cit., pp. 345, 353.

<sup>74</sup> RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, cit., p. 25.

<sup>75</sup> Cfr. MADARIAGA, S. de., «Ingleses, franceses y españoles», cit., p. 80.

<sup>76</sup> DICKENS, Ch., *Casa desolada*, trad. J. L. Crespo, Barcelona, Montesinos, 1990, p. 725.

los ingleses, y todos los ingleses, tuvieran sentimiento, e incluso orgullo, nacional, sentido de libertad y jurídico o tradiciones culturales e históricas dispuestos a salvaguardar porque ellos, y sólo ellos, tienen prejuicios hacia «lo extranjero». Como si se hubiera vuelto a caer en la trampa de la sintética identidad y se quisiera olvidar que en una sociedad plural lo que une a sus miembros son «principios y procedimientos abstractos» de un «orden artificial» que se ha constituido «en medio del Derecho»<sup>77</sup>.

Un Derecho que es un elemento más de la cultura que conforma el *ethos* de un grupo de individuos que comparten un mismo espacio geográfico, lingüístico, político y jurídico, una memoria semejante y, si se apura, algunas virtudes y vicios comunes. Aunque no siempre reales bajo los estereotipos que se crean, que cambian y se moldean en los propios individuos.

---

<sup>77</sup> HABERMAS, J., *Más allá del Estado nacional*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1997, p. 72.



# **III**

## **DEBATES**



En defensa del positivismo metodológico  
(Un comentario a partir de *Principios y positivismo  
jurídico* \*)

Por JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES  
Universidad Carlos III

*Nunca es tarde si la dicha es buena.* Escribir unas líneas a propósito de la obra de Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico*, un libro que vió la luz en el año 98, es un gusto que obedece no sólo a la calidad del trabajo y al interés del tema, sino a mi amistad afectuosa con su autor; amistad que, al contrario de lo que pudiera pensarse, es garantía entre nosotros de debate abierto, crítico y sincero, naturalmente en aquellos puntos en los que aparezca la discrepancia. Porque debo afirmar desde el principio mi acuerdo con la mayoría de las tesis sostenidas en el libro<sup>1</sup> y, sobre todo, con la *filosofía* de fondo que lo inspira y que, quizá, tenga que ver con un cierto *aire de familia* vinculado a nuestra común *paternidad académica*; como esos

---

\* A. GARCÍA FIGUEROA, *En defensa del positivismo metodológico (un comentario a partir de Principios y positivismo jurídico)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, 444 pp.

<sup>1</sup> En particular, con la que es resultado concreto del tema objeto de estudio: la defensa de la separación entre reglas y principios en términos débiles, lo que en última instancia significa mantenerse en una posición positivista metodológicamente hablando; el Derecho sigue siendo distinto, en términos conceptuales, de la moral correcta. Ello supone alejarse tanto del positivismo teórico (por supuesto, y con mayor razón, del ideológico), cuanto de los no positivismos en sentido fuerte que llevan, a partir de su conceptualización de los principios, a la confusión entre derecho y moral correcta. Una manifestación reciente de la posición indicada se encuentra en las páginas de Luis Prieto, escritas a modo de prólogo, para el reciente libro de Santiago SASTRE: *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, prólogo de Luis Prieto Sanchís, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. XIII-XVII.

parientes que tienen todos la misma nariz o los mismos ojos y son reconocibles, aunque, como no puede ser de otra manera, unos sean más altos (o más listos) que otros.

El libro es, en primer lugar, una muestra de nitidez y rigor que cuesta combinar (y lo sé por experiencia) en un texto que trae causa de la tesis doctoral, el primer trabajo, en sentido propio, en la carrera académica de un profesor. La tesis agarrota muchas veces y aunque haya lecturas y un trabajo serio de fondo no siempre éste sale a la superficie de forma coherente, sistemática, con capacidad de aportar «algo» concreto (no diré original). Pero Alfonso García Figueroa lo hace. Claro, se me dirá que éste es uno de los parientes listos, de esos que se parecen particularmente al abuelo o al padre, o a algún tío, puntos de referencia siempre de toda la familia. Pues sí, con seguridad esa es la explicación; lo que no va a impedir, como es natural, que se le discutan algunas de sus ideas, tratando siempre –para que la comunicación sea viable y podamos, de acuerdo con el ideal republicano, mirarnos a los ojos en pie de igualdad<sup>2</sup>– que los argumentos tengan –en la medida de lo posible– la misma pretensión de solidez, o lo que es lo mismo, de racionalidad, o, cuando menos, de la más humilde razonabilidad.

Debe decirse, en segundo lugar, que esta obra contiene bastante más que una aproximación al viejo problema de los principios en el derecho, o a lo que hoy suele llamarse «constitucionalismo de principios», o, en términos del autor más genéricos, «no positivismo principialista». Por si mi voz no se considerara suficientemente autorizada (de lo que yo no tengo ninguna duda) citaré a Luis Prieto, prologuista de García Figueroa y buen conocedor de estos temas<sup>3</sup>: «(...) el presente libro (...) ha sabido aunar una disección paciente y rigurosa con una impecable reconstrucción de las múltiples implicaciones teóricas, conceptuales e ideológicas que, a veces de modo tácito, acompañan el tratamiento o el uso de los principios» (p. 19).

La obra se divide en tres partes; la primera, conceptual y general, ahonda en los orígenes intelectuales y en las circunstancias que han llevado al nacimiento de los *no positivismo de principios* (prefiero el plural); asimismo, examina si los principios gozan, en mayor o menor medida, de propiedades estructurales y/o funcionales diferentes de las reglas, de los estándares normativos tradicionales según el positivismo jurídico. Incluso, y es un paso más (es en verdad el *quid* de la

<sup>2</sup> Vid. PETTIT, Ph.: *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción de Toni Domènech, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 35 y ss.

<sup>3</sup> Vid., por sólo citar algunos de sus trabajos al respecto, PRIETO SANCHÍS, L.: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992. *Constitucionalismo y positivismo*, Ed. Fontamara, México, 1997. *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas núm. 7, Ed. Dykinson, Madrid, 1998. O, «El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “el Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)», en *Anuario de Filosofía del Derecho (Nueva Época)*, vol. XIII-XIV, 1996.



cuestión), si los principios son algo distinto, con autonomía propia como elementos *del* sistema jurídico aunque sean extrasistemáticos (su validez procede de su moralidad; son principios precisamente porque son extrasistemáticos y no al revés, p. 108), respecto de las reglas (lo que es fundamental para justificar la validez y el sentido de las posiciones que los afirman). En otras palabras: se trata de averiguar si ciertas normas principiales gozan de relevancia suficiente en términos jurídicos como para condicionar, en mayor o menor medida, la toma de decisiones de los operadores jurídicos, en particular de los jueces. Las otras dos partes del libro estudian respectivamente dos casos concretos, no precisamente irrelevantes, de no positivismo principialista: el de Ronald Dworkin y el de Robert Alexy.

En tercer lugar, debe destacarse como un rasgo común importante de esta obra, el hecho de que afronta con rigor y sin confundirlos los dos planos que debe contener un trabajo intelectual, también en el ámbito de la Teoría del Derecho y, más claramente, de la Filosofía del Derecho y de las ciencias sociales en general: el descriptivo y el crítico. Alfonso García Figuera no sólo conoce bien el tema y lo expone de manera brillante, sino que, además (seguramente por lo primero, porque está en condiciones de hacerlo), lo cuestiona, *le da la vuelta* para buscar críticamente el *envés*. Es verdad que el análisis y la crítica teórica priman sobre las reflexiones más puramente políticas o ideológicas que subyacen a las posiciones no positivistas. Y quizá, el problema de los no positivismos es, al final, más político que teórico; pues, si la cuestión de los principios como normas distintas a las reglas tiene interés no es tanto (o no es sólo) porque puedan estipularse diferencias morfológicas, o estructurales, incluso funcionales (modelos Guastini; Alchourrón/Bulygin; Atienza/Ruiz Manero, o, sin más, Dworkin y Alexy), sino porque pudieran extraerse, de dicha distinción, consecuencias relevantes políticamente en el ámbito de las fuentes del Derecho<sup>4</sup> (claramente Dworkin), o, si se prefiere de una manera más sencilla, en relación con la respuesta a la pregunta quién manda o quién decide en última instancia. Y es que los no positivismos principialistas, como los antiformalismos desde sus primeras

---

<sup>4</sup> Quizá esta mayor preocupación teórica de García Figuera en torno a los principios y a las posiciones que los sostienen sea la causa (o la consecuencia) de su preocupación mayor por salvar lo *mejor* del positivismo, a saber: su comprensión como método de estudio y análisis del derecho. A García Figuera no le importa dejar *a los pies de los caballos*, y sin duda hay buenas razones para hacerlo (al menos parcialmente), al positivismo teórico y, a mayor abundamiento, al ideológico, aunque las respuestas de los no positivismos no terminen tampoco de satisfacernos. Pero sigue pendiente la cuestión política de fondo, más allá de la constatación de que también los distintos no positivismos conducen a resultados morales o a opciones ideológicas distintas entre sí. García Figuera señala algunos caminos en las páginas 59-62, 273 y ss. en relación con Dworkin y en las 345 y ss. y 374 y ss. respecto a Alexy, junto a las páginas 398-401 de las consideraciones finales, aunque quizá éste sea un trabajo pendiente de nuestro autor.

revueltas y después, o los positivismos, o los iusnaturalismos, no son sólo maneras de ver el Derecho, neutrales o que se adoptan por criterios puramente científicos o epistemológicos, sino que responden al deseo de satisfacer ciertos intereses, sean los que sean, políticos o sociales, con independencia del mayor o menor rigor de unas u otras posiciones, o de su mayor acierto metodológico. Y frente a la fachada de algunos de estos fines (justicia, seguridad o estabilidad), o a la simplista auto-atribución que se arrojan las distintas concepciones sobre el derecho (pp. 78-81), pueden encontrarse justo los contrarios desde otra óptica, o los mismos aunque los caminos para alcanzarlos sean distintos; una prueba más de lo que ya se sabía: una determinada opción teórica no conduce al mismo resultado moral o político en todos los casos. Cuando Alfonso García Figuera, en un esfuerzo por distinguir el iusnaturalismo del principialismo (no sé si del todo fructífero), sostiene que el primero actúa en situaciones de flagrante ilegitimidad (dictaduras y totalitarismos) con el argumento de la justicia como requisito de validez, mientras que los segundos introducen la exigencia de los principios en situaciones de normalidad democrática; los primeros, «para garantizar un mínimo ético de todo derecho» (...), y los segundos, para «maximizar moralmente todo derecho» (pp. 78-79), parte de una presunción que, sin duda, al menos en España, admite prueba en contrario. Entretanto no exista un acuerdo teórico y político acerca de los principios, lo que no parece probable, ni conveniente en relación con el contenido sustancial concreto de los mismos (¿quién establece dicho contenido?), el recurso a los mismos no garantiza *a priori* nada en términos sustantivos. Habrá que esperar, en cada caso, a la definición formal y material que de aquellas normas se realice. Por ejemplo, por elegir entre los dos referentes principales de esta obra, confieso mi preferencia de fondo con las tesis de Alexy frente a las de Dworkin, por su vinculación del derecho a la moral en términos más débiles, por su «pretensión democrática» (p. 400) y por su «liberalismo analítico» (p. 400), aunque continúe sin resolverse (quizá es mejor así) la tensión última democracia-liberalismo.

Por tanto, aunque se afirme, y pudiera parecer que ese es su sentido último, que el no positivismo de principios (Dworkin, Alexy; a estos efectos no son relevantes sus diferencias), o el constitucionalismo principialista o garantista (Zagrebelsky o Ferrajoli, respectivamente) tienen como meta, a partir de una visión idealizada del derecho (pp. 81-82 y 85 y ss.), la justicia, un tipo de justicia que es la de los derechos, en algún caso de los más débiles (Ferrajoli<sup>5</sup>), justicia que el positivismo jurídico no supo o no quiso satisfacer, más preocupado por la seguridad o la estabilidad (pp. 74-81), *amoral* cuando no

---

<sup>5</sup> Vid. su libro *Derechos y garantías. La ley del más débil* (en concreto, los capítulos «Igualdad y diferencia» y «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona»), prólogo de P. A. Ibáñez, trad. de P. A. Ibáñez y Andrea Greppi, respectivamente, Trotta, Madrid, 1999.

directamente *inmoral* (pp. 32-33), la respuesta última, en términos sustanciales y desde un sano relativismo, no está definitivamente cerrada. Además, tampoco es ajustada la tesis antipositivista de que el positivismo jurídico sólo sirve, o ha servido en la historia, como «idolatría del poder» (Radbruch; recordado por Figueroa, p. 73, n.p.129) para legitimar y mantener acríticamente el viejo *statu quo* burgués, o sin más, «la voluntad del más fuerte», incapaz en todo caso de dar cobertura a nuevas necesidades sociales, teoría de la estabilidad y la paz, a veces, en la mejor línea *radbruchnianna*, de la *paz de los cementerios* que denunciara Kant. Todo esto junto a la autoproclamación de los iusnaturalismos (perdón Alfonso, de los no positivismos) como valedores de la justicia, guardianes puros del «coto vedado»<sup>6</sup> que cada uno define a su manera, o, pese a ciertas diferencias, del vago (no para él) marco de ética pública de Peces-Barba<sup>7</sup>. Pero, claro, a todo esto se le puede dar la vuelta. García Figueroa lo hace en buena medida y Luis Prieto lo recuerda. Escribe el segundo: «(...) no constituye un exceso laudatorio decir que la precisión y la claridad de esta obra, a veces incluso su rotundidad, representan el mejor antídoto contra la vaguedad y la penumbra que parecen consustanciales al objeto investigado. Tal vez por eso mismo el autor se muestra muy poco complaciente con la “cultura” de los principios y, en particular, con su empleo al servicio del renovado antipositivismo, y ello a pesar de que en este punto sus dos interlocutores principales son nada menos que Dworkin y Alexy» (p. 19).

Si –y ésta es una aseveración mía que no me parece que suscribiría García Figueroa en toda su extensión–, las constituciones actuales *recogen* en forma de principios (Alexy por ejemplo) ciertos derechos que el juez, especialmente el constitucional pero también el ordinario –sobre todo el supremo–, puede aplicar directamente incluso frente al legislador (con independencia ahora de cuáles sean esos derechos o del alcance, en la ponderación con otros<sup>8</sup>, de los mismos –lo que no

<sup>6</sup> Vid. sobre éste, GARZÓN VALDÉS, E.: «Razonabilidad y corrección moral», en *Revista Claves de la Razón Práctica*, núm. 88, 1998, p. 24.

<sup>7</sup> PECES BARBA, G.: *Ética pública y Derecho*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, sesión de 19 de abril de 1993, Madrid, 1993, pp. 28 y ss.

<sup>8</sup> Por cierto, una prueba del uso *interesado* (no lo digo en sentido peyorativo) del recurso a la distinción entre reglas y principios, y de su flexibilidad, se ha hecho en este punto por el profesor Rodríguez Toubes. Pese a lo confuso y lo confundente de la distinción –incluso después del esfuerzo de García Figueroa (pp. 41 y ss. y 131 a 219)–, Rodríguez Toubes *quiere*, frente a Alexy, que los derechos se vean como reglas y no como principios, con el fin de «reforzar dogmáticamente (su) efecto normativo», otorgándoles «más certeza», como si ello evitara, y fuera conveniente, «la idea de ponderación de los derechos con otros bienes constitucionales». RODRÍGUEZ-TOUBES, J.: «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III-«Boletín Oficial del Estado», Madrid, febrero de 1998, p. 398.

es una cuestión baladí; es más: es hoy, que todo el mundo habla, retóricamente<sup>9</sup> en muchos casos, de derechos, el problema principal; la inestabilidad en la estabilidad de la que habla Cotterrell y recuerda García Figueroa, pp. 75-76, o el mismo Luhmann<sup>10</sup>) lo que se puede conseguir, paradójicamente, es la «legitimación acrítica del poder (yo añadiría, del Constituyente, y de su interpretación a lo largo del tiempo por el Tribunal Constitucional) y la disolución de la moral crítica como instancia evaluadora de los sistemas jurídicos» (pp. 34-35), potencialmente «moral legalizada» tras el proceso democrático. En otras palabras: la incorporación de la moral crítica al Derecho por la vía de los principios (que es lo mismo que afirmar mediante la intervención activa de los jueces *fuera* de los cauces formales de validez, en particular respecto a la exigencia de competencia) permite predicar de aquél «una justicia que, en consecuencia, le legitima» (p. 82). El Derecho del Estado constitucional es así un Derecho, no sólo ideal (recto y justo), sino, en términos materiales, completo, capaz de incorporar *la* moralidad que, por las razones que sean (seguramente por falta de consenso suficiente) no ha sido introducida democráticamente. Si las concepciones legalistas de la justicia (los positivismos ideológicos) deducen de lo formalmente correcto lo moralmente valioso, los no positivismos de principios recorren el camino inverso, pero con el mismo resultado de completitud (las tesis de la única respuesta correcta y de la ausencia de discreción judicial se explican así) del sistema jurídico.

Por eso, un positivismo *abierto* a la moralidad (póngasele el nombre que se quiera –corregido, ético, etc–, aunque sigue pareciéndome más preciso el *clásico* de «metodológico»; al menos éste no impide, porque no se lo cuestiona, la reflexión y la crítica moral al Derecho positivo), clarificador y no oscurecedor mediante el recurso a principios como categoría distinta en términos fuertes a las reglas, puede servir mejor a una justicia con seguridad, sin silenciar a la moralidad crítica. Sería un positivismo consciente de que el Derecho, siempre –aunque sea fruto de la mayor autonomía posible de los ciudadanos y contenga «cotos vedados» para evitar que esa autonomía acabe con la de todos, con la de la mayoría o con la de una minoría– debe dejar abierta la puerta para la crítica moral externa (los principios concebi-

<sup>9</sup> Vid. en este sentido, por ejemplo, PRIETO SANCHÍS, L.: «Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional», en *Sistema* 96, mayo de 1990, pp. 20-22. O, más recientemente, PECES BARBA, G. (en colaboración con R. de Asís, C. Fernández Liesa, A. Llamas): *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-«Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1995, pp. 21 y ss. BARRANCO AVILÉS, M.<sup>a</sup> C.: *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas» núm. 1, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Dykinson, Madrid, 1996, pp. 3 y ss.

<sup>10</sup> Vid. LUHMANN, N.: «El futuro de la democracia», en *Teoría política en el Estado del Bienestar*, versión española e introducción de Fernando Vallespín, Alianza, Madrid, 1993, pp. 161 y ss.

dos en términos fuertes la hacen, paradójicamente, interna <sup>11</sup>) de los ciudadanos en general y de los *optimates* en particular. En definitiva, cabe, como lo demostraron Kelsen —en este punto *todavía* nos sirve— y Hart, un positivismo no ideológico. Además, la separación conceptual entre Derecho y moral correcta no es sólo una máxima teórica del positivismo jurídico, o una actitud metodológica de éste. Es una idea fuerza que culmina con el autor austriaco, llena de *contenido* aunque aparezca bajo el manto formal de la pureza metódica, garantía última de la libertad de conciencia, que es siempre individual, y, *a fortiori*, del pluralismo y la diversidad que exige la democracia. Es verdad que el Estado Constitucional de Derecho es la última etapa (pp. 59 y ss.) de un proceso positivo de democratización y salvaguarda de derechos <sup>12</sup> (por cierto, consagrado progresivamente en los dos siglos de dominio positivista y a pesar de los retrocesos no debidos precisamente a él, como ha demostrado Garzón Valdés <sup>13</sup>), que ya no admite vueltas atrás, pero que no está cerrado y que necesita algunas correcciones que sólo pueden esperarse si se deja un margen, y no pequeño, para que la moral crítica-externa continúe actuando y pueda transformarse, por los cauces previstos y por su orden (democrático), en moral legalizada. Es la tensión democracia-constitucionalismo, imposible de resolver simplismente a favor de uno de los dos elementos <sup>14</sup>. Sé que resulta atractiva la tesis de la «omnipresencia de la constitución» (p. 61), garantía última de eventuales *excesos* democráticos. Pero, de la misma manera que sucede con las demás normas, la Constitución hay que interpretarla, hay que atribuirle significado, es, además, más *norma dato* que ninguna, por su imprecisión y por ser fruto de consensos, y salvo que se arbi-

<sup>11</sup> Pienso por ejemplo, al referirme a principios en sentido fuerte, en los llamados por Wróblewski a partir de una clasificación sencilla, pero muy ilustrativa, recordada por García Figueroa, «extrasistémicos», es decir, normas que no son ni principios positivos, formulados explícitamente en el texto jurídico, ni principios implícitos, «premisas o consecuencias de disposiciones legales...» (p. 49). Y producen paradójicamente el resultado denunciado porque, pese a ser «extrasistémicos», funcionan, a través de la mediación del juez y su razonamiento, como «positivos», como «intrasistémicos», anulando su función crítica externa.

<sup>12</sup> Vid. al respecto, ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. J.: «¿Crisis del positivismo jurídico?: Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-«Boletín Oficial del Estado», octubre 1993-marzo 1994, pp. 116-124.

<sup>13</sup> Vid. GARZÓN VALDÉS, E.: «Introducción» a AA.VV.: *Derecho y filosofía*, E. Garzón (compilador), trad. de Carlos de Santiago, revisión de E. Garzón, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 5-41.

<sup>14</sup> Un dato de la realidad en este sentido: si observamos las democracias actualmente en vigor, sólo la mitad de ellas, como recuerda Dahl, tienen alguna forma de revisión constitucional respecto a leyes dictadas por el parlamento *nacional*. La supremacía de la Constitución respecto al Parlamento no es así una máxima indiscutible al modo del derecho natural. Incluso países de importante tradición liberal-democrática, como Suiza, limitan (quizá el *ciudadano de Ginebra* continúa presente) «el poder de la revisión constitucional únicamente a la legislación Cantonal». DAHL, R.: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, traducción de Fernando Vallespín, Ed. Taurus, Madrid, 1999, p. 141.

tre en los tribunales constitucionales mecanismos no sólo de legitimación democrática, sino también de control (¿quién vigila al vigilante?), la respuesta no es tan sencilla. El carácter estático del Derecho en el Estado constitucional, frente al Estado de Derecho *sin ulteriores especificaciones*, no es sinónimo de homogeneidad moral respecto a los contenidos<sup>15</sup>, de manera que su mayor peso «social» o «liberal», por ejemplo, no debe ser concretado, o implementado como se dice ahora con un anglicismo pedante, principalmente por los jueces, tampoco por el constitucional, sino, en primer lugar, por la, para utilizar la expresión de Rousseau, *volonté general*. Porque, de la misma manera que no es sostenible hoy (no lo fue nunca en realidad, a pesar de su histórica fuerza teórica y política) la tesis clásica de los positivismo teórico e ideológico del «legislador racional infalible», «guía esclarecido» del interés general, la tesis opuesta del entusiasmo judicialista propia de los no positivismo, del «juez Hércules» *hacedor* de los destinos de los hombres a través de unos principios *no democráticos* que sólo alcanza a ver él tras un proceso argumentativo para el que no suele estar suficientemente preparado, resulta imposible y con seguridad frustrante, y como decía Ortega, y le gusta recordar a Peces-Barba, *anhelar lo imposible no conduce más que a la melancolía*. Es la tesis de Luhmann, aplicada ahora a los jueces, respecto a las teorías fuertemente normativas sobre la democracia, cargadas de sobreexigencias y expectativas, que llevan a un sentimiento de escepticismo general de los ciudadanos tras comprobar la lejanía de las mismas respecto al resultado obtenido por las democracias realmente existentes<sup>16</sup>.

En cuanto a mis discrepancias principales (y casi únicas), se reducen básicamente a las siguientes:

1. *¿Dworkin, no positivista?*.—Dworkin (y no Alexy —ver una aproximación a sus diferencias en las pp. 58 y 59; 82-83, 163

<sup>15</sup> Excepto, si se quiere, frente a las posiciones claramente antidemocráticas y antiliberales, lo que hoy, en el marco dominante del *pensamiento único*, es decir muy poco. La zona de penumbra continúa siendo muy amplia, o el núcleo de certeza muy estrecho, reducido, quizá, a la defensa del pluralismo o, en términos subjetivos, del derecho a ser diferente, lo que, nuevamente, pese a lo que sostiene Zagrebelsky por ejemplo (p. 72), no está garantizado por el recurso teórico a la figura de los principios. Quizá, un correcto funcionamiento de la regla de las mayorías y del principio de legalidad, en un contexto de ciudadanos libres e iguales, sin posibilidad por tanto de cercenar posiciones minoritarias, lleva a una mejor solución que combine democracia y pluralismo; o que defienda el pluralismo sin olvidarse de la democracia. El recurso a los principios y a su interpretación por los jueces «como la traducción constitucional y aun sociológica del actual pluralismo imperante» (Zagrebelsky, p. 72) es insuficiente, no sólo para la democracia (claramente), sino también para el mismo pluralismo, salvo que éste se defina *avalorativamente*, como el resultado múltiple (e incierto) de la arbitrariedad judicial, lo que no parece razonable ni ajustado a su sentido real y propio, que es *normativo*.

<sup>16</sup> *Vid.* por ejemplo al respecto mi trabajo «Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau», prólogo de Eusebio Fernández, *Cuaderno Bartolomé de las Casas* núm. 14, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 39-40 y 55-56.

y ss.; 185 y ss. y 198 a 219) me parece más un iusnaturalista que, sin más, un no positivista en términos de «tercera vía» (pp. 249, 395), aunque al final pueda ser un problema semántico-estipulativo, o «fundamentalmente nominal» (p. 250). Simplemente, se trata de un iusnaturalista de nuestro tiempo, que utiliza los principios para garantizar cierta concepción, positiva en líneas generales, de los derechos de los ciudadanos y de los valores político-constitucionales vinculados a ellos. El hecho de que introduzca la posibilidad de que estos cambien parcialmente, de acuerdo con las necesidades sociales de cada tiempo (pp. 252-255), no altera, en mi opinión, su definición como iusnaturalista. La característica del iusnaturalismo (ontológico, claro), como recordara Carlos Nino, no es tanto que asimile los principios a una caja de caudales trascendental, y a pesar de ello cognoscibles y objetivables, sino que afirme que ciertas normas jurídico-positivas, por ser inmorales, no son válidas; o, en positivo, que ciertas normas sí lo son por ser morales<sup>17</sup>. El propio García Figueroa se expresa con claridad respecto a Dworkin (y respecto al iusnaturalismo como tal —pp. 252-255—) cuando afirma: «La teoría de Dworkin permite considerar que un principio moral pueda ser considerado jurídico sin más, *proprio vigore*» (p. 47). Reducir el iusnaturalismo al trascendental es confundir el género con la especie, restringir su uso al más tosco, al menos depurado, al metafísico en definitiva si no queremos hacer juicios peyorativos. Que Dworkin no sea Del Vechio o Tomás de Aquino, San Agustín, o Corts Grau, no excluye que pueda ser iusnaturalista, y la clave está en su tesis principal de la única respuesta correcta derivada de la ampliación del concepto de derecho a lo moralmente valioso (pp. 57-58), en otras palabras, por su confusión, que es «la tesis central del no positivismo» (p. 58), entre derecho y moral correcta que acaba con toda discrecionalidad judicial. «La moral sellaría las fisuras del sistema jurídico (...) y permitiría rechazar la tesis de la discreción» (p. 58).

En última instancia, mi discrepancia, que es más una duda si se piensa bien, tiene que ver, a mayor abundamiento, con la propia denominación del «no positivismo». Después de la lectura del libro, todavía no tengo claro qué añade de diferente al iusnaturalismo que justifique su uso y que no sea dar satisfacción a esos autores que niegan su condición de iusnaturalistas (que no es el caso de Dworkin que, en algún momento, como recuerda nuestro autor, se autoproclama iusnaturalista —p. 249—)<sup>18</sup>. Una prueba de lo que sostengo puede encontrarse, a mi juicio, en la conexión constitucionalismo-principialismo a la que se refiere García Figueroa (pp. 69-74). El hecho de que sea la «argumen-

<sup>17</sup> Vid. NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 27 y 28.

<sup>18</sup> Vid. en todo caso al respecto, con carácter general, el trabajo de PRIETO SANCHÍS, L.: «El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky), cit., pp. 125 y ss.

tación» de los jueces, su razonamiento, el *instrumento metaético* que sirve para identificar los principios (morales) y, lo que es más importante, para extraer de dicha identificación, fuera de los cauces formales y materiales de validez y de control democrático, su valor jurídico-constitucional en forma de derechos (p. 69) recuerda, aunque se presente en términos más sofisticados, al viejo recurso constitutivo a la razón y a la evidencia de los iusnaturalismos racionalistas para juridificar los clásicos derechos naturales. La moralidad crítica incorporada al Derecho para «crear» derechos, o dar prioridad a unos sobre otros, al margen de (incluso contra) la voluntad democrática expresada en el parlamento (parece, por cierto, que incompatible con la argumentación<sup>19</sup>), mediante el razonamiento jurídico por principios, no deja de ser, a mi juicio, una versión depurada de iusnaturalismo.

Con todo, sí puede aducirse una razón positiva, aunque sea débil, respecto al nombre elegido: supone partir del positivismo, posición que, al menos como método, continúa teniendo especial valor (como demuestra en este trabajo García Figueroa) y puede seguir siendo punto de referencia; mejor, por ejemplo, que hablar de «no iusnaturalistas» para referirse a los que están (o estamos) del otro lado del anti-positivismo, pero habiendo superado a la vez el paleopositivismo. Es verdad, sin embargo, que el uso de formulaciones *negativas* suele producir cierta insatisfacción en términos conceptuales, aunque, como es este caso, la opción responda, precisamente, a un esfuerzo conceptual que huye de simplificaciones.

2. *Contra el exceso de confianza en los jueces.*—Nadie discute hoy la crisis de racionalidad interna del Derecho derivada, en parte, de ciertos problemas de deslegitimación (y no tanto de falta de legitimidad—prefiero la conceptualización al respecto de Elías Díaz que la referida por García Figueroa de Ernesto Garzón—<sup>20</sup>). Pero ello no me lleva a compartir, ni con Alfonso García Figueroa, ni con su prolo-

<sup>19</sup> Precisamente, una de las virtualidades de las teorías de la legislación es trasladar las exigencias argumentativas indicadas por las teorías de la argumentación básicamente para los jueces, al legislador; operador jurídico principal en una democracia representativa. Vid. ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 27-41.

<sup>20</sup> Así, la legitimidad apuntaría más bien, siguiendo de fondo a Elías Díaz (vid. por ejemplo, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.) al cumplimiento de determinadas reglas de carácter formal y procedimental, como la igualdad de derechos, el sufragio universal y el principio de las mayorías. Es la legitimidad legal-racional (hoy democrática indefectiblemente) de Weber, o legitimidad de origen y, por tanto, no se correspondería, en principio, con la «satisfacción de ciertas exigencias éticas» sustantivas vinculadas en todo caso a la legitimidad de ejercicio. La moralidad crítica, minoritaria por definición, aparecería en este segundo momento y, en todo caso, en el de la legitimación, esto es, en el de la respuesta efectiva de los ciudadanos al ejercicio del poder, cumpliendo un papel fundamental como indicador o guía, de influencia en (y crítica al) poder legítimo cuando menos de origen. Vid. una interpretación diferente de estos conceptos, a partir de las tesis de Garzón Valdes, en las páginas 80 y 81 de la obra comentada de García Figueroa.



guista y maestro Luis Prieto, su más o menos velada (más en el primero, menos en el segundo) desconfianza mayor hacia el legislador ordinario que hacia el juez, constitucional o no. Sin entusiasmos (imposibles hoy) hacia la nacional o internacional *clase política* (como suele decirse ahora de manera cursi aunque no neutral –y yo creo que bastante descriptiva, desgraciadamente–), ¿qué han hecho los jueces más por los derechos y por la libertad y la igualdad que el legislador? ¿Por qué los jueces con sus principios (me refiero a los extrasistemáticos que son los que suscitan los problemas) van a remover mejor los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, que el legislador con sus leyes? Poniéndonos en negativo: ¿no es peor una mala decisión judicial que una mala decisión democrática? Sigo creyendo, de nuevo en la mejor línea de Elías Díaz y pese a algunos (bastantes) ejemplos de la realidad, en el, si vale la expresión, *valor principal o carácter* «prima facie» (pp. 196 y ss.) de la regla (¿o principio?) de las mayorías. Otra cosa son las razones débiles vinculadas, de un lado, a la dificultad *estructural* del legislador para conseguir consensos en una sociedad democrática pluralista y, de otro, a la imposibilidad de abstenerse de decidir de los jueces (lo recuerda nuestro autor, p. 55). Pero, ni una consideración ni la otra, ni las dos juntas, justifica sin más la tesis fuerte de los principios que llevaría (y que lleva muchas veces en la práctica) a que los jueces resuelvan mediante aquéllos precisamente los asuntos que el legislador no puede o no se atreve a resolver. Es la *crisis de la legalidad*<sup>21</sup>, o lo que es lo mismo, aunque no suela expresarse como tal, de la democracia misma. Y quizá estos problemas no se resuelvan mejor cambiando el centro principal de poder normativo del legislador a los jueces, sino profundizando (siendo conscientes de los límites de la realidad) la democracia misma. En otras palabras: la crisis de la democracia debe resolverse, no con *menos* democracia, sino con *más* y *mejor* democracia. Más Habermas y menos Dworkin.

Sí me parece, sin embargo, un avance teórico importante, superador del estrecho (en este punto) positivismo jurídico, la afirmación *débil* de la existencia, en el marco del sistema jurídico, de principios como algo diferente, en términos también *débiles*, a las reglas. En otras palabras, y al menos teóricamente, la distinción entre reglas y principios no debiera tener que ver con una distinta forma de adquirir validez unas y otros dentro del sistema. Es el caso de los principios explícitos y de los implícitos (pp. 47-51), que dan suficiente juego, cuya afirmación es perfectamente posible desde el positivismo jurídico, «irrelevantes en el marco de la polémica acerca de la separación de derecho y moral...» (p. 53). El esfuerzo clasificador de García Figueroa en la búsqueda de una taxonomía de los principios o de una definición *lexical* del Derecho (pp. 131 y ss.) es en este sentido loable

<sup>21</sup> FERRAJOLI, L.: «El Derecho como sistema de garantías», traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 15 y ss.

e interesante para la teoría del Derecho y para una comprensión razonable del papel necesario de los jueces en el marco del Estado constitucional de Derecho. Es, si se prefiere, un ejercicio teórico importante, que en todo caso no debiera permitir obtener resultados morales o políticos que no se obtienen con las reglas. Y que los jueces lo hagan, de la misma manera que la historia no debe ser constituyente<sup>22</sup>, no significa que deban hacerlo. Otra vez la distinción entre describir y dar razones. La discreción judicial defendida por el positivismo jurídico (p. 73, por ej.) especialmente a partir de Hart (antes era inexistente durante la hegemonía del juez de Montesquieu) es preferible, a mi juicio y como esta obra demuestra suficientemente, y no sólo por razones puramente teóricas, al recurso, más o menos intenso, a la única respuesta correcta derivada de la *incorporación* al Derecho de principios «morales» (y cuidado, porque el juez *también* es falible) inválidos<sup>23</sup>. Los principios extrasistemáticos son una opción más del juez que debiera funcionar restrictivamente, sólo para los casos *trágicos* en terminología de Atienza, que no son tantos, y más como *obiter dicta* que como razón principal de la decisión, opción que en todo caso deberá justificarse argumentativamente (ajustándose a los límites interpretativos impuestos por el ordenamiento, y, en particular, a la regla del precedente<sup>24</sup>), contando con el apoyo, al menos indirecto, de alguna norma del sistema (p. 313) y siendo el juez, en última instancia, responsable de la opción elegida<sup>25</sup>. La discrecionalidad judicial,

<sup>22</sup> Vid. RODRÍGUEZ URIBES, J. M., «*Dos palabras de réplica a Alfonso García Figuerola*», en *Derechos y Libertades*, núm. 8, Boletín Oficial del Estado-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, cit.

<sup>23</sup> El propio García Figuerola dedica unas páginas (311-315) a la distinción, a los efectos señalados y en la dirección más interesante, entre «pertenencia» y «aplicabilidad»: un principio moral puede ser aplicado a un caso, como sucede con el derecho histórico o con el comparado, para subsanar una laguna o resolver un conflicto de normas, sin que ello presuponga su pertenencia al sistema. Esta distinción, en este sentido y con este alcance, ayuda a comprender la realidad del Derecho, superando la visión estrecha del positivismo formal-legalista para el que sólo es relevante la noción de validez, pero sin vaciarla de sentido como hace Dworkin al confundirla con «aplicabilidad».

<sup>24</sup> Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

<sup>25</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 125. En efecto, la responsabilidad del juez por el uso de principios extrajurídicos, que son Derecho para los *no positivistas*, es clara y alcanza incluso la responsabilidad penal. En sentencia reciente del Tribunal Supremo se ha declarado culpable de un delito continuado de prevaricación a un juez por postergar «(...) la validez del Derecho o de su imperio», vulnerando con ello «(...) el Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 C.E. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación (...) requiere, ante todo que las sentencias o resoluciones judiciales (...) puedan ser consideradas como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes. La prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez (...), con evidente quebranto de sus deberes constitucionales». Y añade: «Desde este punto de vista es evidente que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el

necesaria a la vez que inevitable, en los «límites del derecho» que son ya de por sí difusos, límites recordados por Raz y nuestro autor (pp. 56-57, 314) y que nos llevan hasta Kelsen y Hart, no debe transformarse, aún a juicio de que se me acuse de positivista trasnochado, en arbitrariedad (ver en esta línea, García Figueroa, p. 57), y ésta es más fácil desde el iusnaturalismo, o, si se prefiere, desde el no positivismo *a pesar* (como siempre) de su cognoscitividad moral. Por cierto, no deja de existir, desde cierto punto de vista, una, cuando menos aparente, aporía entre el cognoscitividad ético (en algunos casos claramente objetivista) de los no positivistas y su entusiasmo teórico por un tipo de normas que son todo menos cerradas, rígidas y precisas. ¿Quién les garantiza la correcta interpretación por mucho que se construyan y se ofrezcan teorías al respecto (pp. 307 y ss.)? ¿Cómo transformamos jueces inevitablemente falibles, condicionados política y moralmente, en jueces Hércules capaces de acertar en la interpretación (en singular) de normas con alto grado de generalidad, vaguedad y abstracción, no resolubles al modo de todo o nada? Entre el juez (imposible) boca muda de Montesquieu heredado por el primer positivismo, y la opción principialista del no positivismo, desde Zagrebelsky a Dworkin, queda un importante margen que no conduce mecánicamente de la «soberanía concreta de la ley» a «la soberanía abstracta de la Constitución» (p. 71), de la democracia a los derechos humanos, como si, *prima facie*, fueran incompatibles (cuando la historia demuestra justo lo contrario, al menos en términos relativos). Y es un margen que puede ser ocupado, como demuestra García Figueroa, aún con todas las tensiones y dificultades que se quieran, por un positivismo como método o «como enfoque» (p. 251, n.p. 113), desde el punto de vista de la aproximación al (y del conocimiento del) Derecho, y por la democracia parlamentaria (en esto García Figueroa insiste menos) expresión de la voluntad de los ciudadanos en un marco de suficiente información, transparencia y participación. Los jueces tienen su lugar, más importante que el que les atribuyó tradicionalmente el positivismo formal-legalista (teórico, si se prefiere) o que el que hoy les otorga Dworkin, bocas mudas no ya de la ley, sino de los principios, aunque menos protagonista que lo que desearían los defensores del activismo judicial derivado indefectiblemente de muchos de los planteamientos principialistas o no positivistas.

3. *El problema del autorreferencialismo.*—García Figueroa presenta como una circunstancia favorecedora del no positivismo principialista el llamado autorreferencialismo del Estado de Derecho sin ulteriores especificaciones, lo que Rafael de Asís denominó hace unos

---

juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de justicia» que es a lo que lleva en la práctica el recurso a los principios extrajurídicos aunque se predique paradójicamente la unidad de solución correcta. *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2/1999, causa especial 2940/1997 [Sobre el Fondo, fundamentos 3 a) y 3 b)].

años las «paradojas del limitado límite» (en particular a estos efectos, la «paradoja de la positivación»<sup>26</sup>) y, aunque en el último párrafo de su exposición afirma la compatibilidad del positivismo jurídico con las exigencias, en términos de derechos, del Estado constitucional («sólo un paleopositivismo legalista e imperativista –escribe– se hallaría en dificultades para ofrecer un modelo atento a ellas» –p. 69–) no discute directamente la propia tesis del autorreferencialismo, a mi juicio claramente confundente si se presenta en términos fuertes. Creo que el recurso a la paradoja de Rafael de Asís explica mejor el fenómeno que el razonamiento circular (p. 67) del autorreferencialismo, aunque parta de él en la versión de Alf Ross.

\* \* \*

En todo caso, y como reflexión final, no cabe más que hacer un juicio profundamente positivo de una obra que, *contracorriente*, se sitúa en la mejor línea positivista, superando algunas de sus estrecheces (vinculadas a ciertas tesis del positivismo teórico) y algunos de sus excesos (propios del positivismo ideológico), pero sin deslizarse por la pendiente *tentadora* en términos teóricos, aunque *peligrosa* en términos políticos (incluso aunque la mayoría de los jueces fueran –que no es así– como el que nos ofrece Antonio Banderas en *Locos en Alabama*, un juez prevaricador pero justo) de los antipositivismos; tanto o más *peligrosos* que una democracia (o un positivismo) *sin límites*. Porque, en efecto, el juez «principialista» *justo* es también indefendible en un Estado de Derecho aunque se le añada el calificativo de «constitucional». Como escribiera Tomás y Valiente: «El activismo judicial puede consistir tan sólo en la noble renuncia a la trinchera del principio dispositivo para no hacer justicia, porque las partes no hayan sabido pedirla. Hay nobleza en el propósito, pero (incluso aquí) el peligro es claro...». Éste deriva de una idea básica de todo Estado de Derecho y es que «(...) no estamos en el mundo de las virtudes individuales, sino en el del Derecho y sus repartos de papeles y sus reglas formales y sus equilibrios de poderes, y en este universo del Derecho, cuyo formalismo con frecuencia es menospreciado donde antes era ensalzado, el hecho de que un actor desempeñe el papel de otro personaje del drama altera la representación, desorienta al espectador y puede acabar con el teatro»<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Vid. Asís, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 70-78.

<sup>27</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Fco., *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 167. El paréntesis es mío.

# Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribes

Por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Universidad de Castilla-La Mancha

## INTRODUCCIÓN

Agradezco a José Manuel Rodríguez Uribes la lectura, tan iluminadora para mí, que ha hecho de mi libro, sus afectuosos comentarios y la ordenada exposición de sus estimulantes disensos. En lo que sigue me gustaría referirme a algunos de éstos y aprovechar la ocasión que me brinda para pronunciarme sobre algunas otras cuestiones conexas. Primero me referiré al carácter del debate sobre el concepto de derecho, luego a una cuestión meramente terminológica relativa a la dicotomía *positivismo/no positivismo* y para terminar expondré algunas consideraciones sobre la función jurisdiccional en el sistema democrático.

### 1. UNA CUESTIÓN CONCEPTUAL. ¿EL CONCEPTO DE DERECHO REPRESENTA UN PROBLEMA TEÓRICO O PRÁCTICO?

¿Es mejor un concepto positivista o un concepto no positivista de derecho? Si consideramos que el lenguaje es una convención y renunciamos al esencialismo, entonces debemos concluir que casi cualquier definición es posible. Parafraseando a Waismann, cabría decir que

nuestro concepto de derecho sólo es el mejor, cuando los demás nos engañan. En consecuencia, podemos elegir el concepto de derecho que más nos convenga y que sea menos *engañoso* atendiendo a diversas consideraciones. Éstas pueden ser, sin pretender exhaustividad, de orden lexical, explicativo y normativo.

a) Si nos inclinamos por una definición lexical de derecho, entonces tomaremos el concepto de derecho usado por los hablantes, singularmente por los juristas. Esta perspectiva es importante y ha sido subrayada por los defensores del punto de vista del participante para estudiar el derecho. En la medida en que los juristas con frecuencia usan el concepto de derecho en un sentido indiferenciado con respecto al de moral, esta perspectiva es favorable a un concepto no positivista de derecho.

b) Si preferimos un concepto de derecho por razones explicativas, entonces adoptaremos el concepto de derecho que nos permita explicar en mejores condiciones el fenómeno jurídico. En cierto modo, aquí las prioridades definen una disyuntiva entre los que a la hora de estudiar el derecho prefieren explicar *mejor* y los que se inclinan por explicar *más*.

El positivismo jurídico en cierto modo pretende explicar *mejor*. El «argumento de la claridad»<sup>1</sup> es favorable al positivismo jurídico, porque éste no necesita comprometerse en cuestiones metaéticas y de ética normativa, que de este modo quedan abiertas. Esta abdicación conceptual confiere al positivismo mayor solidez sistemática.

El no positivismo jurídico, por su parte, pretende explicar *más*. Al no positivista el concepto positivista de derecho le parece insuficiente porque no da cuenta de ciertas áreas del derecho que tienen que ver con la obligatoriedad del derecho, su aceptación moral, el papel de la razón práctica en el razonamiento jurídico, etc. Esto le obliga a pronunciarse en cuestiones morales. El coste de esta opción es la aparición de considerables tensiones internas en el seno de este tipo de planteamientos. La superación de estas tensiones conduce a la elaboración de teorías muy sofisticadas. Sin embargo, la sofisticación no es una razón para apoyar una teoría.

c) Si preferimos un concepto de derecho por razones normativas, será porque se constata de alguna manera que, una vez incorporado tal concepto de derecho al discurso de la ciencia del derecho y de la política jurídica, se da lugar a mejores resultados políticos y morales. Es decir, tal concepto de derecho tendrá unos resultados y unas consecuencias política y moralmente mejores. El antipositivismo de Radbruch (y seguramente el de Alexy y Dworkin) se basa en este planteamiento.

<sup>1</sup> Vid. ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 48-50.

En este plano normativo de la discusión se sitúa Rodríguez Uribe cuando afirma que «quizá el problema de los no positivistas es, al final, más político que teórico». En efecto, el no positivismo se concentra en las cuestiones normativas a la hora de elaborar su concepto de derecho como bien señala mi interlocutor. Sin embargo, en este estadio surgen las preguntas más profundas en torno al debate eterno entre positivismo y no positivismo. Parece que al final lo importante no es propiamente el concepto de derecho que se adopte, sino más bien cuál sea el fin de la propia teoría del derecho. Cabría preguntar al no positivismo bajo sus diversas versiones: ¿es acaso el objetivo de la teoría del derecho resolver los problemas políticos y morales del mundo? Creo que Rodríguez Uribe suscribiría conmigo este interrogante planteado con cierto escepticismo.

## 2. UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. ¿«IUSNATURALISMO» O «NO POSITIVISMO»?

En su amable comentario, el profesor Rodríguez Uribe expresa su discrepancia con la dicotomía que tomo de *Alexy positivismo/no positivismo* y se inclina por la más tradicional *positivismo/iusnaturalismo*: «todavía no tengo claro qué añade de diferente al iusnaturalismo que justifique su uso y que no sea dar satisfacción a esos autores que niegan su condición de iusnaturalistas [que no es el caso de Dworkin que (...) se autoproclama iusnaturalista]». A continuación me gustaría decir por qué me parece en alguna medida justificada la dicotomía *positivismo/no positivismo* y por qué creo que la adopción de esta clasificación no tiene por qué ser beneficiosa a los críticos del positivismo (lo cual, por cierto, tampoco tendría nada de malo en caso de ser verdad).

El uso de un término en perjuicio de otro no presenta en principio consecuencias conceptuales importantes. Si el iusnaturalismo comprende cualquier teoría contraria al positivismo jurídico, entonces no existe inconveniente en emplear el término «iusnaturalismo» en lugar del sintagma «no positivismo» que he preferido para designar a la doctrina de los críticos del positivismo jurídico. De nuevo, el problema no es conceptual, sino de, digámoslo así, *política lingüística*. De lo que se trata es de clarificar la dialéctica entre dos corrientes en los términos más exhaustivos y claros posibles. Sin embargo, parece que normalmente los usuarios del término «iusnaturalismo» no entienden que *todas* las teorías del derecho fuera del positivismo sean iusnaturalistas. En el uso habitual de la expresión «iusnaturalismo» se hace referencia a un derecho natural asociado tradicionalmente a las notas de universalidad e inmutabilidad. La cuestión es entonces si «derecho natural» significa moral crítica. Si eso es así, entonces (reitero) no existe inconveniente en hablar de iusnaturalismo incluso para desig-

nar (con ciertas reservas) las teorías de Alexy y Dworkin. Sin embargo, sigo creyendo que es mejor la dicotomía *positivismo/no positivismo* por las siguientes consideraciones:

a) La dicotomía *positivismo/no positivismo* es, fuera de toda duda (esto es, bajo cualquier interpretación de «positivismo»), analítica. Bajo esta perspectiva, toda teoría del derecho es positivista o bien no positivista y *tertium non datur*. Por el contrario, la dicotomía *positivismo/iusnaturalismo* presenta un carácter analítico más dudoso y sujeto a interpretación. Esta dicotomía exige un esfuerzo de clarificación muy superior: a la labor de definir claramente qué afirma el positivismo, se añade la de determinar qué afirma el iusnaturalismo y de delimitar positivismo y iusnaturalismo, reduciendo cualquier vacío entre ellos. Esto genera más incertidumbre y provoca la inclasificabilidad de autores como Dworkin, un iusnaturalista *sui generis* que define una «tercera vía» entre iusnaturalismo y positivismo, pero que también representa un genuino «neoiusnaturalista» e incluso llega a ser considerado positivista.

b) Sin embargo, cabría entonces preguntarse, en efecto, por qué no dar prioridad al concepto de iusnaturalismo en esta dicotomía. En una amable carta, el profesor Pérez Luño parecía sugerir precisamente esta posibilidad cuando se mostraba no del todo de acuerdo con mi «no iusnaturalismo». Sin embargo, hablar de *iusnaturalismo/no iusnaturalismo* parece menos conveniente por, al menos, dos consideraciones: una de orden conceptual y otra de orden histórico.

En primer lugar, bajo una perspectiva conceptual, parece mejor tomar el positivismo como criterio diferenciador primario, en la medida en que su significado está más perfilado. La doctrina iusnaturalista parece tener unos contornos menos definidos, quizá porque ha aglutinado una tradición milenaria y muy plural. Quizá el *Bellagio* del iusnaturalismo todavía esté por llegar.

En segundo lugar, bajo una perspectiva histórica, es claro que durante los dos últimos siglos el positivismo jurídico ha sido la doctrina dominante y se ha enfrentado en las últimas décadas a una crisis notable<sup>2</sup>. Esto significa que el paradigma establecido al que se le han elevado las críticas ha sido el positivismo jurídico y en esta medida creo que debe contar con prioridad en la *summa divisio* de la que se trata.

Estas dos últimas consideraciones, contempladas ya por Rodríguez Uribe, son, a su juicio, débiles. Pero no debemos olvidar que también lo es la discusión, en la medida en que no presenta consecuencias conceptuales relevantes.

---

<sup>2</sup> Vid. HART, H. L. A., «Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1988 (reimpr.), pp. 145-158.



Por otra parte, Rodríguez Uribes afirma (en relación con el sintagma «no positivismo») que «el uso de formulaciones *negativas* suele producir cierta insatisfacción en términos conceptuales». En realidad, esto no es así cuando la dicotomía es analítica. No debemos olvidar que el no positivismo se define con una formulación positiva: «sí existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral».

Finalmente, no creo que la adopción de la dicotomía *positivismo/no positivismo* sea particularmente beneficiosa para autores como Dworkin o Alexy. Prueba de ello es que Dworkin, en efecto, se auto-proclama iusnaturalista, pero también lo hace de algún modo Alexy<sup>3</sup>, de quien, no lo olvidemos, tomo la idea de dividir a los teóricos del derecho en positivistas y no positivistas<sup>4</sup>. La virtualidad de esta clasificación es puramente instrumental, aunque seguramente no está de más hablar de ello.

### 3. UNA CUESTIÓN DE DISEÑO INSTITUCIONAL. ¿UN EXCESO DE CONFIANZA EN LOS JUECES?

Es habitual en los Estados constitucionales de derecho que todos los poderes del Estado estén sometidos a ciertos límites que establece la Constitución. Esta medida afecta también al Poder legislativo, que no es omnipotente y debe respetar ciertos derechos. El constitucionalismo determina que estos derechos, resguardados en un «coto vedado», deben imponerse a las decisiones democráticas que pretendan violarlos.

La existencia de este coto vedado de derechos determina un doble sacrificio del principio democrático en favor de ciertas instancias de poder que carecen de un respaldo democrático actual y que, en este sentido, presentan un carácter contramayoritario. En primer lugar, el principio democrático cede frente al poder constituyente que impone restricciones a las generaciones sucesivas. En segundo lugar, el principio democrático cede frente al, digámoslo así, poder jurisdiccional, es decir, cede frente al poder judicial y, sobre todo, frente al Tribunal

<sup>3</sup> Alexy admite que su teoría se inscribe en la tradición del derecho natural en un sentido (pero sólo en un sentido, recalca el autor alemán): la teoría del discurso efectúa una explicación de la naturaleza del ser humano. Cabría decir que el ámbito de validez de la teoría del discurso es la forma de vida más general de los seres humanos. Bajo esta perspectiva, la teoría del discurso comparte las notas de la universalidad y la intemporalidad del viejo derecho natural (*vid.* ALEXY, R., «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1995, pp. 127-164, aquí p. 141). Agradezco al profesor Jerónimo Betegón que en su momento me haya llamado la atención sobre esta contenida declaración de iusnaturalismo del catedrático de Kiel.

<sup>4</sup> *Vid.* ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, cap. 1.

Constitucional, que puede declarar la inconstitucionalidad de normas emanadas del Parlamento.

Rodríguez Uribes se refiere en su comentario precisamente a esta segunda cuestión y se muestra en desacuerdo con mi «exceso de confianza en los jueces» o, en otras palabras, con mi «desconfianza mayor hacia el legislador ordinario que hacia el juez, constitucional o no». La tensión entre democracia y derechos es objeto de intenso debate en la actualidad y es imposible abordar aquí la cuestión con el detenimiento mínimo exigible<sup>5</sup>. A pesar de todo, me gustaría matizar algunos aspectos muy concretos. Creo que en el fondo algunos de mis desacuerdos con Rodríguez Uribes no se basan tanto en sus opiniones, cuanto en los presupuestos sobre los que se asientan sus opiniones.

a) En primer lugar, se pregunta Rodríguez Uribes: «¿qué han hecho los jueces más por los derechos y por la libertad y la igualdad que el legislador?» Quizá la respuesta a esta pregunta deba comenzar por cuestionar más bien lo que esta pregunta presupone. La pregunta pierde su sentido desde el momento en que, según creo, al juez no hay que exigirle que haga nada especial por los derechos y la libertad. Quizá sea pedir demasiado a alguien que ha debido superar una oposición. La justificación de las decisiones de los jueces se funda sobre su carácter en principio racional y no por su calidad ideológica. El hecho de que en la aplicación del derecho se desplieguen argumentos ideológicos no significa que el juez sea una instancia política. Al juez se le exige argumentar, mientras que al legislador se le exige expresar, esta vez sí, una voluntad con el único límite de la Constitución. En nuestra cultura jurídica, el juez es seleccionado entre personas con una serie de conocimientos sobre derecho y no por su filiación política. El juez decide cada caso, digámoslo así, deontológicamente y en principio no puede diseñar estrategias de actuación en las que negocie los derechos en términos utilitaristas de conveniencia política (y es aquí, en su vertiente normativa, donde la teoría de Dworkin se manifiesta de nuevo más valiosa). Además el juez es responsable penalmente por incumplir su deber en la aplicación del derecho.

Todas estas consideraciones, tan obvias por otro lado, se formulan en un contexto bien concreto como es el de nuestra cultura jurídica (y es muy importante subrayar esto), pues en realidad no tiene sentido dar una respuesta en abstracto a esta cuestión. Se trata de un problema de diseño de las instituciones que obedece a las particulares condiciones de cada cultura jurídica<sup>6</sup> y creo que en la nuestra el juez no suele ser un activista.

---

<sup>5</sup> Vid. el debate de José Juan Moreso, Juan Carlos Bayón y Roberto Gargarella en *Ragion pratica*, núm. 10 (1998).

<sup>6</sup> Vid. en este sentido, MORESO, J. J., «Diritti e giustizia procedurale imperfetta», en el citado volumen núm. 10 (1998) de *Ragion pratica*, pp. 13-39.

Con seguridad, no todas estas consideraciones pueden extenderse sobre los magistrados del constitucional. Su *status* y su función difieren de manera notable de los de los jueces que integran el poder judicial; sin embargo, son semejantes en lo esencial: la fundamentación de sus decisiones debe obedecer a criterios de racionalidad y sólo en esta medida merecen nuestra consideración.

b) Rodríguez Uribes afirma que «la crisis de la democracia debe resolverse, no con menos democracia, sino con más y mejor democracia. Más Habermas y menos Dworkin». Sin embargo, creo que, por razones puramente conceptuales, no es posible resolver los problemas de la democracia con más democracia. El constitucionalismo y la teoría de los derechos se presentan como un sistema para corregir precisamente algunos aspectos de la democracia. En suma, quizá deba replicar: más Dworkin y, sobre todo en atención a la especial condición de Rodríguez Uribes, menos Rousseau.

c) Menos Rousseau. Mi interlocutor se distingue por ser buen conocedor de la obra del ginebrino y sin duda es un seguidor de buena parte de sus ideales<sup>7</sup>. De lo contrario, ¿cómo interpretar la siguiente opinión confiada (casi ciegamente) a la voluntad general?: «¿no es peor una mala decisión judicial que una mala decisión democrática?». Creo que una mala decisión es, por encima de todo, una mala decisión. En el contexto de justificación (que es donde se evalúa la corrección moral de una decisión) lo que cuenta es la racionalidad y no el procedimiento mediante el cual se llega a tal decisión. En el contexto de justificación la decisión de asesinar seis millones de personas inocentes es irracional y el modo de tomar esa decisión representa un aspecto del contexto de descubrimiento de esa decisión que puede presentar un interés sociológico, pero carece de vigor argumentativo en sí. Por tanto, no me parece que la decisión de asesinar seis millones de personas mejorara moralmente en nada por el hecho de ser adoptada por cincuenta millones de personas en lugar de ser la decisión de un solo individuo. A lo sumo, en el primer caso cabría lamentar mucho más profundamente que una mala decisión fuera compartida por tanta gente. Sin embargo, el rousseaniano no parece contemplar del todo esta posibilidad y añade en su optimista visión del mundo al mito del buen salvaje el del buen legislador democrático. Esto no significa plantear una teoría antidemocrática, sino sólo advertir que es posible que debamos aceptar ciertos límites y que no debamos confiar ciegamente en la democracia ni idealizarla sin más, dejándonos llevar por la persuasiva emotividad de ciertos términos. En los últimos tiempos la democracia no sólo se ha convertido en el sistema de organización política fundamental, sino que ha pasado a ser el núcleo de la teoría ética y esto quizá pueda provocar problemas como el riesgo

---

<sup>7</sup> Vid. RODRÍGUEZ URIBES, J. M., *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

de que nos quedemos desprovistos de un criterio de evaluación de los propios sistemas democráticos.

Finalmente, Rodríguez Uribes, en un alarde de intuición nada común, presume mi simpatía hacia el juez Mead, que comete la *locura* de resolver un caso en contra de la decisión *mayoritaria* (pero quizá injusta) del jurado en una pretérita y cinematográfica Alabama. Quizá la necesidad de mantener un punto de vista crítico exija del teórico del derecho e incluso de su aplicador incurrir de vez en cuando en este tipo de locuras contramayoritarias. Quizá no sea del todo censurable estar loco cuando se trata de Alabama.

## Arañando en la alteridad. La investigación como proceso complejo e intersubjetivo. Reflexiones a partir de un libro de Rafael Aliena<sup>1</sup>

Por RAÚL SUSÍN BETRÁN

Universidad de La Rioja

Comenzamos la lectura del libro de Rafael Aliena Miralles que lleva por título *Adelaida Martínez y el honor de la pobreza* de una forma que no deja de resultarnos sugestiva, pues, en cierta medida, y tras las primeras páginas, se nos muestra como una apuesta arriesgada que deriva hacia una invitación a que rompamos, o al menos esa interpretación hago, los rigores tradicionales en los que se enmarcan las investigaciones al uso, y con ello su lectura, y los sustituycamos por los registros propios de lo que Aliena denomina un *mundo orwelliano* (pp. 23 y 24). Esto es, Aliena Miralles reivindica que su obra no quede circunscrita a un mundo estrictamente universitario, aunque de éste proceda mayoritariamente el lector al que vaya dirigida, sino que parece que su condición de ciudadano le obliga, y acepta de buen grado, a escribir para una comunidad más amplia o, cuando menos, para «cualquier lector mínimamente culto».

En este punto, no deja de haber una cierta cercanía, aunque en una primera instancia pueda parecer paradójico, con la «gástrica» reivindicación que del intelectual realiza Tabucchi en sus conversaciones con Sofri<sup>2</sup>. Y me explico. En el texto de Aliena encontramos algunos guiños a una cierta informalidad que le lleva a marcar dis-

---

<sup>1</sup> El debate que aquí se inicia nace de la lectura del libro ALIENA MIRALLES, R., *Adelaida Martínez y el honor de la pobreza*, Fundación La Caixa, Barcelona, 1999.

<sup>2</sup> Cfr. TABUCCHI, A., *La gastritis de Platón*, trad. C. Gumpert, Anagrama, Barcelona, 1999.

tancias con los rigores de la *academia*, algo que llega a hacer explícitamente en algún momento (p. 20), y que creo va más allá de la mera cuestión metodológica. Indudablemente, esto no significa que Aliena deteste lo intelectual, o lo universitario como parte o extensión de ello. Ni tampoco significa que su texto adolezca de un necesario rigor en lo que se refiere a las argumentaciones; o que no refuerce sus reflexiones con apoyos que podamos considerar como dignos de estar investidos de autoridad. Ni, finalmente, tampoco esta informalidad le lleva a Aliena a que lo literario acabe teniendo una fuerza expansiva que derive en la anulación total del trabajo científico. Aliena se mueve en estos puntos con una correcta medida. Sin embargo, y en mi opinión, esto no es óbice para que podamos ver que lo que parece pretender, y de allí su cercanía con el escritor italiano, o por lo menos con el talante del mismo, es una reivindicación de su papel, e incluso, en un plano más trascendente, de su «lugar en el mundo». Y esto, en un primer término, porque a lo largo del texto Aliena nos va mostrando su propia evolución a la hora de afrontar el tema de la pobreza, de lo que resultan suficientemente significativas las páginas 37 y ss. En estas páginas, al hilo de la revisión de los «paradigmas teóricos en asuntos de pobreza», y utilizando una técnica de contraposición, quizás no de opuestos pero sí de partes sustancialmente diferentes, y que repetirá en otras ocasiones, el autor presenta, en lo que a estas opciones teóricas se refiere, tanto la historia de la investigación como algún apunte de su propia biografía como investigador. Pero además, y en segundo lugar, porque conforme vamos avanzando en la lectura vamos viendo como Aliena se nos muestra en múltiples conversaciones que van más allá del propio texto, de la propia investigación, y que delatan una forma de investigar, pero también de ver y afrontar la realidad con un indudable compromiso. Aliena se reivindica pues, en estas páginas, al igual que Tabucchi en las suyas, como un escritor-investigador-intelectual que nos invita a conocer, a indagar en un mundo que aunque se viste de realidad personal, con nombres y apellidos, Adelaida Martínez, vecina del «Barrio Maravillas», no deja de ser en cierta medida una realidad universal que se alimenta de ese interés por la tragedia que acompaña la condición humana, aunque el mismo autor afirme en algún momento que este personaje «no es un arquetipo» (p. 20).

El sociólogo valenciano, de esta forma, actúa con una perspectiva sincrónica. Es decir, se preocupa por su tiempo y por los problemas que vive en su tiempo, la desigualdad, la pobreza, el desarraigo; y, en cierta medida, proyecta su compromiso personal a través de su obra, pues no se puede dejar de lado que, aunque de forma un tanto «interesada», ya que la finalidad inicial parece ser la de conseguir un «emplazamiento privilegiado», accede y conoce el medio a través de su participación en un grupo de autoayuda de madres con hijos en prisión, grupo en el que como él mismo cuenta va asumiendo responsabilidades que le llevan a participar como dirigente-«facilitador», así

como a continuar su trabajo en el grupo más allá de la misma investigación (pp. 63 y 64). En nuestro caso (en realidad en mi caso, pues no quiero obligar a nadie a nada, y menos a comprometerse en los tiempos que hoy corren), aceptamos este talante, lo compartimos, si bien a todo esto una pequeña crítica. Quizás la declaración de intenciones con la que se presenta *Aliena*, y que bien podría situarse entre los marcos trazados por un tiralíneas fundido en la civilidad *republicana*, choca un poco con una cuestión que podríamos denominar casi de intendencia, pero que, no obstante, no deja de suponer un ruido. Y es que la edición del libro, a cargo de Fundación La Caixa, compromete un tanto la generalización del conocimiento que *Aliena* parece tener intención de proporcionarnos con su investigación. Por otro lado, y como todo tiene su explicación, la elección de la editorial parece estar condicionada porque esta investigación fue reconocida con el «Premio Dr. Rogelí Duocastella de investigación en el campo de las ciencias sociales», premio que convoca anualmente la Fundación La Caixa.

Continuando en este plano de presentaciones y de cara a conocer mejor el trabajo con el que nos encontramos, conviene dar unas breves notas sobre el autor del texto. Rafael Aliena Miralles, doctor en Sociología y profesor de Política Social en la Universidad de Valencia, ha realizado diversas investigaciones y publicado diferentes trabajos en textos individuales y colectivos relacionados con las políticas públicas, profundizando, por lo que conozco, en los temas de la pobreza y la exclusión social y en uno de esos mecanismos que ahora parece que gustan llamarse como de «ingeniería social» y que para algunos no son otra cosa que nuevas formas de «caridad institucionalizada», las rentas mínimas<sup>3</sup>. Lógicamente, a la luz de estas breves notas, y de las declaradas y un tanto iconoclastas intenciones del autor comentadas al inicio, a la vez que comenzamos a situarnos, también podemos sospechar, o intuir, que el libro que comentamos no recoge una investigación que podamos calificar como de las típicas y al uso en el ámbito de la filosofía del derecho. Más bien para nada. Lo cual, dado el marco en el que se publican estas líneas, el *Anuario de Filosofía del Derecho*, con unos lectores probablemente ya determinados, no deja de ser positivo en un mundo que reclama en todos sus ámbitos más y más mestizaje.

Y en ese mestizaje, pero sin confusión, se mueve con plena soltura Aliena Miralles. Su trabajo no es un trabajo que podamos enmarcar con unos listones precisos, pero que a la vez tiendan a hacer incómoda la lectura del texto. No se trata de una investigación jurídica, pero tampoco podemos decir de ella que utilice —como tampoco que aban-

---

<sup>3</sup> Además, y como el propio Aliena nos hace saber en la nota 29 de la página 40, existe un trabajo sin publicar que, aunque desde otra perspectiva, parece guardar un cierto vínculo con esta investigación, según podemos adivinar por su título, *Pobreza e integración social. La vida local de Adelaida Martínez*, 1996.

done—, en sentido estricto, una perspectiva filosófica, antropológica, etnológica, psicológica, etológica, sociológica o, incluso, semiótica. De todas ellas un poco, y de ninguna todo. Por ejemplo, en lo que se refiere a las raíces filosóficas del texto no dejan de ser significativas las referencias que Aliena realiza al principio, cuando podría considerarse que redacta su primera tarjeta de presentación —que luego irá perfilando de forma más precisa en los primeros cuatro capítulos (pp. 25-84)—, de la obra de autores como Berlin, Orwell, Taylor o Camus. De los tres primeros reconoce expresamente Aliena su influencia en lo que se refiere al espíritu de su trabajo. Del último, Camus, destaca la influencia que ejerce su obra *El primer hombre*. Esta obra, y este autor, tienen mucho que ver con la historia que nos cuenta Aliena, como se refleja, entre otras cosas, en el mismo título del texto, «... y el honor de la pobreza». Un honor del que también escribió Simone Weil en una obra que tenía al desarraigo —al igual que la de Camus y, en cierta medida, la de Aliena— como elemento central, y del que dijo que es «una necesidad vital del alma humana»; a la vez que del mismo afirmaba que su necesidad «queda plenamente satisfecha cuando cada una de las colectividades de las que es miembro un ser humano le ofrece una parte en la tradición de grandeza contenida en su pasado y públicamente reconocida desde fuera»<sup>4</sup>. Curiosamente, la obra de la que extraigo esta reflexión sobre el honor, *Echar Raíces*, es una obra inacabada cuya edición francesa corrió a cargo de Albert Camus, y en ella también podemos encontrar, al igual que en la anterior obra del autor francés, aunque quizás de forma un tanto más diluida por la ausencia de las figuras de los personajes, el reflejo de la Adelaida Martínez que ocupa y preocupa a Aliena.

Por otro lado, no se acaban aquí las referencias en las que a lo largo del texto podemos sentir la presencia de la filosofía en sus distintas vertientes, moral, política o social. Conforme avanzamos en la lectura del texto, además de con aportaciones de autores como los más arriba recogidos, o de otros como MacIntyre, Adam Smith y, sobre todo, Hobbes, nos encontramos con cuestiones que resultan muy familiares a la filosofía. Es el caso de aquellas relativas a la violencia y al orden social, a los valores, a la modernidad o a las pasiones. Cuestiones todas éstas a las que, como veremos más adelante, se llega no desde una perspectiva abstracta, fría y doctrinaria, sino que se accede desde una perspectiva que tiene en cuenta un caso, el de Adelaida Martínez, con su visión del mundo, aunque ciertamente traducido por lo que Aliena denomina el «doble analítico» (pp. 87-146); con su apreciación y creencia de lo que es la «buena vida», con sus valores, «ideas fuerzas» y valoraciones que realiza la protagonista a partir de las mismas (pp. 149-168); y, finalmente, con los juicios, pasiones y emociones que, siempre según Aliena, se desprenden de los problemas de

---

<sup>4</sup> Vid. WEIL, S., *Echar raíces*, trad. J. C. González Pont y J. R. Capella, Trotta, Madrid, 1996, p. 35.



integración local que tiene Adelaida Martínez en el «Barrio Maravillas» a partir de los condicionamientos relacionales y de adaptabilidad que le impone su sentido del orden moral (pp. 172-222).

De otra parte, si la influencia de la filosofía y sus referencias aparecen de forma suficientemente nítida como para señalarlas de manera individualizada, quizás sea más difícil poder separar tajantemente el uso de las otras perspectivas. Aunque, sin embargo, no deja de ser cierto que en el texto podemos encontrar numerosos signos que considerados de forma aislada nos podrían llevar a afirmar que estamos ante una investigación antropológica, etnológica, psicológica, sociológica, semiótica o de ecología social. De esta forma, y en primer lugar, la lectura de *Adelaida Martínez y el honor de la pobreza* nos evoca la figura del antropólogo norteamericano Oscar Lewis y las investigaciones que éste llevó a cabo en los años sesenta. En este sentido, y aunque las referencias explícitas que se hacen tanto a este autor, como a la idea-concepto-método de la «cultura de la pobreza» que él introdujo y sobre la que trabajaron posteriormente otros autores como Harrington y Moynihan (al que también se refiere), se reducen a unas pocas páginas —en concreto, y salvo alguna alusión aislada (pp. 53 y 106), me refiero al epígrafe 16 (pp. 215 y ss.), donde Aliena presenta las tesis de la «cultura de la pobreza» y de la ineficacia personal como elementos explicativos de la desviación—, esto no significa que no podamos encontrar guiños evocadores de la obra del antropólogo norteamericano y de su «cultura de la pobreza». Es el caso de los rasgos de la «cultura de la pobreza» que van apareciendo en el personaje de la investigación, Adelaida Martínez, o/y en los habitantes del «Barrio Maravillas», destacando entre todos ellos las cuestiones relativas a la adaptabilidad donde, como señala Aliena, Adelaida Martínez tiene graves problemas. O de la utilización en la detección de estos rasgos de tres de las perspectivas posibles desde las que según Lewis se puede afrontar el tema de la «(sub)cultura de la pobreza»: desde los niveles de la comunidad local y de la familia, pero, sobre todo, desde las actitudes, los valores y la estructura del carácter del individuo<sup>5</sup>. O, incluso, de otras cuestiones como el recurso (aunque ciertamente es mucho más que un recurso) del personaje, Adelaida Martínez, y de su relato como vertebradores de la investigación<sup>6</sup>. Si bien en este último punto hay que señalar cómo a diferencia de las obras de Lewis, Aliena, aunque parece estar interesado en recibir a través de «su» personaje cuestiones relativas al micromundo del

<sup>5</sup> Cfr. LEWIS, O., *La Vida. Una familia puertorriqueña en la cultura de la pobreza: San Juan y Nueva York*, trad. J. L. González, Editorial J. Mortiz, México, 1969, pp. XLVIII-LI.

<sup>6</sup> Aunque a título anecdótico, no deja de ser curioso que en el libro *Antropología de la pobreza. Cinco familias*, una de las familias sobre las que realiza la investigación el antropólogo norteamericano es la denominada «familia Martínez». Vid. LEWIS, O., *Antropología de la pobreza. Cinco familias*, trad. E. Sánchez Ramírez, Fondo de Cultura Económica, México, 1961, pp. 33-63.

«Barrio Maravillas» como si de una investigación etnográfica se tratase, sin embargo, rompe en cierta medida la puridad que desde la etnografía le llevaría a limitarse a recoger y describir los datos obtenidos o, probablemente, contruidos (y este matiz de la construcción o transformación a pesar de que pudiera utilizar uno de esos ojos artificiales que casi todo lo ven, a veces de forma un tanto indiscreta), y defiende explícitamente, y como luego veremos, una opción interpretativa que más que descodifique trabaje sobre el discurso de Adelaida.

Pero en el trabajo de Aliena no sólo se puede apreciar el referente proporcionado por las perspectivas filosófica, antropológica o etnográfica, sino que también se puede sentir la presencia de otras perspectivas y, sobre todo, de la sociológica, pues entre todas, ésta destaca como perspectiva dominante, algo por otra parte lógico dada la formación académica de Aliena. En esta dirección encontramos las imágenes y aportaciones que este autor toma de innumerables sociólogos. Aquí estarían, por un lado, las que provienen de aquellos que parecen jugar con una sociología discursiva o interpretativa que se mueve en la frontera con la filosofía, caso de la utilización que Aliena hace de Giddens en lo que se refiere tanto a plantear una visión del problema de la pobreza como algo superador de un planteamiento centrado en el tema de los recursos, como en alguna de sus reflexiones en torno a la cuestión de la modernidad; o, incluso, también entrarían en este bloque las referencias a Norbert Elias y su proceso civilizatorio, a quienes Aliena relaciona con la citada cuestión de la violencia y el orden social. Y, por otro lado, aquí también nos encontraríamos con aquellas aportaciones de otros sociólogos en una línea más positivista y cercana a la sociología general, como es el caso de Durkheim.

No obstante, sobre todas las aportaciones que podríamos considerar que tienen la filiación del amplio espectro de la sociología en alguno de sus desarrollos, merece la pena señalar de forma diferenciada la presencia de tres autores, Castel, Blumer y Goffman. En primer lugar, hay que reconocer la marca de Castel. La influencia de este autor resulta decisiva, pues Aliena recibe de este sociólogo francés el primer hito sobre el que construir la investigación, lo que reconoce en varias páginas (pp. 37 y 58), incluso, de forma explícita, «Robert Castel (mi punto de partida)» (p. 63). Así, en un inicio, gracias a Castel se interesa por los recursos de la pobreza. Sin embargo, no es ésta la influencia fundamental de este autor sobre Aliena, pues, como más adelante reconoce, cambia la clave con la que se acercaba a la lectura de aquél y, superando el paradigma de los recursos, de la escasez de recursos como causa de la pobreza, lo sustituye por el que se vertebra a través de los bienes y los males, a través de la buena o mala vida. En este segundo paradigma se encuentra el Castel determinante en esta investigación, ya que de él proviene la idea sobre la que se trabajará, la idea de desafiliación como «expresión de un modo particular de disociación del lazo

social» (p. 58). Desde este concepto, Aliena, en un inicio, orientaba la investigación hacia el estudio de la integración-vinculación social de los pobres, pero, tal y como él mismo indica, los esfuerzos del investigador se han acabado dirigiendo al estudio de la integración local de una pobre, Adelaida Martínez, y al mismo tiempo, al trabajo en desvelar e interpretar el significado y las imágenes en los discursos de Adelaida Martínez (pp. 58-66).

Este nuevo objetivo, la «interpretación del relato» y la «comprensión de la vivencia» (p. 65), no olvida el concepto introducido por Castel, pues, como se puede ver en la lectura del relato, la historia de Adelaida Martínez es una historia de desafiliación, es decir, de desarraigo y de ausencia de ciudadanía, entendida ésta como sentimiento de pertenencia a la comunidad, a la *república*, y, por lo tanto, como vinculación con las ventajas y obligaciones de participación que en la vida cívica ello lleva consigo. Pero, enlazando con la influencia de Blumer, la presencia de la idea de desafiliación de Castel aparece en este nuevo objetivo como «concepto sensibilizador». En este sentido, la influencia de Blumer se concreta, básicamente y al margen de alguna cuestión metodológica, como la idea de inspección (pp. 80-81), en una aportación que en principio puede parecer que se reduce al plano epistemológico, pero que, en realidad, se proyecta sustancialmente en el desarrollo de todo el proceso investigador. Aliena defiende la importancia y la necesidad de los conceptos (pp. 233 y 179), y a ellos, siempre a través de la experiencia personal de su personaje, dedica algunas páginas de la publicación que se centran en cuestiones relativas a la noción de integración local (pp. 172 y ss.). Así, y de acuerdo con Blumer, existirían «conceptos definitivos» y «conceptos sensibilizadores». Los primeros harían referencia «a aquello que es común a una clase de objetos, con ayuda de una clara definición basada en atributos o límites fijos». Es decir, con esta denominación se aludiría a aquellos conceptos que representan un contenido específico, claramente definido, y de los que se puede presumir que nos van a economizar los esfuerzos en el acceso y conocimiento de la realidad, eso sí, a cambio de ofrecer una perspectiva un tanto rígida y unidimensional. Y, junto a ellos, pero en el polo opuesto, Blumer plantea que la ciencia social dispondría también de los «conceptos sensibilizadores», con lo que se refiere a aquello que «carece de dicha especificación de atributos o límites y, en consecuencia, no faculta a quien lo utiliza para recurrir directamente al caso y a su correspondiente contenido», proporcionando en lugar de ello al usuario, «un sentido general de referencia y orientación en el enfoque de casos empíricos»<sup>7</sup>. Aliena

<sup>7</sup> Sobre la diferencia entre los «conceptos sensibilizadores» y los «definitivos», véanse los artículos de Herbert Blumer que aparecen recopilados en BLUMER, H., *El interaccionismo simbólico: Perspectiva y método*, Hora, Barcelona, 1982, y, especialmente, el que lleva por título «¿Cuál es el error de la teoría social?», pp. 107-116, de donde he extraído las referencias que utilizo arriba en el texto. Además, no se puede

deja a un lado los «conceptos definitivos», los que proporcionan conocimientos, y opta por los indicios, la sugerencias..., y en este campo pienso que se mueven conceptos que utiliza, tales como desafiación, identidad o integración.

Desde esta opción epistemológica por los «conceptos sugerentes», Aliena realiza un giro en el planteamiento de su investigación y comenta cómo la entrevista con Adelaida Martínez marca un punto de inflexión en todo el trabajo (p. 64). Aunque en un terreno que podemos considerar todavía como epistemológico, Aliena decide que «sin quitar peso a la estructura, habría que incorporar, como mínimo, el lenguaje de los sentimientos y de las normas, que, dicho sea de paso, es el lenguaje del mejor pensamiento y de la mejor literatura universales». Se trata de una declaración de intenciones que va a marcar todo el devenir de la investigación, pues a partir de este momento el autor deja a un lado la idea inicial, la integración social de los pobres, así como algún material ya recopilado, lecturas y entrevistas, y se centra en las posibilidades que le ofrece el personaje de Adelaida Martínez<sup>8</sup>. El trabajo se focaliza en este personaje y en su integración local, y esto, en cierta medida, determina un alejamiento de Castel, pues el seguimiento estricto de éste, en mi opinión, parece que nos hubiera conducido hacia las causas que llevan al proceso actual de desafiación, lo que nos haría movernos, de acuerdo al sociólogo francés, en el plano de problemas como el desempleo, la precarización, la vulnerabilidad, la quiebra del sistema de protección social y/o el fin de la utopía de la sociedad salarial. Sin embargo, no es ésta la orientación que Aliena da al trabajo, sino que, sin abandonar totalmente el referente de Castel, hace que entre en juego la figura de Erving Goffman.

La importancia de este autor en el desarrollo seguido en la investigación queda de manifiesto, en primer lugar, en el reconocimiento que Aliena hace de él. En este sentido, por ejemplo, dice Aliena que hará «un uso de Goffman de los que podemos llamar *de trastero*» (p. 119), y lo explica al pie de página diciendo: «Usar a Goffman de esta manera es saber que está ahí, como gran proveedor, y que podemos hacer nuestras exploraciones en su territorio y concebir ideas a partir de él, como si acudiéramos a un buen trastero» (nota 107). En concreto, en el uso de este «trastero» nos vamos a encontrar un interés por lo micro. Una sensibilidad hacia cuestiones que en muchos análisis quedan enterradas por aludes de estructuras sociales y de complejas (y frías) teorías sociológicas que impiden acercarse a la realidad con «un rostro humano» y que en este libro dejamos, precisamente, en el «trastero». De esta forma, y

---

dejar de lado en este punto que, como el propio Aliena reconoce, nota 50 de la página 60, todo el libro de Blumer «ha sido muy utilizado en este trabajo.»

<sup>8</sup> En realidad, como dice el autor: «Aparentemente abandonaba mi proyecto inicial, pero no era así. Simplemente lo dilataba», p. 65.

usando una expresión prestada, Aliena se ocupa, a través siempre de la experiencia de Adelaida Martínez en su «Barrio Maravillas», de «las migajas de lo social»<sup>9</sup>. Goffman, a quien, por otro lado, se debe la creación y desarrollo de uno de los «conceptos sugerentes» más paradigmáticos, el de *estigma*<sup>10</sup>, estimula la investigación hacia lo micro, hacia lo insignificante. Más en concreto, ya en el epígrafe «La ontología y la imaginación moral de la pobreza» (p. 28), se puede apreciar el influjo de Goffman. No se trata de estudiar las relaciones, las estructuras sociales, o cuestiones a ellas ligadas, ni se trata, tampoco, aunque sabemos que de esto también hay algo, de aventurarnos en un estudio sobre la «cultura de la pobreza». Es más bien un intento por llegar a «la sustancia última del pobre» por medio de un personaje y de su experiencia concreta. Aliena, en una línea que como vamos viendo no es que no tenga unos perfiles claros, sino que cada vez se va haciendo más compleja, con perspectivas que ahora navegan entre las aguas de la sociología, de la psicología social, la sociosemiótica y la etología, se preocupa de «lo que Adelaida Martínez advierte, interpreta y enjuicia» (p. 29); de «recordar que la pobreza tiene sujeto» (p. 30); y de indagar en la «imaginación moral de la pobreza»<sup>11</sup>, es decir, en esas «ideas fuerzas» que se encuentran en la realidad de la pobreza y que sirven para acceder a ella no parcialmente sino en toda su existencia, lo que, a su vez, le lleva a preocuparse por la comprensión del pobre como un sujeto «partícipe de una interacción» y le empuja hacia el interés por su «realidad trivial», por los modales, por los casos individuales, por todo aquello que le posibilite una «sensación de proximidad» (pp. 31-36).

Pero, tras este avance, va a ser sobre todo en la sección III (pp. 87-146), donde podamos apreciar de forma más explícita y notoria la presencia de Goffman. Así, este interés hacia el microorganismo social traza las coordenadas en las que se mueve la investigación, y lleva a que en ella Aliena se preocupe de cuestiones como las imágenes y los miedos, los sentimientos, las sensaciones, los procesos de interacción, los signos y las claves de información de las perso-

<sup>9</sup> Como ya digo, se trata de una expresión prestada que tomo del encabezamiento con el que Manuel Delgado titula una reseña de la obra JOSEPH, I., *Erving Goffman y la microsociología*, trad. M.<sup>a</sup> Marta García, Gedisa, Barcelona, 1999. Vid. *El País-Babelia*, 408, de 11 de septiembre de 1999, p. 15.

<sup>10</sup> Cfr. GOFFMAN, E., *Estigma*, trad. L. Guinsberg, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

<sup>11</sup> La expresión la recoge Aliena de TRILLING, L., *La imaginación liberal*, Edhasa, Barcelona, 1971. Es, como el mismo Aliena indica, «un asunto difícil de tratar», y para ello nos puede ser útil tanto la referencia anterior como algunos trabajos de Gertrude Himmelfarb. En este sentido, véanse HIMMELFARB, G., *Matrimonio y moral en la época victoriana*, trad. E. Rodríguez, Debate, Madrid, 1991, pp. 10 y 11, donde se expone esta noción que se utilizará en los diversos ensayos que componen la publicación; y también, *íd.*, *The Idea of Poverty. England in the Early Industrial Age*, A. A. Knopft, New York, 1984.

nas; y atiende a cómo todo esto contribuye a determinar las «experiencias fundadoras» y a construir la identidad, las relaciones interpersonales, las cuestiones de comportamiento..., la vida cotidiana de Adelaida Martínez en el «Barrio Maravillas», pero también la creencia de que la misma es de una determinada forma. Así, es en estas páginas, capítulos 5, 6, 7, 8 y 9, donde podemos encontrar mayor presencia de Goffman, donde éste proporciona a Aliena de forma explícita un mayor número de palabras, expresiones e imágenes, como es el caso, por ejemplo, de «las reglas de deferencia y de proceder».

Sin embargo, en mi opinión, la mirada de Goffman se sigue proyectando en los restantes capítulos con sus microlentes, las cuales, como hemos apuntado más arriba, proporcionan un poco de etología, un poco de psicología social, un poco de sociosemiótica y un poco de sociología comprensiva. Es el caso, en primer lugar, de la sección IV (pp. 149-168), que tras una breve presentación en la que aprovecha para hacer un pequeño balance de lo expuesto hasta el momento, recoge los capítulos 10 y 11 dedicados a facilitar la comprensión –y, como en algún momento dice Aliena, en el sentido más pleno de la palabra comprender, la creencia– del personaje, y a determinar, por un lado, qué es y en torno a qué valores se estructura para Adelaida Martínez la idea de una buena vida; y, por otro lado, y sin abandonar este plano axiológico de los juicios y los valores, a definir de forma cada vez más clara los perfiles de Adelaida como un personaje «de otro tiempo» que se encuentra enfrentado a la modernidad y a todo lo que ésta significa. En segundo lugar, la mirada de Goffman también la podemos ver proyectada en los capítulos restantes, 12 a 16, páginas en las que Aliena, tras el paréntesis de los capítulos 10 y 11, se ocupa de volver a lo que ha presentado como el tema central de su investigación, la integración local de Adelaida Martínez. En este caso pretende llegar a lo particular a través de la utilización de una base conceptual conformada por «conceptos sensibilizadores», los cuales, como ya hemos indicado, no proporcionan respuestas unidimensionales, sino que más bien, y como dice Aliena en referencia a su trabajo conceptual materializado en las seis dimensiones de la integración social, éstas se presentan como «recursos para hablar con orden, con una mínima claridad y con una distinción básica» (p. 179). Finalmente, y en tercer lugar, también podemos apreciar la mirada de Goffman en las páginas destinadas a las conclusiones que Aliena presenta, a modo de reflexiones, de una forma abierta, con unos trazos casi impresionistas. En ellas realiza algunas propuestas tanto a nivel de conocimiento como, más que de método en sí, de talante, dominando en todas la impronta a la que nos estamos refiriendo. Es decir, el gusto por lo micro, por las «migajas de lo social», por dar voz a los propios agentes investigados y, en consecuencia, no haciendo de ellos un mero eslabón que ayude a comprender una teoría socio-histórica, sino sujetos con nombre, apellidos y protagonis-

mo. Todo lo cual se concreta en el ya dicho interés por las emociones, por lo trivial, por las imágenes, por la identidad, por las instituciones que vertebran la vida de las personas, por la buena vida de los pobres, y por su idea de la misma, por sus juicios y valores, por las cuestiones relativas a la integración local o por aquellas que tienen que ver con el comportamiento.

Por otro lado, y al margen del contenido del trabajo, la sombra, o la luz, de Goffman también va a determinar la metodología utilizada en la investigación. Así, no resulta fruto del capricho la opción por una metodología que puede dar una cierta sensación de *deconstrucción* y que, como a continuación veremos, Aliena denomina «realismo metodológico». En un principio, la condición de sociólogo de Aliena podría inclinarnos a pensar que estamos ante una (de tantas) investigación que, desde una sociología cuantitativa, asoma la cabeza en un tema de la realidad social, en este caso la pobreza, y se dedica a contar. Así, al igual que hacen otros en muy diversos campos y con mucha solvencia, autoridad y mérito, sin duda, Aliena se podía haber dedicado a contar. A contar lo que sea. Es decir, a lo que él mismo considera como el «espinoso asunto de la medición» (p. 185). En este caso, por ejemplo, el autor de la investigación se podría haber dedicado a medir el grado de integración asociativa de Adelaida Martínez a través de la medición de la duración, de la multiplicidad o de la cantidad de apoyo social como propiedades de las relaciones vecinales. Esta actividad de medición, lógicamente, produciría una cierta economía en la tarea de lectura de la investigación, incluso, podría llegar a reflejarse en signos, símbolos y cifras, lo que para algún lector ávido de investigaciones «neutras» derivaría hacia una especie de «orgasmo intelectual» por la consecución de la tan añorada «objetividad». No obstante, Aliena, asumiendo riesgos, no opta en esta investigación por un análisis al uso, es decir, no se trata de una aportación cuantitativa, no tiene como finalidad determinar una cantidad. Pero, por otro lado, tampoco podemos decir que se incline por una opción cualitativa en el sentido de estudiar un caso con la finalidad de ir descubriendo y aislando los elementos que componen el caso «Adelaida Martínez». Así, no se dedica, por ejemplo, a recortar el discurso de su personaje con las tijeras de las exigencias metodológicas más dogmáticas a través de categorías e hipótesis clasificatorias, ni establece índices, escalas u otros instrumentos de medición que nos reenviarían de nuevo al plano cuantitativo, como ocurre en ocasiones en las investigaciones que se llevan a cabo en el cercano ámbito de la sociología del derecho.

Frente a estos posicionamientos que podrían resultarnos a la vez más comunes y más cómodos, en este trabajo, Aliena, como hemos indicado, opta por una orientación que él denomina «puro realismo metodológico». Para ello parte, por un lado, de la reflexión siguiente: «La lección que extraigo es que los manuales de metodología no sólo pecan de falta de realismo al dibujar un mundo que no existe, sino que

con frecuencia abruma al lector con exigencias de una consistencia y un orden tan difíciles de cumplir y tan ajenos al funcionamiento de la mente humana (...) que acaban en el bloqueo o la parálisis de muchos» (pp. 67-68). Y, por otro lado, junto, o más bien, en el negativo de este tono escéptico frente a lo que podríamos denominar los rigores de lo académico, Aliena considera necesario buscar un instrumento que le permita acceder, con los menores ruidos posibles, al discurso de Adelaida Martínez y con él a sus imágenes, mentiras, ambigüedades, sentimientos, pasiones, creencias,... La presión de estas dos fuerzas conduce a Aliena, quien afirma que «la metodología en ocasiones pesa mucho» (p. 79), a buscar su propia salida en una vía que probablemente no sea científica en sentido estricto, pero que, como el mismo autor dice, se guarda de «cumplir» con la metodología, lo que significa «haber planificado con antelación, orden y lógica los diferentes pasos de la investigación»; «haber recogido y registrado la información» de acuerdo con los denominados «procedimientos homologados»; y, finalmente, «analizar estos materiales con rigor y con sistema, siguiendo procedimientos analíticos, lineales, seriales y explícitos» (p. 67).

No obstante, el hecho de que cumpla con estas exigencias no le impide superar los efectos anquilosadores de los rigores metodológicos y, afirmándose como «alguien que, como Segismundo, quiere librarse de sus cadenas», se inclina por trabajar desde una «metodología pobre y humanista». Como dice más adelante en una especie de declaración de principios, y con la honestidad que transversalmente atraviesa toda la investigación: «Más vale, por prudencia y por justicia, decir que mis métodos no tienen apellidos ilustres. Más vale apostar porque mi metodología es pobre, porque, aunque pobre, es metodología» (p. 80). De este modo, a través de una serie de pares sobre la idea y la acción de analizar e interpretar, glosador o reductor de ambigüedades, revelador o enmarcador, decodificador o crítico literario, reflatador de significados o rastreador, intérprete o narrador, intérprete creyente o descreído (pp. 71-79), perfila y define su «pobre y humanista» propuesta metodológica, a la vez que da contenido a una afirmación que había realizado en unas páginas anteriores, «creo haber sido riguroso intelectualmente pero, si me pongo a razonar sobre métodos y técnicas de análisis, me siento desconcertado y no puedo evitar la impresión de haber hecho arte» (pp. 68-69).

Concretando un poco más el tema metodológico, en sintonía con estos planteamientos se comprende que Aliena adopte como fuente básica de información el discurso de Adelaida Martínez que surge en el marco de la conversación entre ambos y para lo que habla con ella, «de manera sistemática, durante dos horas en diez ocasiones» (pp. 65 y 68). Aliena, con el uso de este método discursivo –donde, por otro lado, va intercalando, de forma que en ocasiones puede parecer un tanto obsesiva, una serie de preguntas que hacen que su



trabajo aparezca envuelto en una dinámica de replanteamiento constante—, se compromete a mantener vivo el mensaje y, más aún, la propia identidad de Adelaida Martínez. El autor se maneja en este tema durante todo el texto con sumo cuidado, más bien, con una especial sensibilidad, siendo consciente en todo momento de lo complicado de la cuestión y de las tensiones que entran en juego. Sin embargo, y fruto de esos riesgos un tanto *deconstructivistas* a los que me he referido más arriba, Aliena, en el tratamiento de la información recogida, marca distancias con los planteamientos analíticos, e impulsado por el aburrimiento, o por lo menos eso dice (p. 65), se lanza al «comentario libre», a como dirían Taylor y Bogdan en relación a la investigación cualitativa, y como acabamos de ver él mismo también dice en algún momento, a hacer *arte*<sup>12</sup>. De esta forma, y como matiza en el apartado dedicado a describir la génesis y evolución del trabajo, II.3, «el discurso de Adelaida Martínez (como muchos otros), era, si nos limitábamos a transcribirlo, insignificante y carente de interés» (p. 65). Ciertamente, Aliena guarda cuidado en no ahogar la voz del personaje, y de allí sus declaradas intenciones en el sentido de que «la voz de Adelaida Martínez pudiera oírse» (p. 65); o, por ejemplo, afirmando que su «trabajo se centra en lo que Adelaida Martínez advierte, interpreta y enjuicia», y que, por consiguiente, «he mirado con frecuencia a través de los ojos de Adelaida Martínez» (p. 29). Pero todo ello no significa que deje vagar libremente o, mejor, que deje «huérfano» el discurso y las imágenes de Adelaida, sino que interviene en la conversación, pues de eso se trata realmente el trabajo, de una «conversación en un sentido lato» (p. 83).

Indudablemente, la voz de Adelaida Martínez es la que resuena como principal entre las páginas del libro. Incluso, Aliena considera que la comprensión del protagonista y de su realidad hace necesario respetar su apreciación de la misma, con sus sesgos, mentiras, autoengaños..., por lo que, en buena lógica, defiende que no pretende «desenmascarar a Adelaida Martínez, ni explicarla con parámetros ajenos, ni desmentirla, ni suplantarla» (p. 73). No obstante, esto no impide que, como vemos en la parte III del trabajo, junto a la «plataforma narrativa», la que se refiere al «mundo según Adelaida Martínez», encontremos otra más analítica, con una «perspectiva más despegada», la que, con el recurso al «yo analítico», nos habla del «entorno del Barrio Maravillas» y se encarga de «traducir en análisis» el discurso y el mundo de Adelaida. La utilización de esta «plataforma analítica», junto a la observación participativa y a la realización de otras entrevistas o, por lo menos, conversaciones y confrontación de opiniones con los que Aliena denomina «informa-

<sup>12</sup> «La investigación cualitativa es un *arte*»; TAYLOR, S. J., y BOGDAN, R., *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, trad. J. Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 1987, p. 23.

dores estratégicos», han servido al autor como elementos de contraposición del discurso de Adelaida, así como para corregir posibles excesos de subjetivismo en el análisis sin por ello entrar en el juego de «desautorizar» al personaje y a su discurso. Lo cual, por otro lado, hubiera significado un ruido que habría alterado toda la «imaginación moral» sobre la que se sustenta la investigación, la necesidad de acceder al conocimiento de una realidad que, aunque extraña, no nos es lejana. En este sentido, dice Aliena sobre el texto que éste «es en muchos de sus pasos una conversación, conmigo mismo y con el lector, una conversación concebida como principio retórico y, lo que sin duda es más importante, de conocimiento» (p. 21). Y es que la conversación no se entiende sino es en el marco de comprender la investigación como un ejercicio de «compromiso fuerte» que, además de llevar al autor a la utilización de la primera persona, algo cuya sola mención supondría en muchos sesudos y serios investigadores una reacción alérgica, facilita la posibilidad de acceder a una cierta «sensación de proximidad», de, sino creer, es decir, comprender de forma «plena», sí sentir un personaje que representa un anacronismo, un momento anterior, ajeno a la modernidad y a sus claves, extraño, por lo tanto, a las «ideas fuerzas» de la misma y, entre ellas, sobre todo, a la tolerancia entendida en sentido activo<sup>13</sup>.

Finalmente, este «compromiso fuerte» que marca distancias con actitudes y planteamientos que desde un criticable relativismo se disfrazan de neutros y objetivos, dificulta la posibilidad de afrontar la investigación desde un enfoque sistémico que nos permita comprenderla como algo conectado con un todo y no como algo aislado. Es decir, a Aliena se le puede achacar que descontextualiza el personaje de Adelaida Martínez; que no tiene en cuenta que Adelaida forma parte de un paisaje conformado por una serie de factores externos a ella y de diverso origen, cultural, económico, social,..., desconectando el problema de la vinculación social de los pobres con otros temas como la desigualdad o la justicia social; que focaliza en exceso su trabajo en un personaje y en las aportaciones y creencias de ese personaje sobre la realidad; que se mueve en un plano que ya no es que sea microsociológico, sino que parece preocuparse únicamente de niveles interiores de difícil contrastación, de planos en los que es excesivamente fácil deslizarse a la apreciación subjetiva. Y por último, relacionado, o como consecuencia de estos riesgos de descontextualización y de deslizamiento hacia lo subjetivo, también se le puede acusar a Aliena de haber construido un personaje en sentido estricto –lo cual, por otra parte, tampoco tengo muy claro si supone

---

<sup>13</sup> En este punto, y para la comprensión de la tolerancia activa como una «idea fuerza» de la modernidad, resulta interesante la lectura de GINER, S., «Verdad, tolerancia y virtud republicana», en Cruz, M. (comp.), *Tolerancia o barbarie*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 119-139.

alejarse de forma definitiva de la noción de personaje que Aliena toma de MacIntyre (pp. 167 y 168)—, así como de haber convertido la investigación científica en una narración en la que se irían proyectando diferentes imágenes y recursos literarios que podrían convertir a la protagonista y a su «Barrio Maravillas» en elementos desde los que juzgar a la modernidad, haciendo del trabajo y de su lectura una especie de elemento catártico, de lo que resultan reveladoras las palabras de Aliena cuando en relación a Adelaida Martínez dice: «Es un personaje inquisitivo, que nos pone en cuestión, que nos obliga a pensarnos a nosotros mismos, y no sé si también un personaje parcialmente redentor» (p. 168).

No obstante, y en descargo de Aliena, también hay que reconocer que en sintonía con la ya citada línea de honestidad que atraviesa todo el texto y que le lleva, entre otras cosas, a situar su investigación, a presentar la génesis y evolución del trabajo o a narrar el proceso intelectual que lo impulsa, en el capítulo dedicado a las conclusiones afirma: «En mi trabajo no me ha preocupado saber por qué Adelaida Martínez ha llegado a ser lo que es, y sí, y mucho, qué la mueve y qué le desagrada. No hay causas ni determinantes, no hay explicaciones. No he buscado los factores sociales, ambientales, de crianza o de contexto que expliquen su conducta, su personalidad o sus reacciones. (...) Decidí que prefería interpretar» (p. 230). Aliena, de este modo, no cierra puertas, sino que interpreta y abre unas posibilidades que junto a las presentaciones intelectuales y a las narraciones de la génesis y de la evolución del trabajo que acabamos de citar, así como a las constantes preguntas y cuestionamientos que vertebran la construcción del texto, nos permiten que veamos a éste no únicamente como el resultado de una investigación, sino también como un auténtico y útil manual que muestra formas de investigar y de acceder a las investigaciones en el campo de las ciencias sociales.

Para acabar, simplemente nos queda decir que el comentario realizado en estas páginas es sólo una de las posibles formas de afrontar la investigación que aquí se está tratando. Incluso, no sería extraño aventurar que cuando el responsable de la misma lea estas líneas no se reconozca en algunos de los aspectos que destacamos. Sin embargo, y sin querer eludir ningún tipo de responsabilidad, esto puede ser en gran parte fruto del talante que desde el principio hasta el final nos encontramos en la investigación y en la publicación a que ésta ha dado lugar. Aliena afronta el trabajo desde una perspectiva intencionadamente abierta, en sintonía con su planteamiento de que «todo producto es provisional» y de que, como a continuación afirma, «mi referente ideal no fue el de un texto armado contra las refutaciones, sino el de uno que permanece ahí tras ellas, incluso el de un texto que gana gracias a ellas» (p. 20). No obstante, esta especie de calidad dúctil que tiene el trabajo de Aliena no significa que nos encontremos ante una situación ambigua que se mueva en los

terrenos de la indefinición. Sino, más bien, que el autor nos invita a abrir nuestras reflexiones hacia terrenos y registros en los que cada investigador sea verdaderamente responsable de su trabajo, no dejándose arrastrar por los, aunque necesarios, fríos planteamientos teóricos y conceptuales y recuperando, por contra, la propiedad de la palabra<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> No querría acabar este trabajo sin aprovechar una vez más los guiños de informalidad a los que hacía alusión al principio. Así, y si se me permite la licencia, aunque sea en una nota a pie de página creo interesante recoger que la lectura del libro de Aliena me produce una cierta evocación de otras obras que, en otros registros y con las distancias debidas, no dejan de ser fuentes de información como lo es este trabajo. Me refiero, en concreto, a las imágenes e historias que aparecen en recientes películas como *Nunca hablarán de nosotras cuando hayamos muerto*, *Le gone du chaâba*, y, sobre todo, *Solas*. Por otro lado, el mismo Aliena, aunque quizás no vaya tan lejos, también se sale en ocasiones de los rigores de la ciencia en sentido estricto y realiza alusiones a clásicos de la literatura como Shakespeare, o a la obra de críticos literarios como Frye.

## En respuesta a un lector avisado. Sobre «*Adelaida Martínez y el honor de la pobreza*»

Por RAFAEL ALIENA MIRALLES

Universidad de Valencia

Me piden los editores del *Anuario de Filosofía del Derecho*<sup>1</sup> que redacte una respuesta a las reflexiones que hace el profesor Raúl Susín Betrán, de la Universidad de La Rioja, a raíz de la lectura de mi libro *Adelaida Martínez y el honor de la pobreza* (Fundación «La Caixa», 1999). Lo primero que debo decir es que he tenido el privilegio de encontrar un buen lector. No sólo ha entendido bien muchos de los contenidos de la obra, sino que ha sabido captar su tono, talante, estilo, forma e intención, incluso cuando el libro incurre en zonas peligrosas. Por ejemplo, ¿acaso no tiene razón Susín cuando se pregunta si no habré convertido la investigación científica en una narración en la que se van proyectando diferentes imágenes y recursos literarios que podrían convertir a la protagonista y a su «Barrio Maravillas» en elementos desde los que juzgar a la modernidad, haciendo del trabajo y su lectura una especie de elemento catártico? Como mínimo, su formadísimo criterio le ha permitido ver que *Adelaida Martínez* no es solamente, ni quizá principalmente, una obra sobre la pobreza.

---

<sup>1</sup> La iniciativa de este intercambio corresponde a la profesora M.<sup>a</sup> José Añón, de la Universidad de Valencia, con quien quedo en deuda. También con los profesores Javier de Lucas y Ernest Vidal, director y secretario del *Anuario*, quienes respaldaron el proyecto y facilitaron su realización final. Por otra parte, este artículo debe mucho al profesor Fernando Díez Rodríguez, historiador de las ideas, cuyo libro, en curso de publicación, *La formación de la idea moderna de trabajo. Trabajo, Utilidad y Virtud* (Editorial Península) es, sin lugar a dudas, una aportación historiográfica de primer orden. Este artículo se acabó de redactar en diciembre de 1999.

*Adelaida Martínez y el honor de la pobreza* es un libro muy personal, el hijo de un cruzador de fronteras que pudiera no haber sido bien visto, una apuesta arriesgada. Susín ha sabido verlo así y –algo que le agradezco enormemente– ha sido generoso en su juicio. Tenía ante sí una invitación a lucirse, los cuchillos afilados ante un diletante, no demasiado experto en todas esas disciplinas que su crítico le hace dominar, un ser académico altamente vulnerable a cierto tipo de crítica fácil. Pero Susín no mordió la manzana. Todavía existen universitarios. La conversación (pura y simple conversación, aunque simbólica, y no *procesos dialógicos* o similares) es posible. La extravagancia sigue teniendo su público.

Me permitirán que, antes de aludir a la crítica de Susín y dar algunas claves para la lectura del libro, les ofrezca mi pequeño resumen del mismo.

*Adelaida Martínez y el honor de la pobreza* es un estudio sobre una mujer pobre que vive en un barrio marginal. Su protagonista nos narra su vida y las relaciones con sus vecinos, que le merecen *opiniones contundentes* (de desaprobación por violentos y fraudulentos, así como por la «mala vida» que llevan). De su discurso brota una poderosa imagen, la del honor de la pobreza, que ha dado título al libro. A pesar de su ambigüedad, es la pobreza vivida con sentido, con apego a ciertos valores de trabajo y entrega a la familia, llena de esos relatos y mitos que ayudan en la lucha por la supervivencia. *No es* la pobreza como algo honorable, porque haga mejores a las personas o porque las obligue a vivir de acuerdo con ciertos valores solidarios y no materialistas, de los que supuestamente debiéramos aprender el resto de la sociedad. No es, pues, «el honor de ser pobre», sino «la pobreza vivida con honor», incluso entendiendo por «honor» el apego a un papel social (en su caso el de madre luchadora) como condición de una vida que tenga sentido y orientación.

El libro es también la conversación de un investigador con una mujer que le cambió unos planes que inicialmente iban por la senda de la ciencia social explicativa, casi cuantitativa, ajena a intereses y consideraciones filosóficas, morales o literarias. Me he esforzado por narrar este proceso, este episodio de mi *Bildung*, mi perplejidad y los mundos que se me abrieron, por muchas razones, y entre ellas, por lo útil que puede resultar a muchos otros investigadores<sup>2</sup>. También por aprecio de lo que algunos autores llaman la «razón biográfica».

Es un estudio, por demás, que no rehuye la polémica. No es ciencia social al modo habitual, ni tan siquiera en esa modalidad nueva y próspera de las *historias de vida* (género al que seguramente será adscrito). Hay quizá, para esta corriente, demasiada interpretación y valoración, y demasiadas pocas regularidades, explicaciones y seguridad.

---

<sup>2</sup> En este sentido, me agrada ver que Susín considera el libro «como un auténtico y útil manual que muestra formas de investigar y de acceder a las investigaciones en el campo de las ciencias sociales».

des. Es polémico también por todo ese asunto del «honor de la pobreza». Al situarme en este terreno, paso a conjugar (aunque sin ser demasiado explícito al respecto) una ética de las excelencias del carácter y de la actividad que, en el contexto de la acción y la filosofía sociales actuales, no puede sino ser *malinterpretada*. Esto, combinado con mi deseo de privilegiar la agencia frente a la estructura, y lo simbólico, lo microsociedad y lo insignificante, a veces gozoso, frente a la «realidad externa y dura» de la pobreza, provocará sin duda debate. (Ya se sabe que, quien enfatiza, sobreenfatiza.)

Consumada esta presentación, comenzaré mi respuesta aludiendo, primeramente, a dos asuntos que parecen interesar a Susín: el estilo y lo que podríamos denominar el género al que pertenece el trabajo. Más tarde entraré en los contenidos.

Susín habla de mi estilo informal, y –según interpreto– no me lo acaba de reprochar. En fin, soy un académico, y respeto las reglas todo lo que puedo. No pretendo ser lo que no soy (ni probablemente pueda ser). Pero, ¿por qué no esforzarnos por llegar al lector? El lenguaje artificial es detestable; las cosas humanas necesitan también expresiones humanas. Nos equivocamos si dejamos los lectores para los escritores. Por mi parte, estoy todavía en el proceso de buscar mi público, de crearlo incluso, si llega el caso. (Soy profesor de política social y llevo más de trece años formando a trabajadores sociales. ¿Puedo no escribir pensando en este espacio?)

No me reclamo, a pesar de la amable sugerencia de Susín, como intelectual (más bien me espanta la palabra), aunque sí creo que, cuando podamos, debemos hablar para nuestra ciudad. Más me gusta –al menos, de momento– la figura del crítico.

El crítico en el que pienso mantiene una estrecha relación con su audiencia, sus preguntas son en parte las suyas (o nacen de ellas), comparte con ella una parte de sus valores, su sensibilidad, sus inquietudes (y si los impugna, lo hace amablemente, con respeto, partiendo de ellos). Abre sus ojos a ciertas obras e ideas, a ciertos autores y lenguajes. Ordena sus debates, brinda claves, devuelve lo que le fue dado, quizá con una perspectiva radicalmente nueva, quizá con más profundidad, con mejor escritura. Les habla de la condición humana, de política, de moral, de cultura, de sociedad, del poder, de la vida cotidiana, de valores, de justicia, de opresión, de las pasiones, de la enfermedad y la muerte, de la corrupción y la virtud, el egoísmo y el bien común, la decencia y la compasión.

El crítico en el que pienso no está conectado ni con Dios ni con la razón, pero tampoco con la realidad empírica. No es alguien que se ha retirado a las afueras para llegar a saber y que una vez ha descubierto su verdad, vuelve para contarla, para imponerla incluso, con toda la fuerza de aquella conexión última. No debe serlo, y menos si existe el riesgo de que falle en su cometido (y un fallo es no ser leído) ¿Qué pasará si no le escuchan?, ¿si se muestran ajenos a esta nueva verdad revelada?

Nuestro crítico no debe ser un extraño, porque si lo fuera, ¿por qué han de dejar sus lectores que se interfiera en sus asuntos? ¿Por qué han de escucharle? ¿Por qué han de leerle? La pasión por la verdad (el conocimiento de la realidad empírica) no es suficiente, a menos que venga acompañada de la pasión por contar la verdad a esos hombres y mujeres (antes que descubrirla para uno mismo o registrarla para la posteridad). Huye de la enajenación y el extrañamiento, así como de los tecnicismos innecesarios. No recurre al sesgo partisano, el vituperio, el dogmatismo, el tono jurídico, el aire de omnisciencia o irrevocabilidad. Tiene siempre las reglas a la vista. Las respeta. Sabe por qué existen y qué le brindan, pero también cuándo debe suspenderlas, adaptarlas, incluso violarlas...

\* \* \*

Dedicaré los siguientes párrafos a un asunto que a mi crítico parece haberle llamado también la atención, cual es el del género al que debe adscribirse la obra (entiéndase por tal una suma de ontología, epistemología y metodología). Susín es un lector muy inteligente. Reconoce en la obra una particularidad, y le da varias vueltas. ¿Cómo clasificar *Adelaida Martínez*? Le aliviaré: yo mismo tengo mis dudas. El problema (si acaso merece este nombre) radica en que está a caballo entre varios géneros. Me explicaré con la ayuda de esos juegos de pares que parecen haber llamado la atención de mi interlocutor.

*Ni científico, ni moralista o político.* La retórica del científico gira en torno a tres ideas. Su tarea es el conocimiento de las leyes que rigen la sociedad, o por lo menos, pues lo de *ley* suscita hoy poco acuerdo, el conocimiento de cómo es la sociedad, cómo funciona, cuáles son los procesos que la recorren, cuál es su estructura, su disposición, sus resistencias, su textura, en definitiva, su *realidad*. En este sentido, su aproximación es realista y positiva (es decir, no normativa): se trata de llegar a conocer *lo que hay* como tarea diferente u opuesta a la de proponer *lo que debe haber* o juzgar lo que hay por lo que debería haber.

El científico elabora, asimismo, un discurso que gira en torno a la neutralidad, la distancia, la separación *a lo Hume* entre los hechos y los valores, el no tomar partido, observar desde el mirador, elevarse por encima del fragor de la batalla, etcétera<sup>3</sup>.

Finalmente, el científico prescribe, sugiere y propone rutas de acción, políticas, medidas, cambios. La ciencia social tiene una voluntad de intervención, siempre la ha tenido, y más ante problemas que se han vuelto sociales, es decir, públicos. En asuntos como el de la

<sup>3</sup> Esta es, desde luego, una imagen parcial (deberíamos más bien hablar del científico positivista); sabemos, por demás, que esta doctrina está oficialmente superada (aunque perdura en la baja cocina y en la tropa) o, cuando menos, que ha quedado muy retocada después de las guerras antipositivistas.



pobreza, ¿quién no piensa en las implicaciones prácticas y políticas? ¿Quién no se siente interpelado a decir *qué hacer*, por modesto, impreciso o ambiguo que resulte? La literatura sobre pobreza, explícita e implícitamente, es un terreno para la política, la administración y la acción sociales<sup>4</sup>.

Frente al científico, y en una relación que no sé bien si es de conflicto, competencia o contradicción, se encuentra el *moralista* (que apela a un orbe ético superior y se opone a lo que se enfrenta con este orbe o permanece indiferente frente a él) y también el *político* (que apela a unos principios políticos y se enfrenta al opositor y también al indiferente). Su retórica es, en parte, el reverso de la anterior. Aun cuando admitan (si llega el caso) que su tarea es el conocimiento de la realidad, creen que pueden y deben ser normativos (antes, durante y después), que cuando nos acercamos a la realidad ya llevamos nuestros valores, que el realismo nubla nuestro entendimiento, enfría nuestros corazones y fuerza la pereza de la imaginación, que hay que oponer la utopía a la ideología de la ciencia, etcétera. Los moralistas y los políticos no quieren ser neutrales ni creen en la distancia. En estos asuntos, normalmente, apuestan por los pobres, los oprimidos, los explotados, los humillados, los ofendidos, las minorías y los olvidados, y denuestan a quienes no lo hacen. Ellos son los críticos y los otros los del sistema o la Academia, los profetas frente a los sacerdotes, los portadores del futuro frente a los defensores del pasado, y miden la oportunidad, la relevancia o la calidad de un trabajo principalmente por su distancia con respecto al punto omega de la crítica, la profecía o la novedad. (Claro que si las etiquetas las reparten los otros, ellos son propagandistas, predicadores, panfletistas o similar.)

Tengo mi propia postura sobre muchos de estos asuntos y aquí, como en general, me inclino por pensar que en la moderación está la virtud. Comparto el aprecio por la moderación de un autor como Daniel Bell y su gusto por la complejidad, la ironía, la ambigüedad y la paradoja, así como su propuesta de huida de las disyuntivas y de la imprecación, propiedades, todas ellas, que, en su opinión, promueven una actitud crítica que creo conveniente en estos asuntos, una lejanía y distancia que protegen contra todo compromiso, absorción o inmolación excesivos en un credo o una experiencia<sup>5</sup>. Me agrada la idea que nuestro objetivo es conocer lo que hay, pero me disgusta la persecución de todo juicio de valor (a poco que esté bien fundado). No creo en el neutralismo, pero tampoco en el compromiso firme e inequívoco

<sup>4</sup> Esto no marca una diferencia con respecto a los moralistas y políticos. Unos y otros prescriben, aunque, eso sí, con estilos diferentes. El científico establece con frecuencia una relación de tipo tecnológico; no en vano sigue siendo significativa la expresión de ingeniería social (por mucho que el optimismo de años anteriores haya perdido puntos). La del campo rival es una orientación fundamentalmente de principios.

<sup>5</sup> Tomo esta defensa de la moderación de la página 121 de su ensayo «La sensibilidad del decenio de 1960», incluido en *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Alianza, Madrid, 1982.

(tan falta de autodisciplina y ascesis mental). Sé que la ciencia presta servicios a la política, pero me fastidia el optimismo y la falta de modestia. Sospecho también que el debate entre ambos frentes clausura el debate, el diálogo o, mejor, la conversación abierta, plural, decente y serena que es o debe ser la política. ¿Qué conversación puede haber a la vista de leyes científicas y principios absolutos?

*Ni investigador, ni especulador.* Empleo el primer término para referirme a todos aquellos que hacen trabajos que tienen una base empírica amplia, bien sea original o de segunda mano, y tienen la pretensión de estar haciendo ciencia social (aún cuando no sea en una versión naturalista).

Uso *especuladores* para dos grupos de autores. Los primeros son aquellos que, sin pretender hacer ciencia o sin dar mayor importancia a esta cuestión, producen trabajos de reflexión sobre la realidad social que no tienen una base empírica, lo que no significa, por cierto, que no conozcan la realidad, sino que no recogen o muestran sus evidencias de acuerdo con las reglas o los protocolos comúnmente aceptados por la comunidad de los investigadores o, como *defecto* colindante (siempre desde la perspectiva del investigador), las presentan bajo los tintes fuertes de alguna idea más o menos filosófica o como relleno de algún aparato conceptual pre-elaborado. A estos podemos llamarles *ensayistas*, pues el ensayo es su género preferido. Los ensayistas, con más o menos autoconciencia, trabajan con «buenas» razones, «creencias» justificadas y conclusiones «plausibles», y, cuando son buenos, no tratan de convencernos de una opinión preconcebida, sino que se esfuerzan por hacer participar al lector (al tiempo que lo hacen ellos mismos) en una investigación mutua, en una conversación pública, en un discurso compartido.

La segunda categoría es la de *los osados y los brillantes*, que especulan más allá de lo adecuado y aplicable, sin el equilibrio que da la humildad ante la lógica y los hechos (equilibrio que sí tienen los ensayistas), y con productos que son a veces la reflexión de los supuestos temperamentales de sus personalidades excepcionales.

Todos conocemos el debate. Por mi parte, diré que soy un investigador que no rehuye la especulación. La empiria es importante, nos ata al terreno y nos da sentido de la realidad (o, como mínimo, *aparición* de realidad), al tiempo que reduce la probabilidad de que caigamos en un mar de abstracciones elevadas o abstrusas, sin pruebas ni ejemplos, sin historias ni color. En mi caso, Adelaida Martínez fue la prueba de fuego de mi orientación inicialmente anti-especulativa, y no la superé. Tuve que reinventarme, porque lo que yo sabía y lo que yo hacía *no me servía*. Esta es una segunda y poderosa razón en favor de la empiria. Pero la especulación (al menos la del ensayista) es también imprescindible, es más, ineludible. ¿Ya no nos sirve la «alienación» porque no podamos *verla*, porque sea acaso un concepto que no sepamos medir o reducir a sus dimensiones básicas, porque no podamos sino *hablar* de ella, porque en definitiva no nos quede otro méto-

do que el especulativo, la conjetura o la inferencia razonable? ¿Estamos obligados al silencio de la reflexión, a la invalidación de todo lo que no lleve prueba científica? ¿Hemos de preferir lo correcto a costa de lo importante? (y no pretendo que lo correcto no pueda ser importante). ¿Hemos de callar cuando queremos hablar?

*Ni teórico, ni intérprete.* Teóricos son quienes hacen teoría en la senda de la ciencia empírica, a la búsqueda de concebir esquemas analíticos del mundo empírico. Esto se lleva a cabo concibiendo el mundo en términos abstractos, es decir, basándose en clases de objetos y en las relaciones existentes entre ellas. Los esquemas teóricos son, esencialmente, proposiciones sobre la naturaleza de esas clases y de sus relaciones, siempre que dicha naturaleza sea problemática o desconocida, y se convierten en elementos orientativos de la investigación a efectos de determinar si tales consecuencias son ciertas o no.

Esta teoría puede tomar la forma de proposiciones o de discursos<sup>6</sup>, y buscar o no relaciones explicativas (de causa a efecto) y funcionales (por los propósitos, fines o necesidades a los que sirven). Cuanto más discursiva sea y más renuncie al análisis causal y funcional, más se acerca a la interpretación.

La interpretación es tan importante y legítima como la teoría, diferente y complementaria. Trabaja con los discursos humanos y desentraña, ordena o produce los significados del mundo social o de una parte importante del mismo. No aspira a enunciar proposiciones científicas, sino a subrayar y definir situaciones vitales, a fin de que la gente pueda tener una comprensión más clara de su sociedad en general o de su mundo en particular, de sus posibilidades de desarrollo y de las direcciones que puede adoptar: «En toda sociedad, y especialmente en una sociedad cambiante, es necesaria una clarificación significativa de los valores sociales básicos, de las instituciones y relaciones sociales y de los modos de vida. A pesar de los análisis efectuados por medio de la ciencia empírica, ésta no puede satisfacer tal necesidad. Su realización efectiva requiere cierta sensibilidad para

---

<sup>6</sup> Tal y como los define Jeffrey C. ALEXANDER en su ensayo «La centralidad de los clásicos», en Anthony Giddens y Jonathan Turner (eds.), *La teoría social hoy*, Alianza, Madrid, 1990. Leemos: «el discurso –y no la mera explicación– se convierte en una característica esencial de la ciencia social. Por discurso entiendo formas de debate que son más especulativas y están más consistentemente generalizadas que las discusiones científicas ordinarias. Estas últimas se centran, más disciplinadamente, en evidencias empíricas específicas, en la lógica inductiva y deductiva, en la explicación mediante leyes subsuntivas y en los métodos que permiten verificar o falsar estas leyes. El discurso, por el contrario, es argumentativo. Se centra en el proceso de razonamiento más que en los resultados de la experiencia inmediata, y se hace relevante cuando no existe una verdad manifiesta y evidente. El discurso trata de persuadir mediante argumentos y no mediante predicciones. La capacidad de persuasión del discurso se basa en cualidades tales como su coherencia lógica, amplitud de visión, perspicacia interpretativa, relevancia valorativa, fuerza retórica, belleza y consistencia argumentativa.» (pp. 35 y 36).

las nuevas situaciones y una apreciación de las nuevas líneas que pueden ir configurando la vida social»<sup>7</sup>.

Los intérpretes producen fundamentalmente relatos, descripciones densas y discursos sobre la vida social y moral. Para algunos de ellos, el papel de las ciencias sociales se aproxima al de la literatura<sup>8</sup>. En ocasiones, apuntan a fines que podríamos llamar *moralizantes* o educativos o cívicos o incluso filosóficos (Robert Bellah sería el mejor maestro de esta escuela: «uno no aprende acumulando proposiciones acerca de un mundo objetivo, sino a través de la participación en las prácticas sociales, asumiendo roles sociales, *familiarizándose con narraciones ejemplares y con personajes típicos* que ilustran una gran variedad de conductas»<sup>9</sup>).

¿En qué punto se sitúa *Adelaida Martínez*? De nuevo, en uno intermedio, entre la teoría discursiva (por lo menos en grado exploratorio y quizá de un modo impresionista) y la interpretación con fines cívicos.

\* \* \*

Entramos ahora en contenidos. Seguiré la ruta ya emprendida y comenzaré dando una serie de razones por las que *Adelaida Martínez* nos produce una cierta perplejidad. No es asunto que, en principio, aborde especialmente Susín, aunque sí va a dar un sentido especial a mi respuesta a la objeción que muy justamente me hace de que olvido el contexto más general en el que hay que situar a *Adelaida Martínez*.

¿Qué hay, pues, de *nuevo* o extraño en este personaje? (que, por cierto, a fuerza de darle vueltas, se va convirtiendo en un símbolo o metáfora).

Para empezar, *Adelaida Martínez* no nos hace sentir la atracción del abismo. No pertenece al género de los héroes románticos, aquellos emblemas de desorden, escándalo e irreverencia, esos personajes que deciden ser diferentes, de lenguaje venenoso, perversos, voluptuosos, criminales. Tampoco encaja en el molde del antihéroe, casi siempre un pobre diablo, un fracasado por propia elección, a veces un melancólico y suave personaje que nunca logró incorporarse al ritmo en que gira el mundo. En definitiva, *Adelaida Martínez* no da el tipo de los dos héroes más privilegiados por la modernidad. Más bien,

<sup>7</sup> Herbert BLUMER, «¿Cuál es el error de la teoría social?», en *El interaccionismo simbólico. Perspectiva y método*, Hora, Barcelona, 1982, p.108.

<sup>8</sup> De este modo, nos hacen recordar el papel que Lionel TRILLING atribuía a la literatura en su muy influyente libro *La imaginación liberal* (Edhasa, Barcelona, 1971): amplía el universo del discurso humano, da voz a nuestra cultura, al incorporar valores y conductas que nos reflejan, se eleva como agente de la imaginación moral, y, al hacerlo, nos incluye en la vida moral, nos invita a someternos a examen, nos sugiere que la realidad no es como nuestra educación (de un tipo u otro) nos ha hecho verla y nos enseña a extender la variedad humana y el valor de esta variedad.

<sup>9</sup> El énfasis es mío. Robert N. BELLAH y otros, *The Good Society*, p.158.

alguien podría verla como un representante de ese otro héroe «positivo», con pretensiones de moralidad, inhumano e intolerante con sus vecinos, con rasgos autoritarios y demagógicos, convencional y aburrido. ¿Por qué razón estos personajes se nos han vuelto tan obtusos y sospechosos?<sup>10</sup>

El caso Adelaida Martínez nos inquieta por una segunda razón. No nos persuade de que progresamos sin quererlo, inevitablemente, durmiendo. No nos desembaraza de la responsabilidad, ni vela para nosotros la humillación de las comparaciones, ni sofistica la historia, ni suprime el infierno por amistad hacia el género humano. Va contra una época infatuada de sí misma. De este modo, no podemos amarla ni engrandecerla<sup>11</sup>.

En tercer lugar, Adelaida Martínez nos molesta porque juzga, y porque lo hace con la referencia –digamos– absoluta y firme de ciertos principios morales estrictos o desfasados (la ética del trabajo, por ejemplo). En el libro hay, sin lugar a dudas, cierto aire de defensa de esas moralidades absolutas<sup>12</sup>, pero, sobre todo, una defensa del principio de la jerarquía de valores y una consecuente justificación de los juicios que hacen las personas, y ello porque entiendo que es algo comprobablemente constitutivo del yo. Mi principal apoyo, en aquella ocasión, fue Charles Taylor. Me alegró comprobar después que el radical Terry Eagleton cita también las mismas palabras de Taylor, a las que añade: «Valorar pertenece a una identidad social, y la vida social puede llegar a tropezar sin ello. Un sujeto que no discriminara no podría ser un sujeto humano en absoluto, que es probablemente la causa por la que ciertos sujetos posmodernos que opinan que valorar es “elitista” sólo pueden existir en los libros. Es también difícil saber de dónde extraen el juicio de valor de que el valor es irrelevante» (pág. 143) o «Todas las prácticas humanas, desde echar abajo la Bastilla hasta cepillarse los dientes, trabajan por exclusión, negación, supresión» (... a lo que sigue: «es por esto que uno debe tratar de evitar excluir las cosas equivocadas o suprimir a la gente equivocada»)<sup>13</sup>.

Adelaida Martínez, además, funciona con estereotipos (su mundo se divide en buenos y malos) e incurre en uno de los peores males que nuestras mentes sofisticadas, autocontroladas e ilustradas, de personas modernas, pueden concebir: el prejuicio. Imperdonable. Luchamos contra él en mil campos de batalla, pues alimenta los peores males de nuestras sociedades: el maltrato, la violencia, el racismo, la

<sup>10</sup> Tomo aquí palabras del artículo de Sergio PITOL «La moral del nuevo héroe literario» (*ABC Cultural*, 27-11-1999).

<sup>11</sup> Este párrafo es profundamente deudor del libro de Charles BAUDELAIRE *Edgar Allan Poe* (Visor, Madrid, 1988).

<sup>12</sup> El lector, como yo mismo, se preguntará si su fundamento es alguna forma de kantismo o de aristotelismo, y si no va cambiando en sus diferentes partes. Hay –lo admito– una cierta indeterminación.

<sup>13</sup> En *Las ilusiones del posmodernismo*, Paidós, Buenos Aires, Barcelona, México, 1997, pp.143 y 144, respectivamente.

xenofobia, la discriminación. En abstracto, podemos entender sus funciones cognitivas, incluso su papel en la preservación de los valores individuales, y hasta ciertos comentarios como el referido al sepulturero Cieslakiewicz, que quería que le dejaran relajarse en sus viejos prejuicios<sup>14</sup>. Pero nos deslizamos *con facilidad amada*, bien hacia el etiquetado de todo el negocio de Adelaida Martínez como ideológico (por falso y poco ajustado a la realidad), bien hacia la sospecha de una falla psicológica e identitaria grave, pues ya sabemos que cuanto más seguros se sienten los miembros de un grupo de su superioridad y orgullo, menos distorsionan la realidad y menos se encaminan hacia los extremos de la ilusión y la rigidez doctrinaria.

Adelaida Martínez, sin embargo, nos inquieta. Hay algo de ella que, aunque nos choque, aunque lo rechacemos, no nos abandona. Lo sé, lo intuyo. Es la lección que extraigo de mi propia experiencia y de la de un puñado de queridos lectores. ¿Por qué? ¿Por qué alguien tan extraño, tan ajeno a nuestras vidas, tan poco moderno, capta nuestra atención? ¿Tal vez por algo así como que «la gente tiene ganas de volver a lo tradicional» o, en un sentido diferente, porque «necesitamos de tradiciones» (sean éstas las que fueren)? ¿Porque hay un cansancio de modernidad? ¿Porque somos hoy más conscientes de cómo la globalización y el nuevo capitalismo amenazan con subvertir toda idea humana de estabilidad y permanencia?

No pretendo tener la solución, y todo lo que diga será necesariamente parcial. Lo cierto es que Adelaida Martínez no padece de desencanto, ni sabe de nihilismo, y tiene unpreciado y anticuado don por el que (con razón o sin ella) nosotros, seres modernos y cultos, que ejercemos la más completa soberanía que jamás nadie tuvo, sentimos nostalgia. Es el don del sentido, aunque éste vaya contra nuestra corriente. Un don que apreciamos especialmente en una situación en la que echamos cuentas y no nos acaban de salir: «La modernidad nos prometió que íbamos a encontrar la presencia fuerte, la filosofía, la

<sup>14</sup> Mr. Sammler, el personaje de la novela de Saul Bellow (1970), es toda una figura. Era judío y los nazis lo fusilaron en un bosque polaco. Sobrevivió haciéndose el muerto y escapó desnudo y muerto de frío. Ese día perdió a su mujer y un ojo. Se hizo guerrillero, envuelto en una manta de caballo helada y con los pies liados en andrajos. Luego los guerrilleros polacos se volvieron contra los combatientes judíos. La guerra terminaba, los rusos avanzaban y parecía haberse tomado la decisión de reconstruir una Polonia sin judíos. Hubo una matanza. Sammler sobrevivió de nuevo. Se escondió en un cementerio, en la tumba de una familia. El guarda del cementerio en tiempos de paz, le dejaba comida. Arriesgó la vida por él. No se eran simpáticos el uno al otro. Después de la guerra Sammler le había enviado dinero y paquetes. Hubo correspondencia con la familia. Luego, al cabo de unos años, las cartas empezaron a traer sentimientos antisemíticos. Nada demasiado maligno. Sólo un poco de lo de siempre. Y escribe Bellow: «Cieslakiewicz había cumplido su etapa de honor y caridad. Había arriesgado su vida para salvar a Sammler. El viejo polaco también era un héroe. Pero el heroísmo terminó. Era un ser humano corriente y quería ser de nuevo él mismo. Ya estaba bien. ¿No tenía derecho a ser él mismo? ¿Volver a relajarse en los antiguos prejuicios?» (*El planeta de Mr. Sammler*, Destino, Barcelona, 1990, p. 94.)

ciencia, la técnica, el progreso, la sociedad perfecta. Llegamos al final y nos dimos cuenta de que no hay tierra prometida, que no hay presencia ninguna, ni de Dios, ni de una sociedad perfecta, ni del paraíso en una tierra que emana de sentido. Lo que queda es el nihilismo, la desesperación, la angustia y la depresión»<sup>15</sup>... o, cuando menos, una fragmentación que, para quien conserve un hambre mínima de unidad, resulta tan enriquecedora como incómoda (como se ve, no soy especialmente optimista).

Sentido, pues. Y no sé tanto si el mérito de Adelaida Martínez es tener sentido (pues casi se presumiría que *todos* los demás no lo tenemos, cosa harto improbable), cuanto alguno de estos otros tres: recordarnos lo importante que es (obligarnos a pensar en él), proponernos un rastreo serio en nuestra naturaleza interior, o mostrarnos un buen ejemplo (simple y hasta rudimentario, pero, por ello, efectivo) de ese *núcleo del yo permanente* que ha quedado últimamente un tanto olvidado.

Esta postrera razón es especialmente interesante. No hubo que esperar al progreso de las doctrinas del posmodernismo para que alguien tan penetrante como Elias Canetti escribiera: «la teoría de que la vida de un ser humano se halla compuesta por un sinnúmero de detalles que nada tienen que ver unos con otros puede, sin duda, ser defendida, pero se ha extendido demasiado y sus consecuencias no han sido precisamente positivas. Le quita valor al hombre para resistir, toda vez que para ello es necesario sentir que uno permanece igual a sí mismo. Debe haber en el hombre algo de lo cual no se avergüence, algo que verifique y registre las vergüenzas necesarias»<sup>16</sup>.

Luego, esa teoría ha cogido fuerza y credenciales académicas. A este respecto, Adelaida Martínez puede ser vista en parte como un alegato, ahora paradójicamente tan tradicional como moderno, contra el sujeto posmoderno fragmentado y descentrado, y también contra todas esas doctrinas que, habiéndonos traído alguna emancipación, nos ha encajonado innecesariamente (y a una parte de la izquierda, de un modo dañinamente esterilizador) en un rechazo insensato de *toda* (igual las buenas que las malas) idea de jerarquía, esencia, teleología, metahistoria, humanismo y universalismo<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Son palabras de Mauricio Beuchot extraídas de una conversación filosófico-teológica con Javier Sicilia sobre el posmodernismo francés y el vacío de sentido al que nos conduce su pretensión de derrocar la vocación de universalidad de la tradición moderna (publicada con el título «Dios posmoderno», en *Letras Libres*, diciembre 1999, p. 48).

<sup>16</sup> En «Tolstoi, el último antepasado», publicado originariamente en 1971 e incluido en *La conciencia de las palabras*. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 273.

<sup>17</sup> De nuevo me remito a Terry EAGLETON en la obra ya citada, y a su particular defensa de estos principios como una necesidad de los radicales: «Al enfrentar a sus antagonistas políticos, la izquierda, ahora más que nunca, tiene necesidad de una

Con todo, inquietud e interés no equivalen a aceptación del trabajo, de su enfoque y su filosofía (pues, por abierto que sea, alguno debe de tener). Incluso pueden traducirse en una reacción de repudio mayor (que buscaría evitar o hacer olvidar toda experiencia previa de seducción, por pasajera o relativa que hubiera sido).

En este sentido, recuerdo una de las primeras reacciones, repetida en otros lectores: «su libro se mueve en una perspectiva liberal». No lo entendí. Era como si me hubieran acusado de gordo. ¿Y qué? Echaba en falta el razonamiento. Más adelante pensé en una de esas confusiones tan lamentablemente típicas, pues, si a algo podía sonar mi trabajo, era a «conservador» (y aquí debiera añadir «en el sentido cultural del término, a lo Bell, o en el filosófico, a lo Oakeshott»). Tardé en comprender que se me reprochaba que ofreciera una perspectiva demasiado centrada en el individuo, aserto que comprendía los siguientes: que diera la impresión de que la pobreza se explicaba por causas individuales; que apelara a valores liberales, tales como la responsabilidad individual (que no llegué a mencionar nunca), la auto-ayuda (que no salió de mi boca) o la ética del trabajo (que no es un valor exageradamente liberal); que abriera la puerta, bien para las soluciones individuales, bien para la renuncia, el desengaño o la más pura resignación; que cantara el sacrificio, el silencio y la certeza de una insatisfacción sin solución; que no respirara rebeldía, ni crítica, ni vehemencia en mi ausente denuncia; que fuera un escritor satisfecho, distante, ajeno a los procesos colectivos y solidarios de emancipación social, instalado en las nubes, piadoso e insolidario. Dicho en otros términos, que –y éstas ya son palabras de Susín– hubiera escrito un libro que «descontextualiza el personaje de Adelaida Martínez; que no tiene en cuenta que Adelaida Martínez forma parte de un paisaje conformado por una serie de factores externos a ella y de diverso origen, cultural, económico, social..., desconectando el problema de la vinculación social de los pobres con otros temas como la desigualdad o la justicia social; que focaliza en exceso su trabajo en un personaje y en las aportaciones y creencias de ese personaje sobre la realidad; que se mueve en un plano que ya no es que sea microsociológico, sino que parece preocuparse únicamente de niveles interiores de difícil

---

ética fuerte e incluso de fundamentos antropológicos; nada menos que esto puede proveernos de los recursos políticos que requerimos». Ciertamente es que Adelaida Martínez representa un tipo de respuesta tradicional que Eagleton probablemente no priorizara, pero también lo es que éste postula una narrativa utópica que combine lo mejor de los dos mundos, el tradicional y el moderno, o que hace suya la recomendación táctica de Walter Benjamin: «Recoge todo lo que puedas porque nunca sabes cuándo puede ser útil» (p. 184). Es también muy interesante su, por otro lado innecesariamente dura, declaración siguiente: «es probablemente inevitable que algo de lo que argumento pueda ser compartido por los conservadores que atacan al posmodernismo, por razones que considero repugnantes. Radicales y conservadores, después de todo, necesariamente tienen algún territorio en común (...). Los radicales, por ejemplo, son tradicionalistas, como los conservadores; simplemente que adhieren a tradiciones completamente diferentes» (p. 14).



contrastación, de planos en los que es excesivamente fácil deslizarse a la apreciación subjetiva».

No estoy en la plaza y no responderé a todos. Por suerte, además, Susín está bastante más leído y es bastante más prudente que alguno de mis más queridos críticos locales. Sin embargo, sí deseo que se oiga mi voz en un punto. Si señalo la falta de sentido como un agravante de la pobreza, no estoy dando una *explicación* de la misma, y mucho menos una que sea sediciosamente *individualista*, pues esa falta de sentido a la que yo aludo es también un fenómeno colectivo que trasciende en parte al individuo. Además, bien pudiera ser que uno de los responsables de ese déficit fuera el disolvente mercado, que acaba con todo e impone una lógica de «placer y pluralidad, de lo efímero y lo discontinuo, de cierta gran cadena de deseo descentrada de la que los individuos parecen meros efectos fugaces»<sup>18</sup>.

Hecha esta anotación, me limitaré a contar mi historia.

«En un principio fue el individuo, el rey, el soberano, la llave de todas las explicaciones. Se hablaba de responsabilidad individual, de mérito, de pugna con las dificultades, de independencia personal y de cosas por el estilo, incluso en el seno del movimiento obrero. Quienes así lo hacían, olvidaban, con frecuencia, la explotación, la opresión, el languidecimiento de tantas vidas de trabajo poco prometedor y de humillaciones cotidianas. Querían hacer auténticos caracteres de seres palidecidos. Su mundo era el mundo de los héroes virtuosos, pero el implacable capitalismo no consentía pinturas de la Grecia clásica o la Roma republicana. Vinieron otros que, por amor al género humano, aligeraron al individuo de aquella fatigosa carga. Estaban cansados del individuo y de aquellos enfoques prepotentes, fuertes, monolíticos e impositivos. Era el turno de la sociedad, el colectivo, la estructura, el sistema; los factores impersonales, la dura economía, lo objetivo, duro, irreductible. Estuvo bien, pero algunos de estos amantes de la humanidad tenían el mismo oído de hojalata para lo ajeno que los entronizadores anteriores del individuo, la misma ebriedad de certeza. Querían desbatar, rebajar, quitarle fuerza a aquel soberano autoritario, pero acabaron quitándole toda autoridad, y lo hicieron débil, relativizado, la víctima de un siglo rico en excusas. La reforma social cogió impulso, la humanidad progresó, el Estado creció: nos tragó la ballena<sup>19</sup> (... y no se está del todo mal en su interior, pues ofrece cobijo frente a las intemperancias e injusticias del océano). Pero esta situación no complació a todos (y olvidémonos de quienes simplemente deseaban matar al mamífero). Para algunos, el problema no era tanto el cetáceo, cuanto cierta dosis de simplismo de sus enseñanzas antropológicas, filosóficas y morales. Optaron por el individuo, pero casi

<sup>18</sup> De nuevo EAGLETON, p. 194.

<sup>19</sup> Tomo prestada la imagen del británico Frank FIELD, «Inside the Whale. Redrawing the Line between State and Government», en *The Political Quarterly*, 69:3 (1998), pp. 252-257.

por cansancio, casi obligados a escoger, por pura conciencia de que, eliminado el individuo, no se acababan los problemas (más bien, surgían otros igualmente importantes). No querían el fin de la sociedad, pero les dolía la muerte del individuo. Sencillamente, no les gustaban algunas de las ingeniosas invenciones que dispensan al hombre de la virtud. Fin de la historia».

*Adelaida Martínez* fue escrito por uno de estos últimos. Tras su publicación, la queja casi unánime ha sido ésta: ¡Se olvidó del sistema! Sí, es una acusación justa, la más justa de todas las críticas que el libro ha recibido. Soy un reo confeso. Lástima que a muchos de esos críticos —no a Susín, desde luego, por el que siento un gran respeto— no se les haya ocurrido nunca echar en falta un descuido parejo del individuo, ni aun en obras del más burdo —digamos— sociologismo o economicismo.

Pero tenía que ser así, porque no hay apuesta sin riesgo... y tocaba apostar; porque uno no puede estar en dos sitios a la vez; porque el énfasis necesita su espacio (y tiene su tiempo); por libertad intelectual; por rebeldía; porque algunos de los que hablan ese lenguaje tan estructuralista son aburridísimos; porque a pesar del predominio de este enfoque, determinados fenómenos no económicos de la pobreza nos siguen interpelando: hacen que nos planteemos preguntas (no sólo cuánto gasto social suplementario será necesario) y nos exigen que busquemos nuevas respuestas, por inseguras o inciertas que sean; y porque quería hacer un homenaje a esa madre-coraje que, como tantos de esos protagonistas de celuloide que menciona Susín en su última nota (más los de Robert Guédiguian y Bertrand Tavernier), actúan, saben qué hacer, buscan comportarse con nobleza, quieren ser protagonistas de sus propias vidas, nunca son víctimas (aunque lo sean) y sacan fuerzas de los depósitos de sentido a su alcance (sean la tradición, la cultura obrera o el amor por la vida, que, curiosamente, a veces es más fuerte entre los más desgraciados). Tenía que ser así.

¿Ha ganado, pues, Adelaida Martínez?

En absoluto. La acusación de Adelaida Martínez es revocable, lo que significa que puede ser rechazada o anulada en una etapa posterior del proceso. Presenta unos cargos (contra la sociedad y contra sus vecinos) que aluden a unas presuntas faltas que pueden ser negadas, matizadas o justificadas, con la presentación de pruebas y argumentos decisivos y verosímiles (que no faltarán). Pero lo que importa es que Adelaida Martínez tiene un caso *prima facie*: ha presentado pruebas a su favor lo suficientemente fuertes como para que se convoque a sus opositores a que comparezcan. Deberán éstos presentar justificaciones, matices y presuntos hechos de descargo. No ha ganado, simplemente ha conseguido imponer la idea de que tenía algo que decir que merecía ser tenido en consideración. Su posición es frágil y vulnerable, pues su demanda puede ser anulada. Confíemos tan sólo en que, mientras tanto, no haya despertado la furia de los dioses.

## **IV**

# **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**



**AGUIRRE, Mariano, y RAMONET, Ignacio: *Rebeldes, dioses y excluidos. Para comprender el fin del milenio*, Icaria, col. Más Madera, Barcelona, 1998.**

Ante el reto de realizar una interpretación de conjunto, con miras a clarificar, en cierta medida, la compleja realidad histórica actual en su pluralidad de factores actuantes, Mariano Aguirre e Ignacio Ramonet proponen la globalización planetaria de la economía como fenómeno humano básico para comprender el tiempo presente en su obra *Rebeldes, dioses y excluidos*. Se trata de desvelar, en los albores del tercer milenio de nuestra era, los entresijos de la segunda revolución capitalista. Acontecimiento que, sobrepasando el marco del Estado definido en su faceta de mercado nacional, incluso con su posterior apéndice colonial, encarna una dinámica superadora de las fronteras en aras de una mundialización económica.

Ambos autores, desde un confesado estilo que intenta combinar el rigor académico con la fluida síntesis periodística, van esbozando un clarividente esquema de los actores, posicionamientos e interacciones diversas que se representan en el tablero de la geopolítica contemporánea. Y siempre, de manera comprometida con la razón crítica, no temerosa de fraguar una «contrainformación», e incluso una «contraideología», alternativa al discurso neoliberal dominante.

Es la reintroducción de los postulados liberales a ultranza a principios de los años ochenta, lo que marca el inicio, en el otrora llamado bloque occidental, del camino hacia una expansión creciente de su teoría económica más radical, que, con la caída de la URSS, se consagró de forma cada vez más indiscutida como pensamiento único y sin rival en el campo ideológico.

Esta *ideología de la «no-ideología»* sirve de baluarte teórico a las fuerzas del capital y de la innovación tecnológica (empresas y conglomerados, grupos industriales y financieros privados ubicados en la tríada que forman Estados Unidos, Europa y el Sudeste asiático liderado por Japón), es decir, a los verdaderos impulsores del cambio histórico. Mientras, las fuerzas sociales (movimientos ciudadanos, partidos y organizaciones sindicales de distinta raíz de pensamiento) se resisten a esta evolución, en defensa de la esfera de lo público, de la participación cívica y de una serie de adquisiciones de épocas precedentes que vinieron a construir en los países occidentales y democráticos más avanzados el denominado Estado del bienestar, máxima expresión de un proyecto de igualdad fundado en el objetivo de la cohesión social. Fuera de este marco todavía quedan los

excluidos, las víctimas de la mundialización (habitantes del denominado Tercer Mundo, desempleados y marginados de las áreas urbanas del opulento Norte), así como aquéllos que lindan al margen mismo de la corriente de internacionalización de la economía, a saber, sectores primarios en vías de extinción.

El liberalismo no propone ningún proyecto de nivelación nacional ni planetaria, tan sólo la conquista de nuevos mercados para aumento de las riquezas individuales, o lo que es lo mismo, una mercantilización generalizada del mundo. Así es como esta consigna de conquista mercantil conduce a la destrucción de sectores industriales no competitivos, al saqueo indiscriminado del medio ambiente, a una criminalidad financiera imbricada en los medios de negocios y en los grandes bancos, y, por último, a un agravamiento inevitable de las desigualdades (paro masivo, subempleo, precariedad, exclusión), aún más notable por la falta de un Estado corrector de los desequilibrios del libre juego de la oferta y la demanda. En efecto, el parecer manifestado en el libro pudiera confirmarse con la reciente crisis padecida por el Sudeste asiático durante el bienio 1997-1998: sembró la desconfianza en el modelo de crecimiento económico continuo, mostró la facilidad con que las masivas y desbocadas fluctuaciones financieras pueden romper el equilibrio del comercio dentro del sistema de economía mundial y provocar graves crisis que, más allá de lo económico, afectan a la vida social y política. Y, además, evidenció, en el contexto de unos regímenes en su mayoría autoritarios y represores, el fracaso de un Estado cada vez más subordinado al poder difuso y autónomo de los actores económicos, el cual, al carecer de un aparato de protección social o privatizar amplios sectores anteriormente controlados por él, llega al punto de renunciar a ámbitos estratégicos y fundamentales para la garantía y efectividad de los derechos humanos, imposibilitando de tal modo su universalidad y accesibilidad.

A esto, en el terreno estricto de la política practicada en el Estado democrático de derecho, cabría añadir, en boca de Aguirre y Ramonet, la crisis de la representación política heredada de los siglos XVIII y XIX, en concomitancia con el descrédito del ejercicio de la política de partidos teñida de profesionalidad, cinismo hipócrita y corrupción. Lo que, sumado a una concepción reduccionista de la vida política como simple gestión sin horizonte ético, deja el campo abonado para la desvinculación y el abstencionismo en la participación ciudadana respecto a las instituciones oficiales y la gestación de nuevos modos de compromiso social tales como las ONGs. Entidades estas que, a pesar de no constituir un modelo alternativo al Estado, ostentan cualidades a fomentar en la acción política: proyección y trabajo internacionales, planteamiento de problemas en interconexión Norte-Sur y financiación más o menos diáfana.

Todas estas pinceladas conducen a retratar en la obra una aldea global sin rumbo. A afirmar que no existe actualmente ningún proyecto razonable a largo plazo, ningún proyecto final. Ya que, a pesar de la hipótesis del fin de la historia aventurada por Francis Fukuyama, el propio liberalismo sustenta un proyecto fallido en la medida en que no cubre las necesidades de toda la humanidad, es decir, no posee la virtud moral de la universalidad. Y, asimismo, destila en base a su intrínseca naturaleza individualista unos modelos sociales de éxito imbuidos de darwinismo. Ello conlleva la inoculación en medio de la sociedad de inquietantes sentimientos de irritación, incertidum-

bre, miedo al futuro y desamparo, lo que desemboca en las circunstancias presentes en un panorama cultural esbozado por los autores mediante tres notas : una regresión intelectual debida al ascenso del irracionalismo, así como a la vulgarización y uniformización de los contenidos culturales en pro de los intereses comerciales; un relativismo cultural que, bajo la coartada de defender la multiplicidad de culturas, atomiza los valores y, por ello, socava la idea de unos derechos humanos universalmente válidos, amenazando incluso a aquéllos ya reconocidos e instituidos; y, por último, una búsqueda de identidad nacida del desarraigo general que motiva una cierta crisis conceptual e intelectual.

Esta indagación en las raíces originarias de la persona da un nuevo valor a las ideas de tradición histórica y comunidad de pertenencia, no recaladas con suficiente atención en el libro, en el que, por el contrario, sí se destaca la dimensión meramente sociológica del protagonismo que cobra tanto la religión en su vertiente de futuro proyecto político-social contra la miseria (Teología de la Liberación católica, islamismo moderado) como las reivindicaciones culturales y étnicas con pretensiones cívicas de reconstrucción o dignificación de identidades nacionales, regionales o de comunidades de menor entidad. No dejando de olvidar los extremos en que este fenómeno incurre: proliferación de sectas y resurgimiento de cierta superchería oscurantista, nacionalismos excluyentes, puesta en cuestión del concepto clásico de ciudadanía mediante la creación de diversas categorías de ciudadanos poseedores de más o menos derechos,... Ni tampoco la aparición con fuerza de nuevos centros de identificación. Caso, por una parte, del llamado por Ignacio Ramonet «neohumanismo político», propio de iniciativas como el EZLN o el Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. O, por otra, de la utopía tecnológica representada de forma simbólica en la figura de Internet, la cual, en el fondo, no consiste más que en un positivismo darwinista aprovechado por el liberalismo para asentar una de sus máximas: modernización igual a adaptación.

He aquí que, en relación a la interpenetración entre la globalización capitalista y la revolución científica y tecnológica (comunicaciones, genética,...) asociada a sus consecuencias arriba expuestas, se descubre la clave de bóveda, detectada por los autores de la obra pero no desarrollada con la necesaria amplitud, que ilumina nuestro final de milenio: el chantaje de la modernidad o, mejor, la gran traición a la modernidad. El economicismo utilitarista moderno devorando, como si de un Saturno se tratase, los principios de justicia y de verdad impulsores de la Ilustración. ¿Qué puede hacer la izquierda cuando el progreso material no trae consigo el progreso moral, cuando la ética humanista es rota en mil pedazos a la hora de informar la construcción del futuro social? Además de estas preguntas, también sería positivo, en la hora presente en la que nos hallamos inmersos en una verdadera crisis de la civilización occidental (hecho anunciado por una extensa literatura a lo largo del siglo XX), el interrogarnos no sólo sobre los errores o desengaños sufridos por nuestra herencia cultural más reciente, sino por añadidura sobre sus carencias más elocuentes. ¿Es adecuada la feliz reintegración postmoderna de las dimensiones del corazón y la transcendencia como elemento inalienable del ser humano bajo el falaz disfraz del emotivismo sentimental, después de su deportación extramuros de la realidad? ¿Cabe una lectura de las nociones de tradiciones históricas y de comunidad humana compatible con la autonomía de la voluntad y, por tanto, con posi-

bilidad de rehuir un comunitarismo reaccionario? Parece ser, pues, que comprender estos tiempos de frenéticos cambios en que vivimos, nos impele a observar y reflexionar, amparados en una crítica sagaz, con miras a una acción aún no esbozada, pero requerida con urgencia por el devenir de los ciclos históricos. Nos impulsa a asumir el papel de rebeldes contra los dioses idolátricos a favor de los excluidos del paraíso, en definitiva, nos empuja a rehacer un nuevo humanismo.

Joan-Alfred MARTÍNEZ



**AJA, Eliseo (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.**

Tras la entrada en vigor, el 2 de febrero, de la ley 4/2000 *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>1</sup>, varios han sido los estudios que se han presentado en el intento de analizar los cambios decisivos que esta normativa aporta. Entre ellos conviene destacar el libro escrito por profesores de las Universidades de Barcelona y Autónoma de Barcelona, bajo la coordinación de Eliseo Aja, en el seno del Grupo de Estudios sobre los Derechos de los Inmigrantes, en la medida en que, siguiendo el esquema de la nueva Ley, expone sus principales novedades y valora las posibilidades que a partir de ella se abren. Se trata de un estudio detallado de la nueva normativa que intenta ofrecer, al mismo tiempo, las líneas directrices que deberían seguirse en el desarrollo reglamentario para intentar salvar alguno de los *defectos* de la nueva Ley.

El libro se divide en tres capítulos, realizados por diversos autores, entre los que presenta un especial interés el capítulo segundo dedicado al análisis exhaustivo de la normativa de extranjería.

La primera parte de este volumen nos acerca a las causas que han llevado a la aprobación de la nueva Ley recogiendo, de forma minuciosa, los problemas de la tramitación y su significado político-social. Como destaca Eliseo Aja, autor de este capítulo, el punto de partida para la regulación de la extranjería en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en la Constitución encargada de fijar reglas generales que, conjugadas con los Tratados internacionales ratificados por España, podían haberse aprovechado para desarrollar una normativa de extranjería menos represiva que la que proclamó *la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. La ley de 1985 recogió fielmente la doctrina mayoritaria del momento, respaldada por el Tribunal Constitucional, y reguló sólo los derechos que se limitaban para los extranjeros, respecto a los españoles, sin aludir a los que podían ser exigidos por la dignidad humana. Se trataba de una Ley encaminada al control del flujo migratorio y fundamentada en la distinción entre inmigrante legal e irregular. Para ello se configuraron causas de expulsión «con gran elasticidad» (p. 22), en virtud de las cuales prácticamente la totalidad de las infracciones podían concluir en la expulsión del extranjero. Aunque el Tribunal Constitucional, en sentencias como la 115/1987, se esforzó por pulir algunas de las principales limitaciones introducidas por esta Ley en materia de derechos fundamentales de los extranjeros, pronto se vio que los estrictos requisitos legales generaban una inmigración en situación precaria y en gran parte irregular. Tras el crecimiento de la presencia extranjera en España en condiciones jurídicamente deplorables, el Congreso de los Diputados realizó un debate sobre las dimensiones que la inmigración estaba alcanzando, el cual concluyó con la aprobación de una proposición no de ley que impulsó la regularización de 1991. A partir de este momento comenzó una política de contingentes anuales, cuyos pormenores recoge Aja, que supuso diversas regularizaciones encubiertas.

A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia constitucional, potenciando los derechos de los inmigrantes, y de la fuerte presión social en favor de una

---

<sup>1</sup> «Boletín Oficial del Estado» de 12 de enero de 2000, corrección de errores «Boletín Oficial del Estado» de 24 de enero de 2000.

reforma de la Ley, tan sólo se consiguió, en 1996, la modificación del reglamento de desarrollo que, aunque presentaba algunas ventajas respecto a la regulación legal, dejaba importantes problemas sin resolver al estar sometido a los parámetros de ésta. El mantenimiento de una política de visados utilizada como principal instrumento para la restricción de entradas, el fuerte control policial sobre la población inmigrante (coaccionada por su inseguridad jurídica) y, en general, la ausencia de verdaderas políticas públicas de inmigración, elevaron hasta tal punto las voces sociales que reclamaban una reforma legislativa que, en marzo de 1998, se presentó en el Congreso de los Diputados la primera proposición de ley, a la que siguieron otras dos, cuya toma en consideración concluyó con la creación de una Ponencia para intentar llegar a un texto consensuado.

Aja valora positivamente el esfuerzo de la Comisión Constitucional del Congreso por mantener y ampliar el consenso logrado por la Ponencia<sup>2</sup>, lo cual no resulta fácil en materias como la inmigración cargadas de ideología en las que es necesario conseguir acuerdos en los que, aunque ningún Grupo Parlamentario esté plenamente satisfecho, al menos todas las fuerzas políticas se sientan representadas, tal como asegura el mencionado autor que ocurrió con la Ley 4/2000 (p. 42). Precisamente cuando parecía que el consenso político se había alcanzado y las fuerzas sociales, en mayor o menor medida, comenzaban a manifestar su apoyo a la nueva Ley, surgieron las primeras declaraciones de algunos de los Ministros del Gobierno que permitían vislumbrar lo que más tarde acabaría sucediendo en el Senado, donde el Partido Popular presentó 112 enmiendas al texto consensuado de la Ley las cuales, teniendo en cuenta que la Ley debía tramitarse por el procedimiento de urgencia (veinte días), no pudieron ser estudiadas con detenimiento por los Senadores. Lo fundamental en todo este proceso, en palabras del propio Aja, es que « el consenso político se había roto pero el consenso social de los grupos activos de inmigrantes sobre la nueva Ley se mantenía» ( p. 45). Esta ruptura significó la pérdida de una ocasión ideal para desarrollar un debate razonable sobre la inmigración. De todos modos, el intento de modificación del Gobierno no dio sus frutos, ya que, al volver el texto al Congreso, tras los cambios propuestos en el Senado, se rechazaron las enmiendas presentadas permitiendo así que el inicial texto consensuado acabara convirtiéndose en la nueva Ley<sup>3</sup>.

Todos los avatares parlamentarios de los que Aja da buena cuenta, revisiten un carácter especialmente significativo si se piensa que sobre la nueva Ley se ha llegado a afirmar que se trata de una norma que fue discutida y aprobada de modo precipitado, a pesar de que los trámites que la precedieron

---

<sup>2</sup> Vid. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 25 de noviembre de 1999, pp. 14.963 a 14.497.

<sup>3</sup> Un seguimiento de la prensa de los últimos meses de 1999, mientras se discutía la nueva Ley, evidencia hasta qué punto fue criticado el cambio de posición del Partido Popular y como todos sus intentos de modificación fracasaron siendo duramente criticados. Vid., por ejemplo, GONZÁLEZ, M., y GARRIGA, J., « El Gobierno negocia con CIU y CC para dar la vuelta a la Ley de Extranjería en el Senado», *El País*, 25 de noviembre de 1999 y GARRIGA, J., «CIU da marcha atrás y acuerda con el PP modificar la Ley de Extranjería», 27 de noviembre de 1999. Al mismo tiempo que se discutía la Ley también se gestaba una opinión pública de lo más dispar sobre la inmigración: desde la postura defendida por las ONGs y parte de la opinión pública que se alineaban en la defensa de los derechos de los inmigrantes, hasta las posiciones más radicales que proponían, ante la tan temida invasión, una especie de *selección de los inmigrantes* como la que exponía Herrero de Miñón en su artículo «¡Que vienen!» en *El País* de 9 de octubre de 1999.

duraron ¡más de un año! en el transcurso del cual, además de los debates en la Ponencia y la Comisión, se consultaron a los agentes sociales que trabajan directamente con los inmigrantes, realizando un esfuerzo por conseguir un texto de consenso.

Una vez situados en el significativo marco que dio lugar a la nueva normativa, el segundo capítulo del libro, siguiendo estrictamente el esquema de la Ley, se ocupa de las novedades introducidas por la misma que resumiremos en seis puntos agrupando las ideas principales que exponen los distintos autores:

1. Por lo que se refiere a los derechos y libertades de los inmigrantes en España, considera Aja (como se desprende de todo este estudio, en especial del capítulo tercero que analizaremos más adelante) y en concreto Laura Díez, encargada de elaborar la parte del libro relativa a esta materia, que la nueva Ley introduce como importante novedad «el amplio reconocimiento de derechos a los regulares, así como el explícito catálogo de los derechos de los extranjeros que residen en España de forma irregular». Para los mencionados autores desde la regulación de derechos como el de reunión, asociación, sindicación o huelga hasta la libertad de circulación o el derecho a mantener la documentación, pasando por el acceso a la educación o la sanidad, experimentan una importante mejora a favor de los extranjeros en la medida en que la nueva Ley debe interpretarse desde «dos cláusulas de carácter general que también son una novedad absoluta en nuestra normativa de extranjería: el principio de igualdad del art. 3 y la cláusula antidiscriminatoria del art. 21» (p. 58).

Aja y Díez ponen de relieve la introducción de una figura clave: el empadronamiento, que adquiere un significado especial ya que comporta consecuencias jurídicas concretas al permitir el acceso a determinados derechos a los extranjeros que se encuentren en situación irregular. Los mencionados autores, aunque valoran positivamente la posibilidad de que los inmigrantes (que no puedan participar en las elecciones locales) tengan la opción de elegir democráticamente a sus representantes para que tomen parte en los debates y decisiones municipales, van más allá y abogan por la ampliación de los derechos políticos a los extranjeros, en concreto el derecho de sufragio, alegando que para ello existen al menos tres motivos (p 66): la participación política del inmigrante es necesaria para impulsar sus derechos civiles y sociales, la titularidad de los derechos políticos permitirá a los extranjeros convertirse en miembros plenos de la sociedad en la que se encuentran y además ya existe un importante precedente en cuanto al reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, en el caso de los comunitarios<sup>4</sup>.

2. En cuanto a la regulación de la entrada en España y la obtención de los permisos de residencia y trabajo, David Moya, Miguel Ángel Cabellos y Marco Aparicio realizan un análisis pormenorizado de los

<sup>4</sup> Conviene recordar en este punto la modificación del artículo 13.2 de nuestra Constitución que reconoció el derecho de sufragio activo y pasivo (esta puntualización fue la que introdujo la reforma) a los extranjeros que se encontraban en España atendiendo al principio de reciprocidad. Vid. «Boletín Oficial del Estado» de 28 de agosto de 1992. Aja y Díez afirman que «resulta incoherente con el principio democrático que personas sujetas al mismo ordenamiento jurídico carezcan del derecho a participar en su producción», p. 66.

aspectos novedosos de la Ley 4/2000 que pueden resumirse en tres ideas fundamentales:

a) Según Moya, el nuevo régimen de entrada mantiene la estructura esencial del sistema anterior aunque limita la concesión discrecional del visado de entrada, ofrece mayores garantías en los procedimientos administrativos relativos a la misma y mejora las medidas de alejamiento de los extranjeros.

b) A través de la residencia temporal y definitiva se articulan las formas de permanencia de los extranjeros en España. Cabellos recoge y valora, en general positivamente, cada uno de los requisitos legales que deben cumplirse para acceder a las distintas situaciones, destacando la vigencia de algunos preceptos del reglamento de desarrollo de 1996 que permiten completar, mientras no exista un nuevo reglamento, aspectos indeterminados de la nueva Ley. Para este autor existen dos modificaciones especialmente significativas: por una parte, la concesión tácita, por silencio administrativo, de las solicitudes de prórroga del permiso de residencia y la renovación del permiso de trabajo, y por otra, la articulación de una vía de regularización que «debe comprenderse además desde la desaparición de la estancia irregular como causa de expulsión si la entrada se hizo legalmente» (p. 101).

c) Dentro del esquema básico de la nueva Ley continua, en la mayoría de los casos, el nexo entre residencia y trabajo manteniendo así el esqueleto de la Ley 7/1985 tras las modificaciones introducidas por el reglamento de 1996. Aparicio destaca el régimen especial de los trabajadores de temporada en el cual la Ley realiza una remisión en blanco al reglamento puesto que sólo señala la obligación del Gobierno de regular este permiso. Se ha optado por una alternativa semejante a la italiana estableciendo una solución que tiene como elemento central la futura recontractación del inmigrante que realiza un trabajo de temporada<sup>5</sup>. La conclusión de Aparicio, tras el comentario detallado del régimen de permisos de trabajo, es que el Gobierno sigue teniendo la última palabra en el desarrollo reglamentario dado el grado de libertad con que se regula esta materia en la Ley.

3. En lo relativo a la reagrupación familiar, Cabellos mantiene que con la Ley 4/2000 «se da a este derecho la posición que debe tener, vinculándolo además claramente al derecho a la intimidad ( art. 18 CE)» (p. 138). Destaca además la autonomía del permiso de los reagrupados de manera que la ruptu-

---

<sup>5</sup> En mi opinión, la diferencia principal con la ley italiana, en este punto, es que ésta ha regulado pormenorizadamente el régimen de los trabajadores extranjeros temporales dotándoles así de un estatuto jurídico del que adolece nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que debería solucionarse en el reglamento de desarrollo. En el caso italiano, la Legge de 6 de marzo de 1998, núm. 40 «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (publicata nella *Gazzetta Ufficiale* núm. 59 del 12 marzo 1998, Supplemento Ordinario núm. 40) y más tarde el Decreto Legislativo 25 de luglio 1998 núm. 286 «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* núm. 191 del 18 de agosto de 1998, Supplemento Ordinario núm. 139) y actualizado por el Decreto Legislativo 13 aprile 1999, núm. 113 (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* núm. 97 del 27 aprile 1999), en sus artículos 24 a 26 regula el trabajo temporal estableciendo su duración, el derecho de preferencia que este devenga, la posibilidad de convertir el permiso, las penas para el empleador que contravenga las normas establecidas para este tipo de trabajo, etc. Previsiones que se concretan además en el artículo 38 del reglamento de desarrollo (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* núm. 258 del 3 novembre 1999, Supplemento ordinario núm. 190).

ra del vínculo matrimonial no perjudica la situación jurídica del reagrupado. Una de las cuestiones más interesantes que se plantean en la regulación que la Ley hace de este derecho es si en relación al mismo debe entenderse que existe o no silencio administrativo. Cabellos señala la posibilidad de realizar dos interpretaciones: por una parte, entender que es aplicable el art. 43 de la Ley 4/1999, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece como regla general el silencio positivo salvo que se señale expresamente lo contrario (la Ley 4/2000 no dice nada en contra), solución que plantearía numerosos problemas a la Administración o, por otra parte, entender que puesto que la Ley 4/2000, en su disposición adicional única, identifica expresamente dos supuestos de silencio administrativo positivo dispone, implícitamente, el silencio negativo en los demás casos. Esta segunda solución le parece a Cabellos la más ajustada a la intención del legislador, si bien reconoce que se trata de una conclusión problemática si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un derecho fundamental. En el apartado dedicado al sistema de garantías, Díez y Roig vuelven sobre esta cuestión concluyendo que, en todo caso, puede acudirse al artículo 42.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que permite suspender, en determinados casos, el plazo de tres meses necesario para que se produzca el silencio administrativo.

4. También el sistema de infracciones y sanciones, en particular, la expulsión, son objeto de un estudio minucioso en este segundo capítulo del libro. Partiendo de la división entre infracciones muy graves, graves y leves que introduce la Ley y de las respectivas sanciones que a ellas atribuye, Eduard Roig realiza un recorrido señalando las innovaciones legales más importantes. De las distintas valoraciones que encontramos en este apartado es especialmente significativa la que Roig dedica al art. 49 g de la Ley que establece como infracción grave sancionable con la expulsión *la participación en actividades ilegales*. De entrada, la utilización de esta desafortunada fórmula recuerda el criticado art. 26.1 f de la Ley 7/1985 y, como aquél, supone una indeterminación tal de la conducta enmarcable dentro del tipo infractor que debe concluirse, como hace Roig, «su inconstitucionalidad por excesiva indeterminación, sin que pueda pensarse en una concreción reglamentaria que, en su caso, carecería de orientaciones suficientes en la propia Ley» ( p. 159).

En el sistema sancionador Roig destaca la protección subjetiva por arraigo frente a la expulsión y la derivada de la lucha contra el tráfico ilegal de personas, insistiendo en el respeto a las reglas del procedimiento administrativo en los términos establecidos en la Ley 30/1992 y sus modificaciones posteriores. Se mantienen, por una parte, *lagunas* del sistema anterior como el estatuto jurídico del extranjero con orden de expulsión que la Administración no ha ejecutado y, por otra parte, como recuerda Moya, medidas de alejamiento, como el retorno o devolución, que plantean algunos problemas especialmente en lo relativo a la falta de las mínimas previsiones para la tramitación del procedimiento de devolución.

El mantenimiento de los centros de internamiento de extranjeros es otro de los desafortunados legados de la legislación anterior. Aja expone el origen y las condiciones de estos centros en la Ley de 1985 y el reglamento de 1996, así como su intento de regulación en la Orden de 22 de febrero de 1999, para acabar concluyendo que en la nueva Ley el legislador «ha olvidado el reconocimiento de muchos de los derechos que corresponden a los internados en los

CEI, en virtud de la jurisprudencia constitucional, y en cambio los ha recogido con mayor fidelidad en los nuevos «lugares de internamiento»... ante lo cual debe realizarse una interpretación integradora de los arts. 56 y 58 LODYLE para extender todos los derechos relacionados a ambos supuestos...» (p. 190). Aun así, como recuerda el mencionado autor, quedan por resolver cuestiones como las que se plantean cuando el juez de guardia tiene que decretar un internamiento a centenares de kilómetros del centro de internamiento más cercano y no puede realizar un seguimiento de las circunstancias en las que éste se produce, o qué ocurre con el extranjero que tras ser internado no puede ser expulsado, teniendo en cuenta que un segundo internamiento sólo puede darse por causas distintas a las alegadas en el primer expediente.

5. El sistema de garantías de los derechos de los inmigrantes presenta, según Díez y Roig, una sensible mejora. La nueva Ley se esfuerza por reforzar la aplicación en el ámbito de la extranjería de los elementos garantistas generales del procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a todos los extranjeros en los procedimientos administrativos, quedando al margen tan sólo el visado. De todos modos, como reconocen los mencionados autores, para que este derecho sea efectivo es necesario crear un sistema ágil de asistencia letrada, hasta ahora inexistente, que resulte útil especialmente en los puestos fronterizos<sup>6</sup>. Todo ello debería unirse, en opinión de los mencionados autores, a la limitación de los controles policiales sobre los extranjeros basados, a menudo, en la simple apariencia de los mismos que ahora parecen inadmisibles a tenor de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 21 de la nueva Ley.

Los mecanismos de protección de los derechos de los extranjeros en el ámbito jurisdiccional son, para Díez y Roig, más deficientes que los previstos en el ámbito estrictamente administrativo. A pesar de que la Ley reconoce el derecho de tutela judicial efectiva para los extranjeros, niega el derecho a la asistencia jurídica gratuita en órdenes como el civil o el penal. Para los mencionados autores, la estrecha relación que existe entre ambos derechos (teniendo en cuenta que el derecho de tutela judicial efectiva indiscutiblemente corresponde a los extranjeros en virtud del art. 24 de la CE) «lleva a la posibilidad de sostener razonablemente la inconstitucionalidad de la exclusión, de manera que no pueda distinguirse entre nacionales y extranjeros (independientemente de la regularidad o estabilidad de su estancia) para la titularidad de la asistencia jurídica gratuita» (p. 205). También en el ámbito de las medidas cautelares, la libertad que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 atribuye a los tribunales, debería ejercerse teniendo en cuenta lo favorable que resulta la suspensión de determinados actos en materia de extranjería cuya ejecución hace imposible que pueda reponerse al demandante en su situación previa.

---

<sup>6</sup> En una línea muy distinta a la interpretación extensiva del derecho a la asistencia jurídica gratuita, que realizan los autores de este libro, se sitúan las declaraciones del Ministro del Interior que, a los pocos días de la entrada en vigor de la nueva Ley declaró que están excluidos del ámbito de aplicación del derecho de asistencia letrada de oficio (que ahora se contempla también para los expedientes de expulsión) los extranjeros que intenten pasar la frontera clandestinamente (saltando la valla de Ceuta o cruzando el Estrecho en patera, por ejemplo), ya que, entiende dicho Ministerio (aunque la Ley no hace ninguna concreción al respecto) que el artículo 20. 1 tan sólo se refiere a los extranjeros que son rechazados al intentar cruzar por un paso fronterizo habilitado a tal efecto y a los que se encuentren ya en España, aunque su entrada se haya producido de forma clandestina. *Vid.* M. G., C. R., «Interior considera que los pasajeros de las pateras no tienen derecho a abogado», *El País*, 2 de febrero de 2000.

6. La última parte del capítulo segundo se dedica a la necesidad de una nueva organización y coordinación de la Administración Pública y a la armonización con otras normas del ordenamiento tras la entrada en vigor de la Ley 4/2000. Por lo que se refiere a la primera cuestión, Roig destaca la urgencia de adecuar los consulados a la nueva política de contingentes, más allá de la mera regularización encubierta del extranjero que ya se encontraba en España, la creación de oficinas provinciales de extranjeros y su dotación de medios suficientes, así como la urgente necesidad de coordinar los esfuerzos administrativos a través del Consejo Superior de Política de la Inmigración. Resulta sumamente interesante la propuesta que hace este autor acerca de la posibilidad de otorgar un mayor protagonismo, por una parte, a las Comunidades Autónomas para el desarrollo de políticas sectoriales de tratamiento diferenciado tendente a la integración de los inmigrantes (por ejemplo en materia de educación o vivienda)<sup>7</sup> y, por otra parte, a las entidades locales en la medida en que son la primera administración con la que el inmigrante, normalmente, establecerá contacto, de forma que es la más capacitada para facilitarle, por ejemplo, los servicios primarios de atención social.

En cuanto a la coordinación con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico conviene destacar la ampliación y agravación de los delitos conectados con el tráfico de inmigrantes que introduce importantes modificaciones en el Código Penal justificadas siempre desde la firme voluntad de lucha contra la inmigración ilegal<sup>8</sup>.

Como Aja reconoce, en la valoración final sobre la nueva Ley que realiza en el capítulo tercero, nos encontramos ante una norma que, a diferencia de lo que ocurría con la de 1985, asume la presencia estable de inmigrantes en nuestro país, acepta la posibilidad de que se produzca un incremento moderado en los próximos años (estableciendo para ello mecanismo con desigual fortuna) y configura instrumentos hasta ahora inexistentes para que los inmigrantes puedan establecerse.

Sin embargo, como este autor destaca, no estamos ante una Ley exenta de defectos y problemas. De ahí la importancia de que los futuros esfuerzos se centren en el desarrollo reglamentario y la aplicación de la Ley, más que en una modificación de la misma. Como el mencionado autor ha señalado en otras ocasiones<sup>9</sup>, aunque se haya difundido un texto consolidado de reforma (que lejos de acentuar las líneas positivas de la nueva Ley intenta volver a la situación previa) no puede olvidarse que la Ley vigente es la 4/2000 que contiene mandatos de actuación muy concretos y cuestiones que requieren un desarrollo reglamentario urgente. La pretendida voluntad reformista no puede prevalecer sobre la necesaria puesta en marcha de las nuevas instituciones que la Ley contempla, ni debería anteponerse a la recu-

<sup>7</sup> Vid. AJA, E. i ROIG, E., «Immigració i Comunitats Autònomes a la nova llei de drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social», *El Clip*, núm. 8, juliol 2000, pp. 4-10.

<sup>8</sup> Aunque el endurecimiento de los delitos contra los traficantes de inmigrantes puede resultar eficaz y es necesario, no debe perderse de vista que son las leyes de extranjería de carácter policial y represivo las que abonan el terreno para la actuación de las redes. Como ha puesto de relieve De Lucas «son en no poca medida esos instrumentos jurídicos los que crean la ilegalidad, los que hacen posible el negocio de las mafias y del trabajo clandestino, y no al revés», DE LUCAS, J., «La patera como pretexto», *Inmigrantes e Inmigrados*, Carlos III, enero de 2000, pp. 18-19.

<sup>9</sup> AJA, E., «Inmigración: ¿reformar la ley o impulsar el consenso?», *El País*, 29 de junio de 2000 y AJA, E. i ROIG, E., «Immigració i Comunitats Autònomes a la nova llei de drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social», *op. cit.*, p. 13.

peración del consenso. En palabras de Aja «una Ley tan importante sobre una materia tan delicada requiere que se rehaga el consenso quebrantado en su elaboración parlamentaria, y seguramente la mejor vía pasaría por su recomposición en la elaboración de las propias normas de desarrollo y aplicación de la Ley. Pero, por su propio carácter, el consenso debe extenderse a las asociaciones de inmigrantes, a las ONGs y en definitiva al sector más amplio de los propios afectados, y debe llegar también a la opinión pública española, para que todos asumamos el reconocimiento de los inmigrantes como ciudadanos» (p. 257).

Ángeles SOLANES CORELLA  
Universitat de València



**BELLVER CAPELLA, V., *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, Comares, Granada, 2000.**

Estamos ante una obra oportuna y de gran actualidad, cuyo tema central, la clonación humana, plantea enormes interrogantes, no sólo científicos sino también éticos y jurídicos.

El autor estudia la clonación humana desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho y junto a reflexiones puramente filosóficas, como las que utiliza al estudiar el estatuto jurídico del embrión humano, realiza un análisis de la normativa existente, que incluye no sólo la legislación a nivel nacional, sino también la regulación internacional que da respuesta a la posibilidad de clonar seres humanos.

Bellver señala la dificultad que supone para el Derecho regular anticipadamente los descubrimientos científicos, dado que el Derecho va siempre por detrás de la realidad social y a una considerable distancia de la realidad científica. Sin embargo, entiende que, en el caso de la clonación humana, al no ser ésta posible todavía, ha sido la regulación jurídica la que ha precedido a la ciencia.

Efectivamente, la clonación humana aún no es una posibilidad real. No obstante, a tenor de las recientes investigaciones de un equipo de científicos de la Universidad Médica de Hunan, en el sur de China, podría pensarse que quizá no esté tan lejos de la realidad. De ser así, la reflexión acerca de las consecuencias que la clonación pudiera tener para el ser humano, reclama estudios como el acometido por el profesor Bellver.

Por lo que respecta a la sistemática empleada en el trabajo, conviene señalar que, en el primero de los capítulos, se realiza una aproximación a los términos científicos que a lo largo de la obra se van a utilizar, lo cual facilita al lector la comprensión de las cuestiones a tratar. Tras dicha delimitación terminológica, se recoge también una visión de cuál ha sido la evolución científica que ha desembocado en la posibilidad de clonar seres vivos.

A continuación, en el segundo capítulo, se aborda el análisis de la regulación jurídica vigente sobre clonación, presentando un estudio comparado de las legislaciones de España, Francia, Reino Unido, Alemania, Suecia, Noruega, Suiza y el Proyecto de Italia, estudio que ofrece una interesante visión de la situación jurídica actual. Sin embargo, para el autor, es la regulación internacional y, básicamente, la internacionalización de los posicionamientos respecto de la clonación humana, la única vía capaz de proporcionar la adecuada protección de los intereses dignos de ser protegidos.

En este sentido, en la obra destaca el análisis del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la Medicina*, del Consejo de Europa, el análisis de las Resoluciones del Parlamento Europeo que hacen referencia a la clonación humana y de la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, de la UNESCO.

El capítulo tercero se refiere al problema de fondo con el que se encuentra la libertad de investigación y el progreso científico-médico, esto es, el respeto a los derechos humanos y a la dignidad humana. Bellver realiza el estudio de la clonación y su relación con los derechos humanos a través del análisis de las cuestiones ético-jurídicas más relevantes, considerando las diferentes perspectivas de los sujetos implicados, entre los cuales incluye a la propia sociedad.

Ahora bien, la clonación aludida en este capítulo tercero es, fundamentalmente, la clonación en su aplicación reproductiva, es decir, como alternativa a la reproducción, puesto que el estudio de la clonación en su aplicación terapéutica es objeto del cuarto y último de los capítulos, en el cual también se hace referencia al estatuto jurídico del embrión humano y a las posibilidades que la clonación ofrece en relación al diagnóstico preimplantatorio, a la creación de tejidos humanos y a la ingeniería genética.

El autor finaliza su aportación con una recopilación de los documentos internacionales más significativos. Los recoge en un anexo junto con otros documentos, sin calificación jurídica, pero de singular interés, como la Opinión del Grupo de Asesores sobre Aspectos Éticos de la Biotecnología, de la Comisión Europea, el Informe de la Comisión Asesora Nacional de Bioética, de Estados Unidos, o las reflexiones de la Academia Pontificia para la vida sobre clonación.

En definitiva, una atractiva e interesante obra de consulta para todos aquellos que pretendan profundizar en los entresijos ético-jurídicos que plantea la clonación humana, en la cual subyace un trabajo sistemático y bien elaborado, presentado de forma dinámica y precisa, que nos sitúa frente a algunos de los interrogantes que las nuevas posibilidades científicas suscitan en la actualidad.

Yolanda GARCÍA RUIZ

**FERRER ARELLANO, Joaquín, *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación* EUNSA, 1998.**

Joaquín Ferrer pone en nuestras manos a través de la edición que Eunsa ha realizado de su estudio, un trabajo de madurez. Un trabajo perfectamente realizado y donde la concatenación de los distintos contenidos uno diría con su lectura que es casi necesaria.

Se trata de un estudio, de claro fondo tomista, participado casi dialógicamente con Zubiri, lo cual hace que su lectura sea si cabe aún más interesante.

Joaquín Ferrer nos plantea de inicio la necesidad de apertura del ser personal para alcanzar su desarrollo perfecto, habiendo en consecuencia una tendencia natural a salir de su aislamiento entrando en relación con los otros seres finitos para realizarse plenamente, de tal forma que lo que realmente se produce es un enriquecimiento mutuo. Luego analiza esa dimensión intrínseca de alteridad en primer lugar en el plano de la fenomenología, donde aparece uno de los *leit motiv* conductores del libro, así dice «sólo en este tejido de relaciones interpersonales logra el hombre conquistar una personalidad»(pág. 34), siendo en esta parte del libro donde se plantea lo que será el desarrollo posterior del mismo, es decir, el trazado de los dos vectores que dirigen las relaciones humanas. Así existen unas relaciones horizontales, también denominadas interpersonales, y una relación vertical hacia Dios, si bien las primeras están integradas de alguna manera en la segunda.

En segundo lugar, y ya en el plano metafísico, es donde se hace más patente la integración de la metafísica tomista con la zubiriana, de forma que se conforma el ser humano como vinculado a los demás por toda su realidad.

En tercer lugar, y dentro del plano psicoético, señala que «nuestra verdadera personalidad consiste en la calidad de nuestras relaciones, que configuran nuestra situación y nuestra vocación, nuestra suerte y nuestro valor» (pág. 47), y desde esta óptica distingue tres clases de relaciones, que responden respectivamente al «ser-por», «ser-con» y «ser-para», y que se corresponden con las relaciones de filiación, de conjunción y de procreación.

A continuación, y para concluir la primera parte del libro, analiza las relaciones entre amor y conocimiento, y lo hace con una perspectiva diacrónica, con lo que nos invita a una singladura que comience en San Agustín y termine en Maritain y Zubiri, pasando por Newman o Lévinas.

Los siguientes dos capítulos son dedicados al estudio de los diversos tipos de relaciones, y a las relaciones sociales, respectivamente. En ellos Ferrer nos analiza con un gran instinto de disección la relación trascendental, la predicamental y las relaciones lógicas, para acto seguido centrarse en las relaciones sociales. Al analizar estas últimas, adquiere una gran brillantez el estudio de la dimensión comunitaria de la persona y el del ser relativo de la sociedad, para acabar centrando la relación vertical al fin social y a las normas sociales, aglutinando el discurso en torno a la idea del bien común. Acaba el tercer capítulo con una concreción de lo expuesto, haciéndolo aterrizar en plano de las relaciones sociales de carácter horizontal; aquí se ponen sobre el tapete cuestiones como el bien común y el orden concreto, o la acción social, que son tratadas con un gran rigor y al mismo tiempo con una claridad envidiable.

El estudio que Ferrer nos ofrece acaba con una reflexión sobre la ontología y noética de la relación del hombre con Dios, que concluye con una mag-

nífica consideración sobre ateísmo y religación, en la que destaca la parte dedicada a la antropología del ateísmo.

Para concluir, Ferrer añade dos anexos, que personalmente considero más afortunado el primero que el segundo, pero resultando ambos tanto el zubiriano como el trinitario, muy merecedores de ser leídos reflexivamente.

En definitiva, nos encontramos ante un estupendo estudio sobre la dimensión relacional de la persona, cuya lectura se hace más interesante a medida que uno se va adentrando en las páginas del libro. Creo que es un libro de lectura necesaria para todos aquellos que tengan ciertas preocupaciones antropológicas, y de muy recomendable lectura para quienes carezcan de ellas.

Juan MOROTE SARRIÓN  
Universidad Cardenal Herrera CEU. Valencia

**GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1996.**

En esta obra, el autor se encarga de analizar el concepto kelseniano de la norma fundamental, «uno de los conceptos [...] que ha dado lugar a las interpretaciones más diversas y a las objeciones más heterogéneas» (p. 9) y que constituye, según él, el sostén último del propio concepto de validez, clave de bóveda de la doctrina jurídica de Kelsen. Este estudio procura paliar el efecto negativo que surge de la disparidad de interpretaciones contrapuestas y críticas incompatibles que, de este concepto, da la literatura iusfilosófica. También pretende superar la referencia, a menudo fragmentaria, que no tiene en cuenta el carácter de un pensamiento que constituye un «sistema, un todo sumamente trabado e interrelacionado de conceptos». Por otro lado, toma en consideración la propia actitud intelectual de Kelsen, la permanente puesta al día y confrontación de sus tesis con las teorías rivales, que acarrearán, respecto de gran parte de sus postulados teóricos, matizaciones, correcciones y cambios.

Si bien García Amado enfoca el primer capítulo con un planteamiento que califica de «casi filológico», a este enfoque ceñido en lo posible a los textos de Kelsen se añade un planteamiento crítico que busca poner de relieve «qué incoherencias, imprecisiones u oscuridades resultan de dichos textos y hasta qué punto es o no posible reconstruir, dentro del sistema kelseniano, la noción de norma fundamental como dotada de un sentido preciso y una función clara» (p. 10). El mismo propósito de no traicionar la sistematicidad o la –mayor o menor– coherencia interna de la obra kelseniana le lleva a ofrecer, en el segundo capítulo, una interpretación del significado y función de la norma fundamental en el conjunto de la obra de Kelsen, para lo cual amplía las referencias a otros elementos capitales de la misma, mientras que su propósito, al examinar la doctrina de este autor sobre cuestiones tales como la libertad, la justicia, la ideología o la democracia, consiste en demostrar que su obra también contiene toda una filosofía política, que tendría sus presupuestos en una ética relativista y que, paradójicamente, desembocaría en una fundamentación de la democracia.

En el capítulo dedicado a «La norma fundamental en los textos de Kelsen» (cap. I), García Amado pone de manifiesto que no se ha de perder de vista la trabazón interna del sistema teórico de Kelsen, lo que le lleva a explicar cada una de las nociones kelsenianas que aborda por referencia a las otras. De ahí que la descomposición analítica que lleva a cabo en este capítulo requiera «una especie de viaje de ida y vuelta» (p. 11): así, al desgranar los diferentes aspectos de la noción objeto de esta monografía individualiza elementos que, en realidad, sólo adquieren significado y razón de ser en tanto que engarzados entre sí y con el mecanismo de conjunto de la teoría jurídica kelseniana, y se preocupa, tras «desarmar» la doctrina de la norma fundamental en sus elementos constitutivos, de comprobar qué piezas encajan mejor al verla armada y cuáles sobran o no se adaptan al conjunto de la maquinaria teórica de Kelsen.

El autor analiza, en primer lugar, las diferentes definiciones, denominaciones y formulaciones que da Kelsen de la norma fundamental de un ordenamiento estatal soberano, a través de las cuales aparecen destacados –en mayor o menor medida– ciertos caracteres que éste considera definitorios o

ineludibles del Derecho y que proyecta sobre la norma básica que actúa «a modo de un espejo que refleja esos caracteres sobre las normas del sistema jurídico de que se trate» (p. 15). Por lo que García Amado apunta la función de ratificación de cierre que la norma fundamental cumpliría en la doctrina kelseniana, así como la siguiente paradoja teórica: todos los caracteres que para Kelsen son esenciales al ordenamiento jurídico hallarían su garantía última –su no cuestionabilidad jurídica– en la mencionada norma. Y éste, al dejar de ver alguno de esos elementos como esencial o definitorio de todo ordenamiento, dejaría de mencionarlo como contenido en la norma fundante. Razón por la cual García Amado considera que tal vez haya un punto de razón en la afirmación de que la doctrina de la norma fundamental es un elemento prescindible de la teoría kelseniana. Se refiere también a la norma básica en el seno del ordenamiento internacional para pasar, luego, al estudio de esta norma en relación con la aparente distinción entre los sistemas estáticos o morales y los sistemas dinámicos o jurídicos, resaltando la diferencia estructural entre sus normas fundamentales.

A continuación, trata detenidamente cada uno de los caracteres de la norma fundamental, empezando por la característica esencial de la norma básica como *norma* «cuya ausencia privaría a la construcción de todo su sentido en la teoría de Kelsen» (p. 27). Por otro lado, se plantea si la norma fundamental es *jurídica*, cuestión que le lleva a la pregunta de si es parte del sistema jurídico. El problema consiste en que predicar la juridicidad de esta norma (o su pertenencia al sistema jurídico) «exige un cierto desdoblamiento de la misma o un espacio de recursividad del razonamiento, ya que es la norma fundamental justamente la que otorga la cualidad de jurídicas a las normas del sistema» (p. 29). Incluso el propio Kelsen parece creer que la norma fundamental no es jurídica y, afirma García Amado, «a cambio, no se sabe aún muy bien qué es». Tampoco es positiva, y el autor de esta monografía analiza la posible limitación de los postulados positivistas de Kelsen como consecuencia de la no positividad de esta norma. A la vez que se plantea si la norma fundamental es una norma *válida*, examina uno de los argumentos centrales de la construcción kelseniana, en base al cual la norma básica posee validez, pero una validez puramente hipotética.

Asimismo, estudia algunas características de la norma fundamental en tanto que norma y por comparación con las normas positivas del ordenamiento –sus caracteres de norma originaria o *de pura creación y no ejecución de una regla anterior, no productiva* y con cierto carácter *retrospectivo*, o incluso retroactivo; también se ocupa de su *mutabilidad*. En relación con la interpretación de esta peculiaridad de la norma fundante, García Amado cree que la clave reside en la interrelación entre norma fundamental y eficacia, y, más aún, en una interpretación pragmática del requisito de eficacia aplicado al ordenamiento. Con ello piensa que se puede entender por qué la norma fundamental kelseniana avala –siempre y únicamente– a la Constitución eficaz, aunque demuestra que este aval «proviene de una nueva y distinta norma fundamental y no de una que permanezca inalterable por encima de las rupturas en la Constitución positiva y reconozca en cada tiempo a la Constitución eficazmente impuesta» (p. 48). Considera crucial la nota de *disponibilidad*. Desde esta perspectiva, cree que nos hallamos enfrentados con la eficacia, en tanto que dato objetivo, «como limitación a la libre configuración de la norma fundamental y, con ello, del Derecho» (p. 53) y analiza el límite que la eficacia representa frente a la libre suposición de la norma bási-

ca. En este punto radicaría un elemento clave para la comprensión de Kelsen y de su norma fundamental. Después de solucionar la aporía que se deriva del hecho de que, según Kelsen, alguien que no presupone la norma fundamental tiene que presuponerla, a través de la afirmación de que éste juega con dos sentidos distintos de ese presuponer, García Amado se ocupa del elemento de opción y del elemento de necesidad que estima existe en relación con esta nota de la norma fundamental.

Por otro lado, considera que la propia presuposición de la norma fundamental también se ve *condicionada por la eficacia* del ordenamiento cuya validez jurídica fundamenta. Aquí, el autor, se plantea algunas cuestiones: ¿con qué argumentos justifica Kelsen esa vinculación de la norma básica a la efectividad del orden positivo?, ¿no da pie para entender que norma fundamental y eficacia son lo mismo, esto es, que la validez de las normas del sistema se fundamenta, en última instancia, en la eficacia del sistema en su conjunto, en un dato fáctico? García Amado sostiene que «la coherencia de la construcción kelseniana se salvaguardaría mejor entendiendo que el requisito de no presuponer la norma fundamental para fundar la validez jurídica de ningún orden que no sea eficaz, no es parte del contenido de la propia norma, sino un requerimiento dirigido al que la presupone, una instrucción para el buen uso o el uso con sentido de la categoría jurídica» (p. 64). Explica por qué la interrelación entre norma fundamental y eficacia es imprescindible en la construcción kelseniana y tiene como trasfondo el relativismo ético de Kelsen, que constituye otro de los pilares centrales de su edificio teórico.

La norma básica kelseniana reviste también, entre sus caracteres, lo que García Amado denomina una *funcionalidad única polivalente*: si la norma fundamental sirve para fundamentar la validez u obligatoriedad de las normas jurídicas con independencia de los hechos y de los demás órdenes normativos, «la complejidad del entramado teórico de Kelsen hace que esa función central adopte múltiples expresiones y ramificaciones, hasta el punto de que cabe subdividirla en una pluralidad de subfunciones o funciones derivadas, o incluso podría pensarse que ejerce la norma fundamental una pluralidad de cometidos independientes» (p. 67) que serían los siguientes: *función interpretativa o traductora, fundamento de validez, función de respaldo de los caracteres atribuidos al ordenamiento jurídico*, como sistema dinámico, de normas positivas, unitario, quizá coherente como orden coactivo, soberano y autorregulado.

Estudia, a continuación, el estatuto epistemológico de la doctrina kelseniana de la norma fundamental, sin olvidar la relación de ésta con la filosofía trascendental kantiana. En cuanto al primer punto, si a lo largo de la evolución teórica de la doctrina kelseniana existe un cambio en la calificación epistemológica de la norma básica –primero ficción, luego hipótesis–, García Amado piensa que «obedece a razones de lógica interna» (p. 105). De todos modos, cree que si bien cambia la calificación epistemológica de la norma básica kelseniana, sus funciones permanecen idénticas.

Por otra parte, se plantea ¿quién sienta o define la norma fundamental? En efecto, si la ciencia usa y describe esa norma o la pone de manifiesto como operante siempre, ¿a quién corresponde su creación, quién la sienta originariamente? Al dar respuesta a estos interrogantes propone una comparación entre la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, puesto que cree «que en la regla de reconocimiento y en la norma fundamental se da idéntica función y (que) ambas se apoyan sobre idénticos

fenómenos sociales» (p. 115). Hay que destacar en tanto que particularmente interesante la caracterización de la norma fundamental por García Amado como *cuestión de fe sentada sobre bases relativistas*.

En la segunda parte de la obra («La norma fundamental en contexto»), pretende situar la doctrina de la norma fundamental en el amplio contexto de la obra kelseniana, mostrando de qué manera es un elemento de una construcción teórica que va más allá del puro examen analítico del sistema jurídico y cómo se relaciona, también, con los parámetros políticos y valorativos que presiden el trabajo de Kelsen. Tiene en cuenta que esta doctrina ha servido para dirigirle a Kelsen reproches del todo contradictorios: por un lado, por parte del escepticismo valorativo que destaca el carácter axiológico de la norma fundamental para criticarla desde parámetros epistemológicos; por otro lado, por aquellos que imputan a la norma básica kelseniana la carencia de todo contenido de justicia o propósito valorativo, y acentúan su carácter epistemológico para reprocharle su vacío axiológico. El autor estima que «en ambos casos se peca del defecto de tomar parte por el todo y de no situar adecuadamente la norma básica en el contexto del conjunto del pensamiento de Kelsen» (pp. 123-124).

En primer lugar, quiere demostrar que, para éste, la autonomía del derecho, su independencia y su especificidad es construida y no está dada en ningún género de realidad preexistente al conocimiento. Con independencia de la respuesta que quepa dar a la cuestión de qué tipo de ontología de lo material subyace en Kelsen, García Amado cree «que se puede afirmar que para él, el *Sollen* sólo existe como realidad pensada, como producto del pensamiento que, ciertamente puede objetivarse» (pp. 128-129). De ahí que se plantee las siguientes preguntas: ¿qué tipo de realidad es ésa? y ¿de qué género es su objetividad? Una respuesta queda claramente excluida: no se trataría de la objetividad de ningún género de entes ideales preexistentes que el pensamiento capte, sino de la objetividad de productos intelectuales creados con arreglo a un patrón objetivo que, a su vez, sería producto de una creación del mismo tipo, y así sucesivamente, hasta llegar a ese patrón presupuesto como base de tal objetividad, que sería la norma fundamental y que, al fin y al cabo, sería un postulado, también pensado, de ese pensamiento productivo. Cuando considera qué tipo de realidad es el Derecho para Kelsen, García Amado llega a la conclusión de que la clave de la diferencia kelseniana entre el ser y el deber ser es epistemológica más que ontológica. En cuanto a la objetividad del conocimiento jurídico en el pensamiento de Kelsen, el autor destaca y analiza la dimensión del agnosticismo kelseniano, al que califica de positivo o constructivo, y en virtud del cual el negar la existencia de una verdad objetiva que antecede a todo conocimiento sería compatible con entender que cabe un conocer objetivo, en el sentido de intersubjetivamente compartido. Aborda ambos aspectos, el del relativismo epistemológico y el de la solución de sus inconvenientes teóricos, sintetizados en el solipsismo o el pluralismo.

Después se ocupa del estatuto de la teoría pura del Derecho como teoría general del Derecho donde subyace de nuevo «la ambivalencia de lo descriptivo y lo prescriptivo en la doctrina de Kelsen, que unas veces nos habla de su teoría como la única que permite el conocimiento adecuado del Derecho y otras veces nos la presenta como una más [...] de las opciones teóricas o moldes explicativos posibles» (pp. 144-145). Esta ambivalencia en el estatuto de la teoría pura se plantea también, según el autor, cuando Kelsen sostie-



ne expresamente que la teoría pura del Derecho es ciencia. Ahí radicaría la paradoja última: la teoría «pura» del Derecho sería, a fin de cuentas, una teoría impura (en cuanto valora opciones metódicas y propugna como mejor una de ellas; en cuanto que incluso se presenta a sí misma como teoría de una de ellas, como el positivismo), teoría de una ciencia del Derecho «pura» o «metateoría impura de una ciencia del Derecho “pura”». Piensa que los motivos que mueven a Kelsen en esas sus valoraciones de fondo son prácticos y, con ello, llega a lo que considera un asunto de la mayor importancia para la comprensión de la doctrina kelseniana: el papel de la ideología.

García Amado quiere cambiar la perspectiva desde la que, habitualmente, se explica a Kelsen cuando se alega que lo que éste pretendía es que fuera posible una ciencia jurídica autónoma, para lo cual diseñaba un Derecho que funcionara como objeto independiente para esa ciencia. El punto de vista correcto sería, para el autor de esta monografía, el contrario: la ciencia estaría al servicio y coadyuvaría para la autonomía del Derecho y diseñaría a éste, en cuanto su objeto, con los caracteres que le permitan tal funcionamiento independiente. No sería una «ideología» científica lo que movería a Kelsen, sino una «ideología» jurídica, y su visión de la ciencia y de la racionalidad condicionaría únicamente el modo de articular esa teoría jurídica, de tal manera que sirviera a la autonomía de su objeto. Con esta interpretación también cobraría sentido la afirmación kelseniana de que el elemento ideológico del Derecho no se desactiva por el hecho de que la teoría ponga de relieve esa dimensión esencialmente ideológica de la normatividad jurídica. Y hasta se comprendería que tal labor teórica se presente con pretensiones de científicidad, pues la definición de «autolegalidad» de la ideología no buscaría encubrir la auténtica realidad del objeto jurídico, sino sacarla a la luz y exponer hasta sus últimos presupuestos. En ese sentido, García Amado considera que la teoría pura puede ser «antiideológica» y, precisamente «por su tendencia antiideológica, se revelaría como verdadera ciencia jurídica» (p. 171). Se plantea cuáles puedan ser las consecuencias políticas de esa labor desenmascaradora y si no se derivan efectos prácticos de la inhabilitación de los propósitos manipulativos de las ideologías que pretenden influir en la realidad con falsas representaciones. Las conclusiones a las que llega García Amado se basan en el análisis de la axiología de Kelsen, de su teoría de los valores y de los elementos políticos y valorativos de su doctrina. Si aquél afirma que el componente ideológico se da en la teoría pura a un nivel de generalidad mucho más alto que el de la simple intención de procurar la obediencia de los sujetos al Derecho positivo, es en virtud de las opciones generales del propio Kelsen: el que declare preferible el orden a la anarquía, la libertad limitada por la organización, libertad igual para todos, antes que la libertad natural, esencialmente desigual en sus posibilidades de realización, preferencia por un Derecho en el que todos los valores puedan por igual manifestarse y competir abiertamente por el dominio de la sociedad. De ahí surgiría la defensa kelseniana de la tolerancia y de la democracia, defensa que, por mucho que se pretenda consecuencia puramente lógica de los postulados relativistas, no ocultaría su naturaleza axiológica y política. El autor analiza también en qué materias no pretende Kelsen una función legitimadora de su teoría (en su opinión, es el caso, especialmente, de la obediencia al Derecho) y en cuáles sus tesis son –inevitablemente– ideológicas, en cuanto que sirven para proponer un modelo de convivencia social bajo un Derecho de cierto tipo.

Por último, García Amado se encarga de desarrollar su punto de vista en virtud del cual «el pensamiento kelseniano es susceptible de ser interpretado bajo un esquema de medios y fines» (p. 208). Desde esta perspectiva, una teoría jurídica que elabore los conceptos y estructuras de lo jurídico sin tomar en cuenta la misión práctica del Derecho operaría en el vacío y entraría en el campo de la pura especulación o el juego intelectual, exento de relevancia real para su objeto y para la praxis social. Kelsen, en la interpretación que aquí se propone, no adolece de ese defecto: García Amado entiende que sus apreciaciones básicas en cuestiones como la validez, la estructura de las normas, la configuración del sistema jurídico, el papel de la ciencia del Derecho, etc., están guiadas por un designio pragmático, por mucho que éste no se explicita casi nunca y aún cuando su teoría revista, en este aspecto, la apariencia abstracta de la lógica. Su teoría general del Derecho sería la teoría de un Derecho operativamente viable y al servicio de un modelo de sociedad en el que la autonomía de lo jurídico es garantía de que el poder operante en la sociedad se aleje en la mayor medida posible del puro ejercicio «natural» de la fuerza como elemento de orden. El autor ilustra este punto de vista mediante la interpretación, en esta clave operativa o pragmática, de aspectos de la teoría kelseniana, tales como el papel de los jueces, la relevancia de la cosa juzgada, la cláusula alternativa tácita, las contradicciones normativas, especialmente entre ordenamientos, la sanción y la eficacia como condición de validez, resaltando el por qué de esas construcciones teóricas en Kelsen, determinado siempre por lo que llama razones pragmáticas. En la interpretación de García Amado, el Derecho sólo puede tener sentido si es plenamente operativo (sentada su función social de orden) y esa operatividad no puede darse en su plenitud si no se configura con criterio pragmático ciertos conceptos jurídicos y determinadas notas estructurales del ordenamiento. Con ello demuestra que cabe reconstruir la teoría del Derecho de Kelsen a la inversa de como suele hacerse.

Está claro que este resumen esquemático no hace justicia a este libro complejo y denso; libro que en el que el autor da muestras de su profundo conocimiento tanto de toda la obra de Kelsen como de la gran mayoría de las obras de aquellos que le han criticado o alabado, haciendo gala de una objetividad en este su análisis que resulta de lo más original y completo, objetividad que es de agradecer tanto por aquellos que se quieran iniciar en el estudio y comprensión de la obra de Kelsen, como para aquellos que dominando tal materia quieran conocer este punto de vista cuando menos plenamente fundamentado.

Nathalie GONZÁLEZ LAJOIE  
Universidad de León

**LORINI, Giuseppe, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*. Padova, Cedam, 2000.**

El libro *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, de Giuseppe Lorini, gira sobre el concepto de «hecho institucional», concepto que ha servido al neoinstitucionalismo para definir el derecho. El mundo se dividiría en hechos naturales o *brutos* y hechos institucionales, hechos cuya existencia presupone la existencia de determinadas instituciones.

La oposición entre los hechos brutos y los hechos institucionales es manifiesta desde que apareció expuesta en la teoría de los actos lingüísticos de John Searle, quien basándose en la distinción que hiciera Austin entre los *enunciados constataivos*, los enunciados que se limitan a constatar estados de hecho, y los *enunciados performativos*, los enunciados que producen modificaciones de la realidad externa dependientes del contexto institucional en el que se enuncian, define los *actos ilocucionarios* como aquéllos en los que, además de pronunciarse determinadas palabras de una forma y en un orden proposicionalmente correcto, se ejecutan acciones que *valen* o que *cuentan* según sean las circunstancias pragmáticas, según sea el contexto institucional. Los hechos son para Searle institucionales, en tanto que son regulados por reglas constitutivas, por reglas que a diferencia de las reglas regulativas no regulan formas de conducta existentes previa e independientemente de las propias reglas, sino que crean, definen o *constituyen* nuevas formas de conducta. Mientras que las reglas regulativas siguen el esquema «Haz X» o «Si Y, haz X», las reglas constitutivas siguen el esquema «X cuenta como Y» o «X tiene el valor de Y».

El presente libro parte así del concepto de institucionalidad de Searle, para quien el carácter institucional de los hechos institucionales viene determinado por conjuntos ordenados de reglas constitutivas que, al redefinir nuevas formas de conducta, recalifican como institucionales hechos que hasta entonces eran brutos. Y expresarse performativamente equivale a realizar actos que se interpretan desde la perspectiva de sistemas de reglas constitutivas, en cuyo contexto la enunciación de enunciados como «Prometo Z» tiene un valor que trasciende lo puramente físico y lo psicofísico, ya que vale o cuenta como prometer, como realización del acto institucional de la promesa. El ejemplo de la institución de la promesa explica globalmente la ontología social de Searle. Prometer implica para Searle obligarse a realizar lo prometido si se cumplen las condiciones de validez pragmática del acto performativo de la promesa, de las que Searle *deriva* la regla *esencial* de la promesa «enunciar una promesa cuenta como comprometerse a asumir la obligación de realizar el acto futuro correspondiente». De hecho, Searle enumera nueve condiciones de validez del acto ilocucionario de la promesa, de las que deduce las *reglas esenciales de la promesa* de forma análoga a como las reglas constitutivas de un juego se deducen supuestamente de las condiciones en las que se pueden realizar los movimientos correctos. Las *condiciones* no aparecen entonces, paradójicamente, como *posterius* sino como *prius* de las reglas, que quedan pues como meros epifenómenos de las relaciones condicionales subyacentes. Éste es el débil método que emplea Searle para tratar de superar los argumentos que el divisionismo viene repitiendo desde David Hume, a cuya distinción entre *relations of ideas* y *matters of fact* se remonta precisamente Giuseppe Lorini para comenzar explicando el sentido de los *matter of institutional fact*.

Como es sabido, Hume defiende dos tesis sobre la institución de la promesa, la tesis de la convencionalidad, según la cual las promesas sólo tienen sentido cuando se lo atribuye alguna convención humana, y la tesis de la *no derivabilidad de obligaciones morales*, según la cual las promesas, aun con sentido, no implican obligaciones morales. Lorini considera que Adolf Reinach, fenomenólogo del Derecho, discípulo de Husserl, fue más certero que Searle en sus intentos de superar las tesis de Hume. Reinach elogió la seguridad con la que Hume se dirigió a la cuestión fundamental del análisis de la experiencia interior latente en la promesa, del «acto del espíritu que acompaña a la promesa», pero le criticó que despreciara las *actividades del espíritu* de acuerdo con las cuales las palabras no expresan «una comunicación accidental y suplementaria», sino que poseen una fuerza intrínseca que se manifiesta en el propio acto lingüístico. El punto de vista de Hume podría entonces ser eficaz para estudiar la influencia de los intereses egoístas en la tendencia al cumplimiento de las promesas, para *explicar* la transición *utilitarista* desde lo individual hasta lo social, pero no serviría para captar la *experiencia fenomenológica* correspondiente. La experiencia de *sentir-se-en obligación* mediante una promesa poseería una *específica fenomenología* que, más allá del sentimiento psicológico de deber, se apoya a juicio de Reinach en la *obligación* y la *pretensión* como *relaciones esenciales* «que como tales preceden a la promesa».

Paso a referirme al contenido específico de las cinco partes del libro de Giuseppe Lorini *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*:

La primera parte, *Tre teorie dell'istituzionalità del giuridico: istituzionalismo, istitutismo, neo-istituzionalismo*, está dedicada a la diferenciación y reformulación de tres teorías centradas en la noción de *institución*: la teoría *institucionalista* de Maurice Haurie y Santi Romano, que define el Derecho como *institución* en el sentido de «ente o cuerpo social», de *organización social*; la teoría *instituita* de Jean Ray y Cesare Goretti, inspirada en los conceptos savignyianos de *instituto jurídico* y de *relación jurídica*, que define el derecho como *institución* en el sentido de *conjunto de institutos*; y la teoría *neoinstitucionalista* de Neil MacCormick y Ota Weinberger, que define el derecho como *institución* en el sentido de *hecho institucional*, en el sentido de *dimensión de posibilidad* de los hechos cuya existencia presupone la existencia de *instituciones* como *conjuntos de reglas constitutivas*.

Particularmente relevante resulta a mi juicio la novedosa contribución de Lorini sobre el pensamiento (casi completamente desconocido) de Goretti, y en particular sobre su tesis según la cual la *juridicidad* no se predica primariamente de las normas (como había sostenido tradicionalmente el normativismo), ni se predica primariamente del ordenamiento (como había sostenido por ejemplo Bobbio en contraposición al normativismo), sino que se predica primariamente de los *institutos*. La *juridicidad* es así para Goretti un atributo que los *institutos* tienen independientemente de las normas y del ordenamiento, y que se extiende además a los actos jurídicos: también la *juridicidad* de un acto es relativa a un *instituto*, por lo que un acto no es nunca intrínsecamente jurídico, sino que sólo puede ser considerado como *acto jurídico* si existe el correspondiente instituto jurídico. Concretamente, Goretti define los institutos jurídicos como «acciones típicas y constantes» que resultan de la repetición continuada de comportamientos análogos con independencia de los actos legislativos *nomothéticos*. El legislador no crea,

sino que sólo reconoce, los institutos jurídicos, que materializan a juicio de Goretta la conversión de *finalidades subjetivas* en *realidades objetivas*.

La segunda parte, *Due paradigmi dell'istituzionale*, está dedicada a dos paradigmas conceptuales: al paradigma de Searle que opone los hechos *brutos* a los hechos *institucionales*, y al paradigma de Znamierowski, que opone los hechos *psicofísicos* a los hechos *téticos*. En relación con este último paradigma, Lorini analiza con rigor la *teoría de los objetos jurídicos* de Reinach (a la que se remonta Znamierowski), en la que los objetos jurídicos quedan caracterizados por la temporalidad, por la no naturalidad, por la no positividad y por la no predicabilidad de sus atributos accidentales (ya que, a diferencia de lo que ocurre respecto a los objetos físicos, respecto a los objetos jurídicos no cabe predicar atributos accidentales que conciernen al objeto en su propia individualidad, no cabe una *predicación idiográfica*, sino que sólo cabe predicar de ellos atributos esenciales, universales, necesarios: sólo cabe una *predicación eidética*). El derecho subjetivo o *pretensión* (*Anspruch*) y la obligación (*Verbindlichkeit*) son dos objetos jurídicos fundamentales a los que Reinach les niega expresamente el atributo de la psicofisicidad. Es evidente que ni la pretensión ni la obligación son objetos físicos, pero tampoco son a juicio de Reinach objetos psíquicos porque no requieren la existencia del correlativo estado de conciencia.

No obstante, de la *no psicofisicidad* de objetos jurídicos como la pretensión o la obligación tampoco se deriva, como resalta Lorini, su *idealidad*. La pretensión y la obligación no son objetos ideales porque son temporales, porque, en palabras de Reinach, «tienen una determinada duración», «nacen, subsisten por un determinado tiempo y finalmente se extinguen», y porque además requieren como condición necesaria de su existencia un portador (*Träger*), un contenido (*Inhalt*) y un opositor (*Gegner*).

La tercera parte, *Teoria dell'oggetto istituzionale*, está dedicada al estudio de los principales cuatro rasgos de los fenómenos institucionales: la *socialidad* de los hechos institucionales, la *convencionalidad* de los actos institucionales (convencionalidad relativa a la *ejecución* del acto y al *significado* del acto), la *culturalidad* de los objetos institucionales y la *simbolicidad* de los objetos institucionales. Asimismo, en esta tercera parte Lorini rechaza la complementariedad entre el mundo bruto y el mundo institucional, y en particular trata de demostrar la *no institucionalidad* de determinados objetos, tradicionalmente considerados como objetos institucionales, que entrarían en una tercera categoría: por ejemplo, determinados objetos corporales (los *objetos ideales vinculados* de Husserl, los *objetos culturales* de Cassirer y Cossio, los *objetos irreales limitados* de Gioja y los *objetos sociales* de Znamierowski) y determinados objetos incorpóreos (los *objetos ideales* de Gardies y los *objetos sociales incorpóreos* de Znamierowski).

La cuarta parte, *Tre teorie dell'istituzionalità*, está dedicada a la convergencia de la teoría institucionalista con otras tres teorías reinterpretables desde la perspectiva de la institucionalidad: la teoría de las reglas constitutivas, la teoría de los actos *théticos* y la teoría de la validez pragmática:

a) En términos de reglas constitutivas, la teoría de la institucionalidad hace depender el carácter institucional de los fenómenos de su interpretación en el contexto de sistemas de reglas constitutivas. En concreto, Lorini hace referencia a la teoría de los *actos lingüísticos* de Searle, a la teoría de la *teticidad* de Znamierowski, a la teoría de los *actos convencionales* de Snare, a la

teoría de los *actos psicosociales* de Gardies, a la teoría de las *reglas eidético-constitutivas* de Conte y a la teoría de los *hechos institucionales* de MacCormick.

b) En términos de actos *théticos*, la teoría de la institucionalidad hace depender el carácter institucional de los fenómenos de su *theticidad*, de su producibilidad mediante actos *théticos* o de *posición*. Tras analizar el concepto de *acto thético*, Lorini distingue cuatro teorías de la *institucionalidad thética* (la teoría de las *declaraciones* de Searle, la teoría de las *proposiciones constitutivas* de Carcaterra, la teoría de los *actos psicosociales* de Gardies y la teoría de los *actos lingüísticos théticos* de Conte) y alude a los límites de la *constitutividad thética* en Reinach y en el propio Searle.

c) En términos de validez pragmática, la teoría de la institucionalidad hace depender el carácter institucional de los fenómenos de la posibilidad de que se pueda predicar de ellos una validez pragmática. En particular, Lorini se centra en la sugerente tesis de Gizbert-Studnicki según la cual la invalidez pragmática *praxeonómica* (la invalidez derivada del incumplimiento de condiciones *puestas por reglas*) *no* es un predicado psicofísico.

La quinta parte, *Livelli dell'istituzionale*, está dedicada a los diferentes «niveles de institucionalidad»: el nivel del *pragmema*, el nivel de la *praxis* y el nivel de la *practice*.

El nivel institucional más bajo es el del *pragmema* o *acto* institucional, unidad mínima de acción institucional sólo perceptible desde la perspectiva de las reglas constitutivas que lo constituyen. El siguiente nivel institucional es el de la *praxis* o *actividad* institucional, cuya existencia no presupone forzosamente la existencia de *pragmemas*. La *praxis*, asimismo condicionada (suficiente y necesariamente) por las reglas constitutivas de cada institución, carece (a diferencia de la *practice*) de *sentido noético*, es *sinéticamente* indiferente o neutra. El último nivel institucional es el de la *practice* o actividad institucional *significante*, provista de *sentido noético* (por ejemplo, de sentido lúdico, de sentido coercitivo, de sentido ritual, de sentido performativo, de sentido declarativo...). Para situarse al nivel de la *practice* no es suficiente conocer las reglas constitutivas que la constituyen, sino que es también necesario conocer el tipo de *sentido noético* de la acción institucional correspondiente.

Lorini acaba esta última parte refiriéndose a los límites de la actividad normativa en tanto que actividad creadora de entidades institucionales; en particular, se refiere a los límites de determinación de la *intensión* de entidades institucionales, a los límites de determinación de la *extensión* de entidades institucionales y a los límites de *producción* de estados de cosas institucionales.

Carlos ALARCÓN CABRERA

**LLANO, Alejandro: *Humanismo cívico*, Barcelona, Ariel Filosofía, 1999, 318 pp.**

En los últimos años han pasado a un primer plano algunos de los problemas que venían padeciendo nuestras sociedades democráticas y que nunca, hasta el momento, habían sido tratados de forma tan explícita y urgente por el pensamiento político. Parece como si los conceptos y paradigmas explicativos que veníamos utilizando estuvieran ya desgastados después de años, y siglos, de uso y abuso; términos como soberanía, ciudadanía, representación o participación parecen incapaces de explicar la creciente complejidad del mundo político y requieren ser sustituidos o reinterpretados de un modo original que los saque de su estática esterilidad. El creciente desencanto que sufren nuestras sociedades se manifiesta en la falta de una mayor participación ciudadana, en la escasa atención a la diversidad y a las situaciones de marginación social.

Esta última obra de Alejandro Llano trata los temas más actuales que vienen preocupando a ilustres Catedráticos/as de Filosofía Moral y Política, como Adela Cortina, Carlos Thiebaut, Victoria Camps o Eugenio Trías, entre otros muchos, cuyas reflexiones se han ido publicando recientemente. El primer interés de la obra que comentamos es que refleja de manera cabal esta crisis sin hurtar a la reflexión y a la razón ese espacio que por derecho les corresponde y desde el que cabe recuperar el sentido profundo de los ideales que inspiraron la modernidad política. La democracia moderna ha posibilitado una libertad sin precedentes en la historia, pero lo que se cuestiona en este libro es el posible atasco de ese proyecto. A juicio del autor, ese proyecto representa una «primera modernidad» cuyas concepciones del hombre y de las relaciones sociales han estado vigentes durante más de tres siglos, pero en la actualidad se encuentran teórica y prácticamente descalificadas. Agotado un constructo social cuyos elementos estructurales son el Estado, el mercado y los medios de comunicación social, Habermas ha denunciado reiteradamente los riesgos que conlleva de insolidaridad y desertificación de la vida. La quiebra entre el aparato burocrático y la vida real de los ciudadanos fomenta directamente una irresponsabilidad ciudadana que se acaba conformando con cambiar posibilidades de participación en las iniciativas sociales por prestaciones recibidas. En definitiva, afrontamos el riesgo de que nuestras democracias evolucionen hacia formas prácticas de democracia totalitaria; lo que ya Tocqueville calificó como «despotismo blando».

Pero el propósito de esta obra no es realizar un diagnóstico pesimista de nuestra sociedad política sino que se caracteriza por la búsqueda de caminos por los que un humanismo cívico pueda irrumpir entre las grietas del sistema, vitalizándolo. Llano señala que las raíces del debilitamiento del Estado de bienestar provienen de la ignorancia de las fuentes que le dan sentido, de las vitalidades de los ciudadanos y de los grupos primarios. Y, paradójicamente, en los últimos años observamos cómo a nuestro alrededor están ascendiendo iniciativas de responsabilidad ciudadanas y de humanismo civil que nos permiten alumbrar una «segunda modernidad», protagonizada por la presencia activa de una ciudadanía reflexiva; lo que se va haciendo cada vez más perceptible es la existencia de un tejido social de carácter prepolítico y preeconómico que se mueve en el ámbito de la cultura, que opera por cuenta propia sin necesidad de permisos o subvenciones. La «segunda modernidad» se caracterizaría por el afán de librarse de un individualismo que, como

Charles Taylor ha señalado, amenaza con dejar incumplidos los objetivos de la modernidad ilustrada. Lo que le falta a la «primera modernidad» es recuperar el protagonismo de los ciudadanos, su capacidad de participación política y la relevancia de sus iniciativas comunitarias.

El enfoque comprensivo que adopta esta obra supone que el nivel conceptual decisivo no es el político o el económico, sino el plano cultural y social. Consiste básicamente en un nuevo acercamiento a las realidades sociales en el que las personas recuperen el protagonismo, pero no en su aislamiento individualista sino en su solidaridad interpersonal. El humanismo cívico se podría definir como la actitud que fomenta la responsabilidad de las personas y comunidades ciudadanas en la orientación de la vida política. Se trata, por lo tanto, de una propuesta humanista, porque estima que el respeto a la libre iniciativa de los ciudadanos es un correlato de su dignidad como personas. Tres son las propuestas esenciales de este programa: 1. dotar a las personas reales y concretas del protagonismo que realmente les pertenece; 2. destacar la importancia de las comunidades como ámbitos decisivos para el pleno desarrollo de las personas, y 3. recuperar el valor de la esfera pública como garantía de las libertades sociales y de la vida de las comunidades.

Las propuestas de Llano se alejan de los comunitaristas que pretenden aportar un sentido comunal al propio aparato del Estado. Tampoco cree en la «tercera vía» tal y como la presenta Anthony Giddens, ya que, en su opinión, no aporta ningún componente novedoso, mientras que sigue enfatizando un individualismo que representa equívocamente los símbolos de la izquierda europea. Cabría pensar, por lo tanto, que nos encontramos ante una reivindicación de la sociedad civil, pero Llano nos aleja de esta interpretación cuando rechaza la fácil y tópica apelación a la sociedad civil frente al Estado. Llano la considera ambigua y carente de fuerza para configurar una auténtica comunidad humana; ambigua porque parece revitalizar la iniciativa social frente al Estado, pero apela para ello a una instancia –la económica– cuyo funcionamiento es tan mecánico e impersonal como el de la Administración pública. El actual discurso sobre la sociedad civil toma como campo de referencia el mercado sospechosamente espontáneo y neutral; es el mismo pensamiento único de cuño neoliberal que logra altas cotas de eficacia en la gestión a costa de ensanchar las diferencias sociales y de aislar a los individuos. Llano considera que la apelación al mercado conserva el mismo esquema de abstracción individualista, sólo que variando las cuotas del reparto. Y como destaca Hannah Arendt, una sociedad reducida a un puzzle de individuos aislados está siempre al borde del totalitarismo.

Se trataría, más bien, de dar paso a un nuevo modelo de pensar las realidades sociales que sustituyera el esquema técnico-económico por el paradigma ético de la comunidad política que proviene de la tradición aristotélica. Dicho paradigma es flexible permitiendo desburocratizar y desmercantilizar las relaciones para así liberar las vitalidades que laten en la sociedad. De este modo se podría encauzar la rica sensibilidad posmoderna más allá del estéril esquema del Estado nacional. El núcleo de esta propuesta consiste, por lo tanto, en fomentar la creciente participación política y el reforzamiento de las comunidades a escala humana que ya se vislumbra en fenómenos actuales como la eficacia del voluntariado o el papel que están jugando las organizaciones no gubernamentales de promoción y asistencia a los más necesitados. La respuesta frente al pensamiento único dominante



consiste, a juicio del autor, en una renovación de la cultura política en la que se valore la participación, tanto en los niveles de gobierno como en las asociaciones voluntarias.

Rawls y Rorty han venido reiterando la importancia de un acercamiento democrático al problema de la justicia lo cual exigiría relegar las argumentaciones acerca de lo que se considera bueno al ámbito privado. Por el contrario, Llano considera que estos autores parten de un pluralismo entendido como antagonismo insalvable. Las distintas concepciones acerca de lo bueno no serían más que obstáculos que impiden el consenso social. Por ello, estos autores confían en una solución mecánica y neutral; en el logro de un procedimiento que permita adoptar decisiones justas sin comprometerse con ninguna concepción acerca de lo bueno y lo malo. La paradoja que resulta es que se parte de un humanismo que defiende la libertad de todos, y se llega al máximo de inhumanismo porque las decisiones acaban siendo dejadas en manos de expertos; expertos que son los únicos capaces de realizar el «interés general» y que utilizan expresiones como «la única política económica posible» al margen de los ciudadanos.

El hecho claro es que la quiebra entre ética pública y privada nos ha conducido inevitablemente a configuraciones tecnocráticas, en las que el ciudadano corriente queda marginado. El esfuerzo por borrar de la argumentación pública las propias convicciones está empobreciendo nuestros discursos y erosionando los recursos cívicos necesarios para que exista una auténtica participación. El propio Rawls ha reconocido recientemente la necesidad de un *overlapping consensus* a partir concepciones comprensivas acerca del bien.

Uno de los grandes aciertos de esta obra es su insistencia en subrayar que el problema de fondo presenta una índole claramente epistemológica. Nuestras discusiones políticas están profundamente relacionadas con el modo que tenemos de entender el conocimiento sobre las cuestiones prácticas y del lugar que otorgamos a la ética en nuestras vidas y en nuestras relaciones. Si cerramos de antemano la posibilidad de un cierto conocimiento de la naturaleza humana y de la valoración de sus acciones, no tendrá sentido hablar de humanismo cívico. Como destaca Llano, el anticognitismo no es capaz de fundamentar el sentido de la dignidad del hombre ni de los derechos que le pertenecen. Por ello, siguiendo a MacIntyre, propone un cambio del paradigma de la certeza al paradigma de la verdad y reivindica el concepto de tradición de pensamiento destacando la dimensión esencialmente narrativa que la razón humana posee.

Personalmente, destacaría que la apuesta decidida por humanizar nuestras relaciones políticas pasa necesariamente por recuperar el diálogo racional como método de la razón política en una sociedad democrática participativa y pluralista. De otro modo, la razón pública se convierte en una técnica con tendencia totalizante.

Por mi parte, no me cabe la menor duda de que una visión dialógica del individuo es correcta. Hay que mantener que éste se hace a través de sus relaciones con los demás; que el ser humano es capaz de trascender su propia naturaleza y alcanzar su propia plenitud a través de las realidades sociales y personales en las que se incardina. La gran dificultad para mí está en conjugar el estatuto de interdependencia respecto a los demás con la irreductible personalidad y autonomía moral que también reconocemos en el sujeto. Inevitablemente, nos vemos abocados a una discusión metafísica y antropológica.

Puede que esta postura reciba acusaciones de idealismo conservador, o de presentar propuestas ingenuas e irrealizables. En mi opinión, lo que pretende es corregir las patologías del modelo social imperante y en ese sentido poco merece el calificativo de conservador o conformista. Puede que Nietzsche nos diera una solución más original pero, como pone de relieve el autor en las páginas finales, hoy en día, Nietzsche ya no resulta subversivo porque, paradójicamente, ha pasado a formar parte de la conciencia burguesa, de la comercialización y del consumo. Resulta más subversivo atreverse hoy a defender una actitud decididamente humanista.

Rubén ORTEGA COTARELO

**PETTIT, Philip: *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción de Toni Domènech, Ediciones Paidós Ibérica, S. A., Barcelona, 1999.**

I. Philip Pettit se suma con esta obra a un creciente número de autores (Skinner, Sunstein o Braithwaite, entre otros) que en los últimos años se han propuesto recuperar la tradición republicana, a la que consideran una alternativa global, a las dos corrientes filosófico-políticas preponderantes en la actualidad, a saber, el liberalismo y el comunitarismo. Pero no es ésta la primera incursión de Pettit en este terreno, sino que el presente libro supone una continuación del anterior, *The Common Mind* (1993), en el que proponía una «filosofía social alternativa, a la vez antiolecionista y antiatomista» y donde esbozaba algunas de las implicaciones de ésta para la teoría política, indicando lo atractivo que resultaría el republicanismo para quien compartiera este punto de vista.

La tradición republicana a la que nos referimos es la de Cicerón; la del Maquiavelo de los *Discursos* y de otros varios autores de las repúblicas renacentistas italianas; la de James Harrington y un buen número de pensadores menos conocidos durante y después de la Guerra Civil y de la *Commonwealth* inglesa; y, en fin, la de muchos teóricos de la Norteamérica y la Francia del siglo XVIII.

El hilo conductor de todos ellos hay que buscarlo en un concepto de libertad propio, y distinto de las clásicas dicotomías de Constant y Berlin. Se trata de la *libertad como no-dominación*, cuyo fin consistiría en garantizar a todos los ciudadanos un estatus social que les permitiera estar a salvo de la interferencia arbitraria de los demás y ser capaces de disfrutar de una situación de seguridad y de paridad respecto a ellos.

Constituye, por tanto, esta concepción de libertad la espina dorsal del concepto de ideal republicano manejado por Pettit –y de todo el libro que comentamos–. Más adelante volveremos a esta noción, pero señalaremos como anticipo que se trata de una idea de libertad cuya consecución descansa de lleno en el Estado y en sus funcionarios (Harrington afirmaba que la libertad en sentido propio era la libertad *merced* a las leyes y no *frente* a las leyes), y que, en palabras del propio Pettit, trata de evitar el agravio de «tener que vivir a merced de otros, de tener que vivir de manera tal que nos volvamos vulnerables a algún mal que otro esté en posición de infligirnos arbitrariamente. Es el agravio expresado por la mujer que se halla en una situación tal que su marido puede pegarle a su arbitrio, sin la menor posibilidad de cambiar las cosas; por el empleado que no osa levantar queja contra su patrono, y que es vulnerable a un amplio abanico de abusos que éste puede arbitrariamente perpetrar; por el deudor que tiene que depender de la gracia del prestamista, del banquero de turno, para escapar al desamparo manifiesto o a la ruina; y por quienes dependen del bienestar público, que se sienten vulnerables al capricho de un chupatintas para saber si sus hijos van o no a recibir vales de comida».

Pero los republicanos no se limitaron a ofrecer una interpretación distinta y específica de lo que entraña la libertad, sino que le asignaron el papel de valor político supremo, presentando la no-dominación como única vara con que medir y juzgar la constitución social y política de una comunidad. En cuanto al antimonarquismo, fue éste, sin duda, un rasgo recurrente de la tradición republicana, sobre todo durante la Guerra Civil inglesa y tras las revo-

luciones norteamericana y francesa. Pero los republicanos eran antimonárquicos sólo en la medida en que consideraban que un monarca buscaría inevitablemente el poder absoluto y arremetería contra el tipo de libertad que ellos defendían. Así, no tuvieron inconveniente en aceptar, por ejemplo, la monarquía constitucional que hallaron en la Inglaterra del siglo XVIII: «una nación (según Montesquieu) en la que la república se amaga bajo la forma de monarquía».

Este ideal se mantuvo vivo hasta finales del siglo XVIII, momento a partir del cual se vio eclipsado por las teorías liberales, puesto que, a medida que se fue imponiendo la convicción de que todos los seres humanos son iguales y que como tales tienen que ser tratados, a medida que se ampliaba el concepto de ciudadanía de manera que ésta ya no se circunscribía sólo al reducido número de los varones propietarios, comenzó a parecer cada vez menos realista el viejo concepto republicano de libertad y la aspiración de hacer a todos los ciudadanos libres en este sentido. Si había que moldear la libertad como un ideal para todos los ciudadanos, entonces había que reformularla en términos menos exigentes.

Sin embargo, desde hace unas décadas, el ideal republicano (o, más bien, *neorepublicano*) ha sido *redescubierto* y reformulado en sus aspectos más anacrónicos, aumentando día a día el número de aquellos que piensan que debería recuperarse esta tradición y reintroducirla como una idea universal para todos los miembros de la sociedad contemporánea.

Por lo que respecta a la estructura de la obra, ésta se presenta dividida en dos partes bien definidas. La primera trata de dar cuenta de las ideas fundamentales del republicanismo actual, centrándose —como no podía ser de otra forma— en la noción republicana de libertad como no-dominación, esbozando el ascenso y declive de tal concepción, contrastándola con las visiones negativa y positiva de la libertad y, por último, señalando sus ventajas, a la vez que defendiendo la necesidad de seguir considerándola como un ideal político viable y esencial.

En la segunda parte se aborda el concepto de Estado republicano, sus políticas, sus objetivos y sus fines (básicamente, la consecución de la libertad republicana). Se analizan aquí cuáles habrían de ser las instituciones propias de este modelo de Estado, orientadas a la consecución de esos objetivos, y la relación entre éstas y la sociedad civil —basada en las virtudes cívicas y la confianza mutua—. Y, por supuesto, no se descuida una indagación en la civilización de la República, en cuál sea el ciudadano republicano ideal y cómo lograrlo.

II. Como ya ha quedado apuntado, todo el entramado teórico del republicanismo, según Pettit, descansa en un concepto propio de libertad al que él llama *libertad como no-dominación*.

Siguiendo al autor, la distinción, que hiciera célebre Isaiah Berlin, entre libertad negativa y positiva ha hecho un mal servicio al pensamiento político, pues se ha alimentado la ilusión filosófica de que sólo hay dos modos de entenderla, obviándose la validez teórica y la realidad histórica de una tercera perspectiva (la republicana), diferente a ambas. Las diferencias entre libertad negativa y libertad republicana, habría que buscarlas en los distintos males que cada una quiere evitar: la *interferencia* en el primer caso; la *dominación* en el segundo. Podemos describir esta última como aquella situación en la que la parte dominante puede interferir de manera arbitraria en las elecciones de la parte dominada, a partir de un interés o

una opinión no necesariamente compartidos por la persona afectada, sin tener por qué buscar la venia de nadie, y sin temer ningún tipo de oposición o de represalia.

Por otra parte, es posible sufrir dominación sin interferencia y, al contrario, interferencia sin dominación. Así, yo puedo estar dominado por otro sin que éste interfiera efectivamente en ninguna de mis elecciones. Podría ocurrir que mi amo tuviera una disposición afable y no interfiriente, o podría suceder, simplemente, que yo fuera lo bastante hábil –o servil– para salirme siempre con la mía y acabar haciendo lo que quiero. Sufro dominación en la medida en que tengo un amo, disfruto de no-interferencia en la medida en que éste no interfiere. Y también puedo sufrir interferencia sin ser dominado, esto es, sin relacionarme con nadie como esclavo o sometido. Supongamos que se permite a otra persona o a una institución interferir en mi actividad sólo a condición de que la interferencia tenga como finalidad la promoción de mis intereses y se haga de acuerdo con opiniones que yo comparta, de forma que, en caso contrario, su intrusión quede bloqueada o esté sujeta a un castigo disuasorio. En este caso, la persona en cuestión se relaciona conmigo en calidad, no de amo, sino más bien al modo de un agente que disfruta del poder de gestionar mis asuntos. Se trataría, por tanto, de una interferencia no arbitraria y, por ello, no dominante.

Pues bien, este tipo de interferencia sería completamente conforme al concepto republicano de libertad, no suponiendo ningún menoscabo de la misma. En definitiva, hay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando no es arbitraria y no representa una forma de dominación, es decir, cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados, y sirve a los primeros de acuerdo con las segundas.

Los beneficios de la no-dominación, frente a la no-interferencia, saltan a la vista. Padecer la realidad o la expectativa de la interferencia arbitraria es padecer un mal que rebasa con mucho el de ver estorbadas intencionalmente nuestras elecciones; supone tener que soportar un alto nivel de incertidumbre, pues el fundamento arbitrario en que descansa esa interferencia significa que no puede predecirse cuándo nos va a acometer. Esta incertidumbre hace mucho más difícil la planificación que en el caso de la interferencia no arbitraria y tiende a generar altos niveles de ansiedad e inseguridad.

Otra de las ventajas que Pettit encuentra en el republicanismo se refiere al hecho de que se trata de un ideal intrínsecamente igualitario. Así, quienes se declaran partidarios de la libertad como no-interferencia, pero no quedan normativamente satisfechos con el *Estado mínimo*, apelan generalmente a otros valores que funcionan como criterios independientes de evaluación política: valores como la igualdad, el bienestar o cualquier otro. En cambio, la libertad como no-dominación no necesita este tipo de suplementos, pues para su consecución exige, ya de entrada, a las instituciones que los garanticen.

En este sentido, el presupuesto de que todos los individuos tienen que contar por uno, y ninguno por más de uno –que distingue al *neorrepublicanismo* de sus variantes premodernas– incorpora ya un compromiso igualitario, pues implica que la comunidad política ha de tratar a los individuos como iguales. Igualdad que, si bien no tendría por qué llegar a ser material (pues de lo que se trata es de lograr una igual intensificación de la no-dominación, pero no necesariamente una igual extensión del alcance de las opciones no-dominadas), sí que debería configurarse, al menos, como lo

que Pettit denomina *igualitarismo estructural*. Esto significa que la no-dominación debe distribuirse igualitariamente, pues la intensidad de este tipo de libertad de que disfruta una persona —es decir, el nivel de su protección— no está sólo en función de los poderes que le capacitan para rechazar o disuadir la interferencia arbitraria de otros, sino también de aquéllos de los que esos otros disponen —está, por tanto, en función de su tasa de poder en el conjunto de la sociedad—, por lo que para lograr la igualdad habrá que disminuir los poderes de los poderosos o incrementar los de la otra parte (o bien, ambas cosas a la vez).

Podemos ejemplificar lo que decimos si consideramos que el poder del marido sobre su mujer, su dominación sobre ella, se verá drásticamente reducida conforme el poder de ésta se incrementa, a medida que ambos son más iguales, tanto legal como materialmente (en aspectos tales como la educación, expectativas de empleo, etc.).

III. Pero la obra de Pettit no se limita a reformular los ideales republicanos desde una perspectiva moderna, sino que también pretende dar cuenta de sus posibles proyecciones políticas, encaminadas a la configuración de un Estado republicano. Para ello, claro está, parte de los materiales legados por los antiguos autores de esta tradición, pues éstos, sin duda, han de servir de referencia en esta labor; sin embargo, con este libro no trata de revivir una concepción perdida de la vida pública, sino de explorar una idea nueva de lo que ésta podría llegar a ser. El reto consiste en mostrar que, sin perder de vista el viejo ideal republicano, es posible construir, sobre esa base, una imagen moderna de las instituciones republicanas —que no estarían, por otra parte, tan alejadas de las que actualmente tenemos como para que éste parezca un proyecto utópico.

Como hemos visto, los republicanos son menos escépticos ante el intervencionismo estatal que quienes defienden la libertad como no-interferencia; y son más ambiciosos en cuanto a los males sociales que el Estado está obligado a erradicar para evitar, en la medida de lo posible, las situaciones de dominación de unos ciudadanos sobre otros. ¿Significa esto que están a favor de un Estado *hinchado*? Depende de lo que entendamos por tal, pues son partidarios de un sistema que confiera al Derecho y al Estado un respetable número de responsabilidades, pero radicalmente contrarios a dotar a las autoridades, o incluso a las mayorías, de un elevado grado de poder y discreción. De lo que se trata es de que el Estado sea capaz de reducir los efectos dominadores del *dominium* privado, pero manteniéndose alertas ante el peligro de conferirle la posibilidad de un *imperium* público.

La intervención del Estado debería, por su parte, involucrarse en cinco grandes áreas políticas, a saber, la defensa exterior, la protección interior, la prosperidad económica, la vida pública y la independencia personal. Creo interesante detenernos brevemente en ésta última, pues representa una de las señas de identidad del republicanismo actual. Un Estado que esté comprometido con la causa de la libertad como no-dominación entre sus ciudadanos debería garantizarles su independencia socioeconómica, esto es, la posibilidad de operar normal y propiamente en nuestra sociedad, sin necesidad de mendigar o tomar prestado de otros, y sin tener que depender de la beneficencia pública. Por tanto, todos deberían tener cubiertas una serie de necesidades básicas que, si bien pueden diferir de una sociedad a otra, parece evidente que en una sociedad contemporánea abarcarían, al menos, el acceso a

bienes, tales como la educación, la sanidad, la información o la formación profesional, entre otros.

Y ¿cuál sería la organización ideal de este Estado? ¿cómo debería estructurarse para evitar la dominación de unos ciudadanos sobre otros, garantizando al mismo tiempo que la interferencia estatal entrañe poca o ninguna arbitrariedad?

Un primer *desideratum* sería dejar el menor margen posible al ejercicio del poder arbitrario, de manera que no se permitiera a nadie la manipulación a su capricho personal de las instituciones y las iniciativas a que tenga acceso. Para ello, habría que satisfacer tres condiciones genéricas. La primera es que el sistema constituya un «imperio de la ley y no de los hombres» (como ya señalara James Harrington); la segunda, que se produzca una auténtica *dispersión de poderes*, que vaya más allá de la mera separación de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, con medidas como el bicameralismo, la federalización del territorio o la transferencia de poder a organismos internacionales, y la tercera, que las leyes se hagan relativamente resistentes a la voluntad de la mayoría.

Pero, además, habrá que asegurarse de que las autoridades republicanas se adecuarán de modo estable y fiable a las pautas exigidas para la promoción de la libertad como no-dominación. En este sentido, la tradición republicana siempre ha sido pesimista respecto de la corruptibilidad de los seres humanos en posiciones de poder, sin menoscabo de su relativo optimismo respecto de la naturaleza humana en cuanto tal. Así, hizo suyas las advertencias ciceronianas ante el espectro de un liderazgo corruptible, pronto a desembocar en tiranía en ausencia de escrupulosos controles y contenciones; y consideró acertada la afirmación de Maquiavelo en el sentido de que el legislador tenía que hacer provisiones pesimistas sobre las personas en posiciones de poder, pues «siempre actuarán según la mezquindad de su espíritu, con sólo que se les deje margen bastante para ello». Puede que quienes detentan el poder no sean corruptos, pero siempre serán corruptibles.

Entonces, ¿cómo podemos garantizar una República saludable y estable? ¿podemos confiar en los efectos de la virtud ciudadana? ¿podemos confiar en la educación, en la socialización, en la profesionalización y en cosas por el estilo? Por supuesto no iríamos a ninguna parte sin ellas, pero nadie puede pretender seriamente que basten por sí mismas para prevenir la corruptibilidad, por lo que se hace necesario, además del sistema de contrapoderes ya visto, la implantación de un sistema de controles –fundamentalmente los dos que el autor denomina como *sanciones y cribas*.

En cuanto a la virtud ciudadana –a la que se dedica el último capítulo del libro–, se considera, como hemos visto, una cualidad imprescindible de la República. Las instituciones propuestas son indispensables para promover la concepción republicana de la libertad, pero no son suficientes: «sólo ganarán vida y cobrarán impulso si se hacen sitio en los corazones de las gentes». Si la sociedad no se identificara generalmente con esas instituciones, si las contemplara como imposiciones externas, por ejemplo, entonces no tendrían posibilidad de sobrevivir, pues no puede esperarse eficacia de un sistema jurídico en el que las leyes no conciten una medida considerable de adhesión y respeto; por lo que éstas han de estar encauzadas en una red de normas sociales que funcionen, con independencia de la coacción estatal, en el seno de la sociedad civil.

La importancia de disponer de este tipo de normas cívicas fue reconocida muy tempranamente en la tradición republicana. Maquiavelo, por ejemplo, deja muy claro que no hay posibilidad de observancia forzosa de las leyes republicanas en una sociedad que no esté ya caracterizada por sus *buoni costumi*, por su buena moral. Sostiene que «así como las buenas costumbres necesitan, para mantenerse, de las leyes, así también las leyes, para ser observadas, tienen necesidad de las buenas costumbres». Y, precisamente, para muchos, es ésta la nota distintiva de la tradición republicana, que se destacaría primordialmente, no por su distinta concepción de la libertad, ni tampoco por su idea de las formas que debería adoptar el constitucionalismo o la democracia, sino por su insistencia en la necesidad de la virtud ciudadana —de lo que Pettit denomina su *civilidad*.

Pero ¿qué puede hacer el Estado republicano para facilitar la aparición y el buen funcionamiento de la civilidad que se necesita? Mucho; pero lo fundamental sería asegurar que las leyes en cuestión se consideren establecidas, en la percepción común, como intervenciones legítimas en la vida civil. El sistema de leyes debe dar respuesta a las preocupaciones que se les suscitan a los ciudadanos, y la mejor manera que tiene la República de hacer esto es convirtiéndose en una *democracia disputatoria* efectiva.

Entramos, así, de lleno en otra de las ideas básicas de esta obra, que, de paso, nos sirve para diferenciar el concepto de libertad republicana frente a aquella que Berlin denominara como positiva. Frecuentemente se señala a este tipo de libertad como uno de los rasgos de identidad del republicanismo; sin embargo, aun cuando esta tradición halla importante la participación democrática, no la considera un valor básico incommovible; se estima que puede ser esencial para la República, pero sólo porque resulta necesaria para promover el disfrute de la libertad como no-dominación, no por sus atractivos intrínsecos, no porque la libertad, según sugeriría una concepción positiva, no sea ni más ni menos que el derecho a la participación democrática.

Por el contrario, el concepto de democracia que defiende la tradición republicana es aquél de acuerdo con el cual la *disputabilidad* ocuparía el lugar usualmente reservado al consentimiento: lo que realmente importa no es que el gobierno haga lo que diga el pueblo, sino que, so pena de arbitrariedad, el pueblo pueda siempre controvertir y oponerse a lo que haga el gobierno. Por tanto, lo que se requiere para que no haya arbitrariedad en el ejercicio de un determinado poder no es el consentimiento real a ese poder, sino que el Estado se guíe por ciertos intereses e interpretaciones relevantes y compartidas por los afectados y que éstos tengan la posibilidad permanente de disputarlo, esto es, que exista la posibilidad de que los miembros de la sociedad, procedan del rincón que sea, puedan contradecir el supuesto de que los intereses y las interpretaciones que guían la acción del Estado son realmente compartidos, alterando, en su caso, sus decisiones. A menos que esa posibilidad de disputa esté garantizada, el Estado puede fácilmente llegar a tener una presencia dominante con respecto a los miembros de una etnia, una cultura o un género marginados. Por tanto, no se comparte el concepto populista de democracia, de acuerdo con el cual todo va bien con tal de que mande la mayoría, pues el poder de ésta puede entrañar la dominación ejercida sobre grupos minoritarios, de modo que nadie que rechace la dominación puede aceptar un mayoritarismo sin restricciones.



En síntesis, a diferencia de los enfoques comunitaristas y populistas, para quien el pueblo, colectivamente representado, sería el amo y el Estado el siervo, y que defienden la democracia directa o asamblearia, la tradición republicana, en cambio, ve al pueblo como fideicomitente, tanto individual como colectivamente, y al Estado como fiduciario –entiende que el pueblo confía al Estado la tarea de administrar un poder no-arbitrario– y se muestra convencida de que la democracia directa puede a menudo convertirse en algo perverso: en la tiranía de la mayoría.

Ramón RUIZ RUIZ

**PICONTÓ NOVALES, T., *En las fronteras del derecho. Estudio de casos y reflexiones generales*, Dykinson, Madrid, 2000.**

A través de las páginas de su libro, Teresa Picontó se interna en cuestiones de interés para la Filosofía del derecho, y nos propone en tres capítulos dos casos prácticos y una reflexión final, una forma sugerente de afrontar el conocimiento del derecho actual, de lo que significa, lo que pretende, sus transformaciones y los problemas que en relación a él deben afrontar hoy, tanto los teóricos como los prácticos del derecho.

En este sentido, resulta útil tener en cuenta cuál es el origen del libro que aquí se presenta, pues como dice Teresa Picontó en la introducción-presentación, se trata de «una reflexión realizada con motivo de la elaboración del “Proyecto docente e investigador” para un concurso a una plaza de Profesor titular de Filosofía del Derecho, con un perfil de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica». Y, del mismo modo, y aunque pueda parecer algo obvio, que no siempre lo es, también nos resulta de utilidad para adentrarnos en la lectura del libro el título del mismo, *En las fronteras del derecho: estudio de casos y reflexiones generales*, pues en él se nos indica una de las líneas transversales que atraviesan el trabajo. La consideración del derecho como un instrumento que no es en absoluto aséptico, sino que, tanto en lo que respecta a su producción, como, sobre todo, en lo que al libro se refiere, en su aplicación, es un instrumento en el que intervienen cuestiones políticas y morales que ponen sobre la mesa los tradicionales problemas de las relaciones derecho-moral y de la legitimidad del derecho. Junto a esta cuestión, otro de los temas transversales en el trabajo de Teresa Picontó es el del derecho regulativo, el derecho característico del Estado social, del que dice la autora en la introducción que es «un tipo de derecho teleológicamente orientado, poroso a la incidencia de factores políticos y profesionales en su aplicación, abierto y discrecional en su realización».

A la primera de las cuestiones, la de las implicaciones política-moral-derecho, dedica, sobre todo, el capítulo I del libro, «Un caso sobre el alcance de la protección del derecho a la vida en los menores de edad»; mientras que al otro tema, el del derecho útil o regulativo, dedica T. Picontó el segundo, «La razón jurídica medio ambiental». Finalmente, en el tercer capítulo, el que titula como «Algunas reflexiones generales», realiza aportaciones tanto a una cuestión como a otra.

Pero vayamos por partes. Tras la introducción, en el capítulo I Teresa Picontó afronta un tema en el que se mueve con soltura desde hace ya unos años. No en vano ha publicado diversos trabajos sobre temas relacionados con políticas de familia y con el menor y su tesis doctoral versaba sobre la protección del menor. Aunque en este caso la perspectiva utilizada es otra y el tema se complica de acuerdo a unos parámetros distintos con respecto a los que se ha centrado en otros trabajos –por ejemplo, ahora presta más atención a profundizar en la cuestión del paternalismo o en el significado del derecho a la vida–, se le puede considerar a Teresa Picontó una solvente especialista en la materia. De allí que su tratamiento del tema huya de planteamientos retóricos que puedan hacerla caer en las trampas que el tema en sí lleva consigo. Al contrario, en este capítulo encontramos un tratamiento equilibrado de un tema de los denominados «trágicos» y que plantean un «difícil equilibrio de derechos». Se trata del caso de un menor de trece años que fallece como consecuencia de que sus padres, Testigos de Jehová, se nie-

gan a autorizar una transfusión de sangre que hubiera salvado la vida del menor. Tras plantearse una serie de preguntas sobre la conveniencia de que hubieran actuado los poderes públicos, sobre si esta intervención habría supuesto una vulneración de los derechos del menor o de los padres y sobre si estaría justificada una posterior sanción penal a los padres del menor fallecido, la autora nos introduce en el caso con unas reflexiones en relación a los derechos de los niños y a la necesidad de que toda actuación práctica tenga en cuenta las justificaciones aportadas por los teóricos, aunque sean a modo de guía y no como unas cuestiones fijas y ciertas.

Un poco más adelante el caso se complica, pues como sabemos no nos encontramos simplemente ante el caso de un menor fallecido, sino que en el desenlace han intervenido cuestiones relativas a las creencias religiosas. Así, en el marco de unos derechos en conflicto, T. Picontó nos aporta una serie de reflexiones sobre lo que afirma es «uno de los puntales de la organización social y política contemporáneas», la libertad religiosa y de conciencia. En estas páginas, la autora expone de forma breve su contenido y su plasmación constitucional y, sobre todo, plantea el conflicto que en ocasiones se ha dado entre el derecho a la vida y la libertad religiosa, para lo que recoge algunas decisiones que en torno al mismo han tomado el Tribunal Supremo y el Constitucional. En este sentido, continúan las páginas siguientes con un repaso a las aportaciones teóricas que en la doctrina española se han dado al tema de cómo concebir el derecho a la vida, cuestiones éstas que nos sirven no sólo para el caso que trata la autora, sino que también nos resultan útiles para fundamentar decisiones y reflexiones en otros temas de interés para la Teoría y la Filosofía del Derecho, como pueden ser la bioética, la eutanasia o el aborto. En el ámbito concreto de los derechos del menor y tras diversas referencias a la Convención sobre los Derechos del niño y a la legislación española, Teresa Picontó afirma, ante la complejidad que supone cualquier conflicto de derechos, que «el juego y equilibrio concreto de derechos y valores constitucionales plantea, primero, un problema de coexistencia de aquéllos que no pueden resolverse en abstracto y mucho menos de una vez para siempre y, segundo, nos lleva a un razonamiento y a argumentaciones que se amplían en una clara dimensión axiológica moral o político-moral».

Finalmente, esta parte inicial del capítulo I se completa con unas reflexiones en torno a los problemas de la responsabilidad y la autonomía personal, es decir, y en lo que se refiere a los menores, se trata del cuestionamiento de hasta dónde llega, por un lado, su autonomía decisoria y, por otro lado, la responsabilidad institucional ante situaciones que podrían requerir de una intervención inmediata por el peligro existente para la salud o la vida del menor. De esta forma, y a través del comentario de cuestiones concretas trabajadas por la jurisprudencia anglosajona, se pretende ver si estaría justificada una actitud paternalista, en qué circunstancias y con qué límites, para, desde aquí, enlazar con la segunda parte de este primer capítulo, la que entra de lleno en el caso del menor que falleció en un hospital de Zaragoza en septiembre de 1994, al negarse sus padres a autorizar una transfusión de sangre, y en las decisiones judiciales que resolvieron sobre un posible delito de parricidio. Un caso complejo que se nos presenta como un buen ejemplo de las delicadas relaciones que guardan algunos derechos y que en este caso se manifiesta en un doble «conflicto», por una parte, el que se produce «entre la libertad religiosa de los padres y el derecho a la vida de su hijo menor de

edad», y, por otra parte, el «conflicto “triangular” de derechos y responsabilidades entre los poderes públicos, los padres y el menor».

Para facilitar la comprensión de estos dos conflictos, Teresa Picontó se sirve del análisis de las soluciones judiciales dadas. Así, una primera decisión fue dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, y en ella, noviembre de 1994, se absolvía a los padres del delito de parricidio, justificando esta decisión, sobre todo, en la «dimensión pluralista y democrática que el reconocimiento constitucional y legal» de la libertad religiosa tiene; pero también, en «la irreprochable conducta de los padres, a los que no les es jurídicamente exigible que vayan en contra de su conciencia» para autorizar algo que entienden es moralmente pernicioso. Por el contrario, la segunda decisión judicial, una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1997, resulta condenatoria, justificándose en una consideración prevalente del derecho a la vida sobre los demás derechos fundamentales, por lo que aunque en la misma sentencia, como así recoge Picontó Novales, se proclama la exigencia de llevar a cabo una ponderación de los derechos en conflicto, el Tribunal Supremo opta por una solución que más que ponderación supone la «lesión y sacrificio de un derecho fundamental frente a otro».

Por otro lado, en lo que respecta al segundo de los conflictos, la autora, continuando con el juego que permiten las decisiones judiciales que ha habido sobre el caso, se reafirma en la complejidad del tema y en cómo a esta complejidad contribuye la falta de claridad que, como ha hecho alusión en páginas anteriores, acompaña a la fundamentación de los derechos de los menores. Teresa Picontó insiste en estas páginas en la no existencia de una solución única, algo que aparece como constante a lo largo del texto y que delata el interés de la autora por huir de soluciones dogmáticas, lo que, por otra parte, y como podemos ver en diversos momentos del trabajo, no significa que no se muestre interesada por aportar elementos que sirvan para la justificación teórica de las diversas opciones posibles. Estas páginas, además, resultan de especial interés para el lector, porque de forma explícita la autora del libro se decanta por la opción de haber realizado la transfusión de sangre en tanto en cuanto se trataba de un menor y, en tal situación, «estaría justificado ejercer un paternalismo, dando entrada a la actuación de los servicios sociales que podrían haber ejercido una guarda o una tutela administrativa [...] al estar el menor desprotegido». Posicionándose, así, muy cercana a las teorías que justifican un cierto nivel de paternalismo siempre que éste vaya orientado a la protección de la *future choice* de los adolescentes, es decir, a la protección de su capacidad de decisión autónoma futura, cuando sus capacidades ya no se encuentren limitadas por cuestión de edad.

Para acabar este primer capítulo, la autora dedica unas páginas a continuar con la valoración de las decisiones judiciales ya apuntadas en las páginas anteriores. Se pone en entredicho la opción tomada por el Tribunal Supremo, pues se considera que no tiene realmente en cuenta que nos encontramos ante un conflicto de derechos de los que se pueden calificar como «casos trágicos», aquellos que no permiten una solución que no menoscabe el ejercicio de uno de los derechos en conflicto. En un sentido similar, también se critica el uso de la técnica de la ponderación que hace el mismo Tribunal, pues como hemos indicado anteriormente, no resulta ser tanto una ponderación como la eliminación de un principio frente a otro. Otro de los puntos de crítica que, en cierta medida, veremos que puede aparecer también en el capítulo siguiente, se refiere a la justificación de la pena, es decir, a si

está o no justificada la imposición de una pena a los padres del menor. Desde aquí, y sin por ello caer en las trampas de una especie de «relativismo posmoderno», Teresa Picontó denuncia las insuficiencias de un modelo jurídico «judicializado y esencialmente represivo», que muestra notables insuficiencias en orden a la defensa y protección de los derechos e intereses de los menores. Lo que le lleva a reivindicar las posibilidades, agilidad, rapidez, flexibilidad, que presentaría un derecho regulativo, sobre el que se construirían instrumentos y estrategias de acción más eficaces en el plano de la defensa de los derechos e intereses del menor. Estos instrumentos y estrategias estarían orientados hacia una actuación protectora de la salud y de la vida del menor por parte de la administración, lo que no dejaría de suponer, como la misma autora reconoce, un cierto paternalismo, aunque justificado, sobre todo, por la base de la necesidad de proteger los derechos del menor en una cultura que ha superado, o tiende a superar, la concepción patrimonialista que en su momento pudo existir de los padres con respecto de los hijos. Otra cosa, claro está y como se encarga de apuntar al final del capítulo Picontó Novales, es el caso de los mayores de edad, para quienes no cabría tal intervención paternalista; o incluso, de los adolescentes más mayores, para quienes entraría en juego un paternalismo que sufriría una cierta graduación.

Con las reflexiones sobre los límites del modelo jurídico tradicional y las posibilidades que ofrece el derecho regulativo se cierra el capítulo I y se abre el II, «La razón jurídica medioambiental». En estas páginas se propone el análisis de un caso, el caso INQUINOSA, un caso que, como el anterior, aunque por distintas razones, aparece como un caso complejo en el que es obligado tener en cuenta una diversidad de intereses y racionalidades y que ha dado lugar a diferentes decisiones judiciales. Aunque el tema, el medio ambiente, tiene un cierto tono instrumental, lo cierto es que de por sí dispone de un indudable interés, pues como se recoge al inicio del capítulo, su elección ha estado determinada «por la gravedad que el deterioro del medio ambiente tiene para el conjunto del planeta y de las personas que en él vivimos»; porque nos permite avanzar en la reflexión «sobre el espacio jurídico de la moral, la política y los aspectos técnicos (no jurídicos)», y, finalmente, «por la relevancia axiológica que suelen tener las decisiones jurídicas relacionadas con el medio ambiente, a pesar de su primera apariencia de decisiones puramente regulativas o técnicas».

Este segundo capítulo está estructurado en tres partes bien diferenciadas, y así, de forma previa, siguiendo un esquema similar al del capítulo anterior y antes de pasar al análisis del caso concreto, se realizan unas reflexiones generales en torno, como antes se hizo con los derechos del menor, al «derecho a un medio ambiente adecuado». La búsqueda de un contenido que alcanza su pleno significado en conexión con la defensa de unas determinadas «cotas de calidad de vida», y que debe protegerse, de acuerdo a las exigencias de la globalización, a través de mecanismos que ofrezcan no sólo respuestas locales sino también globales, sirve de inicio a estas «consideraciones generales». Referencias al marco jurídico-político internacional y español; a la consideración del derecho al medio ambiente, tal y como aparece recogido en la Constitución española de 1978, como un derecho-deber; al principio de solidaridad como fundamento de este derecho, y, finalmente, a las dificultades y problemas que se plantean a la hora de considerar a este derecho como un derecho fundamental, con el grado de protección y nivel de

garantías que por ello le correspondería, completan esta primera parte de las «consideraciones generales».

Antes de llegar al análisis del caso concreto que se propone en este segundo capítulo, la autora dedica unas páginas al necesario comentario de la regulación jurídica medioambiental. Estas páginas comienzan con un recordatorio del talante crítico que preside este trabajo y que le lleva a afrontar temas complejos en los que se agradece el reconocimiento de la imposibilidad de «llegar a respuestas definitivas y a certidumbres finales». Así, este caso, como el anterior del menor fallecido, es un caso de los que entran dentro del grupo de casos conflictivos, «trágicos», donde se muestra en toda su crudeza lo que se presenta como un «difícil equilibrio de los derechos». Ante estas situaciones, desde el derecho puede resultar ingenuo, siempre será esto mejor que cínico, el pretender dar soluciones únicas y cerradas, sin comprender la problemática en su totalidad. Es decir, en temas como el del medio ambiente parece imposible pensar en una dinámica tradicional que permita subsumir un caso concreto en una norma jurídica y conseguir con ello una solución definitiva. Y ello porque en estos campos confluyen intereses y valores diferentes que hacen que «las diversas propuestas reguladoras del medio ambiente tienden a ser evaluadas en términos ideológicos o morales por los defensores y los oponentes de las mismas». De esta forma, el hueco que deja un insuficiente sistema jurídico tradicional es ocupado por el esquema que propone al derecho regulativo como elemento central. En este esquema, y aunque la importancia de los componentes técnicos y científicos resulta clave, —más aún si tenemos en cuenta, como nos recuerda Picontó Novales a partir de Bourdieu, que una cosa es «la naturaleza» y otra «el medio ambiente»—, sin embargo, son los factores que proceden directamente del contexto político, económico y cultural los que determinan «no sólo la elección de las medidas de medio ambiente, sino también el modo de aplicarlas».

En línea con este replanteamiento del derecho en cuanto a su función tradicional, aquella que precisamente en el ámbito del medio ambiente era la que hasta entonces había dominado y que hacía que la intervención jurídica sustentase su efectividad en técnicas negativas, como las sanciones administrativas, Teresa Picontó realiza un ejercicio de defensa de otro tipo de intervenciones jurídico-políticas en su opinión más eficaces, pero que como veremos en seguida puede conllevar algún que otro peligro o trampa. Así, frente a los riesgos que el medio ambiente puede sufrir ante determinadas situaciones, se nos plantean unas actuaciones apoyadas en las ideas de prevención y planificación, para lo que se serviría la autora de las posibilidades ofrecidas desde el derecho regulativo. Desde éste no sólo se superarían las tradicionales funciones negativas de vigilancia y policía, sino que la flexibilidad-discrecionalidad que le caracteriza, en gran parte proporcionada por la figura de los conceptos jurídicos indeterminados, permitiría una mejor y más rápida recepción del elemento técnico, lo que, a su vez, contribuiría a facilitar la concreción de la norma para cada caso.

Para comprender mejor esta crítica al sistema jurídico tradicional, Teresa Picontó se sirve del caso INQUINOSA, un suceso con graves consecuencias medioambientales que tuvo lugar en la provincia de Huesca y que refleja perfectamente las «conflictivas relaciones entre la economía y la ecología». A lo largo de las páginas que comprenden esta segunda parte del segundo capítulo, «el caso INQUINOSA: *la terre outragée*», la autora —que nos proporciona una muy válida información sobre el tema, legislación, decisiones

judiciales, documentación del Justicia de Aragón—, denuncia «la inadecuación de los sistemas jurídicos tradicionales de control y sanción, ante la complejidad de la prevención de los peligros y los riesgos que genera la actividad industrial». Una inadecuación que queda reflejada en la quiebra del principio de legalidad, en la escasa capacidad para controlar la cadena de riesgos o en los problemas para la individualización de la responsabilidad penal, y que también guarda una cierta relación con otros temas con los que se cierran estas páginas, como la objetivización de la responsabilidad, algo, por otro lado, no ajeno a otras parcelas jurídicas de acuerdo a las exigencias de las sociedades actuales; o la doble tendencia administrativizadora y privatizadora que atraviesa el derecho del medio ambiente.

Finalmente, el segundo capítulo concluye con un tercer bloque, «la moral, la política y la técnica: la razón práctica regulativa», en el que se insiste en la citada inadecuación del modelo tradicional y se constata cómo el derecho regulativo es el que mejor se adapta a las necesidades de actuación jurídico-política en el campo del medio ambiente. Este esquema jurídico regulativo, a la vez que propone una estrategia más preventiva que represora, más antes que después, demanda un mayor conocimiento técnico, un «rearme tecnológico de la Administración», con el que hacer frente a la cadena de riesgos presentes en las sociedades actuales. Unos riesgos que, por otro lado, requieren, por su complejidad, y si se quiere alcanzar un mínimo nivel de seguridad, de unos conocimientos técnicos que aúpan a sus poseedores a un nivel clave en su definición, recobrando aquí interés la ya citada diferenciación entre «la naturaleza» y «el medio ambiente». Para acabar, unas aportaciones sobre la idea de «riesgos industriales» y la técnica necesaria para su tratamiento, así como en relación a los objetivos de estas actividades interventoras y a la necesidad de ser conscientes de la presencia de valoraciones y juicios morales y de prioridades políticas en la aplicación de este derecho, sirven a Picontó Novales para alcanzar el tercer y último capítulo, «Algunas reflexiones generales».

No obstante, antes de pasar a comentar este tercer capítulo, creo conveniente recoger algún elemento que extraído de una determinada lectura de las páginas que comprenden el capítulo dedicado a «La razón jurídica medioambiental», puede llegar a significar algún que otro problema. Así, ciertamente, plantear la conveniencia de actuar de forma preventiva y respondiendo a una cierta planificación se nos muestra como algo loable. Además, la autora sostiene con acierto a lo largo de todo el capítulo y, sobre todo, en la última parte de éste, cómo la actuación penal presenta numerosos problemas para ser eficaz, causados, por ejemplo, por la dificultad de individualizar la responsabilidad penal, por la falta de imputabilidad que en no pocas ocasiones se da de los daños, por los problemas que afectan al cálculo de riesgos, por la dispersión, poca concreción o falta de inmediatez que existe tanto de las víctimas como de los daños, o por las mismas estrategias de algunas industrias en orden a plantearse el pago de una sanción administrativa como una inversión económica. Es más, en mi opinión, y sin tener que ponerme del lado de planteamientos abolicionistas radicales como los de L. Hulsman, resulta más acorde con una sociedad moderna la existencia de unos mecanismos de regulación social que eviten en lo posible las sanciones administrativas y, por supuesto, las penas privativas de libertad, avanzando, cuando menos, en la línea de una intervención penal mínima.

Sin embargo, de la misma manera que nadie pone en duda que determinadas acciones, una violación o un maltrato de los denominados «domésticos», por ejemplo, deben llevar aparejadas una sanción, y que, aunque necesarios, el trabajo psicológico con el agresor o las políticas educativas son sólo partes complementarias de un tratamiento sustentado en la pena y en su función rehabilitadora, no veo por qué se ha de invertir el orden en el tema de la protección del medio ambiente. Probablemente, no esté la propuesta de la autora sustentada en una infravaloración de un determinado bien jurídico ni, por supuesto, en no considerar las consecuencias y los graves peligros y daños que pueden ocurrir en la vida de las personas por determinadas acciones empresariales. Por otra parte, tampoco creo que la autora tenga una concepción de lo público que le lleve a sostener que se deben sancionar los daños que se produzcan en un jardín privado en virtud de la protección del sacrosanto derecho de propiedad, cuando los riesgos y daños que se produzcan por la emisión de sustancias tóxicas de forma incontrolada por una industria a un río o a la atmósfera se diluirían o difuminarían en la idea de lo público. Ya digo que ésa no creo que sea la idea de la autora, sino que sus propuestas responden, más bien, a la constatación de la extensión de estrategias negociadoras en el ámbito jurídico-político que afecta al medioambiente y a la defensa de que, como dice en la conclusión del capítulo, «el control de la contaminación medio-ambiental, es considerablemente más complejo que el consistente en la imposición de penas y sanciones, como castigo a otros infractores de las normas jurídicas». Sin embargo, una determinada lectura de este texto plantea estos peligros, o al menos así lo creo.

Concluye la autora el trabajo con un último capítulo, «Algunas reflexiones generales», en el que parece que responde a los criterios más tradicionales de la Filosofía del Derecho. Es decir, indudablemente, en los capítulos anteriores no se han dejado de tratar temas propios de esta disciplina, como las relaciones derecho-moral-política, la justificación de las medidas paternalistas, la sustitución de los paradigmas y de la lógica del sistema jurídico tradicional por los propios del derecho regulativo y sus problemas de legitimación, el tratamiento de las situaciones de conflicto de derechos o, incluso, y aunque en menor medida, otras como la justificación de la pena. Pero quizás sea ahora cuando nos encontremos con un tratamiento más tradicional de los mismos, o de alguno de ellos, en concreto, y sobre todo, de las relaciones derecho moral en la primera parte del capítulo, y de cuestiones relativas al derecho regulativo en la segunda.

Con toda seguridad, se puede decir que una de las virtudes de este trabajo está en saber relacionar y manejar los conocimientos teóricos de tal forma que nos sirvan para solucionar, o tratar, problemas reales. Así, si a lo largo del libro hemos visto cómo los dos casos, el del menor fallecido y el de INQUINOSA, eran analizados con el apoyo de referencias teóricas y jurisprudenciales, es ahora, en el tercer capítulo, donde se dejan un poco al margen las cuestiones concretas y se presta más atención a reflexionar de una forma teórica sobre dos cuestiones. Una de ellas, como dice la autora, es «uno de los aspectos centrales de la filosofía del derecho», las relaciones entre el derecho y la moral, vistas a través del estudio de las tesis surgidas en el siglo xx. Teresa Picontó «paga» de esta forma, y aludiendo a una de las notas a pie de página con que comienza el capítulo, «el peaje» que debe pagar todo teórico o filósofo del derecho. Pero, como hemos indicado más arriba, lo «paga» sin perder de vista la obligación que tiene, o en mi opinión,



debería tener todo teórico o filósofo del derecho de saber dar una utilidad a esos conocimientos. Realmente no hace falta que las reflexiones que se hagan desde esta disciplina sean motor de transformación político-social, pero no deja de ser interesante, como hace Teresa Picontó, que se presenten trabajos que sirvan de ejemplo de cómo llevar a cabo una investigación y que no se quede bloqueada en las paredes de una «torre de marfil»; o que se puedan utilizar como guías teóricas por los prácticos, posibilitando formas de acceder a un conocimiento que en ocasiones les resulta abstracto en exceso y poco útil; o finalmente, que muestren enormes posibilidades como material docente para las clases que se imparten desde esta disciplina, pues a nadie se le escapa la rentabilidad pedagógica que se obtiene cuando se realizan ejercicios de relación teórico-práctica como el que propone este libro.

En este sentido, la primera parte de este tercer capítulo está dedicada a las relaciones derecho-moral. Se trata de un tema, y de una forma de tratarlo, que colocamos sin ningún tipo de duda entre las líneas trazadas por la Teoría y la Filosofía del Derecho y la autora lo trabaja a través del comentario del pensamiento de diversos autores de este siglo, tales como Kelsen, Hart, Alexy, Habermas, Ronald Dworkin o MacCormick. A lo largo de estas páginas, la autora, sin dejar de señalar las diferencias entre unas posturas y otras, persigue la idea de buscar puntos de encuentro que le llevan hacia un «positivismo moderado», «inclusivo» o «ético» como forma de explicar la separación-relación derecho-moral y, por consiguiente, el valor de la norma y la moral en la decisión jurídica; o, lo que es lo mismo, como forma de tratar los espacios abiertos a la moral en la aplicación e implementación de las normas, sobre todo, en aquellos casos en los que existe un conflicto de derechos, es decir, en aquellos casos difíciles y/o fundamentales en que se manifiesta en toda su crudeza el «difícil equilibrio de los derechos».

Finalmente, a esta primera parte sigue una segunda en la que la autora se detiene en un tema, el fenómeno del derecho regulativo y la sociologización del ámbito jurídico que, sin dejar de tener interés para la Teoría y la Filosofía del Derecho, guarda una estrecha conexión con la Sociología jurídica. En estas últimas páginas, Teresa Picontó desarrolla cuestiones teóricas ya apuntadas en el capítulo segundo y en las que se mueve con la solvencia que le proporcionan sus años de investigación en la materia, aunque sea en otro ámbito del derecho regulativo, el derecho de protección del menor y, de forma más general, las transformaciones jurídico-políticas de la familia. Así, nos encontramos con aportaciones al conocimiento y debate de lo que supone el derecho regulativo en un línea evolutiva que tiene su etapa anterior en el modelo del formalismo jurídico. Atendiendo para ello, por un lado, y de forma general, a las consecuencias de lo que se ha dado en denominar la «materialización» y la «administrativización» del derecho, tomando como referencia los casos del «nuevo derecho de protección de menores» y las «aperturas» que tienen lugar en la «praxis jurídica medioambiental». Y, por otro lado, y de forma más particular, por una parte, al papel que en la praxis regulativa tienen agentes jurídicos no tradicionales, expertos de lo social con capacidad y «competencia necesaria y legítima para decir “conforme a derecho”»; a la relación de éstos con los operadores jurídicos más tradicionales, como los jueces; y a los espacios de intervención que les permite la lógica y la estructura del derecho regulativo, normalmente al margen de la esfera decisoria; y, por otra parte, a las cuestiones y problemas relativos a la discrecionalidad axiológica y técnica, a la seguridad jurídica y a la legitimación

que plantea el derecho regulativo como superador de los parámetros que definían al más puro positivismo legalista o formalista, en cuanto que aquél se presenta como un derecho más flexible, abierto y dotado, o necesitado, de una mayor sensibilidad de cara a las aportaciones que le puedan llegar desde otros campos, profesionales y saberes sociales o técnicos.

Concluye Teresa Picontó, en relación con esa revisión de la problemática que lleva consigo el derecho regulativo propio del derecho social, con una llamada de atención sobre el peligro de la posible rebaja del nivel de garantías que puede llevar aparejada la imposición del paradigma del derecho regulativo. Plantea la autora la necesidad de constatar que existe una determinada realidad a nivel jurídico-político, la evolución hacia el derecho regulativo. Pero también sostiene, acertadamente, la obligación de realizar una mirada crítica sobre la misma, para lo cual defiende las posibilidades que se nos ofrecen desde un positivismo revisado en una línea «ética» o «moderada», o como ella misma recoge de Peces-Barba, en un «positivismo corregido»; y, sobre todo, y ya desde una perspectiva más epistemológica o, cuando menos, metodológica, reivindica la autora la apuesta por una Filosofía del Derecho conectada con la Sociología jurídica, como una disciplina que nos aporta los métodos y conocimientos necesarios para comprender, en su pleno significado, «la incidencia concreta de los aspectos políticos y sociales en la decisión jurídica». A lo largo del libro, y ya desde la elección misma de los casos prácticos que se analizan, dos temas que se encuentran en lo que podríamos denominar una especie de «sensibilidad colectiva» de las sociedades actuales, Teresa Picontó Novales nos muestra su opción decidida por una Filosofía del Derecho práctica, pero sin que ello signifique una ausencia o déficit en la fundamentación y reflexión teórica, lo que le permite desarrollar un talante que se adivina fácilmente como plural, abierto, totalizador y crítico. Ya para acabar completa el libro un amplio anexo de referencias bibliográficas que no supone el fin de un viaje, sino, muy al contrario, el comienzo de otros muchos.

Raúl SUSÍN  
Universidad de La Rioja

**ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1998.**

La crisis epistemológica del positivismo como concepción totalizadora del conocimiento ha arrastrado en su caída al positivismo jurídico. Frente a los peligros de la dispersión epistemológica, o al retroceso hacia modelos metafísicos, el Catedrático de Filosofía del Derecho D. Gregorio Robles, participa de un planteamiento metódico, superador de los estrechos márgenes de racionalidad que impone el positivismo jurídico. El autor parte de una toma de postura ontológica «no sustancialista» que se limita a señalar «el modo universal de presentación del derecho en la comunicación humana» (p. 17). El derecho «es» lenguaje, y esta indiscutible «naturaleza íntima y profunda» del derecho (p. 80), posibilita, en la sencillez de su punto de partida, una potente vía de investigación no necesariamente incompatible con otras líneas de análisis del derecho. Para el profesor Robles, el derecho se contempla como un sistema comunicacional, y no como una esencia que hay que investigar (p. 125). Este planteamiento pretende dar respuesta al camino sin salida a que conduce el debate excluyente entre iusnaturalismo y positivismo. Un enfrentamiento que, como sostiene el profesor Robles, impermeabiliza los modelos de la Teoría del Derecho Natural y del positivismo jurídico, y dificulta el avance en el análisis de la realidad del derecho (p. 124).

Gregorio Robles adopta como vía adecuada para el planteamiento de su Teoría Comunicacional del Derecho, un punto de partida que «trata de combinar hermenéutica y analítica, a partir de la comprensión del derecho como texto» (p. 38). Adopta para ello, como pilar básico de su teoría, los planteamientos de la hermenéutica filosófica como reflexión acerca de los componentes ontológicos de la comprensión. Desde esta perspectiva, la lingüística aparece como el elemento clave, el marco de tal comprensión que trata de penetrar en el sentido de la realidad. Solamente una combinación entre la aportación de la filosofía hermenéutica y la filosofía analítica, puede profundizar en la comprensión rigurosa del lenguaje (p. 82).

El profesor Robles expone, como punto de partida para la comprensión de toda realidad, que «toda realidad humana, y consiguientemente también toda realidad social, es un texto en tanto que se nos muestra como algo que tenemos que leer e interpretar para poder llegar así a comprender (o entender)» (p. 83).

Gregorio Robles se hace eco de los estudios que en los últimos tiempos han desarrollado tanto la semiótica como la hermenéutica, adoptando una «concepción amplia del concepto de texto, según la cual texto no es sólo el texto escrito, sino cualquier realidad susceptible de interpretación» (p. 82).

Un planteamiento propio de la filosofía hermenéutica, que trata de desentrañar, mediante la lectura-interpretación-comprensión, el sentido profundo de cualquier fenómeno de la realidad entendido como texto. Ahora bien, la penetración en el sentido de una realidad determinada (de un determinado texto) necesitará para su comprensión el aprendizaje del tipo de lenguaje en que el fenómeno se expresa (p. 83).

El lenguaje se entiende, desde esta perspectiva, como el único elemento presupuesto para leer, interpretar y comprender cualquier realidad humana. Por ello, se puede defender, sin dejar de contar con la inevitable ambigüedad

semántica, la universal inmediatez del lenguaje. La lingüística, que subyace a todo fenómeno de comprensión, constituye el marco de comunicación, desde el cual comprender la realidad. Consecuentemente, Robles insiste en diferentes momentos de su obra, con determinación y claridad, en la vital importancia que tiene para la comprensión de una determinada realidad, el aprendizaje del tipo específico de lenguaje en que se expresa el fenómeno a comprender (pp. 83 y ss.).

Es por ello, que el autor sostiene que el análisis del lenguaje que permitirá hablar de una auténtica TCD, se centrará en el análisis del lenguaje de los especialistas, los juristas, y no en el «análisis del lenguaje del derecho». Robles subraya la importancia de los juristas, entendiéndolos en un sentido amplio, incluyendo tanto a los científicos del derecho, como a los órganos y operadores que manejan, crean y aplican los textos normativos. Sólo una teoría que contemple como objeto de su análisis tanto el elaborado lenguaje dogmático, como el lenguaje utilizado en el tratamiento práctico de los problemas, será capaz de obtener un conocimiento integral y profundo del derecho.

A partir de estos elementos, el profesor Robles defiende la Teoría Comunicacional del Derecho como un modelo que trata de combinar la hermenéutica filosófica (centrada en la comprensión, interpretación y universalización del concepto de texto) y el método analítico (centrado en el análisis formal del lenguaje).

El derecho, como defiende el autor, se manifiesta como texto en su manifestación externa, su esencia es el ser texto, y su existencia real es idéntica a la existencia real de un texto (p. 43). Es un tipo especial de texto, resultado de múltiples decisiones expresadas a través de palabras. La especialidad de este texto estriba en que el derecho es un texto organizativo-regulativo, «cuya función pragmática es organizar la convivencia humana mediante, básicamente, la regulación de las acciones» (p. 15). Esta tesis propone entender el derecho como un fenómeno de comunicación, superando otras concepciones del derecho que lo entienden exclusivamente como «un orden coactivo de la conducta humana, un mecanismo de control social o un ideal de justicia» (p. 10). Desde el nuevo método, la Teoría Comunicacional del Derecho estudia el derecho en general, desde una perspectiva inmanente. Por ello, se intentan evitar las conexiones con la Sociología y la Psicología jurídicas, estudiando el derecho en sí mismo, los elementos comunes y con carácter de permanencia que tiene todo derecho posible (pp. 78-80). Concibe el derecho como un texto prescriptivo, generador, que se despliega en unidades simples que son las normas jurídicas. Mediante el texto jurídico, el grupo humano se constituye imponiendo una determinada organización social. Es un texto dotado de una función pragmática determinada: ser un conjunto de mensajes cuyo sentido inmanente es el de dirigir, orientar o regular las acciones humanas.

La Teoría Comunicacional del Derecho, como parte de la filosofía general que se ocupa de los problemas teóricos del derecho, pretende superar el angosto concepto de racionalidad impuesto por el positivismo jurídico.

Desde este nuevo enfoque, Gregorio Robles integra como parte del estudio del derecho, cuestiones de enorme importancia teórica y práctica. El autor distingue en su obra tres niveles de análisis, éstos se corresponden a su vez con los niveles de análisis de cualquier texto, y serían los siguientes:

- a) Estudio de la estructura del lenguaje (análisis lógico-lingüístico);
- b) estudio del contenido significativo (análisis semántico); y por último,
- c) estudio del aspecto dinámico de creación del texto (análisis pragmático) (pp. 93 y ss.).

La Teoría Comunicacional del Derecho reflexiona sobre estos tres niveles, descomponiendo el estudio del derecho en tres niveles análogos: a) teoría formal del derecho (estudio de la estructura de todo derecho posible); b) teoría de la dogmática jurídica (conocimiento sistemático de las normas y conceptos jurídicos propios de un ordenamiento jurídico concreto); y, c) teoría de la decisión jurídica (estudio de la producción o generación del derecho a través de los procesos de decisión).

Insistiendo en la escasa atención que se ha dedicado por parte de gran parte de los teóricos del derecho al tercer nivel de análisis (p. 99), Gregorio Robles, como ya expuso en su obra *Introducción a la Teoría del Derecho* (Ed. Debate, Madrid, 1988), prioriza como campo de estudio la problemática jurídica de índole más pragmática, como es la teoría de la decisión jurídica, a fin de encontrar una teoría útil y adaptada a los problemas de los juristas. Es por ello que el autor «eleva la teoría de la decisión jurídica a punto de partida, del que las normas, y las instituciones que éstas configuran, no son sino el resultado de la acción decisional» (p. 38), entendiendo la decisión, como proceso de génesis del derecho que mediatiza el sentido de éste. Dentro del epígrafe «Teoría de la decisión jurídica», se analizan problemas vinculados a la Teoría de la justicia, y se estudian los tipos principales de decisiones jurídicas. Asimismo, recupera el problema de la decisión racional, dando entrada al problema de la argumentación jurídica, como estudio de las pautas y criterios metodológicos para interpretar y aplicar el derecho en los procesos de decisión. Problemas todos ellos relegados en mayor o menor medida por el positivismo jurídico al campo de la irracionalidad.

Es especialmente importante la distinción que realiza el profesor Robles, dentro del estudio de la «Teoría de la dogmática jurídica», entre Ordenamiento y Sistema. El Ordenamiento «puede ser identificado con el material jurídico proporcionado por los órganos de decisión del derecho; esto es, la constitución, las leyes, las normas de la administración, la jurisprudencia o conjunto de las sentencias de los jueces, las costumbres y los usos jurídicos...» (p. 96). Todo este material fruto de los órganos de decisión, nunca está completo ni perfectamente ordenado debido a la celeridad con la que se produce el incesante caudal normativo en los procesos de decisión, y no puede insertarse automáticamente en el orden jurídico. Es entonces cuando intervienen los juristas científicos (doctrina mayoritariamente), actuando como intermediarios necesarios en los procesos de decisión jurídica que produce el Ordenamiento. Estos juristas, reelaboran el OJ, e interpretan el caudal de normas para presentarlas como un todo conceptualmente coherente y ordenado, como un Sistema.

Los juristas construyen las normas realmente aplicables, e influyen en el Ordenamiento alimentando las nuevas decisiones de los órganos productores de derecho, dado que éstos utilizan el lenguaje de la dogmática. Adaptan el lenguaje «a las cambiantes concepciones ideológicas y organizativas, así como las necesidades del tráfico económico y la vida social general» (p. 96).

Esta labor de la Dogmática precisa de un modelo teórico de tipos de normas y sus relaciones recíprocas. Este modelo teórico actúa como plano constructivo, y no descriptivo, del material disperso del Ordenamiento. Esta situa-

ción genera, a través de las nuevas decisiones, un reenvío conceptual e interpretativo al caudal incesante del ordenamiento que perfecciona así su producción en las nuevas decisiones, adecuándola a los cauces dogmáticos.

El lenguaje del derecho es un lenguaje del sistema construido, el lenguaje de los juristas que reelaboran creativamente el material inacabado e imperfecto del OJ. Las normas, las instituciones y el sistema serán el resultado de la construcción hermenéutica.

Insistiendo en la línea de diseñar una teoría cuyo enfoque priorice no sólo las necesidades intelectuales de los juristas, sino también sus aspectos pragmáticos, Robles recupera el problema de los valores. Los valores son contemplados desde la Teoría de la decisión jurídica, en dos procesos de decisión distintos. Especialmente en el proceso constituyente –decisión extrasistemática– es donde tiene fundamental importancia el estudio de la teoría de la justicia, como reflexión y análisis desde un punto de vista material y formal, de las decisiones, para poder ser calificadas de justas. El resultado de la decisión constituyente es el establecimiento del nuevo orden a partir de la creación de una norma (Constitución) que determinará el poder soberano. Desde la perspectiva de la vida jurídica real, la Constitución incorpora los fundamentos del nuevo sistema político y los criterios materiales de justicia del nuevo orden. Contemplado el Ordenamiento desde un punto de vista intrasistémico, la dogmática perfila los valores institucionalmente asumidos, reproduciendo hermenéuticamente el sistema axiológico, que se plasmará en los procesos de decisión intrasistémicos, reflejando estos contenidos valorativos intraordinamentales. Destacar que es en este marco, especialmente en el proceso de decisión judicial, donde pueden incorporarse dentro de ciertos límites, contenidos materiales extrasistémicos (Teoría de la justicia del caso concreto).

Dentro del marco de la Teoría Comunicacional, Gregorio Robles dedica un apartado especial al estudio del concepto de validez de las reglas jurídicas. Parte para ello del marco conceptual fijado por las tres históricas e irreconciliables concepciones de validez de las normas: validez axiológica (identificación de validez y valor), validez empírica (identificación de validez y efectividad de hecho); y validez normativa (identificada con derecho válido).

La Teoría Comunicacional del Derecho empieza por reconocer que el derecho se manifiesta en lenguaje, «es» lenguaje; y que, por lo tanto, ha de enfrentarse al análisis de la estructura lógico-lingüística de dicho lenguaje, y ante sus diferentes formas de manifestación por medio de reglas. Dado que el sistema es un conjunto de reglas, el análisis formal de reglas en el derecho, revela que hay tres tipos: las ónticas, las técnico-convencionales o procedimentales, y las deónticas (tema desarrollado en su obra *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Palma de Mallorca, 1984).

¿Qué sentido tiene el estudio de las normas en el seno de una teoría que pretende ofrecer una visión global del derecho? En línea con sus anteriores trabajos, donde el profesor Robles defiende una definición de norma jurídica como «proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar la acción humana» (*Teoría del Dret*. En colaboración, coordinado por F. Puigpelat. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1996), este trabajo toma como punto de partida para el estudio de las normas el concepto de Ordenamiento como realidad omnipresente en el análisis

del concepto de derecho en cualquiera de sus niveles. El sentido de las normas se completa únicamente a partir de la consideración del carácter de totalidad de significado del Ordenamiento jurídico. Las normas y el sistema se coimplican hasta el punto de que el sistema lo es respecto de las normas, y éstas carecen de posibilidad fuera del sistema. La norma sería algo así como una «célula» dentro del entramado del sistema hermenéuticamente reconstruido (p. 29). Y el sistema, como resultado de la reconstrucción hermenéutica del Ordenamiento como texto en bruto, necesita una Teoría de las normas, que es inevitablemente, una Teoría del Sistema.

Robles defiende que la relación entre las reglas creadas (ónticas-técnicas-deónticas) y las reglas que establecen procedimientos de creación (exclusivamente reglas ónticas y técnicas) es una relación lógica y no de jerarquía.

Superando la concepción jerárquica de la validez de las normas, se defiende que validez de una regla jurídica es sinónimo de pertenencia a un sistema jurídico. Es decir, una norma será válida, pertenecerá al derecho, cuando haya sido creada en el marco de una decisión que cumpla con los requisitos fijados por las reglas ónticas (espacio, sujeto, competencia y tiempo), y dentro del procedimiento establecido por la regla técnico-convencional.

Esta regla válida (óntica, técnico-convencional o deóntica) pertenecerá al derecho y se insertará en el sistema proposicional de éste, hermenéuticamente construido. La existencia de toda regla válida será convencional desde la perspectiva de dos dimensiones: la de su origen (texto bruto) y la del sistema en el que se integra.

El sistema, desde este punto de vista, estaría integrado por todas las reglas válidas, que a su vez adquieren tal validez si han sido creadas de acuerdo con las reglas ónticas y técnico-convencionales previstas. Consecuentemente, las reglas ónticas y las técnico-convencionales últimas (y no las deónticas) del sistema, una vez generadas tras una decisión extrasistemática, crean los elementos necesarios y suficientes para la existencia y pervivencia cambiante del sistema.

En definitiva, estamos ante una obra enjundiosa e importante, una visión profunda y amplia del derecho cuyas ideas claras y precisas evidencian la calidad científica del profesor Robles. Ideas, no obstante, que no están exentas de un alto nivel de abstracción y complejidad, y cuyo desarrollo, a buen seguro, podremos contrastar en los próximos trabajos del autor.

Arturo CADENAS ITURRIOZBEITIA

**RODRÍGUEZ URIBES, J. M., *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez, Madrid, Marcial Pons, 1999.**

La lectura del excelente libro del profesor José Manuel Rodríguez Uribes *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, cuidadosamente editado por Marcial Pons y enriquecido con un lúcido y, como siempre, cordial y amable prólogo del profesor Peces-Barba ha supuesto un auténtico placer académico e intelectual. Primero porque es un libro que recuerda la irrenunciable dimensión práctica y crítica de la Filosofía del Derecho. Estamos, como señala el autor, ante uno de los conceptos clave de la filosofía política y moral que reviste un carácter complejo y esencialmente vago, descrito unas veces como autoridad anónima, especie de mito político, y otras como ficción institucionalizada del Estado de Derecho. Por ello, la investigación se centra en torno a los dos grandes discursos de esta «institución indefectible del Estado de Derecho» que parte de Kant cuando siguiendo la tradición clásica distingue en la *Paz Perpetua* entre las personas que detentan el poder soberano (¿quién manda?) y el modo como el soberano gobierna al pueblo (¿cómo se manda?). La democracia, nos dice Rodríguez Uribes señalando las raíces de la distinción entre liberalismo y democracia, se responderá según la primera pregunta mediante el liberalismo (que, como es sabido, Kant enfrenta al gobierno no despótico con el nombre de gobierno republicano), la democracia, con la segunda. Esta distinción capital para entender la filosofía política y moral ha sido objeto de un profundo análisis en Bobbio y en la actualidad continúa con Habermas y su distinción entre la concepción liberal y la republicana donde sobre todo en el contexto político de los Estados Unidos la democracia puede ser republicana/comunitarista o liberal.

En segundo lugar, porque es un libro que siguiendo el perenne lema kantiano invita a *pensar con la cabeza y no con los pies*, lo cual no sólo es mucho sino que también es de agradecer en un tiempo como el presente dominado por el pensamiento – *sic*– único y la globalización económica, que no por la globalización de los derechos, donde por lo visto el mercado sólo reconoce y valora a quienes no piensan, sino que pura y simplemente actúan con los pies. Insisto, plantear en este contexto una lúcida y brillante reflexión sobre la opinión pública mostrando sus raíces con la democracia y sus dimensiones democrática y liberal es algo que hay que agradecer al profesor Rodríguez Uribes.

El autor, en una reflexión sólida y a la vez muy fluida, suscita el planteamiento y la revisión crítica de no pocos problemas que no sólo son cuestiones académicas sino que, subrayando la vinculación entre la teoría y la praxis, inciden directamente en nuestra vida cotidiana. Creo que tiene razón el profesor Peces-Barba cuando en el prólogo citado señala que el libro muestra la madurez y la buena formación intelectual del autor con el que me une una cordial amistad cimentada desde sus tiempos de estudiante en la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia y consolidada en la sólida Escuela surgida en el marco del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III, que espero no se vea truncada por estas líneas. En efecto, el profesor Rodríguez Uribes exhibe siguiendo a su maestro unas sólidas e inequívocas convicciones éticas, jurídicas y políticas que le sitúan en la mejor tradición del socialismo democrático, humanista y liberal, que se ven enriquecidas con un junto a una magnífica y envidiable formación de



talante *liberal, laico y afrancesado*. No he citado estos adjetivos por casualidad sino que, como se recordará, con ellos se reconocía y hasta se insultaba a nuestros ilustrados cuando lucharon por difundir el uso público de la razón frente a la tradición, el oscurantismo y el absolutismo. Siempre es oportuno en estos tiempos del imperialismo anglófono recordar y recuperar la tradición ilustrada democrática y liberal francesa injustamente postergada. Pues también ahora hay que luchar por la recuperación y el ejercicio del uso público de la razón, y lo que es más penoso, como señaló Bertold Brecht, recordar lo que de suyo, es (debería ser) evidente, pues frente al asedio de la postmodernidad, que lúcidamente el profesor Ballesteros define como decadente, la modernidad constituye aún hoy, como recuerdan los profesores Pérez Luño, Peces-Barba y J. de Lucas, una tarea pendiente e inacabada.

De los diversos capítulos que integran el libro destacaré los que estudian las diferencias entre el modelo democrático y el modelo liberal de la opinión pública. Con una metodología clara y sencilla y con un estilo limpio, sobrio y elegante que se ajusta con el rigor que como señaló B. Russell no empaña en absoluto la claridad sino que es una cortesía al lector, el autor muestra sus raíces y diferencias en el pensamiento de Rousseau y Constant.

Para el autor, Rousseau fue quien por primera vez utilizó la expresión «opinión pública» acentuando sus dimensiones democráticas frente a las concepciones fisiócrata, filosófica y liberal. De ahí que las obras más importantes de Benjamin Constant (los *Principios de política aplicables a todos los gobiernos* y la conferencia sobre *la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos* que constituye el núcleo central de su *Grand traité de politique*) sean en gran medida una respuesta a la concepción de Rousseau. Especialmente interesante es el contraste entre la concepción prerrevolucionaria de Rousseau, que como se sabe influyó notablemente entre los jacobinos, y la concepción postrevolucionaria de Constant, admirador de los objetivos de la *Gran revolución* y afectado por el trauma revolucionario hasta el punto de responsabilizar al *Contrato social* injustamente, como justificada y sólidamente lo razona el autor, de los excesos revolucionarios pues mientras los derechos derivados de los valores de libertad e igualdad o de libertad igualitaria deben entenderse como el fin último y el contenido seguro de la *Opinión pública-voluntad general*, cuando nos situamos en el ámbito subjetivo de los individuos, parece que Constant como consecuencia lógica de su lectura de Rousseau temerá más a la democracia que a la autocracia, a la *tiranía de la mayoría* para utilizar la expresión de Tocqueville que a la *tiranía strictu sensu* que es la de uno solo o unos pocos. Por ello, Constant defendió la soberanía limitada frente a la soberanía popular y enfrentó el liberalismo a la democracia y la opinión pública crítica pero restrictiva, desde el punto de vista de sus titulares, a la opinión popular y soberana.

Creo que es un acierto recordar que el modelo democrático se asienta sobre el principio de que sujeto de la opinión pública, en sentido propio y estricto, es el pueblo (es decir, todos y cada uno de los sujetos sin exclusión) y no una minoría ilustrada o las elites, como parece sostener Constant. Si la democracia con Bobbio se forja no sobre las reglas de la mayoría sino sobre el principio de que un hombre un voto, reconocer como sujeto de la opinión pública a todos sin exclusión significa (re)construir la democracia desde el sufragio universal, libre, directo y secreto. Ahora bien, esto no significa, como brillantemente señala Rodríguez Uribe, elevar el interés individual a una categoría normativa. Con razón advierte con Rousseau de los límites a los

intereses egoístas y no generalizables que empañan la construcción de la tradición liberal donde la brillante defensa de la autodeterminación del sujeto queda amenazada diríamos con J. Muguerza por su *auto-determinación*—hipotecado por la defensa y la vinculación de la libertad con la seguridad, la propiedad propias de una sociedad estamental en donde el sujeto, como señala con acierto J. de Lucas, no es (no puede ni debe ser) universal. De ahí la exclusión «natural» de los varones no propietarios, de los no nacionales, de las mujeres, los ancianos y los niños, y de los trabajadores asalariados, es decir, de aquellos que por no ser propietarios no pueden ser dueños de sí mismos o *sui iuris* y el establecimiento desde Domat y Pothier diversos sujetos con una capacidad de obrar limitada, como ha señalado Arnaud. Aún manteniendo como necesario pero insuficiente el principio de la soberanía (limitada) del individuo frente a las concepciones holistas y frente a algunos (más que inquietantes) comunitarismos actuales, conviene recuperar el clásico concepto del bien común como un punto de partida del sistema democrático libre, igual y solidario. Con razón recuerda el autor, apelando a Th. Paine, que todos los desórdenes que han surgido en Francia durante el desarrollo de la revolución han tenido su origen no en el principio de la igualdad de derechos sino en la violación de ese principio. El principio de la igualdad de derechos ha sido repetidamente violado no por la mayoría sino por la minoría.

Que el sujeto sea el pueblo no significa sacralizar la *tiranía de la mayoría* como nos recuerda E. Díaz, ni por supuesto renunciar a ciertos límites imprescindibles para construir dicha opinión pública. No está de más recordar la advertencia que formula Kelsen, sobre la que han advertido Garzón Valdés y Ruiz Manero y A. Calsamiglia, sobre el *principio de la mayoría y el dominio de la mayoría*, que da lugar a los más que penosos y lamentables excesos de la opinión pública y los *mass media* perpretados al amparo de la cobertura del pluralismo y sacralizados por la irracionalidad del mercado que recuerdan la práctica del *panem e circenses* y constituyen un insulto y una ofensa contra el noble pluralismo ideológico que no es necesario recordar constituye un valor superior del ordenamiento. Me refiero a la actual proliferación de la telebasura, de los concursos que ofenden la dignidad de la especie humana (presuntamente salvaguardada mediante la aceptación por supuesto *voluntaria y libre* de las condiciones donde cabrá recordar a Etienne de la Boetie y su discurso sobre *la servidumbre voluntaria* y, sin ir más lejos, a Tocqueville), de la «prensa del corazón» que exalta el prejuicio y no se ocupa precisamente de lo que Pascal definió como *les raisons du coeur* sino de otras sinrazones sujetas no precisamente a la nobleza del espíritu y de los sentimientos, como la piedad y la solidaridad, sino al insensible y despiadado funcionamiento del mercado donde no cabe la justicia sino lo que ahora eufemísticamente (ya Orwell anticipó las ventajas de cambiar el significado de las palabras) se llaman las *oportunidades* y el enriquecimiento no precisamente justo. No es casual que en el catálogo de grandes damnificados a causa del imperio del mercado esté la práctica y consentida eliminación del derecho fundamental a la intimidad sobre la que advierte el profesor Pérez Luño, pues como señala Rodríguez Uribe si *bien todo lo político es público no todo lo público es político*. Estos hechos reúnen lo peor del *egoísmo activo* de los propietarios en su afán de acumular riquezas y del *egoísmo pasivo* propio de la pereza, la indolencia y el sentido lúdico de la existencia propio del *señorito insatisfecho*. Con clarividencia recuerda el profesor Peces-Barba en el prólogo a Gabriel Marcel cuando en su tiempo denunció las *técnicas de*

*envilecimiento* del ser humano. En este punto el autor muestra con buen criterio a un Rousseau que reacciona asqueado y airea su desprecio contra una sociedad frívola, banal, mundana, servil y mercantilista frente a la cual sólo quedaba el recurso de refugiarse en la soledad del campo para preservar la autenticidad (que no el ensimismamiento) del ser humano. Ahora bien, de ahí no cabe colegir que la opinión pública deba quedar, como se ha dicho, a merced de las élites ni de las minorías ilustradas puesto que destruiríamos su insoslayable vinculación con la libertad de expresión y con el sistema democrático, pues la opinión pública *es la de todos pero no la de todo*. No se trata de restringir la democracia en línea con la teoría de las a la minoría ilustrada ni de desacreditar su funcionamiento mediante la extendida tesis de la *democracia plebeya*, sino como vieron con acierto en el período de postguerra en Francia los partidos de izquierda y los personalistas como Lacroix, de superar la *democracia liberal* asumiendo la defensa del valor insubstituible del sujeto como elemento necesario pero insuficiente y completarlo con la extensión de la educación (hasta aquí la Ilustración) mediante la generalización de los derechos sociales y aún más de los derechos de solidaridad para alcanzar la *democracia masiva*.

Especialmente brillante es la distinción que traza el autor de los dos momentos de la opinión referidos al de la reflexión, deliberación y opinión que exige el pluralismo, la transparencia, la libertad de expresión e información y la publicidad y el de la decisión que marca el tiempo de la voluntad general mayoritariamente expresada como superación de las exclusiones plena y coherentemente admisibles sin ningún género de dudas en un buen liberal como Kant, del no propietario frente al propietario, de la mujer frente al varón, y del hombre inculto frente al literado.

Por tanto, no todo vale en la opinión pública ni mucho menos merece ser objeto de la *Volonté Générale* sino sólo aquella razón pública y publicada que sea portadora del sentido común y de la tradición frente a la sinrazón de los intrigantes y corrompidos que sólo expresa la defensa de los privilegios y de los intereses exclusivamente egoístas. La opinión (pública) se asienta, como acertadamente se señala en el texto, sobre la virtud que no sólo exige la concurrencia de las llamadas virtudes personales y/o privadas sobre cuya vigencia ha escrito recientemente Bobbio sino también de las virtudes públicas que constituyen para Rousseau la fuente de los deberes positivos y promueven la participación. De modo que para el autor del *Contrato social* los deberes y con mayor razón los deberes positivos precedan a los intereses, siempre que, añadiría yo, se tenga bien presente lo que como es sabido no siempre sucede en Rousseau, la distinción fundamental entre la ética pública y la ética privada, para no hacer, como señala Peces-Barba, del *ciudadano un creyente ni del creyente un ciudadano*.

Desde la perspectiva liberal, Constant distingue entre la opinión pública institucional y la no institucional. Como es obvio, ésta cuyo sujeto no universal se limita a la *burguesía de los talentos*, es decir, a los intelectuales, filósofos y periodistas con la exclusión «natural» de los no sujetos, como son los menores, los estúpidos, los extranjeros y los nacionales asalariados es la que reviste un mayor interés. Coherentemente con un paternalismo manifiestamente injustificado, Constant justifica la exclusión aduciendo que los pobres en cuanto pues (pre)ocupados por otras necesidades más urgentes y perentorias las funciones difíciles y gratuitas. De modo que, sólo y exclusivamente sólo, la independencia económica y la formación intelectual garantiza la sol-

vencia moral y asegura que los representantes o diputados serán capaces de interpretar correctamente la opinión política de los ciudadanos, contribuyendo a una «políticamente (más que) correcta formación del *interés general*» que ya no es el de Rousseau impregnado de un interés común sino el que resulta de la transacción entre los intereses particulares. Mientras Rousseau sustenta la primacía de la política sobre el mercado y de lo público sobre lo privado, Constant apuesta por lo contrario.

Los bienes que para Constant forman el *coto vedado* cuya conservación exige la sociedad civil a los representantes son lisa y llanamente sólo y exclusivamente sólo los derechos individuales derivados de los valores de libertad, propiedad y seguridad. En otras palabras, los derechos civiles y políticos de primera generación. Evidentemente falta de este catálogo la referencia a la igualdad que en Rousseau tenía una importancia destacada. De ahí que a diferencia del ginebrino la libertad para Constant ya no sea la *libertad de los antiguos* como de un *vasto convento* impregnada de dimensiones comunitarias y hasta holistas que anulan su ejercicio y ciegan su estela sino la *libertad negativa* propia de los *modernos* que delimitar el territorio de la no interferencia del Estado (pero también de la sociedad civil) en la autodeterminación del varón propietario, hasta el punto de que el único límite a la libertad sea la Ley y siempre que ésta (art. 16 de la *Déclaration*) no altere la Constitución. Si E. Díaz insiste en que *no todo Estado es un Estado de Derecho* no es menos cierto, como recuerda Pérez Luño, que *todo Estado que no respete los límites del artículo 16 de la Déclaration carece de Constitución*. De ahí que tensando hasta el límite la situación, Constant se decante, como más tarde lo hará Lord Acton, por la Roma *imperial* en detrimento de la Roma *republicana* porque en ésta como en no pocos sistemas y concepciones actuales con especial relevancia con los derechos de las minorías que no sólo como recuerda Comanducci *by will* sino que también son, y aquí está el problema, *by force*, el ciudadano estaba en manos de la comunidad.

Desde luego la *libertad de los modernos* no es como con acierto se ha escrito la *libertad del idiota* de Rousseau, es decir, no postula la abstención y la no interferencia sino que exige una participación activa y vigilante orientada a impedir que el Estado se extralimite e invada un territorio en el que es un incompetente básico. Quizá sea oportuno recordar a este respecto que la férrea distinción entre el derecho y la moral diseñada por los liberales tiende no a moralizar el derecho sino a deslegalizar la moral y que el fin perseguido es evitar la intromisión del Estado en asuntos que no le competen. Entre estos asuntos destacan para Constant el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de algunos individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer su propiedad y abusar incluso de ella (como señala el autor, la concepción liberal no concibe el abuso de derecho ni su ejercicio antisocial), a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones o caprichos. De modo que, contra lo que pudiera parecer, también para Constant la libertad negativa es positiva en cuanto que exige un control activo militante que relaciona la libertad civil con la libertad política, por dos razones: una, si se quiere, de conveniencia, y

la otra, más sólida porque sólo ejerciendo activamente los derechos políticos y participando (e influyendo) en la opinión pública cabe alcanzar el perfeccionamiento moral. Sin embargo, esta dimensión positiva queda sensiblemente mermada si se tienen en cuenta las exclusiones de los que no son *sui iuris* y la defensa del derecho de propiedad privada que recuerdan una vez más la distinción perfectamente trazada entre otros por Bobbio, justa y extensamente citada en su ensayo sobre *Liberalismo e democrazia*.

En suma, se trata de un libro de los que antes se decía que *ayudan a triunfar* aunque no con el concurso del poder y el dinero sino con la ayuda de la reflexión crítica y el ejercicio racional y razonable de la razón, el buen sentido y el trabajo bien hecho que anuncia un ya excelente presente académico y un no menos prometedor futuro.

Ernesto J. VIDAL GIL  
Universitat de València

**SÁNCHEZ RUBIO, D., Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.**

## I

No es frecuente encontrar hoy pensadores que reflexionen desde una perspectiva filosófica sobre la relación entre pobreza, derecho y liberación en América Latina. No lo es en América Latina y, por supuesto, mucho menos en Europa.

Estamos lejos del entusiasmo práctico y teórico de los años en que la contradicción fundamental de nuestras sociedades se definía en términos de «liberación o dependencia». Paradójicamente, hoy la dependencia es un fenómeno social que se ha profundizado y vuelto mucho más sutil. Tan sutil que prácticamente se ha invisibilizado en las discusiones teóricas de las ciencias sociales latinoamericanas.

El otro polo de la contradicción, que motiva la reflexión central de la obra que comentamos y de estos párrafos, la liberación, también se echa de menos, con las solitarias excepciones de un reducido grupo de teóricos de América Latina y España, entre los que se encuentra el propio David Sánchez.

Algo más. Para quienes el azar nos ha dado partida de nacimiento en Argentina, el libro de David Sánchez nos recuerda aspectos de un debate que tuvo en ese rincón de América Latina, movilizado y esperanzado en los setenta tempranos, uno de los escenarios en que la reflexión y discusiones filosóficas sobre la liberación se mezclaban con la coyuntura de la lucha política. ¿Liberación «nacional» o a secas? ¿Con el fin de construir la «patria socialista» o «el socialismo»? Y por supuesto la cuestión de los actores y de los medios... Debate, por otra parte, nunca saldado sino silenciado por el terror dictatorial y que parece haber dejado una secuela de posibilismo político y teórico, de temor a llamar las cosas por su nombre, que todavía nos envuelve.

Quienes tuvieron que exiliarse de nuestro país en esos años oscuros arrastraron consigo el debate y su virulencia retórica, transformándolo en poco más que una polémica intelectual. De ahí la doble importancia de la obra que comentamos: en primer lugar rescatar desde una objetividad enriquecida por un profundo compromiso ético personal con el tema abordado, los aportes valiosos de distintos autores que matizan la filosofía de la liberación, pero que estaban un tanto perdidos en medio de los ataques, respuestas y desmentidas. En segundo lugar, por el riquísimo esfuerzo categorial desplegado por el autor para conectar fecundamente la filosofía de la liberación con otras corrientes que articulan teoría y práctica desde las bases sociales: la teología de la liberación, la pedagogía liberacionista y especialmente el movimiento de Derecho Alternativo.

Pese a que las ciencias sociales y la práctica política hayan abandonado la liberación y muchos de los conceptos que con ella se articulan, los procesos sociales que justificaban en ese entonces su uso hoy se han profundizado. De ahí la importancia de este esfuerzo por recuperar un concepto fundamental para una teoría social crítica hecha con perspectiva latinoamericana.

En su época dorada, el significativo liberación, sea en el discurso académico o en el político, sufrió un uso abusivo. No todos los que lo invocaban estaban comprometidos con un significado y unas transformaciones sociales adecuadas a la carga valorativa del mismo.

En aquel tiempo, a fuerza de circular, se transformó en un lema político de moda. Hoy, recordar aquellos usos y abusos resalta el vacío discursivo y reflexivo que la marea neoliberal y las tendencias hegemónicas han suscitado en torno al mismo.

Pero si la opresión, la marginalidad, la pobreza no hacen sino reproducirse en escala ampliada en América Latina, entonces la empresa teórica a la que nos invita esta obra es pertinente y urgente; ¿en qué sentido se puede recuperar hoy el concepto de liberación desde la filosofía y las ciencias sociales?

## II

Luego de trazar la trayectoria y debates que dieron contenido a la filosofía de la liberación, delimitarla con relación a otras corrientes del pensamiento crítico latinoamericano (teología de la liberación, pedagogía liberacionista de Paulo Freire, teoría de la dependencia), y diferenciar los diversos matices que la integran, el autor acomete la tarea de empezar a dar respuestas al interrogante con que cerrábamos el párrafo anterior.

Se trata, y no es poco, de reflexionar sobre la liberación en conexión con el concepto de justicia y su proyección sobre el derecho y los derechos humanos. En ese empeño, David Sánchez va construyendo un marco categorial que articula los aportes más notables del pensamiento liberacionista latinoamericano.

Con Hugo Assmann, destaca que liberación es una palabra de enfrentamiento conflictivo, que siempre va referida a una ausencia actual de libertad humana. Involucra tanto un juicio negativo y condenatorio sobre una realidad considerada adversa, estática, como una voluntad de cambio.

Con Ignacio Ellacuría, destaca que el uso del término dependerá en su capacidad transformadora de la respuesta contextual e histórica del desde dónde, del para quién y del para qué.

La reflexión y la práctica involucrada en procesos populares y sociales que se pensó a sí misma bajo el concepto liberacionista surge desde la realidad de América Latina.

Los destinatarios de toda reflexión y sujetos de todo proceso que pueda conceptuarse como liberación son las mayorías marginadas y oprimidas, las víctimas del sistema.

La *télesis* liberacionista consiste en unos contenidos éticos y políticos contruidos en la intersubjetividad con proyección a un punto de vista jurídico crítico: contenido fundamental de los derechos humanos, entendidos como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana. Ese contenido para David Sánchez no puede ser otro que el derecho a tener la posibilidad de ejercer y desarrollar derechos.

Esta reflexión es fundamental en momentos en que la simultánea generalización del reconocimiento jurídico y violación masiva de derechos económicos y sociales que reconocen necesidades vitales básicas, por no mencionar la negación de derechos culturales que hacen a la pluralidad y diferencia frente al monismo cultural y jurídico estatal, generan una violencia simbóli-

ca que constituye una forma sutil de invisibilizar las violaciones a los derechos humanos y las situaciones de opresión.

En ese sentido, esta obra abre vías teóricas muy sugerentes para recuperar en clave de lectura latinoamericana el concepto de resistencia a la opresión que está en la génesis del discurso moderno de los derechos humanos, como en el propio proceso histórico de independencia de los estados de la región.

De ahí que el significativo liberación nos permite articular una conciencia y una cultura común de lucha y resistencia contra la opresión, que va sedimentando en forma de praxis autorreflexiva en torno al hacer del sujeto colectivo excluido y oprimido: el pueblo entendido como comunidad de víctimas, y cuyo propósito es superar esa condición a través del reconocimiento de su vida y de su acción colectiva.

A nuestro entender, lejos de configurar una categoría sociológicamente vaga, o una nueva metafísica del sujeto, la categoría del pueblo, o los pobres y excluidos, en tanto víctimas del sistema, en la medida en que sea una categoría contextualizada en el análisis de situaciones y casos concretos de colectivos sociales históricos, puede resultar de una gran importancia heurística para caracterizar su posición en la estructura social por medio de la articulación de características de clases y fracciones de clases, etnia, cultura y otras que sean pertinentes.

De esta forma se puede emplear un marco categorial más flexible que dé cuenta, por un lado, del impacto de los procesos de pauperización social y exclusión que al fragmentar y complejizar la estructura social de la mayoría de las sociedades latinoamericanas, no pueden encuadrarse en un análisis de desigualdad en términos de clases sociales con posiciones claramente delimitadas. Por otro lado, introducir variables que hacen a la cultura, etnia y proceso de construcción identitaria de la pluralidad de comunidades involucradas, para analizar los antagonismos sociales a partir de la dinámica y formas de planteo del conflicto social por parte de colectivos de mujeres y hombres, que, al vivenciar su posición subordinada en la estructura social como opresión, inician formas de resistencia más o menos activas, expresando necesidades que devienen radicales y deviniendo ellas mismas comunidades de necesidad.

La liberación conecta con esos procesos de antagonismo social que generan a partir de la perspectiva de las víctimas un exceso de sentido, y un proyecto subyacente que surge de la experiencia y desarrollo de las necesidades radicales. En ese sentido, el éxito o fracaso de las prácticas de liberación, como nos muestra todos los días la dura realidad de América Latina, no está inscrito en ninguna ley histórica de desarrollo. A lo sumo, se puede asumir reflexivamente una memoria sedimentada, un proyecto asuntivo de la pluralidad y el aprendizaje de las luchas populares pasadas y presentes.

En esa línea, con Arturo Andrés Roig y Leopoldo Zea, David Sánchez postula metodológicamente la recuperación de aquellos sucesivos elementos culturales negados o silenciados históricamente por la cultura hegemónica, nuevamente con consecuencias proyectivas muy sugerentes: «cada individuo y colectivo tiene que ser actor e identificarse con su imaginario, con sus tradiciones, debe ser, debe sentirse dueño y partícipe del proceso cultural con el que interpreta el mundo y se autorreconoce. Por eso hay que generar las condiciones que permitan a cada uno expresar su sentirse valioso, su condición



humana o su ser persona, no desde premisas ajenas y reduccionistas. En segundo lugar, también es fundamental que en la praxis de liberación los actores protagonistas que desarrollan los distintos procesos críticos y alternativos se reapropien del poder en cada momento, en cada época y en cada contexto, con la pretensión de que, al final, sea toda la sociedad y todos sus integrantes quienes participen y vayan generando y transformando la realidad en todas sus dimensiones» (p. 167).

Con Franz Hinkelammert y Enrique Dussell, emprende un camino de fundamentación de una teoría crítica construida desde la otredad de los oprimidos frente a los países de capitalismo desarrollado del NO del sistema mundial.

La base de esa crítica no puede ser otra entonces que desnudar y denunciar ese sistema capitalista mundializado como un sistema que permite la muerte y tolera con normalidad la existencia creciente de víctimas.

Existe un principio de imposibilidad que está dado por los límites objetivos y materiales de satisfacción de las necesidades de todo sistema. En ese sentido, la existencia de víctimas es inevitable en cualquier norma, acto, institución o sistema de eticidad. Éstos siempre van a crear situaciones de exclusión, de ahí que sean criticables.

La crítica desde la perspectiva liberacionista se dirige a todo aquello que limita la vida humana, a lo que no permite vivir en condiciones dignas. Cuando se inicia la acción contra hegemónica y de lucha de las víctimas, empieza el proceso de liberación.

En este sentido se afirma el criterio de respeto a la vida humana y a la naturaleza como valores que trascienden el cálculo instrumental de medios y fines. La racionalidad de la producción, reproducción y desarrollo de la vida está por encima de la racionalidad instrumental y enjuicia los hechos según los efectos que tienen sobre la vida humana.

Por lo tanto, al contrario de lo que pretenden los paradigmas científicos hegemónicos en ciencias sociales a partir de la racionalidad instrumental weberiana, la teoría de la elección racional y la economía política neoclásica, existen juicios de hecho que van más allá de la racionalidad medio-fin. Su criterio de validez es el de la vida o la muerte de los seres humanos, no el de falsedad o verdad.

El mercado y el estado deben subordinarse al principio de factibilidad de la vida. El criterio de legitimidad o ilegitimidad de estas mediaciones institucionales es el de la satisfacción de las necesidades que permiten la producción, reproducción y desenvolvimiento de la vida humana.

El lenguaje y las instituciones son en buena medida, productos no intencionales de los seres humanos, constructos sociales. Cuando la perspectiva del sistema se hace preponderante, el ser humano es objetivado e interpelado –construido– por medio de categorías sociales. Solamente a partir de esa interpelación/constitución el sujeto como portador de un rol, clase o estrato, es accesible al sistema.

Liberación significa invertir esta perspectiva, sin renunciar a mediaciones imprescindibles como son el mercado y el estado, pero subordinándolas al reconocimiento mutuo de los seres humanos efectivamente experimentado.

Las instituciones son, ciertamente, inevitables. Ellas reconocen, imputan, jerarquizan y resuelven necesidades. Administran la vida y la muerte. Pero desde la perspectiva liberacionista deben subordinarse a los seres humanos, y no a la inversa. Por lo tanto, la praxis de liberación es aquella a

través de la cual, en su intersubjetividad y conscientemente, los hombres deconstruyen aspectos sustanciales de esas instituciones subordinándolas a la producción, reproducción y desarrollo de su vida o reconstruyen nueva institucionalidad adecuada a ese fin, condición de posibilidad de todos los otros fines.

Por lo tanto, las variadas formas y procesos históricos en los que se actualiza esa praxis de liberación reivindican la centralidad del ser humano concreto como centro de la historia e impugnan las jerarquías de necesidades valoradas que no se estructuran en virtud de las condiciones de vida, generando formas diversas de opresión.

Los movimientos sociales históricos en los que se concreta la praxis de liberación pueden ver sintetizado su horizonte en la sencilla idea-fuerza, tomada del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, de «una sociedad en la que quepan todos».

Estos movimientos no intentan fundamentar ni prescribir principios éticos eternos, ni normas universalmente válidas, ni saber y mucho menos imponer qué tipo de sociedad es la más adecuada, sino que simplemente se guían por una tendencia a la satisfacción de las necesidades básicas de todos los sujetos.

Ese criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana implícito en la praxis de liberación que se afirma contra la pulsión de muerte de las macro y micro opresiones del sistema, tiene tres principios como supuestos básicos subyacentes.

En primer lugar, el principio material vital. En función del mismo, se pueden enunciar juicios de hecho y de valor con los que juzgar críticamente los fines y los valores según su aptitud para favorecer la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana.

En segundo lugar, el principio comunicativo. La vida y el sujeto humano vivo no existen en abstracto, están ubicados en una pluralidad de mundos de vida concretos que le confieren sentido. La comunidad lingüística es una dimensión esencial de la vida humana.

De ahí que toda praxis de liberación requiere afirmarse críticamente contra el trasfondo de convenciones, supersticiones, mitos e ideologías que, funcionales a la dominación de unos hombres sobre otros, constituyen ese «sentido común» acrítico que los hombres sedimentan en los variados ambientes materiales y morales en que desenvuelven su vida.

Esa praxis requiere el reconocimiento del ser humano y sus colectivos de agrupamiento como sujetos argumentantes y, por lo tanto, autónomos y de igual dignidad. Como las comunidades reales de comunicación son hegemónicas, la situación ideal de simetría discursiva actúa como criterio contrafáctico de enjuiciamiento crítico de las estrategias retóricas del poder o de la negación por medio de la violencia abierta o simbólica de la pluralidad de voces.

Cabe destacar que estos dos principios, a nuestro entender, se refieren mutua y circularmente: en efecto, una sociedad que se aproxime en sus capacidades de deliberación a la situación ideal de comunicación, sólo será aquella que reúna condiciones de satisfacción del criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida.

Al mismo tiempo, el principio deliberativo permite la expresión de los plurales sentidos vitales que surgen de múltiples mundos de vida. Si no hay construcción de espacio público y acceso al mismo en condiciones más o

menos simétricas, es imposible la expresión y reconocimiento de necesidades, la discusión e impugnación de las jerarquías de necesidades y derechos existentes.

En tercer lugar, el principio de posibilidad implica el análisis de las condiciones de factibilidad lógica o empírica, ético-materiales y moral-formales de los dos principios anteriores en los proyectos y las acciones encaminadas a la liberación en sus respectivos contextos. A nuestro juicio, este principio tiene un fuerte componente político de análisis de las relaciones de fuerza para iniciar una acción contrahegemónica y puede ser muy útil para explicar los avances y retrocesos de los movimientos y colectivos que luchan por su vida, reconocimiento como sujetos y dignidad. Tiene que ver con su capacidad y habilidad para modificar a su favor la estructura de oportunidades con que se encuentran.

El sistema que se hace indiferente a la factibilidad de la reproducción y desarrollo de la vida y/o la participación autónoma argumentante de las víctimas, provoca dominación y marginación.

En cambio, desde la perspectiva de los oprimidos, cuando los tres principios se reivindican y desarrollan por la acción de las víctimas de cualquier orden social que ni posibilita ni hace factible la vida y procedimientos de participación intersubjetiva de todos, aparece la resistencia y la praxis de liberación.

Esta praxis se despliega desde la vivencia como opresión de la negativa del sistema a proveer las condiciones materiales de vida, y/o su negativa a reconocer la autonomía y capacidad de comunicación.

Creemos que, tomando como criterio estos tres principios, se pueden desarrollar variables y conceptos operativos para cada uno de ellos que permitan analizar casos históricos y concretos de antagonismos sociales en que se inician procesos de resistencia a la opresión que en su intensidad y manifestaciones dependerán de la contextualización de dichos principios.

Desde la perspectiva de la liberación, el autor nos muestra la posibilidad de visualizar una imagen diferente de la opresión y de la pobreza. Muy lejos de la resignación a aceptarla como un dato natural e inevitable que entonces debe ser ocultado e invisibilizado. Muy lejos de adoptar una postura paternalista que supone hacer concesiones desde arriba para que en definitiva todo siga igual, y también de las posiciones liberales, que a la manera de John Rawls buscan reducirla a niveles socialmente tolerables, construyendo en forma sobredimensionada la contradicción entre libertad e igualdad como la contradicción fundamental, invisibilizando de esta forma el verdadero antagonismo principal: vida o muerte.

Muy por el contrario, una perspectiva liberacionista sólo es posible asumiendo que no se pueden aceptar acríticamente y con resignación las consecuencias económicas, ecológicas y sociales de este sistema que atentan contra la reproducción de la vida y la naturaleza, pero que tampoco se puede pensar que alguna elite o vanguardia por un acto de ilustración y caridad les solucionara el problema a los excluidos del sistema. Hay que ser coherentes y asumir entonces que las víctimas del sistema tienen cultura, capacidad de trabajo, de organización y de lucha.

Por otra parte, también el problema de la conceptualización filosófica y política de la libertad, es iluminada desde una perspectiva radicalmente distinta a aquellas que la reducen a su dimensión mercantil, o la contraponen a la igualdad.

David Sánchez nos señala cómo en las condiciones de exclusión social prevalecientes en nuestra región y en la mayor parte del mundo, a la libertad se puede llegar sólo a través del desenvolvimiento de un proceso de liberación, y que esa libertad a la que se aspira no se reduce solamente a las dimensiones abstractas e individualistas de lo que ha sido entendido por tal en Occidente.

Libertad entonces asociada a llevar a cabo múltiples proyectos de vida, márgenes crecientes de libertad para vivir y poder vivir mejor, contruidos por actores sociales que reivindican el ser reconocidos como sujetos de derechos, creadores, poseedores y ejecutores de los mismos.

### III

Entrando de lleno en la proyección fecunda que tienen todos estos planteamientos a la hora de pensar en forma alternativa el fenómeno jurídico y político, nuestro autor señala una de las aporías de nuestro tiempo: la absolutización de la idea de mercado no es capaz de evitar condiciones de muerte y menos de ampliar espacios de lucha por la dignidad humana.

Un puñado de grupos sociales que forman las elites del sistema mundial capitalista detentan la facultad exclusiva de señalar quiénes poseen derechos y quiénes no. Esto relativiza la simultánea existencia de mediaciones jurídicas y políticas cuyo propósito declarado es el de proteger al ser humano de los riesgos de irracionalidad que la propia convivencia entraña, por medio de la democracia y los derechos humanos.

El resultado es la contradictoria proclamación a niveles universales, regionales y locales de los derechos humanos, mientras los desniveles de desarrollo y los índices de pobreza y depredación ambiental se incrementan.

En el contexto latinoamericano, los casos de Brasil y Colombia, entre otros, atestiguan la existencia de derechos y garantías en avanzados textos de constitucionalismo contemporáneo, que carecen de efectividad para la mayoría de las personas y los colectivos sociales. Como dice David Sánchez, «Hasta la belleza de un cuadro de Velázquez se mantiene entre las ruinas de una guerra. Es esencial que exista una norma de normas, pero sin omitir y sin olvidar que, por un lado, la obra puede ser falsa, puede haber sido realizada por una sola persona o por unas pocas y, por otro, que alguna razón debe de haber para encontrarse en ese tétrico paisaje de víctimas» (p. 243).

A partir de este planteamiento, y conectando con una serie de temas desarrollados por el movimiento de Derecho Alternativo brasileño, y la crítica jurídica latinoamericana en general, el autor tiende un puente entre la filosofía de la liberación y aquellas tendencias de reflexión y praxis jurídico política.

En primer lugar, señala el peligro de la absolutización del formalismo. Cuando el derecho se concibe como mera forma, se transforma la praxis y reflexión jurídica en un dogmatismo que pretende aplicarse exclusivamente a través de un pretendido método técnico, formal buscando la subsunción lógica de los casos concretos en la generalidad de la ley. Entonces se absolutiza tanto esta dimensión que se escamotean los contenidos perversos subyacentes en partes del ordenamiento jurídico, los intereses protegidos por el mismo, hasta el punto que incluso la vida humana pierde importancia ante la preponderancia de la forma derecho.

Por eso, se subraya que lejos de ser una instancia social independiente y neutral, el derecho sólo puede entenderse en su trama de relaciones con el poder económico y político. Por esta razón, para David Sánchez no alcanza con situar la discusión al interior del campo jurídico sino que, sobre todo, hay que relacionar y definir el derecho con el contexto social, económico, político y cultural en que se ubica.

La reificación de la forma derecho produce una especie de realidad que se impone y constituye a los propios hechos sociales, y no en forma neutral, sino dando la capacidad de producción de normas preponderantemente a quienes controlan la dimensión espacio-temporal de la economía, normas que devienen entonces heterónomamente producidas para las mayorías sociales.

De esta forma, derechos humanos y democracia quedan condicionados. Los primeros al quedar jerarquizados según sean compatibles o no con el orden del mercado. La segunda, porque la participación popular queda limitada.

Los sistemas de protección de los derechos humanos operativizan la protección de aquellos derechos compatibles con la jerarquía fijada por la *lex mercatoria*. Entonces se abre la paradoja de los derechos humanos: desde el punto de vista de los oprimidos, la resistencia a las violaciones de sus derechos humanos no garantizados pasa necesariamente por formas de resistencia que implican una violación al menos *prima facie*, de la forma jurídica. Desde el punto de vista del sistema, la defensa de los derechos humanos jerarquizados pasa por la violación de los derechos humanos de los colectivos oprimidos.

El punto de vista del sistema se traduce en lo que, siguiendo nuevamente a Franz Hinkelammert, David Sánchez denomina la inversión ideológica de los derechos humanos.

Los derechos humanos describen un horizonte utópico de la convivencia humana al cual sólo podemos tender. Aplicando el principio de imposibilidad, sabemos que nunca y en ningún lugar cada uno de los derechos puede ser protegido ni cumplido plena y totalmente. La dimensión histórica y contextual de los derechos nos impide conocer todos aquellos bienes jurídicos que han existido, existen y van a existir a lo largo del tiempo.

Asimismo, los derechos actualmente reconocidos deben armonizarse en cada contexto y situación, siendo imposible el disfrute pleno y simultáneo de cada uno de ellos. Por lo tanto, es necesario siempre establecer criterios de preferencias, órdenes de jerarquía, y esta función la cumplen los sistemas políticos y jurídicos en los que un derecho o grupo de derechos devenidos «fundamentales» mediatizan y relativizan al resto, convirtiéndose en principio de jerarquización de los mismos y fijando los criterios y contextos en los que pueden ser relativizados.

Esa articulación jerárquica de los derechos está ligada indisolublemente a las formas de regulación del acceso a la producción y distribución de los bienes materiales y sociales.

El significado de los derechos humanos está delimitado, por lo tanto, en función de las formas de acceso a la propiedad. «Son las propias relaciones de producción las que se convierten en el principio de jerarquización del conjunto de los derechos humanos. Incluso no sólo hacen referencia al sistema de propiedad, sino también contienen un ordenamiento que jerarquiza todo el mundo ético y valorativo» (p. 253).

De esta forma, el principio de jerarquización se transforma en principio que sujeta toda actividad instituyente y fija los marcos que limitan y legitiman lo posible en la democracia y el estado de derecho.

Ninguna mayoría, minoría o colectivo social puede oponerse a ese criterio transformado en sentido común, y por lo tanto en interés o voluntad general. Los sistemas electorales valen en tanto que sus resultados y consecuencias no cuestionen ese orden objetivado. En el instante en que mayorías o minorías cuestionan el criterio jerárquico a través de diversas vías o procesos, es decir, cuando resisten las violaciones de derechos humanos subordinados o negados se produce la inversión ideológica de los derechos humanos.

Esta misma lógica se refleja en la separación de la titularidad y ejercicio de los derechos humanos por la cual si se reconoce la primera a todos los seres humanos, su ejercicio que además involucra el proceso por el cual se adquieren, crean, desarrollan y disfrutan, es delegado en aquellas instituciones que los tutelan solamente en la medida que no subvierten, completan o afectan el criterio de jerarquización.

Las mismas vida y dignidad humana, la posibilidad de expresar necesidades valoradas traducibles a bienes jurídicos, de reclamar nuevos derechos o interpretaciones que resemantizan radicalmente los derechos existentes, quedan vedadas. Esas posibilidades quedan fuera de la forma jurídica, son interpeladas como delictivas y las víctimas criminalizadas, sometidas a la acción de las agencias represivas del estado, con lo cual se cierra el círculo paradójico de la inversión ideológica: la violación de los derechos humanos en nombre de su defensa.

Este ciclo de inversión ideológica opera por otra parte a través del formalismo jurídico, que, lejos de ser una instancia exterior y posterior a la distribución y acceso a los bienes, es también constitutivo y sostén de la misma, y deviene un despotismo del sistema jurídico. «Lo formal absolutizado es la fachada de una realidad que vulnera en su funcionamiento la capacidad de lucha de los sujetos» (p. 259).

Para el autor, invirtiendo el punto de vista del sistema y enfocando la cuestión desde la perspectiva de los colectivos oprimidos, resulta claro que la praxis de liberación (así como el Derecho Alternativo bien entendido) debe reaccionar reivindicando la primacía del ser humano concreto en sus colectivos y su facultad de interpelar a la ley.

Frente al criterio de jerarquización de los derechos humanos que se impone con la hegemonía neoliberal en el sistema mundial capitalista, David Sánchez reivindica el criterio alternativo de la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana. Éste también supone una jerarquía de derechos, que es inevitable, y el consecuente riesgo de inversión ideológica de los mismos.

Pero las mediaciones institucionales pueden subordinarse al criterio de vida humana lo más digna posible y a la democratización de los procesos a través de los cuales se jerarquizan los derechos, es decir, a través de los cuales se expresan, reconocen y jerarquizan las necesidades valoradas a traducir en bienes jurídicos. De ahí «la necesidad de establecer espacios de participación y control de todos los sujetos en todas las esferas de poder» (p. 260).

El principio de jerarquización tiene proyecciones también en el campo político, llevando a democracias condicionadas, instrumentalizadas por los

procesos neoliberales con las políticas financieras de chantaje del BM y el FMI, el poder incontrolado de los mercados financieros especulativos y las empresas transnacionales.

Estas democracias latinoamericanas que coexisten con la desigualdad, pobreza y exclusión crecientes, son adjetivadas y los adjetivos representan la marca del condicionamiento de los procesos de democratización por parte de los poderes fácticos del mercado global que Juan Ramón Capella visualizara como «soberano privado difuso»<sup>1</sup>.

El interés previamente delimitado por el mercado establece las condiciones de posibilidad del desenvolvimiento del proceso de democratización. Frente a esta realidad, el autor articula nuevamente en clave político jurídica la reflexión y práctica de liberación con el Derecho Alternativo, vinculando la necesaria democratización de la democracia, con su traducción jurídica como reapropiación social de la función normativa por los colectivos sociales oprimidos.

Se trata de la reasunción de la creación jurídica de la sociedad, entendida como articulación de sujetos plurales. Sujetos que portan y crean su propia juridicidad instituyendo una sociedad más democrática, descentralizada, participativa e igualitaria.

El pluralismo jurídico reconoce en la esfera interactiva de acción de estos colectivos la existencia de procedimientos plurales, descentralizados y no formales, mínimamente organizados e institucionalizados que, de manera localizada y concreta, expresan el ejercicio de un poder social y normativo que coexiste con el estado, su orden jurídico y la representación política tradicional.

La acción de estos colectivos, cuando expresan comunidades de necesidad, constituyen condición necesaria, no siempre suficiente, para la apertura de espacios de lucha por la dignidad humana. Cuando generan la «masa crítica» para poner en marcha praxis liberatoria que se expresa en la experiencia de su posición subordinada en el sistema social como opresión, cuando sus necesidades insatisfechas devienen necesidades proyectivas, radicales; expresan entonces a aquella parte del poder constituyente, entendido como acción colectiva y de masas, que está conformado por las víctimas del sistema.

Queda claro entonces por qué el autor articula y crea una serie de categorías que vinculan y entrelazan el proceso de liberación con un concepto de derechos humanos entendidos como «procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Soberano, porque efectivamente las decisiones de los mercados afectan la vida de los hombres, privado, porque los mercados, las organizaciones crediticias y económicas internacionales y las empresas transnacionales no son actores públicos, y difuso, porque no existe un *locus* delimitado de decisión y ejecución, sino que las decisiones se producen en un «campo de poder» entre mercado global y estados permeables, es decir, en la trama del entrelazamiento y coordinación funcional de las acciones estratégicas en el mercado y se vivencian como consecuencias no queridas de las acciones intencionales que revierten sobre los sujetos, distribuyendo las cargas y los beneficios: ganancias extraordinarias para unos pocos, pobreza, exclusión y degradación del ambiente natural y cultural para la inmensa mayoría. Ver CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una introducción histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, 1998.

<sup>2</sup> HERRERA FLORES, Joaquín, Presupuestos básicos para educar en Derechos Humanos. El «Diamante ético», en *Andalucía Educativa* núm. 16, suplemento, Sevilla, septiembre de 1999.

## IV

Finalmente, pero no en último lugar, es necesario destacar que la obra reseñada, además de señalar la madurez intelectual y la capacidad del autor en la reflexión productiva y sugerente de las múltiples dimensiones y aspectos de la Filosofía de la Liberación, que iniciara ya con la elaboración de su tesis doctoral, es un importante aporte a unos ámbitos de reflexión, docencia y crítica que son escasos en el panorama académico actual, con contadísimas excepciones que en la mayoría de los casos se dan en América Latina antes que en España, por no hablar del continente europeo. Por lo que al mismo tiempo, este trabajo sólo puede explicarse desde esos ámbitos de elaboración.

La Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica, dirigida por el Dr. Joaquín Herrera Flores y el autor, el Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, y la recientemente creada Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, constituyen espacios de encuentro y reflexión crítica y militante, un espejo que, al revés de muchas instituciones académicas «políticamente correctas» de ambas orillas del Atlántico, no deforman ni silencian la realidad de exclusión que viven en el actual proceso de globalización bajo la sombra de la hegemonía neoliberal y el «pensamiento único», crecientes porciones de América Latina y el planeta.

De ahí que no es ocioso señalar que el texto comentado ha pasado a ser patrimonio no sólo de su autor, sino de los ámbitos de análisis y militancia que sostienen la convicción de la urgencia y necesidad de debatir y sacar conclusiones prácticas de los temas y problemas planteados por David Sánchez Rubio, empezando por la recuperación de la idea-fuerza desde hace unos años maldita para las ciencias sociales latinoamericanas: liberación.

Alejandro M. MEDICI  
Universidad Nacional de La Plata.  
República Argentina



**SANTOS, Boaventura de Sousa: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998.**

La publicación de este libro de Santos en castellano viene a subsanar, especialmente en los medios intelectuales españoles, la deficiente divulgación del pensamiento de este sociólogo portugués. Infortunio que, por suerte, es compensado por la amplia penetración e impacto que sus obras han tenido y tienen en América Latina, Norteamérica y África. En buena hora surge este riguroso y documentado estudio en lengua castellana como una demostración fehaciente de la insoslayable riqueza teórica de este autor. Creo que no nos equivocamos al afirmar que la obra de Santos es una guía teórica, descriptiva y analítica imprescindible para afrontar las transformaciones actuales del orden mundial y sus incidencias en el universo jurídico.

En lo que sigue trataré de situar brevemente sus ideas básicas. Y a tal fin quizá convenga empezar diciendo que se trata de un pensamiento que se enfrenta con toda frescura y rigor a las transformaciones recientes del orden mundial, sobre todo los vínculos entre dichas transformaciones y el sistema legal. Constituye también una atractiva invitación para recurrir algunos senderos abiertos por las luchas emancipatorias en este final de siglo. En la obra reseñada se coadunan una doble perspectiva crítica —epistemológica y social— que se traduce en el bosquejo de modelos explicativos de la complejidad de los fenómenos actuales y, sobre todo, una aguda crítica a las deficiencias e insuficiencias de los supuestos conceptuales, metodológicos y teóricos de la modernidad. Se trata, en síntesis, de una nueva autorreflexión de la modernidad, de una nueva comprensión epistemológica de las energías e impulsos libertarios existentes en la misma, con el fin de fomentar un nuevo paradigma comprometido con la emancipación social y dignificación de la vida humana.

En el libro resplandece con toda fuerza la idea de que el derecho, como forma social de dominación, no permanece ajeno ni independiente de las reorganizaciones socioeconómicas en curso en gran parte del planeta. Por ello, el autor se plantea cómo y en qué medida los procesos de globalización del capital y, más en general, la expansión e intensificación de las prácticas e interacciones internacionales están cambiando las bases del derecho moderno. La oscilación dilemática de la transnacionalización del campo jurídico apunta a una «diasporización» de las «ecúmenes» legales nacionales (las políticas desreguladoras de los años setenta y ochenta, junto con la crisis del Estado de bienestar en los países centrales son ejemplo de la «diasporización» de los campos jurídicos nacionales), que ocurre de manera simultánea con la «ecumenización» del campo jurídico internacional (que resulta del surgimiento y desarrollo de múltiples formas de transnacionalización jurídica). Todo esto está produciendo, dice nuestro autor, un enorme cambio en la diada moderna de «ecúmene» y «diásporas jurídicas».

Más allá de eso, el entrelazamiento internacional de política y economía, la explosiva interdependencia de países ricos y pobres, el peligro de una catástrofe ecológica de tipo global, así como la realidad internacional de las grandes corrientes de refugiados y emigrantes, representan una serie de pro-

blemas prácticos y morales de primer orden con los que las sociedades liberales y democráticas de Occidente se ven confrontadas.

Y precisamente es en la perspectiva de tal posición y diagnóstico donde Santos propone como objetivos básicos de su investigación los de mostrar: (a) que el campo jurídico en las sociedades contemporáneas y en el sistema mundial como un todo es un paisaje mucho más rico y complejo que aquel que ha asumido la teoría política liberal; (b) que ese campo jurídico es una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas, que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales, y, finalmente, (c) que si se concibe de esta forma, el derecho tiene tanto un potencial regulatorio o incluso represivo, como un potencial emancipatorio. La forma en que el potencial del derecho evoluciona, ya sea hacia la regulación o la emancipación, no tiene nada que ver con la autonomía o autorreflexividad del derecho sino con la movilización política y las fuerzas sociales en competencia (pp. 19-20).

Dada la imposibilidad obvia de este espacio para discutir todos los detalles del fascinante análisis propuesto por Santos, propongo conectar sólo con algunos puntos que se me antojan son el núcleo de la obra. Me centraré, pues, en primer lugar en las premisas de tipo conceptual desarrolladas para, posteriormente, ofrecer las novedosas e interesantes aportaciones que formula como base para un nuevo guión emancipatorio en este final de siglo.

Santos define globalización como «un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales» (p. 56). Pero se debe tener en cuenta que dicho proceso no es homogéneo ni simétrico, sino dispar y cargado de tensiones dialécticas inherentemente contradictorias. Con el fin de explicar estas asimetrías distingue cuatro formas de globalización, las cuales pueden aplicarse a fenómenos diferentes, pero también pueden ser dos dimensiones diversas de los mismos fenómenos.

– *Localismo globalizado.*—Consiste en el proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito. Usualmente la globalización de prácticas locales se origina en el centro del sistema mundial y son después expandidas y diseminadas a la periferia y a la semiperiferia. En realidad, dice Santos, un localismo globalizado es «un proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un caníbal, otras culturas subordinadas» (p. 202). Como ejemplo tendríamos ciertas operaciones mundiales de las empresas transnacionales, la transformación de la lengua inglesa en lengua franca, la globalización de la comida rápida o la música popular norteamericanas, o la adopción mundial de las leyes de propiedad intelectual norteamericana sobre «software» para computadoras.

– *Globalismo localizado.*—Consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos. Tales globalismos localizados incluyen: enclaves de libre comercio; deforestación y deterioro masivo de los recursos naturales para pagar la deuda externa; uso turístico de los tesoros históricos, los lugares y ceremonias religiosas, las artes y artesanías, la vida salvaje; «dumpling» ecológico; conversión de la agricultura de subsistencia en agricultura orientada a la exportación como parte del «ajuste estructural»; etnización del lugar de trabajo, etc.

– *Cosmopolitismo*.—La jerarquía del sistema mundial y las relaciones de poder e interdependencia que éste implica se desenvuelven en formas complejas. Las formas de dominación prevalentes no excluyen la posibilidad de que los Estados-nación subordinados, las regiones, las clases y grupos sociales y sus aliados, se organicen transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades para la interacción transnacional creadas por el sistema mundial. Tal organización está destinada a contrarrestar los efectos dañinos de las formas hegemónicas de globalización y se desarrolla a partir de la conciencia de nuevas oportunidades de creatividad y solidaridad transnacionales, creadas por la intensificación de las interacciones globales. Las actividades cosmopolitas incluyen, entre otros, los diálogos y las organizaciones Sur-Sur; las organizaciones laborales mundiales (la Federación Mundial de Sindicatos y la Confederación Internacional de Sindicatos de Libre Comercio); la filantropía transnacional Norte-Sur; las redes internacionales de servicios jurídicos alternativos; las organizaciones de Derechos Humanos; la ONG con agencias transformativas; los movimientos literarios y artísticos en la periferia del sistema mundial que buscan valores alternativos, no imperialistas, etc.

– *La herencia común de la humanidad*.—La idea detrás de este concepto es que hay entidades naturales que pertenecen a la humanidad entera y que todos los pueblos tienen derecho a opinar y participar en el manejo y la distribución de sus recursos. Cinco elementos son asociados usualmente con el concepto de herencia común de la humanidad: inapropiabilidad; manejo por parte de todos los pueblos; participación internacional en los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales; uso pacífico incluyendo libertad de investigación científica en beneficio de todos los pueblos; y conservación para las generaciones futuras. Aquí, por ejemplo, están involucradas cuestiones ambientales como la protección de la capa de ozono, la Antártida, los océanos; la exploración de espacio exterior, la luna y otros planetas; las luchas contra la proliferación del armamento de destrucción masiva, etc.

Las dos primeras formas de globalización son organizadas directamente por el capitalismo mundial, en su búsqueda de un nuevo régimen de acumulación. Las otras dos formas de transnacionalización son organizadas por principios opositores concebidos de manera amplia, que se enfrentan con la lógica hegemónica y las jerarquías del sistema mundial en nombre de grupos sociales e intereses dominados u oprimidos, así como de recursos naturales degradados cuya preservación/conservación es un prerrequisito de la sostenibilidad de la vida sobre la tierra. Estas últimas son intensamente más contradictorias que las dos primeras, debido a que se enfrentan la lógica capitalista dominante del sistema mundial.

Pues bien, la traducción de estos fenómenos de globalización en el campo jurídico lleva al autor a distinguir siete tipos de transnacionalización jurídica. De forma sinóptica tendríamos el siguiente cuadro (p. 79):

Tipos Características.	Derecho estatal transnacionalizado.	Derecho de la integración regional.	Lex Mercatoria.	Derecho de la gente en movimiento.	Derecho infraestatal transnacionalizado.	Derecho cosmopolita.	Jus humanitatis.
Foco principal de globalización	Localismo globalizado y globalismo localizado	Localismos globalizado y globalismo localizado	Localismos globalizado y globalismo localizado	Localismos globalizado; globalismo localizado y cosmopolitismo	Cosmopolitismo; globalismo localizado	Cosmopolitismo; localismo globalizado	Herencia común de la humanidad; cosmopolitismo; globalismo localizado; localismo globalizado
Terreno principal en disputa	Acumulación a escala mundial y división del trabajo; estrategias de acumulación de confianza y hegemonía	Acumulación a escala mundial y división del trabajo; estrategias de acumulación, creación de confianza y hegemonía	Acumulación a escala mundial y división del trabajo	Estrategia estatal de confianza; «relación salarial global»; identidades excluyentes	Autonomías e identidades locales; estrategias estatales de hegemonía y creación de confianza; soberanía	Identidades transnacionales; estrategias estatales de hegemonía y de creación de confianza	Identidades globales; estrategias estatales de creación de confianza; acumulación a escala planetaria

Acción transnacional.	Instituciones financieras internacionales; empresas transnacionales; Estados.	Estados; gobierno supraestatal; organizaciones corporativistas.	Empresas transnacionales; grandes oficinas de abogados norteamericanas.	Estados; organizaciones internacionales; ONG.	Movimientos de base; ONG; organizaciones internacionales.	ONG; movimientos de base; Estados; organizaciones internacionales.	ONG; movimientos de base; Empresas transnacionales; organizaciones internacionales.
Escenario normativo e institucional.	Regulación-desregulación; ajuste estructural; Estado heterogéneo; Estado paralelo.	Contratos y acuerdos transnacionales; arbitraje internacional.	Contratos y acuerdos transnacionales; arbitraje internacional.	Derecho internacional privado; convenios internacionales; política de derechos.	Política de derechos; derechos colectivos; derecho a la autodeterminación; autogobierno.	Política de derechos; convenios y tribunales internacionales; ONG; tratados alternativos; reportes sobre derechos humanos de Amnistía Internacional y otras organizaciones.	Política de derechos (derechos de la naturaleza y del ambiente); convenios internacionales; tratados alternativos de las ONG.

En el curso del desarrollo que hace del autor de este cuadro sinóptico se encuentran imbricadas las reflexiones sobre las vicisitudes y virtudes del proceso de globalización, especialmente en las sociedades periféricas. Lo esencial del aporte de Santos está en la forma magistral en que combina los puntos positivos y negativos de dicho fenómeno y, especialmente, la manera en que trata de culminarlos en la propuesta de una «ecúmene» jurídica emancipadora. El núcleo analítico de dicha propuesta gira en torno a una nueva epistemología cosmopolita de los derechos humanos. Dicha epistemología presupondría por un lado, la disolución de la contienda entre Derechos del Hombre y Derechos del Ciudadano, que pasa por una nueva teoría de la ciudadanía, y, por otra parte, una reconstrucción intercultural de los Derechos del Hombre por vía de una hermenéutica diatópica.

En conexión con la primera de las premisas, propone nuestro autor que la nueva teoría de la ciudadanía debe ser desarrollada con el fin de dar cuenta de los crecientes movimientos transnacionales subordinados y de los desafíos que presentan al régimen internacional de los Derechos Humanos. La ciudadanía debe ser desterritorializada (menos nacional y más igualitaria), de tal manera que la diáspora jurídica de millones de personas desplazadas pueda llegar a su fin. La ciudadanía debe ser «descanonizada» (menos sagrada y más democrática), de manera tal que el pasaporte y el visado dejen de ser un fetiche jurídico de acuerdo con el cual la vida cambia y de la cual depende la dignidad humana de muchas personas. La ciudadanía debe ser reconstruida de manera socialista (más consecuente socialmente y menos única), para que el principio de la asociación voluntaria se torne universal. En suma un Estado de derecho de carácter cosmopolita donde un cambio de ciudadanía sería tan fácil o difícil como lo es hoy un cambio de residencia, de profesión o como una separación matrimonial (p. 148).

El tema de la reconstrucción intercultural pone de manifiesto toda una gama de problemas. El primero es la cuestión del universalismo versus cosmopolitismo, que a su vez, suscita varios problemas: ¿cuáles son los estándares mínimos absolutos de los Derechos Humanos básicos? o ¿cuáles son los denominadores comunes más bajos? Santos parte de la idea de que los Derechos Humanos, en su concepción convencional, son falsamente universales porque ocultan las desigualdades del sistema mundial, los estándares dobles y la pertenencia cultural diferencial. Corresponde a la política cosmopolita transformar esa falsa universalidad en una nueva universalidad del cosmopolitismo. La reconstrucción intercultural de los Derechos Humanos tiene como premisa la centralidad del vínculo entre el contexto local y la organización de base, de una parte, y la inteligibilidad translocal y la vibración transnacional, de la otra. En este sentido, defiende nuestro autor que los Derechos Humanos «son un esperanto político, que la política cosmopolita debe transformar en una red de lenguajes nativos mutuamente inteligibles. Las condiciones para tal transformación son las siguientes: personalidades transnacionales, reconstrucción intercultural y el sistema mundial como un campo único de derechos humanos» (p. 214).

Por otro lado, teniendo en cuenta que de una forma u otra, en mayor o menor medida, todas las culturas sufren una cierta debilidad fundamental frente a una política cosmopolita de los Derechos Humanos, el diálogo intercultural presupone el reconocimiento recíproco de tales debilidades y su *telos* general es su eliminación. El reconocimiento de la incompletud y de las debilidades recíprocas es una condición sine qua non del diálogo intercultural. Los princi-

pios reguladores de la reconstrucción cultural de los Derechos Humanos se fundamentan en la hermenéutica diatópica, que es un ejercicio de tolerancia cultural. Dicha hermenéutica está basada en la idea de que los «topoi» de una cultura individual son tan incompletos como la misma cultura. El objetivo de la hermenéutica diatópica no es lograr la completud, lo que es considerado como un fin inalcanzable, sino, por el contrario, suscitar la conciencia de la incompletud recíproca tanto como sea posible, mediante la participación en el diálogo de la manera que se haría si se tuviera un pie en una cultura y otro en otra (p. 200).

El carácter diatópico de esta hermenéutica está en que la misma se construye sobre la identificación local y su intangibilidad translocal; privilegiando, en cada cultura individual, las versiones que son en sí mismas más tolerantes, más abiertas y que promueven márgenes más amplios de reciprocidad. En este particular, subraya Santos, «la apertura hacia otras culturas debe ser con frecuencia encontrada en versiones no hegemónicas, opositoras, transgresivas, que, debido a que son más distantes del centro cultural, evolucionan en los márgenes, en esa zona crepuscular donde las culturas se mezclan y dan lugar a universos simbólicos interculturales» (pp. 221-222).

Como reflexión final, se puede decir que las indagaciones llevadas a cabo en este libro indican que el proceso de globalización es un proceso dispar y asimétrico que tiene, además, consecuencias muy diferentes y a menudo contradictorias en el centro y la periferia del sistema mundial. Estas ambivalencias del fenómeno de la globalización también se manifiestan en el campo jurídico. Así, aunque, como reconoce el autor, la «ecúmene» jurídica internacional se encuentra mucho más avanzada en relación con las formas de transnacionalización jurídica directamente organizadas por el capitalismo mundial que en relación con las formas cosmopolitas y de herencia común de la humanidad, también lleva aneja la posibilidad de coaliciones transnacionales informadas por el ideal transformador de una ecúmene jurídica emancipadora. Y precisamente es en razón de estos impulsos libertarios desplegados en las ambivalencias del proceso de globalización, donde deben ser buscados y explorados tanto las caras ocultas de la opresión y dominación, como los nuevos senderos de emancipación y de radicalización del proceso democrático.

Santos nos invita con esta obra a recorrer estos nuevos senderos, equipándonos con las herramientas y utensilios necesarios para afrontar este reto. Se trata de una hermosa invitación, especialmente en nuestros tiempos, tan plagados de conformismos y falta de iniciativa; donde merodea el miedo a pensar lo nuevo, a construir nuevos proyectos y nuevas esperanzas. El nihilismo que nos acecha en este final de siglo amenaza con transformarnos en lo que nuestro autor denomina como «futuricidas»: los que en nombre del presente matan el futuro. Santos, por el contrario, rehuye y nos invita a rehuir de la subjetividad conformista que considera mejor, o por lo menos inevitable, todo lo que va ocurriendo, en nombre de una «pseudorracionalidad» del presente. Es cierto que hay muchos valores del presente que deben ser mantenidos, pero no se puede, creo, aferrarse a los mismos y matar cualquier perspectiva futura, por miedo de trastocarlos. No podemos olvidar que, para gran parte de la humanidad, la única esperanza y salida es la de un futuro radicalmente diferente del presente. Imaginar este futuro y transformarlo en una alternativa posible es la propuesta y el desafío que nos lanza el autor.

María de Lourdes SOUZA  
Universidad de León

**TRUYOL Y SERRA, Antonio:** *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, 1. De los orígenes a la Baja Edad Media, Alianza editorial, 13.ª ed., Madrid, 1998, y 2. Del Renacimiento a Kant, Alianza Editorial, 4.ª ed., Madrid, 1995.*

La aparición de la 13.ª ed. del volumen I de la obra de Truyol ofrece una buena ocasión para reflexionar sobre la idea de Europa como unidad, ya que esta unidad responde a las profundas raíces de una historia común en el método del pensamiento. De ahí, que no falte quien proponga una reflexión sobre el método para reconstruir esa unidad, manteniendo al mismo tiempo el necesario respeto a la diversidad (R. Southern, *Scholastic Humanism and the Unification of Europe*, Oxford, 1996, pp. V-VI). En este contexto, obras como la de Truyol constituyen un buen instrumento para conocer las interdependencias del pensamiento europeo a lo largo de la Historia.

La utilidad y calidad del ingente trabajo de este autor quedan bien avalados por el repetido número de ediciones que desde su aparición se han sucedido. El primer volumen, que ha alcanzado desde su primera edición en 1954 ya la 13.ª edición, comprende la filosofía antigua hasta la escolástica medieval, incluyendo la filosofía islámica del siglo XIII. El hecho de que no haya en lengua castellana una obra semejante hace que no tenga competidores, lo cual contribuye a poner de manifiesto la dificultad de acometer una obra de tal alcance por un único autor. La obra de J.M. Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico, I, de Heráclito a la Revolución francesa*, 7.ª ed., Madrid 1992, no alcanza la extensión de la de Truyol.

Entre las características fundamentales de este trabajo destacan la presentación de la Historia del pensamiento estrechamente ligada a las fuentes y la presentación de las relaciones e influencias recíprocas de los autores entre sí. Así, por ejemplo, la influencia de Suárez, Vázquez de Menchaca y en general de la escolástica española en Hugo Grocio (pp. 119, 200 ss.), de Hobbes en la moral utilitarista de Bentham y en la jurisprudencia analítica de John Austin (p. 228), de Locke en las declaraciones de derechos norteamericanas (p. 252) o la conexión con Montaigne de los adversarios franceses del derecho natural (p. 207) y de Komensky con Erasmo y Modrevio (p. 213). La redacción permite una lectura ágil, que en algunos pasajes es particularmente amena. El lector desearía a veces saber algo más de los autores y los temas tratados, pero las características de la obra no permiten dedicarles mayor atención.

Se trata de una obra escrita por un español, pero no es propiamente «española» en la medida en que la intensidad y extensión que se dedica a los temas no viene medida por el protagonismo español. Quizá éste es inevitable al tratar los problemas jurídicos que planteó la conquista de América, pero si se compara la atención que el autor dedica a otros acontecimientos como la Reforma, la tolerancia en América o la Revolución francesa, se advierte que, aun siendo una obra escrita por una pluma española, no se presenta la Historia del pensamiento desde la perspectiva de este país, sino desde la perspectiva de la civilización occidental.

Cabe advertir una peculiar impronta del autor en el seguimiento de los temas tratados, que atañen fundamentalmente a los problemas del Derecho internacional: la justificación de la guerra, la soberanía, el derecho de resis-



tencia de los súbditos a la autoridad, son el hilo conductor que Truyol mantiene en su exposición. La obra revela de algún modo que el autor ha ocupado sucesivamente las cátedras de Derecho Natural y de Derecho Internacional. Truyol pone de manifiesto, no obstante, las aportaciones más originales de cada autor, aun cuando su relación con los temas antes mencionados sea menos directa: Así por ejemplo, destaca la aportación de Luis Vives a la teoría de la propiedad (pp. 28 ss.), y dedica una amplia atención a Beccaría por lo que supuso la obra *De los delitos y de las penas* para el avance del Derecho Penal.

Cada volumen está dividido en libros, que se subdividen a su vez en capítulos, atendiendo a los autores y dedicándoles una justificada atención desigual según la importancia de su obra. Al final de cada capítulo se encuentra una bibliografía seleccionada. En las páginas finales de cada volumen se contiene un cuadro sincrónico de las obras de los autores estudiados.

Dentro del volumen II, al que aquí se dedicará más atención, cabe destacar que, por lo que se refiere a la unidad de la política y la historia en el pensamiento de Maquiavelo, Truyol sigue a A. Buck (*Machiavelli*, Darmstadt, 1985). En la exposición de la *Utopía* de Tomás Moro, Truyol se aparta del frecuente tratamiento conjunto de ésta con las utopías de Campanella y Francis Bacon, por considerar que la *Utopía* de Moro está estrechamente vinculada al humanismo cristiano propiamente renacentista, mientras que las de Campanella y Bacon se encuentran inmersas en el clima espiritual de la Contrarreforma y forman parte de esas concepciones filosóficas.

De Suárez y los autores de escolástica española tardía, se ha dicho por algunos tomistas modernos que, en consonancia con la Metafísica de la libertad, pero llevados del empeño en la discusión con los luteranos, acentuaron tanto la autonomía del fin natural del hombre y el papel de la razón humana, que llegaron a ser una desviación del tomismo. M. Villey (*La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 9.<sup>a</sup> ed., París, 1975, pp. 352 ss.) habla de una cierta «infidelidad al tomismo» por parte de estos autores. En cambio, en opinión de Truyol, estos autores realizaron, como el propio Tomás de Aquino en su época, una nueva síntesis teológica y filosófica de alcance universal entre el acervo cristiano y el pensamiento del momento. El autor se opone a la interpretación que ha querido ver en Suárez un precursor del contractualismo de los siglos XVII y XVIII. En su opinión «esta interpretación no tiene en cuenta que para Suárez el pacto social es meramente declarativo, no haciendo otra cosa que expresar la libre adhesión del hombre a lo que es una exigencia de su naturaleza racional» (p. 177). Suárez es, a juicio de Truyol, la culminación de la escolástica renacentista y barroca, «no sólo por la envergadura de su síntesis sino también porque después de él el equilibrio de elementos antagónicos laboriosamente establecido tiende a descomponerse» (p. 181).

Dentro del volumen II, el paso del primer libro al segundo significa también el desplazamiento del centro de gravedad de la especulación jurídica hacia Holanda, Inglaterra y Alemania. En este segundo libro, ocupa el protagonismo temático la idea del contrato social, que obedece a la distinción entre el estado de naturaleza y el estado de sociedad. Esta nueva idea contrasta con la anterior conexión entre la naturaleza humana y la sociedad. Otros temas recurrentes del libro segundo son la búsqueda de los límites al poder absoluto mediante la separación de poderes, la afirmación de los derechos individuales sólo garantizados, no concedidos, por el poder estatal, y la

separación entre la Iglesia y el Estado. Llama la atención la omisión del tratamiento de la obra de Descartes, que Truyol justifica, atendiendo a que éste ni elaboró una *Ética*, ni intentó nunca reformar el Estado (p. 193).

En el capítulo dedicado a Grocio y el Derecho Natural y de Gentes, se pone de manifiesto el buen conocimiento de Truyol sobre las distintas interpretaciones de Grocio. Junto a una clara síntesis de su aportación en favor de la libertad de los mares (pp. 205-206), no deja de anotar que su doctrina acerca de la soberanía supone un retroceso doctrinal respecto a Bodino y Suárez: La reducción del poder político a un derecho patrimonial obliga a Grocio a conceder que el poder político no implica necesariamente la búsqueda del bien común (pp. 202).

De la obra de Locke dedica amplia atención al problema de la tolerancia y critica Truyol lo siguiente: el contraste entre los derechos naturales, admitidos como innatos, y su concepción gnoseológica, dedicada en gran medida a criticar las ideas innatas (p. 251). Valora, en cambio, positivamente, que Locke destacase en primer plano los derechos naturales subjetivos inalienables, que tanta influencia ejercieron después en las Constituciones de los Estados Unidos de Norteamérica.

En la exposición del pensamiento de Montesquieu, resulta especialmente interesante la caracterización del iusnaturalismo historicista de este autor francés a partir de su concepción de la ley: Desde el momento en que las leyes que se derivan de la naturaleza de las cosas, sirven de pauta a las leyes positivas, cabe hablar, a juicio de Truyol (p. 294), de un iusnaturalismo en Montesquieu. Pero se trata de un iusnaturalismo historicista, porque las leyes, a las que deben ajustarse las leyes positivas para no ser arbitrarias, son la razón extraída de la Historia (la razón histórica). De modo igualmente sugerente, presenta Truyol (p. 296) la idea de Montesquieu sobre la libertad política, haciéndola depender del contexto institucional adecuado (la división de poderes).

De Rousseau el lector recibe, a través de la lectura de Truyol, una ponderada exposición de su obra, que permite comprender su carácter precursor del colectivismo o del totalitarismo, sobre la base de su teoría acerca de la voluntad general. Su idea de la religión civil revela tanto la separación entre el Estado y la religión como la estrecha relación entre Política y *Ética*. La valoración de las costumbres patrias le convirtieron en un precursor del nacionalismo, a la vez que le acercaron al tradicionalismo de Burke (pp. 352 s.).

La exposición de la Revolución norteamericana tiene dos aspectos fundamentales: los derechos del individuo y la teoría del federalismo. En su exposición destaca Truyol (pp. 364 ss.) la importancia de la separación de poderes y de la facultad de los jueces de juzgar la constitucionalidad de la ley; éste último aspecto, en clara oposición a la visión del juez de Montesquieu como «boca de la ley». Truyol subraya, así mismo, la influencia de la idea lockiana de la igual libertad natural originaria y de los derechos innatos (p. 358). Los autores cuyo pensamiento se expone en este capítulo son: Paine, John Adams, James Wilson, Jefferson, Hamilton y Madison.

La Filosofía política de Kant manifiesta con peculiar intensidad la influencia de Rousseau, a juicio de Truyol (p. 399); no obstante, la idea de contrato originario pierde en su doctrina cualquier referencia empírica, significando una «idea» en el sentido kantiano del concepto, que sobrepasa la posibilidad de la experiencia.

El lenguaje cuidado y ágil de esta obra hace amable al lector el conocimiento de la Historia del pensamiento, al sentirse inmerso en las intrigas políticas de la Florencia de Maquiavelo, en el hastío de las guerras de religión, en la aventura de la conquista de América o en el terror de la Revolución francesa. En medio de la extensa materia que abarca, el autor no se pierde en los acontecimientos históricos o biográficos, sino que la alusión a ellos, está al servicio de la mejor comprensión de la Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado.

Si la división en libros obedece a un criterio claro, la agrupación de los capítulos dentro de cada libro no siempre resulta tan lograda. La mayoría de los capítulos han sido delimitados por criterios territoriales, mientras que en otros (p. ej., el dedicado a Hobbes y Spinoza, el dedicado a Vicco y Montesquieu) aúnan a figuras de distinta procedencia, atendiendo a ciertos rasgos comunes de su pensamiento. Por su parte, Rousseau y Kant son, respectivamente, objeto de un solo capítulo. Aunque hay algunas reiteraciones: p. ej., el tratamiento de J. de Acosta al tratar la ética colonial en los comienzos del Estado imperial español (p. 109) y en la escolástica tardía (pp. 183 ss.), éstas son salvadas por el propio autor mediante la oportuna remisión.

No podemos comparar esta obra con otra de características semejantes en lengua alemana, pues, a pesar de la abundante producción de estudios sobre Teoría del Derecho y del Estado en Alemania, no conocemos una exposición completa de su Historia escrita por una sola pluma. Obras como la de H. Ryffel, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, Neuwied y Berlín, 1969, constituyen una exposición sistemática, pero no histórica, y obras como la de H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3.ª ed., Göttingen, 1960, no abarcan el marco temporal completo de la obra de Truyol. De la aportación de A. Verdross, *Grundlinien der antiken Staats- und Rechtsphilosophie*, 2.ª ed. Viena, 1948. Idem, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2.ª ed. Viena, 1963, no conocemos actualizaciones posteriores. Gracias a la excelente síntesis de Truyol, resulta posible concluir que en la bibliografía española, los juristas cuentan con un adecuado instrumento para esa reflexión sobre el método del pensamiento, necesaria para la construcción de un Derecho común europeo, a la que hacíamos referencia al inicio de éstas páginas.

María J. ROCA  
Universidad de Vigo

**VILLA, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999)**

Como es sabido, con la tesis de las fuentes sociales el positivismo jurídico ha destacado la importancia de concebir el Derecho como un fenómeno social, dado que su existencia está vinculada a la voluntad humana. El interés por analizar cómo opera el Derecho en la práctica social quizá no se ha correspondido con una atención especial a la epistemología o, más en concreto, con el intento de ubicar el conocimiento jurídico dentro de una teoría general del conocimiento<sup>1</sup>. La reciente monografía que acaba de publicar el profesor Vittorio Villa con el título *Costruttivismo e teorie del diritto* apunta en esa dirección y pretende ofrecer un modelo epistemológico que, dejando a un lado un trasnochado descriptivismo, pueda ayudar a superar algunas dificultades y a definir de forma más precisa los presupuestos teóricos del positivismo jurídico.

En este comentario pretendo, en primer lugar, exponer el modelo epistemológico que Villa considera más adecuado para el análisis jurídico, que denomina constructivismo postpositivista, y, en segundo lugar, analizar hasta qué punto su propuesta resulta compatible con la teoría de la neutralidad que postula el positivismo metodológico y de qué modo afecta a la conocida distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo.

## I

Desde un punto de vista epistemológico, el constructivismo parte de la idea de que el conocimiento de la realidad, que no se trata de una tarea aislada o individual sino que se inserta en una práctica colectiva en la que interviene decisivamente la comunicación, está orientado por esquemas conceptuales. Estos esquemas, que suelen estar consolidados en el interior de nuestra cultura, aparecen formados por un conjunto de creencias ordenadas y jerarquizadas que nos ayudan a interpretar y a reconstruir un determinado campo de experiencia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Me parece que sigue siendo una obligada referencia entre nosotros el estudio de CALSALMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

<sup>2</sup> Un buen ejemplo que ilustra lo que se quiere decir con los esquemas conceptuales lo encontramos en los Viajes de Gulliver. Cuando Gulliver está en el país de Lilibut, dos funcionarios se encargan de registrarle los bolsillos y en el inventario que redactan se encuentra la siguiente descripción de un reloj: «Del (bolsillo) derecho salía una gran cadena de plata, con un maravilloso ingenio al extremo. Dijimos al Hombre-Montaña que sacase lo que hubiese al fin de la cadena, y ello resultó ser una especie de globo, la mitad de plata y la mitad de algún metal transparente. Por el lado transparente vimos ciertas extrañas figuras dispuestas en círculo y pensamos que podríamos tocarlas, hasta que hallamos nuestros dedos detenidos por una substancia reluciente. El Hombre-Montaña aplicó esa máquina a nuestros oídos y percibimos un ruido incesante, como el de un molino. Y conjeturamos que es un animal desconocido o el dios que él adora, si bien nos inclinamos a la última opinión, porque nos aseguró (si le comprendimos bien, ya que se expresa muy imperfectamente), que rara vez hace cosa alguna sin antes consultar ese objeto. Lo llama oráculo y dice que le señala el tiempo de todas las acciones de su vida», SWIFT, J., *Viajes de Gulliver* (1726), trad. J. G. de Luances, Madrid, Salvat, 1982, pp. 23 y 24. McCormick utiliza este mismo ejemplo para explicar el significado del punto de vista externo o la posición que ocupa el *outsider*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 275 y 276.

Por tanto, cualquier actividad cognoscitiva se realiza en todo caso a la luz de un esquema conceptual que nos permite comprender la realidad. De acuerdo con esta tesis es preciso destacar dos aspectos: 1) Siempre se conoce desde un punto de vista o desde un esquema conceptual concreto. Dicho de otro modo: no es posible hablar de un conocimiento obtenido a partir de una especie de *cosmic exile* del mundo o desde la perspectiva del *God's eye view*<sup>3</sup>. 2) Según el constructivismo, conocer conlleva desarrollar una actividad interpretativa. Si para conocer se requiere clasificar, etiquetar o interpretar la realidad, entonces frente al planteamiento que ofrece el descriptivismo, que admite la posibilidad de dar noticia de la realidad tal como es mediante descripciones puras, hay que resaltar que la realidad es tal como es reconstruida de acuerdo con nuestros conceptos y esquemas.

Ante este enfoque, que aquí sólo he apuntado de manera esquemática, es lógico que surjan algunos interrogantes: ¿La existencia de una pluralidad de esquemas conceptuales desde los que reconstruir la realidad no nos conduce a un peligroso relativismo? ¿La visión constructivista del conocimiento no supone una posición anti-realista difícil de asumir? ¿A qué criterio debemos acudir si dejamos a un lado la teoría de la verdad como correspondencia, que se apoya en una epistemología de corte descriptivista?

El constructivismo postpositivista que defiende Villa, y que encuentra apoyo en los trabajos de autores como Putnam, Goodman, Elgin, Toulmin y Mary Hesse, pretende ser una vía intermedia entre el realismo y el antirrealismo y, por otro lado, entre el objetivismo y el relativismo. En primer lugar, hay que señalar que el constructivismo no niega la existencia de la realidad (posición «realmente» difícil de asumir) sino que simplemente sostiene que las afirmaciones acerca de la realidad se formulan desde el interior de un esquema conceptual. En segundo lugar, el carácter relativista aparece debilitado si partimos de la idea de que conocer es una práctica social y que, por tanto, hay que seguir ciertas pautas si queremos comprender o interpretar adecuadamente un determinado campo de experiencia. En la teoría de Villa esas pautas que producen un efecto antirrelativista son concebidas como vínculos; concretamente el profesor italiano analiza la existencia de seis vínculos de distinta naturaleza que limitan la actividad cognoscitiva: vínculos teóricos-culturales, biológicos, sociales, lingüísticos, epistémicos y pragmáticos<sup>4</sup>.

La teoría constructivista propone, y sobre ello insistiré más adelante, una revisión crítica de la noción de verdad como correspondencia. Primero porque, desde un punto de vista epistemológico, la tesis de la correspondencia se apoya en una concepción descriptivista de la realidad, que hoy resulta difícil de defender, según la cual es posible conocer los hechos de forma pura y transparente, de tal manera que se sostiene una cierta visión angélica o deshumanizada del conocimiento en cuanto se define como la mera contemplación de lo existente sin tener en cuenta ningún tipo de intervención ni condicionamiento<sup>5</sup>. Segundo porque, desde un punto de vista semántico, no parece que la tarea interpretativa consista en acceder a los significados unívocos que preceden a la interpretación, sino que siempre se opera con una realidad que

<sup>3</sup> La expresión es de Putnam. Vid. V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, ponencia presentada al Congreso hispano-italiano celebrado en Almagro los días 8-10 de octubre de 1998.

<sup>4</sup> VILLA, V., *op. cit.*, pp. 113 y ss.

<sup>5</sup> VILLA, V., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 206.

ha sido previamente interpretada de acuerdo con un cierto esquema conceptual. Desde la perspectiva constructivista, conocer es una actividad que conlleva reconstruir e interpretar la realidad jurídica de forma coherente con determinados esquemas conceptuales y criterios epistémicos, sin olvidar que no se trata de una ocupación discrecional en la que «todo vale», ya que existen vínculos que determinan la actividad cognoscitiva.

## II

Muchas teorías que defienden el positivismo jurídico han asumido como herramienta metodológica el modelo descriptivista que, como agudamente demuestra Villa, parece haber entrado en crisis y hoy día resulta difícilmente sostenible. Por ello da la impresión de que se produce un divorcio entre la teoría jurídica de carácter positivista y las tesis dominantes en el ámbito epistemológico. Frente al prejuicio que supone infravalorar la utilidad de la epistemología en el análisis jurídico, que puede estar ocasionado por la posibilidad de provocar una especie de «duplicación» del saber jurídico que haga aparecer ciertos estudios teóricos como poco relevantes para la práctica jurídica, Villa piensa que realizar un esfuerzo por dotar al positivismo jurídico de un modelo metodológico más sofisticado le puede hacer menos vulnerable a algunas críticas.

La teoría jurídica que maneja el modelo descriptivista suele defender una concepción objetivista y objetualista del Derecho. Con lo primero se alude a la defensa de una aproximación neutral u objetiva al fenómeno jurídico. Con lo segundo se refiere a la presentación del Derecho como un producto terminado o acabado. Voy a detenerme a explicar este último aspecto.

El descriptivismo ha permitido dos desarrollos distintos que aparecen muy bien reflejados en las teorías de Kelsen y de Ross. Como es sabido, para Kelsen las normas jurídicas son enunciados de deber ser que tienen un carácter objetivo que deriva, en última instancia, de la norma básica. La ciencia jurídica aparece definida, en primer lugar, por su autonomía, ya que debe dar noticia del Derecho desde un punto de vista jurídico, es decir, exclusivamente mediante normas jurídicas, y, en segundo lugar, por su neutralidad, ya que debe limitarse a describir las normas jurídicas, aunque tales descripciones son enunciados que, como consecuencia del objeto descrito, tienen un carácter normativo. La condición científica de la actividad de los juristas se logra al precio de presentar el Derecho, como ha afirmado Nino, como un fenómeno insular<sup>6</sup>, ajeno al deber ser moral y a la dimensión empírica de los hechos. Ross, en cambio, pretende trasladar el modelo epistemológico neoempirista al ámbito jurídico para convertir la ciencia jurídica en una verdadera ciencia<sup>7</sup>. Para ello se debe ocupar de las normas vigentes, que son aquellas que aplican los tribunales porque las han vivido previamente como obligatorias. De esta forma, el Derecho se vincula a las decisiones de los tribunales y la ciencia jurídica se hace indistinguible de la sociología y la política del Derecho. En el primer caso, el descriptivismo conduce a concebir el Derecho como un fenómeno caracterizado por su objetividad, en el segundo nos acer-

<sup>6</sup> NINO, C. S., *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 79 y ss.

<sup>7</sup> Vid. VILLA, V., «La metodología di Ross» en TARANTINO, A. (ed.), *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 67-78.

ca al relativismo ya que la vigencia del Derecho depende en última instancia de la aplicación jurisdiccional.

¿Cuál es la visión del Derecho que está más en sintonía con el constructivismo? Villa sostiene que parece más adecuado relacionar la existencia del Derecho con el uso que hacen los miembros de la comunidad de las reglas como criterios para guiar el comportamiento. En definitiva, se trata de la concepción del Derecho como una práctica social que ya fue desarrollada por Hart. La interpretación del fenómeno jurídico como una práctica social no se contrapone a la idea del Derecho como fuerza, sino que pretende poner en un primer plano la importancia del uso y del significado de ciertos comportamientos que componen dicha práctica frente a la concepción del Derecho como un fenómeno aislado o autónomamente subsistente. Es decir, se pretende vincular las normas jurídicas con la práctica social ya que su existencia no tiene un carácter objetivo independiente de la realidad (como ocurría en la teoría kelseniana) ni tampoco es producto de las decisiones de ciertos órganos jurisdiccionales (como sucedía en el modelo de Ross), sino que se asocia con el uso de tales reglas como pautas que dirigen el comportamiento.

El enfoque constructivista subraya la relevancia del uso de las normas jurídicas frente a la concepción que podríamos denominar, según la expresión dworkiniana, del *plain fact view*<sup>8</sup>. La realidad jurídica por ello no aparece separada de la práctica de los sujetos a quienes van dirigidas las normas. Hart dio noticia de este aspecto del uso mediante la idea del punto de vista interno, que aparece definido por la concurrencia de tres elementos: la aceptación, el elemento de adecuación y el elemento lingüístico. Según el autor de *The Concept of Law*, quien adopta el punto de vista interno acepta las reglas jurídicas por cualquier razón (por tanto no sólo intervienen las razones morales) y dicha aceptación se refleja externamente a través de la obediencia a dichas reglas en la medida que sea posible y mediante el uso de un lenguaje normativo debido a que las normas aceptadas se convierten en criterios de corrección no sólo para la conducta propia sino también para la de los demás<sup>9</sup>. Este punto de vista se compone, según la conocida interpretación de MacCormick, de un elemento cognoscitivo y de un elemento volitivo. De acuerdo con el primero, antes de aceptar una norma es preciso conocerla y para ello se requiere saber qué actos aparecen como la correcta aplicación de dicha regla. De acuerdo con el segundo, una vez que se conoce el contenido de la regla entonces se puede aceptar la regla como una razón para actuar, si bien la motivación que origina la aceptación no tiene por qué ser, según Hart, necesariamente moral<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, pp. 6 y ss.

<sup>9</sup> HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, segunda edición, pp. 78 y ss.

<sup>10</sup> MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981, pp. 29 y ss. MacCormick defiende la existencia de un punto de vista hermenéutico, que permitiría dar noticia del Derecho desde el punto de vista interno pero sin que comporte aceptación. Al respecto *vid.* VILLA, V., «Hermenutic point of view e analisi delle norme», *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, LIX, 1982, pp. 721-731. Acerca de los problemas que plantea la noción de «seguir una regla», *vid.* IGLESIAS, M., «Una crítica al positivismo hartiano: El problema del seguimiento de reglas», *Analisi e diritto*, 1998, pp. 131-147. Sobre la distinción hartiana entre punto de vista interno y punto de vista externo me he ocupado en *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, MacGraw-Hill, 1999, pp. 92 y ss.

## III

Una de las tesis que el positivismo jurídico ha defendido con mayor insistencia es la tesis de la neutralidad<sup>11</sup>. Según ésta, dado que el Derecho se expresa a partir de ciertos hechos —y que su contenido puede ser cualquiera— entonces cabe admitir la posibilidad de que sea descrito de forma imparcial. La concepción objetivista, por tanto, se manifiesta en la idea de que la teoría jurídica puede hacer una representación absolutamente neutral del fenómeno jurídico.

Este planteamiento tiene su fundamento en la tesis descriptivista, que destaca la importancia de emplear categorías de carácter dicotómico en la aproximación al Derecho: una cosa es la descripción y otra la valoración, lo primero tiene un carácter objetivo y lo segundo subjetivo, en el primero intervienen los juicios de hecho y en el segundo los juicios de valor. También este enfoque se plasma en el ámbito de la interpretación, donde se diferencia entre la descripción y la atribución de significados.

La finalidad de Villa no es sustituir la distinción entre juicios de valor y juicios de hecho, entre la valoración y la descripción, sino poner de relieve que, desde el punto de vista constructivista, debe ser reformulada adecuadamente. Sólo si se analiza de otra manera esta forma de afrontar el análisis jurídico es posible compatibilizar el modelo constructivista con la neutralidad que predica el positivismo metodológico.

Por un lado, el constructivismo pone de relieve que los juicios de valor operan ya en los esquemas conceptuales que nos ayudan a seleccionar, reconstruir o interpretar aquello que queremos conocer (y el Derecho no se puede presentar aquí como una excepción). Aun cuando no seamos conscientes de ello o no suponga una intervención «fuerte» de elementos subjetivos, hay que tener en cuenta esta dimensión valorativa. Por otro lado, y sobre todo como consecuencia de la rematerialización que han experimentado muchas Constituciones actuales, ahora ya los valores no sólo están presentes en el sujeto que conoce sino también en el objeto. Es difícil negar que la atribución de significado a ciertos preceptos o la comprobación de la coherencia con la normatividad constitucional requiere la intervención de los juicios de valor. Precisamente, la corriente denominada positivismo inclusivo o *soft positivism* (donde cabe incluir a autores como Coleman, Hart y Waluchow)<sup>12</sup> ha destacado que la identificación del Derecho no se puede realizar prescindiendo de la moral desde el momento en que en los criterios de validez o pertenencia que figuran en la regla de reconocimiento aparecen pautas de contenido moral<sup>13</sup>. No se trata sólo de admitir la discrecionalidad judicial, que era reconocida ya por el positivismo kelseniano, sino también poner de mani-

<sup>11</sup> Hoerster sostiene que «en el centro del positivismo jurídico se encuentra la tesis de la neutralidad», HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J. M. SEÑA, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 16.

<sup>12</sup> Vid. COLEMAN, J., y LEITER, B., «Legal Positivism», D. PATTERSON (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 241-260. WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996. HART, H. L. A., «Postscript» a *The Concept of Law*, op. cit., p. 250.

<sup>13</sup> En relación con la identificación del Derecho, no me parece que reconocer la presencia de principios o pautas de carácter moral en los criterios que determinan la validez jurídica suponga, como llega a afirmar Susanna Pozzolo, admitir un cierto objetivismo moral, «Riflessioni su *inclusive e soft positivism*», *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 231-244, p. 242.



fiesto que la neutralidad debe ser entendida de otro modo porque en algunas ocasiones la presencia de juicios de valor es inevitable.

La visión dicotómica que separa tajantemente la esfera de la descripción y la de la valoración aparece muy bien reflejada en la caracterización de la validez. En efecto, hace ya algunos años Bobbio presentaba los juicios de validez como juicios de hecho ya que se limitan a verificar si una determinada norma pertenece a un sistema jurídico. Frente a estos enunciados descriptivos se contraponen los juicios de valor, que tienen que ver con la idea de la justicia y que se formulan desde un Derecho ideal<sup>14</sup>. La distinción entre el Derecho que «es» y el Derecho que «debe ser» supone así establecer una diferenciación radical entre la validez, que se trata del ámbito donde tiene cabida el criterio científico de la descripción, y la valoración, que supone la puerta de entrada al reino de la subjetividad. Ahora bien, no parece que los juicios de validez, que exigen una decisión acerca de la coherencia con los requisitos —no sólo formales sino también materiales— que determinan la pertenencia, tengan la misma naturaleza que los enunciados empíricos o fácticos. No voy a extenderme sobre ello, pero me parece que, como ha sostenido Ferrajoli, los juicios sobre la validez como pertenencia requieren en ocasiones (tendría sentido hablar aquí de casos fáciles y difíciles) el concurso de valoraciones<sup>15</sup>.

Este intento por elaborar una noción descriptiva de validez, que quizá encuentre en la interpretación kelseniana de la validez a partir de la producción normativa su principal punto de partida, también tuvo otra consecuencia importante. Así es, al oponer los juicios de valor con los juicios acerca del Derecho que «es», los juicios de valor se vinculaban con una noción ideal de Justicia y, por tanto, todos aparecían en un mismo plano o dentro de una misma clase<sup>16</sup>. Precisamente, una de las virtudes del constructivismo que propone Villa, en mi opinión, es poner de manifiesto que los juicios de valor no presentan una estructura, si se me permite la expresión, monolítica. Parece razonable pensar que existen distintos tipos de juicios de valor y que para ello se puede acudir a diferentes criterios (como el grado de subjetividad, el apoyo empírico, el modo de expresión, etc.) Así, quizá no sea lo mismo afirmar que «Pelé ha sido un buen jugador de fútbol», que «La xenofobia vulnera el principio de igualdad» o que «la Constitución española permite el derecho al aborto». En definitiva, la rígida distinción entre juicios de hecho y juicios de valor a la que conduce el descriptivismo no tiene en cuenta los distintos juicios de valor que existen y, además, aparecen incluidos en la esfera de la subjetividad, donde apenas se permite la entrada a un posible debate racional sobre los mismos.

Partiendo de la diferente tipología que presentan los juicios de valor, Villa sostiene que es posible compatibilizar el constructivismo con el positivismo metodológico ya que una cosa es la intervención de juicios de valor en función cognoscitiva o de carácter informativo, que pretenden dar cuenta del Derecho existente, y otra cosa son los juicios de valor de carácter político o

<sup>14</sup> BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho* (1954 y 1956), trad. E. ROZO, Madrid, Debate, 1991, pp. 33 y 34.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, L., «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione», en GLANFORMAGGIO, L., (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 459-520, pp. 470 y ss.

<sup>16</sup> Vid. VILLA, V., «La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo», *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 617-661, pp. 634 y ss.

ideológico que son aquellos que se realizan con el ánimo de modificar o crear Derecho nuevo<sup>17</sup>. Por tanto, un constructivista que diera noticia del Derecho y que empleara para ello juicios de valor con una función cognoscitiva se encontraría perfectamente dentro de las coordenadas del positivismo metodológico. Desde un enfoque constructivista también sería posible, en opinión de Villa, hablar de una interpretación cognoscitiva que tratara de dar noticia de ciertos significados preexistentes y no pretendiese atribuir significados o crear Derecho nuevo.

#### IV

Una vez que el constructivismo afirma que no caben descripciones «puras» porque siempre se interpreta a la luz de un esquema conceptual, es preciso plantearse si la actividad cognoscitiva requiere la adopción de una posición interna, es decir, si la visión epistemológica del constructivismo exige asumir el punto de vista del participante.

Aquí Villa maneja una interpretación del punto de vista interno cuyo aspecto volitivo se define como una aceptación moral. Ahora ya se emplea un punto de vista interno más reducido que la noción hartiana, pues se circunscribe su motivación a las razones morales. Y el punto de vista externo, que en la teoría de Hart representaba la posibilidad de dar noticia del Derecho de forma empírica a través de la regularidad de ciertas conductas y comportamientos, supone que no es preciso compartir o justificar la práctica de la que se está dando noticia. El punto de vista externo, que está relacionado con la tesis de la neutralidad, es la perspectiva que defiende comúnmente el positivismo jurídico<sup>18</sup>.

Pues bien, Villa sostiene la tesis positivista que establece que para conocer el Derecho no se necesita ser participante. Ahora bien, hay que volver a definir el punto de vista externo, ya que éste no se caracteriza por ser un punto de vista que permite informar de ciertos hechos y actuaciones de forma neutral. De acuerdo con Villa, los juicios de valor actúan tanto en el punto de vista externo como en el punto de vista interno. Lo que sucede, siguiendo con la importancia de distinguir diferentes tipos de juicios de valor, es que los juicios de valor que operan en el primero intervienen con la finalidad de comprender o reconstruir la práctica jurídica, de tal modo que tienen un carácter cognoscitivo ya que su propósito consiste en dar noticia de un Derecho existente. En el ámbito del punto de vista interno, en cambio, los juicios de valor que concurren lo hacen con la finalidad de aceptar y justificar ciertas decisiones o comportamientos. En este caso reconstruir la práctica jurídica supone justificarla<sup>19</sup>.

Villa defiende que la comprensión o reconstrucción de la práctica, aun cuando intervienen elementos valorativos, no comporta una actitud de aceptación o justificación de dicha práctica. Por ello el profesor italiano critica la tesis internalista —es decir, la teoría que afirma que para comprender hay que

<sup>17</sup> Vid. VILLA, V., *op. cit.*, pp. 258 y ss.

<sup>18</sup> Para Aarnio, el punto de vista externo también es llamado positivista porque enfatiza la objetividad, el conocimiento independiente y el empirismo, AARNIO, A., *On Legal Reasoning*, Turku, Turun, 1977, p. 3

<sup>19</sup> Vid. VILLA, V., *op. cit.*, pp. 285 y ss.

participar— que ha sido sostenida por autores como Dworkin, Shiner y Calsamiglia<sup>20</sup>. De este modo, el observador se encuentra en la posición adecuada para distinguir la valoración que supone admitir que la actividad epistemológica está orientada en todo caso por un esquema conceptual determinado, frente al tipo de valoración que realiza quien pretende llevar a cabo una tarea justificativa. En cambio, el participante tiene problemas o dificultades para diferenciar ambos tipos de actitud.

En definitiva, el modelo descriptivista de carácter empírico en el que, a veces de forma mecánica, se suele apoyar el positivismo jurídico debe ser revisado. La aportación de Villa supone suministrar un fundamento epistemológico más adecuado al positivismo jurídico para afrontar muchas de las críticas que normalmente se le imputan. Quizá el problema más importante del descriptivismo es que coloca todos los juicios de valor en el mismo plano y parte de la idea de que aquello que no es una descripción pertenece al ámbito, difícilmente controlable, de la ideología o la subjetividad. El constructivismo de Villa, en este sentido, mantiene dos tesis que perfectamente tienen cabida en el positivismo jurídico: 1) es posible describir el Derecho existente, aunque es conveniente explicar esa descripción en términos de reconstrucción, y 2) la neutralidad no debe ser entendida como la total ausencia de juicios de valor sino como la no aceptación del objeto que se pretende conocer<sup>21</sup>.

## V

En este último apartado quiero exponer algunas ideas críticas y resumir algunas de las tesis que me parecen especialmente interesantes del libro de Villa.

1. Sin duda, el constructivismo exige reinterpretar de algún modo la teoría de la verdad como correspondencia, ya que ésta tiene su punto de apoyo en la posibilidad de conocer la realidad de forma totalmente objetiva o neutral. Esta teoría aparece debilitada desde el momento en que se mantiene que toda actividad cognoscitiva se lleva a cabo a partir de ciertos esquemas conceptuales. Una vez que se admite este presupuesto epistemológico, me parece que resulta compatible la teoría de la correspondencia con el constructivismo, ya que nada impide que algunos criterios como la coherencia o la aceptabilidad (el consenso) puedan funcionar como pautas de corrección para sostener que una determinada proposición es verdadera. De este modo, creo que resulta relevante recuperar la noción de correspondencia -reconociendo el papel crucial de los esquemas conceptuales y que existen diferentes pautas para decidir sobre dicha correspondencia- para que sea posible hablar de la verdad en el ámbito jurídico.

2. La predilección por la definición del Derecho como una práctica social no se presenta en oposición a la visión del Derecho como fuerza. Sin embargo quizá no se pone demasiado énfasis en la importancia que desem-

<sup>20</sup> Vid. DWORKIN, R., *op. cit.*, p. 55. R. SHINER, *Norm and Nature*, Oxford, Clarendon Press, p. 159. CALSAMIGLIA, A., «Una visione del diritto dal punto di vista del partecipante», *Analisi e Diritto*, 1996, pp. 57-76.

<sup>21</sup> En este mismo sentido se pronuncia PRIETO, L., «Prólogo» a SASTRE, S., *op. cit.*, p. XV.

peña el uso o la convergencia de los comportamientos de los tribunales (entendidos como órganos ejecutivos en general) en dicha práctica.

3. La necesidad de profundizar en los distintos tipos de juicios de valor me parece uno de los aspectos más interesantes de la teoría de Villa. El profesor italiano sostiene que la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor debe ser reformulada ya que los juicios de valor intervienen necesariamente en el conocimiento. De lo que se trata es de diferenciar la finalidad que se persigue con el empleo de tales juicios de valor, y así cabe distinguir los juicios de valor de carácter cognoscitivo frente aquellos que responden a una determinada orientación política. Por tanto, el punto de llegada es reconocer –como hace el modelo descriptivista aunque desde otros postulados epistemológicos– que una cosa es describir el Derecho y otra modificar o crear nuevo Derecho. Frente a un anticuado descriptivismo, este planteamiento quizá permite ofrecer una noción de positivismo más ajustada y menos vulnerable a las críticas.

4. Echo en falta un desarrollo más pormenorizado de la relación entre el constructivismo que propone Villa y la teoría jurídica que defiende el positivismo inclusivo. Concretamente, quizá hubiera sido interesante haber profundizado en el papel de la regla de reconocimiento y, por tanto, en las condiciones de validez, a la hora de determinar la pertenencia de las normas al sistema jurídico.

5. Resulta muy sugerente la reelaboración de la tesis de los puntos de vista que propone Villa. Una vez que se pone de relieve que las valoraciones intervienen tanto en el punto de vista externo como en el interno, lo que les distingue es que en el primer caso se trata de juicios de valor de carácter cognoscitivo mientras que en el segundo son juicios de valor de tipo justificativo. De este modo, la neutralidad que suele caracterizar el punto de vista externo no aparece definida como la ausencia de juicios de valor sino como la no aceptación del objeto que se describe. En lo que no insiste Villa, y que quizá hubiera sido adecuado para profundizar más en la perspectiva del *outsider*, es la dimensión crítica que entraña un punto de vista externo de carácter político que permite enjuiciar el Derecho desde la moral crítica o ideal.

Santiago SASTRE ARIZA

**RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (Coord.): *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.**

Allende los mares nace un estudio que no pasará desapercibido para los interesados en la temática de los derechos fundamentales. En sus páginas encontramos la demostración inequívoca de la interrelación que existe entre la praxis judicial y la interpretación de cada uno de los derechos humanos. En última instancia, esta obra bien podría enmarcarse en la reflexión sobre los límites del poder. ¿Hasta dónde puede llegar el Estado? ¿Dónde se sitúa la frontera de la autonomía del individuo? ¿Qué margen de libertad queda al individuo en el Estado de bienestar? Por otra parte, lejos de lo que a veces se piensa, esta obra evidencia la proyección práctica de los problemas de la Filosofía del Derecho (interpretación jurídica, colisión de derechos, objeción de conciencia...). Con ello se hace hincapié en el carácter eminentemente práctico de la ciencia jurídica, un saber orientado fundamentalmente al obrar, como advierte el coordinador de la obra el profesor Renato Rabbi-Baldi en su introducción. Y es, precisamente en este aspecto, donde radica una de las virtudes más destacables de esta obra: la novedad de su planteamiento. El libro aquí reseñado recoge parte de las actividades organizadas por el Departamento de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Su propósito es el de reflejar la posibilidad que se desprende del estudio de los casos jurisprudenciales (en palabras de Dworkin «casos difíciles») para comprender la realidad jurídica. Y, a mi entender, sí que lo logra, sobre todo porque los puntos de vista desde los que se afrontan los distintos pronunciamientos judiciales difieren entre sí, dando mayor riqueza al debate.

La obra se articula en nueve capítulos que corresponden al análisis de otras tantas decisiones jurisprudenciales. Cada capítulo se encuentra precedido de una síntesis del caso, a fin de suministrar al lector una noción elemental de sus aspectos más salientes. En el capítulo primero se aborda la cuestión de si puede violarse la soberanía nacional para hacer valer un derecho individual (razón de Estado e inviolabilidad de la persona). La cuestión se complica cuando quien vulnera esa soberanía es la Corte Suprema de los EE.UU., el país contra el que se dirige es México y se trata de una cuestión de narcotráfico. En el comentario de los profesores Cueto Rúa y Vanossi se pone de manifiesto, desde distintos ángulos, las incongruencias de esta sentencia. El primero, después de examinar el papel que se le atribuye a la Corte Suprema de los EE.UU., considera que su dictamen ha sido más político que jurídico (encubriéndose en el recurso a la analogía). El Tribunal —dice— ha actuado no con el fin de resolver un supuesto concreto, sino con la convicción de que «al fallar un caso está definiendo criterios normativos de alcance genérico» (p. 41). Así, ha logrado solucionar, en cierta medida, un problema interno (narcotráfico), pero ha violado valores de máxima jerarquía, poniendo en peligro las relaciones internacionales pacíficas (p. 47). El prof. Vanossi, si bien concuerda con el fondo de la argumentación del prof. Cueto, sostiene que el fallo fue un error tanto desde el plano técnico-jurídico, como socio-político. Desde el primer punto de vista, falla estrepitosamente el precedente en el que se apoya, porque no coinciden las circunstancias en las que

se dictaron ambas decisiones. Desde el segundo, se revela que el narcotráfico no es una cuestión baladí, sino que es un problema nacional, siendo esta decisión una demostración de poder del gobierno para atajar ese problema y tranquilizar a la población. Se vislumbra una desconfianza en la justicia de otros países (sobre todo, de los latinoamericanos). La solución propuesta por el autor, *de lege ferenda*, vendría dada por la creación de una jurisdicción supranacional para resolver estos casos tan extremos.

En el segundo capítulo se estudian tres decisiones argentinas sobre la privación de libertad y el derecho a una duración razonable del proceso. La profesora de Derecho Constitucional, M.A. Gelli se centra en el conflicto existente entre el derecho de libertad y el interés estatal en preservar la seguridad y garantizar la aplicación de las penas, utilizando el instituto de la prisión preventiva. La cuestión se vuelve dificultosa cuando las normas aplicables se remiten a conceptos indeterminados, como el «plazo razonable». La autora, tras analizar la legislación y jurisprudencia acuñada al respecto, sostiene que en el caso en concreto (narcotráfico), sería de aplicación la exclusión del beneficio de la excarcelación transcurridos los plazos legales. No obstante, esta decisión no es extrapolable a otros supuestos, debiendo el intérprete fijar el significado de tal expresión a la luz de cada caso concreto.

La reflexión de O. L. Fappiano se centra en el análisis del supuesto desde la perspectiva de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Alude a principios consagrados en los Convenios internacionales que no pueden ser vulnerados por los Estados y que, en este caso, hubieran facilitado la solución, como por ejemplo, la «cláusula de persona más favorecida», el «derecho a la certidumbre», el «derecho a un proceso sin dilación»... *De iure condendo*, Fappiano aboga porque la persona pudiera vivir el proceso en libertad y sólo excepcionalmente fuera encarcelada.

En los dos capítulos siguientes se aborda la problemática de la esterilización en supuestos distintos: uno, en relación con los deficientes mentales, y otro, referido a la solicitud de una ligadura tubárica. Realmente, es en el primer caso donde se nos ofrece una mayor complejidad. El derecho a la integridad física de los deficientes mentales y prácticas esterilizadoras se examina con ocasión de un fallo del Tribunal Constitucional español (STC 215/94), en el que se dilucida la constitucionalidad del art. 428 del antiguo código penal español, en el que se permitía la esterilización de incapaces, si se cumplen ciertos requisitos. El Tribunal concluyó que no era inconstitucional. La doble perspectiva desde la que se abordan los comentarios a la sentencia (penal y filosófico-jurídica) da cuenta de la compleja problemática que plantean estas situaciones. Por un lado, el prof. J. J. Ávila ofrece un nuevo planteamiento de la cuestión desde el paradigma neocontractualista de Rawls, apelando al reconocimiento del derecho de la sexualidad, cuyo exiguo tratamiento en la sentencia del Tribunal español «oscureció los alcances y también los límites, de las dudas éticas que juegan en la situación que resolvió la resolución» (p. 88). Por otro lado, es digno de resaltar el profundo e interesante estudio que el prof. A. L. Martínez-Pujalte realiza. En él analiza, en un primer momento, las implicaciones de la teoría de la «garantía del contenido esencial» de los derechos fundamentales en relación con el derecho a la integridad física y, en concreto, con referencia a la esterilización de deficientes mentales; y, a continuación, la constitucionalidad de esta práctica al hilo de la argumentación del Tribunal español. El autor, a diferencia de la decisión judicial, sostiene que la autorización de la esterilización forzosa de los inca-

paces invade el contenido del derecho a la integridad física, al no establecerse las garantías necesarias para que se realice sin peligro para la salud del incapaz, conviniendo con algunos de los votos particulares de la sentencia en que «la exclusión de la punición en el Código Penal debiera haber ido acompañada de una ordenación legal en que se regulasen con claridad y precisión los presupuestos materiales de la medida» (p. 108). Por último, el profesor A. S. Andruet (h.) analiza la situación legal en Argentina de esta misma problemática. No existiendo legislación específica al respecto, opta por reconducir la problemática a las leyes que rigen la cuestión de fondo: el ejercicio de la medicina, la curatela y la ley de trasplantes de órganos. Teniendo en cuenta como principio general el carácter excepcional de la esterilización concluye que no se puede sostener la razonabilidad del consentimiento otorgado por el representante legal del incapaz, ya que la subrogación en el derecho personalísimo del incapaz por parte de tercero, constituiría una violación no ya de un derecho meramente positivo, sino antes de ello de un auténtico derecho natural (p. 124).

El quinto capítulo plantea el conflicto entre el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad. Se tratan varias cuestiones que podrían refundirse en dos: la primera, es la constitucionalidad de atribuir la consecuencia jurídica de determinación de la paternidad a quien se niega a realizarse las pruebas pertinentes; y, la segunda, qué derecho debe prevalecer el de la identidad o el de la intimidad. Para G. J. Bidart Campos, sería inconstitucional obligar coactivamente a alguien a someterse a la prueba de análisis, porque el derecho a la intimidad impide coactivamente extraer sangre a la persona que se niega (pág. 143) y, por lo tanto, también lo sería la presunción que se deriva de esa negativa, a pesar de que el derecho a la identidad es un problema filiatorio imposible de circunscribirse al ámbito privado. El profesor R. Vigo (h.) considera que aquí entra en juego un interés social ínsito en las relaciones familiares que obligaría a que se le realizasen las pruebas de paternidad. Aunque es cierto que otorgar la filiación a alguien deduciéndolo de una presunción es otorgar un derecho un poco a medias. Sin embargo, el modo de razonar de los jueces en este caso demuestra que, en definitiva, parafraseando a R. Dworkin, el derecho no es un sistema de reglas, sino un sistema de principios, esto es, que estamos simplemente desplazando en ese razonamiento el derecho que en *ese* momento no privilegamos (aquí, el derecho a la intimidad).

Se aborda en el capítulo siguiente un problema de gran complejidad que, incluso en España, ha suscitado vivas polémicas doctrinales y jurisprudenciales. Se trata del conflicto que se produce entre el derecho de libertad religiosa y el derecho a la vida. El debate se vuelve especialmente interesante, sobre todo, cuando nos deja un texto «histórico», pues fue una de las últimas intervenciones del eminente y fecundo profesor Carlos S. Nino. Los hechos son los siguientes. Un testigo de Jehová se negó a recibir una transfusión de sangre por considerar que tal procedimiento resultaba contrario a lo prescrito por su culto. Los profesores R. Bosca y H. A. Von Ustinov realizan un estudio exhaustivo acerca de la virtualidad del derecho a la objeción de conciencia por parte de la Corte, partiendo del principio de respeto a la persona, ante la cual todos los demás valores tienen siempre un carácter instrumental. Por su parte, el prof. C. Massini llama la atención sobre la polémica de fondo, esto es, ¿si alguien puede o no quitarse la vida o dejarse morir? Desde el planteamiento del iusnaturalismo clásico, se reivindica el carácter

social del ser del hombre que impide configurar el derecho a la vida como un derecho de disposición. Finalmente, el prof. Nino disiente de sus colegas. Acorde con sus aportaciones (*Ética y Derechos Humanos* o «La autonomía constitucional», en AA.VV., *La autonomía personal*, Cuadernos y Debates, 1992), defiende el valor de la autonomía como «una especie de meta-valor» (pág. 187) para guiar las decisiones que el Estado haya que tomar en este tipo de casos, pues, por un lado, la mayoría no tiene el derecho a imponer a los demás su ideal de virtud; y, por otro, la limitación misma de la democracia. Ésta no tiene valor epistémico en ideales de actitud personal, como es el caso.

Siguiendo con el derecho de libertad religiosa, el siguiente capítulo nos planta en otra dimensión del problema («Libertad religiosa, sacrificio de animales y protección de la salud pública»). El profesor Bosca nos muestra el recorrido del derecho a la libertad religiosa a través de la tradición jurídica norteamericana, de los documentos pontificios, así como la situación actual (sectas religiosas...). Navarro Floria centra el debate no en la supuesta violación de la salud pública o de los derechos de los animales, sino en la reacción a que se instale en ese municipio la «santería» como culto. En definitiva, se trata de deslindar los límites del ejercicio de libertad religiosa. La justificación –dice– va a estar dada por un interés estatal urgente y que sea estrictamente necesaria la extralimitación legislativa para proteger ese interés.

En el penúltimo capítulo del libro se aborda el tan manido conflicto entre el derecho al honor y a la propia imagen y el deber de informar de un modo veraz. El tema central es la existencia o no de responsabilidad civil por daño moral, exclusivamente por la publicación de una noticia de origen oficial, que a la postre resultó infundada. Lo más destacable de los comentarios que se realizan a la sentencia de la Corte Suprema argentina radica en la exposición que de la «doctrina de la real malicia», hace el profesor Spota. Ésta surge en una estructura de derecho anglosajón y se encuadra en el contexto de las responsabilidades éticas efectivas que pesan sobre el periodismo. Trata de superar los riesgos de la exigencia e inmediatez de la crónica periodística diaria, con lo que el periodista que realiza la crónica diaria no tiene responsabilidad por la noticia que publica, aunque después no resulte verdadera.

Finaliza esta obra con un interesante estudio acerca de los derechos previsionales, a raíz de tres decisiones de la Corte Suprema de Argentina. El prof. D. Cracogna realiza una síntesis de los distintos dictámenes que obligan a una reflexión de fondo, la de que la interpretación de las normas por parte de los jueces, en muchas ocasiones, obliga a una flexibilización de su tenor literal, a través de la equidad. El coordinador del libro pone fin a la obra con un profundo y exhaustivo análisis acerca de las tres decisiones. En su argumentación y disertación (primero, histórica y después aplicada a cada uno de los casos) surgen los temas más candentes que preocupan a la teoría del derecho (lagunas del ordenamiento jurídico, la equidad, la función judicial...), además de la evidente conexión que existe entre la praxis jurídica y la teoría del derecho. Me parece necesario resaltar una idea a la que él hace referencia y es que el Derecho no sólo es lógica, sino también experiencia. Husserl y Heidegger invitan a prestar especial atención al sentido liminar de los hechos. Los casos aquí planteados nos llevan a desechar los conflictos jurídicos como conflictos lógicos, sino más bien como conflictos axiológi-



cos, sobre todo, cuando estamos en presencia de derechos constitucionales. De ahí, se deriva la importancia en la teoría de la argumentación jurídica práctica la noción de la *aequitas* y, por otro lado, la particular cosmovisión cultural, filosófica y jurídica de los jueces.

La lectura de la obra corrobora la estrecha conexión entre los problemas de la teoría del Derecho y la vida real judicial, llevando a una mayor fundamentación la actividad de los jueces y a una ampliación del horizonte de los problemas teóricos. El profesor Rabbi-Baldi, aparte de sus interesantes aportaciones a las sentencias debatidas, tiene el mérito de presentarnos un instrumento imprescindible para quienes nos dedicamos a la temática de los derechos humanos en relación directa con la praxis.

Ana María MARCOS DEL CANO



V

**NOTICIAS**



## Sobre el congreso «I filosofi e il diritto» (Facultad de Derecho de la Universidad de Catania, 8-10 de febrero de 2000)

Por ANTONIO GIMÉNEZ MERINO

El actual proceso de mundialización de las relaciones sociales ha arrastrado al pensamiento social y político hacia una aguda «crisis de fundamentos». ¿Por dónde ha de moverse, en la época de *Internet* y de la experimentación biotecnológica, la reflexión acerca de los fundamentos, los métodos y las perspectivas del enorme saber teórico y práctico acumulado por la humanidad? ¿Puede el derecho, con unos estados sometidos a la presión de poderosos actores económicos supraestatales, poner límites reales a la peligrosidad *ontológica* de las nuevas tecnologías? ¿Puede la teoría política seguir operando bajo el presupuesto moderno de que la «esfera privada» carece de relevancia pública?

Interrogantes de este género ponen de relieve la dificultad de afrontar lo que podemos «pensar» y «hacer» en el presente, tal como se expresa en los documentos de presentación del congreso «I filosofi e il diritto». Este congreso tuvo su origen en la iniciativa del profesor Pietro Barcellona<sup>1</sup> de someter a un grupo de destacados pensadores italianos a un diálogo pluridisciplinar sobre los grandes problemas de nuestro tiempo<sup>2</sup>. Para

---

<sup>1</sup> P. Barcellona (Catania, 1936) es catedrático de Instituciones de Derecho Privado en la Universidad de Catania. Ha enseñado en las universidades de Palermo, Messina, Florencia y Roma. También ha sido miembro del Consejo Superior de la Magistratura italiana de 1976 a 1979 y diputado por el PCI de 1979 a 1983. Ha dirigido, desde Roma, la prestigiosa revista *Democrazia e diritto* y el Centro de Riforma dello Stato. Entre sus últimas publicaciones: *Quale politica per il prossimo millennio* (Bari, Dédalo, 2000), *Excursus sulla modernità* (Catania, CUECM, 1999); *Il racconto dell'Occidente* (CUECM, 1999); *Il declino dello Stato* (Dédalo, 1998); *Politica e passioni* (Torino, Bollati-Boringhieri, 1997) y *L'individuo sociale* (Genova, Costa & Nolan, 1996). Hay traducciones al español de *Il ritorno del legame sociale* (Bollati Boringhieri, 1990); *Postmodernidad y comunidad*, Madrid, Trotta, 1992) y *L'individualismo propietario* (Bollati Boringhieri, 1987; *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996).

<sup>2</sup> Protagonizaron las discusiones, en calidad de filósofos «teóricos»: Emmanuele Severino, Remo Bodei, Eugenio Mazzarella, Salvatore Natoli y Carlo Sini. Como filósofos del derecho y de la política: Luigi Alfieri, Alessandro Baratta, Pietro Barcellona, Alfonso Catania, Fabio

ello se tomó como punto de partida la crisis de la idea de Estado nacional como único detentador legítimo de la fuerza o, si se prefiere, la insuficiencia de los derechos públicos estatales para gobernar democráticamente la actual transformación del mundo. Se trataba, con esto, de reexaminar el compromiso del estado moderno de dar garantías de igualdad, libertad y protección a sus súbditos en vista del creciente poder que acumulan los grandes conglomerados económicos extraestatales.

Aparte de la importancia del tema y de los participantes, el primer mérito a destacar de este encuentro es haber intentado responder a la vieja exigencia de interdiscipliniedad entre la reflexión político-jurídica y la reflexión moral y social. Se buscó, sobre todo, reencontrar algún tipo de lenguaje común entre derecho y filosofía que permitiera echar luz sobre la creciente opacidad del poder contemporáneo. En segundo lugar, reexaminar la cuestión del «fundamento posible» de un ordenamiento jurídico en el período de la mundialización. En tercer lugar, caracterizar las líneas fundamentales de dicho período a partir de los nexos entre los diversos aspectos de la experiencia cotidiana y de la normativa. Y, por último, buscar nuevos puntos de referencia y criterios de orientación y de interpretación de tales tendencias.

También es destacable el método dialógico ideado por la organización: un tema general (la posibilidad de limitar jurídicamente los efectos indeseables de la «globalización»), dividido en subtemas, debía ser discutido públicamente en mesas redondas a partir de una presentación de perfil metapositivo. Se pretendía, con esto, interpelar a una serie de juristas sobre las grandes cuestiones filosófico-morales que suscita la mundialización económica. Así, a la discusión primera sobre el tema general abierta por E. Severino, se sucedieron otras sobre la configuración social del deseo (R. Bodei), la biotecnología (E. Mazzarella), el dolor (S. Natali), la tensión entre derecho y comunidad (R. Espósito) y el impacto de las nuevas tecnologías de la comunicación sobre la democracia (C. Sini). En lo que sigue, se tratará de resumir las líneas fundamentales de las discusiones, de indudable interés iusfilosófico.

Severino, en un discurso introductorio muy discutido, se refirió a la peligrosidad ontológica de la tecnociencia contemporánea como la consecuencia ulterior de la «alianza» del hombre con la técnica sellada en el pensamiento moderno. Para el *decano* de la filosofía italiana, el «defecto» de construcción de la modernidad consistiría en la sustitución del inmanentismo teológico característico de las sociedades premodernas por la técnica como nuevo símbolo de salvación (el «salvador teo-tecnológico»). Pues mientras la antigua fe religiosa por lo menos habría permitido la limitación del obrar a través de la unificación ideológica en torno a una «potencia suprema», la idea de la ilimitada capacidad humana de controlar la naturaleza (a través de la técnica) y el orden social (a través del derecho) habría puesto las bases de una espiral incontrolable de producción-destrucción.

---

Ciaramelli, Francesco D'Agostino, Francesco M. de Sanctis, Roberto Esposito, Luigi Ferrajoli, Giacomo Marramao, Bruno Montanari, Gianluigi Palombella, Eligio Resta y Bruno Romano. Como iuspublicistas: Augusto Barbera, Agostino Carrino y Mario Dogliani. Como iusprivatistas: Guido Alpa y Natalino Irti.

A juicio de Severino, el principal peligro de nuestra civilización está en la interiorización social de la idea de la «normatividad de la técnica»: que ésta se haya convertido en un fin en sí misma mediante la renuncia del hombre a imponerle límites morales. En tales términos basa este pensador su creencia sobre la imposibilidad de establecer un freno a la actual destrucción de la vida en el planeta.

Este planteamiento contempla al derecho positivo como una técnica incapaz de producir criterios que limiten la fuerza expansiva de la *razón tecnológica*: eliminado el derecho natural, la técnica jurídica se habría limitado *racionalmente* a «adecuarse» a la transformación continua del mundo, según el presupuesto moderno de que es ésta la verdadera condición de la prosperidad social.

La intervención reseñada puede servir de referencia para agrupar las demás en dos bloques: uno compuesto por el conjunto de argumentaciones que sacan partido, críticamente, del discurso de Severino; y otro, por cuatro posturas expresamente distanciadas de éste.

Por lo que hace al primer bloque, la reacción de los juristas consistió en negar la concepción del derecho moderno como una mera técnica abierta a cualquier contenido, en referencia a la capacidad de la norma de integrar un contenido ético. De modo que, admitida la secularización del derecho, limitar jurídicamente los avances científicos (N. Irti) es posible, para unos, si se da una complementaria pedagogía de la responsabilidad individual (E. Resta), y, para otros, si se dota al derecho de un nuevo contenido iusnaturalista. Para estos últimos, se trataría, por ejemplo, de impedir la manipulación tecnológica de la vida mediante la positivización del carácter *sagrado* de ésta (Mazzarella, D'Agostino). Esta posición, sin embargo, dejó sin explicar las condiciones de realización de principios de este género en el mundo que conocemos. Por lo que desató la duda de si la positivización de tales metacriterios puede garantizar algo más de lo que garantizan las actuales declaraciones universales de derechos.

Limitar efectivamente los riesgos que trae consigo el actual desarrollo de la tecnociencia, así como el débil control democrático sobre ésta pasa, para otros pensadores, por una mayor distribución social de la capacidad de decidir. Así cabe interpretar las referencias al problema de la «nueva invisibilidad» de las personas como sujetos políticos respecto al poder (R. Bodei) y al de la opacidad del poder contemporáneo (R. Espósito). Respecto a lo primero, Bodei dejó clara la inconsistencia de las teorías formalistas de la democracia respecto a dos grandes problemas del presente: la ausencia práctica de soberanía política entre las gentes de los países infradesarrollados, y, en los países prósperos, la hegemonía del consumismo, es decir, de una ideología del presente que hace prevalecer la actualización inmediata de los «deseos» sobre la capacidad de proyectar las «pasiones» hacia el futuro. En este sentido, F. Ciaramelli incidió en el poder de la industria publicitaria para naturalizar los deseos humanos en el tiempo-ahora. Si la naturaleza del deseo, señala Ciaramelli, es social (al poderse materializar sólo hacia el exterior) y proyectada hacia el futuro, la inducción industrial a satisfacerlo inmediatamente a través del consumo ilimitado bloquea el espacio para la discusión democrática

sobre sus límites posibles. En otras palabras, nuestra sociedad –al aceptar la ilusión de que es posible materializar inmediatamente cualquier deseo y al estar éste cada vez más vinculado a los avances técnicos– se somete al riesgo permanente de que la determinación social de las necesidades quede en manos de la industria.

Respecto al carácter opaco del poder en las sociedades contemporáneas, Espósito citó a Benjamín para recordar que una función primaria e irrenunciable del derecho es la de ocultar la violencia que le sostiene. Desde este punto de vista (interesante para recordar, en el contexto de la desregulación estatal, la necesidad de las corporaciones económicas supranacionales de que se mantengan estructuras estatales que hagan cumplir el contrato) Espósito llamó la atención sobre la función legitimadora del poder difuso actual que cumple la influyente teoría sistémica: ésta –al atribuir la legitimidad del sistema político y del derecho que en él se elabora a la institucionalización de procedimientos de decisión– «inmuniza» al poder jurídico, le separa de la «comunidad», como si uno y otra pudieran funcionar a través de lógicas diferenciadas.

Las posturas abiertamente críticas con el discurso trascendentalista de Severino trataron de fundamentar la posibilidad de una respuesta *prescriptiva* a los problemas del uso de la técnica en el mundo contemporáneo.

S. Natoli y C. Sini cuestionaron que se pueda predicar abstractamente una «omnipotencia» de la técnica. Ésta, según Natoli, siempre genera contrafinalidades, al necesitar de un espacio y de un tiempo concretos sobre los cuales desplegarse. Para Sini, además, el hecho de que las cosas estén siempre en relación de dependencia con las prácticas contradice la tesis sustancialista de Severino: el problema concreto, en el mundo que conocemos, es la invasión de las prácticas humanas por la técnica, como ejemplificaría paradigmáticamente la gran influencia del lenguaje informático en las formas de comunicación actuales. Examinada de esta forma concreta, la cuestión de si es posible limitar normativamente la técnica podría ser resuelta democráticamente.

Natoli también propuso una recuperación del antiguo sentido comunitario del dolor. En su opinión, sólo a través de una pedagogía que tome este aspecto en serio es posible difundir consciencia sobre el significado de las enormes desigualdades regionales que crea la mundialización económica. Pero Natoli –a diferencia de Resta– cree que el encargado de poner esto en práctica debe ser el Estado. Desde una perspectiva kantiana, este autor sostiene la conocida versión del Estado como asegurador, por un lado, del orden social (a través del monopolio de la fuerza) y, por otro lado, de la «vida» (a través del contenido garantista del derecho moderno). Natoli sostiene que, con la «globalización», mientras la primera de estas dos funciones se habría acentuado, la segunda estaría en retroceso por la disminución de la soberanía nacional de los Estados.

La confianza que aún expresan autores como Natoli en la capacidad del Derecho y del Estado para satisfacer la vinculación social choca, sin embargo, con el problema ya aludido de las masas que no cuentan con poder alguno que les asegure siquiera unos mínimos vitales. Por eso Marramao –aludiendo también a Benjamín– y A. Baratta propusieron



tomar en consideración «la autoridad de aquellos que sufren» –y no la «eticidad» del Estado moderno– como punto de partida más realista para una resolución democrática del dolor que genera, en proporción a su crecimiento, el capitalismo. También el iuspublicista A. Carrino se adhirió a esta postura, incidiendo en la crisis del constitucionalismo a la que ha arrastrado la fuerza del contrato privado en las nuevas relaciones de poder.

He aquí, probablemente, el punto más importante del Congreso de Catania. En las discusiones quedó claro que debatir públicamente sobre *el otro lado de nuestro bienestar* exige explicitar por lo menos dos cuestiones: la primera, la relación entre la actual creación de riqueza y la producción de sufrimiento en sectores amplios no sólo del «Tercer Mundo», sino de las propias «sociedades opulentas» (parados, enfermos, ancianos, mujeres, personas solas, etc.), y, en segundo lugar, la paradoja de que en dichas sociedades incomode hablar del sufrimiento, *tabú* de una cultura que predica la continua materialización de los deseos individuales en el tiempo presente. De hecho, la finitud de la vida, que es lo que nos recuerda la contemplación del dolor, siempre ha incomodado al pensamiento que hace apología del individuo.

Desde la óptica anterior, un sector significativo del pensamiento social actual cuestiona la ficción moderna de una «esfera privada» independiente del Estado. Tal y como pudo verse hacia el final de este encuentro de intelectuales, en que se abrió paso la idea de que la separación de «esferas» sirve para que el sufrimiento concreto de las personas no «infecte» a la comunidad.

En ese contexto, Baratta hizo recuerdo de Auschwitz como un episodio de la historia moderna que ilustra descarnadamente la poca consistencia del contenido garantista que se presume en el derecho moderno occidental. La historia parece demostrar que no hay una garantía sólida de que el Estado representativo respete siempre la protección jurídico-formal de los derechos fundamentales. Por lo que tal protección, para Baratta, juega un papel ocultador de la producción de desigualdades en el sistema social capitalista y de la exclusión de los desposeídos de la ciudadanía política. Ciudadanía que el Estado moderno no habría sido capaz de conceder universalmente ni siquiera en el período del *welfare*, que también es el del final del viejo colonialismo. Por eso, en la era de la mundialización, cuando las desigualdades son mayores que nunca, cualquier propuesta normativa de intervención democrática sobre los flujos capitalistas globales debe basarse, en opinión del director del Instituto de Filosofía Jurídica y Social de la Universidad de Saarbrücken, en la «pluricentralidad». En este sentido, una propuesta coherente con los propios postulados legitimadores del Estado moderno podría consistir en «dar voz» efectiva a todas aquellas personas, no sólo del *norte*, que hoy se ven afectadas por las decisiones de los entramados económicos supranacionales.

Las propuestas señaladas hasta ahora no tratan de invalidar, desde luego, las posibilidades de la técnica jurídica que conocemos. L. Ferrajoli, huyendo también de todo fundamentalismo, recordó que a pesar del actual hundimiento de la doctrina tradicional sobre el sistema de fuentes

del derecho, dicho sistema sigue siendo un instrumento valioso: para limitar la discrecionalidad del poder político (al positivizarse constitucionalmente unos mínimos garantistas) y para universalizar ciertos niveles de justicia a través del derecho internacional. El conflicto yugoeslavo, por ejemplo, habría puesto de relieve esto último, al avivar la exigencia democratizadora de un Tribunal Penal Internacional con las debidas garantías.

Pese a la gran crisis de lo público, Ferrajoli recuerda que aún queda en pie un espacio significativo de esta naturaleza. Sin embargo, la producción de derecho estatal choca frontalmente con la primacía fáctica de las fuentes privadas y metaestatales de creación de derecho. Como reconoce el autor de *Diritto e ragione*, dicha primacía está vaciando el contenido de las constituciones y deslegitimando el supuesto de la hegemonía de las fuentes estatales. Si esto es así, hay que coincidir con Ferrajoli en la enorme responsabilidad de la cultura jurídica actual frente a los problemas que la mundialización plantea a la teoría del derecho.

## Crónica del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (León, 8 y 9 de junio de 2000)

Por NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE

Universidad de León

Durante los días 8 y 9 de junio de 2000 se celebró, en León, el *II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público Básico de la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Con la asistencia de casi medio centenar de juristas se vieron superadas las expectativas de los directores del mencionado Seminario, el Prof. Dr. D. Juan Antonio García Amado (Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León) y el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de Derecho Penal de la misma Universidad). Éstos expresaron su satisfacción en la medida en que esta masiva asistencia daba cuenta de que su interés por acercarse a otras disciplinas conociendo otros modos de enfocar los mismos objetos y su deseo de «romper trabas mentales» eran compartidos por muchos. En efecto, lo que comenzó siendo, en 1999, cuando organizaron el *I Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, una reunión de unas veinte personas para discutir sobre el tema que para aquel encuentro se había elegido –«Libertad y culpabilidad»–, se ha transformado, con el éxito de esta segunda cita, en algo que supera el «formato» del Seminario. Por lo tanto, los organizadores se han planteado, para la próxima convocatoria de este encuentro, tanto alargar la duración del mismo como buscar cauces de financiación que permitan optimizar la atención que se dispense a los participantes.

El tema elegido para este *II Seminario* fue el siguiente: «Funcionalismo, Teoría de sistemas y Derecho Penal».

Las sesiones del jueves 8 de junio de 2000 se abrieron con una ponencia del Profesor doctor don Juan Antonio García Amado, titulada «Misión imposible. O de cómo ser al mismo tiempo sistémico y dogmático penal», en la que, tras analizar los elementos luhmanianos en la obra de Günther Jakobs y de sus discípulos (fundamentalmente H. Lesch), dio cuenta de la dificultad, si no de la imposibilidad, de ser «sistémico» sin provocar con ello una ruptura con conceptos y modos de razonar de la dogmática penal estándar.

A continuación, la ponencia del Profesor don Sergi Cardenal Montraveta –penalista de la Universidad de Barcelona–, «Reflexiones sobre la evolución histórica de la orientación y el método de la Ciencia del Derecho Penal», versó sobre los grandes rasgos de las diversas corrientes de la dogmática penal del siglo XX. Cabe señalar que dio lugar a una animada discusión entre filósofos y penalistas, haciéndose patente la diferente caracterización del positivismo jurídico que parece imperar en Filosofía del Derecho y en Derecho Penal.

Abrió las sesiones del viernes 9 de junio de 2000 el Prof. Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos de la Universidad Autónoma de Madrid, con unas «Consideraciones acerca de la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones sobre la pena y la dogmática jurídico-penal». Este penalista, después de reflexionar acerca del funcionalismo en Derecho Penal, de los rasgos esenciales de las teorías de Jakobs y de las críticas al mismo, y de las influencias variadas de la concepción funcionalista, destacó el papel muy problemático de la dogmática del último Jakobs y lamentó su simplificación del concepto de delito.

El Profesor don Evaristo Prieto Navarro, filósofo del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, fue el último en intervenir, con una ponencia titulada «Teoría de sistemas, control y Derecho Penal», en la que, fundamentalmente, vino a demostrar que el giro autopoético de Luhmann impide que su teoría sea de utilidad para la dogmática penal.

Los organizadores clausuraron este *II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal* con un deseo, el mantenimiento de los nuevos lazos de colaboración que surgieron en el marco de este encuentro y una pretensión, la de constituir una verdadera comunidad científica interdisciplinar. Por último, invitaron a que se les enviaran sugerencias de temas para futuras ediciones que se sumen a la propuesta formulada por el Profesor doctor don Manuel Atienza: reflexionar acerca de la teoría de la norma y de los sistemas normativos con la que trabajan los penalistas.

**VI**

**NECROLÓGICAS**



## In memoriam José F. Lorca Navarrete (1944-2000)

Por PABLO BADILLO O'FARRELL

Universidad de Sevilla

En la calurosa tarde romana del 7 de julio recibí una llamada desde Sevilla, que me anunciaba que el día anterior había fallecido en Málaga José Lorca Navarrete.

Aun sabiendo de su muy delicado estado de salud en los últimos meses, no me resigné a ello al recibir la noticia, y me costó mucho asumirla, amén de que se me agolparon súbitamente una ingente cantidad de recuerdos de una relación de amistad iniciada hace ya casi una treintena de años, desde su llegada a Sevilla, procedente de la Universidad de Granada, hasta los últimos días de su vida.

Pero la casualidad de que su muerte aconteciera durante mi estancia en Roma la subrayo, porque me vinieron a la memoria los fríos y lluviosos días de diciembre de 1976, cuando, al regreso de un Congreso celebrado en Palermo, José Lorca y yo decidimos detenernos durante unos días en la Ciudad Eterna, antes de nuestro regreso a Sevilla. En esos días, recordaba yo en la distancia del tiempo, percibí su profundo amor a la vida en todas sus posibles manifestaciones, así como su disposición para compartir vivencias con los amigos, pero también una capacidad absoluta para llevar consigo, en plena y absoluta soledad, determinadas realidades que nunca comunicó ni hizo partícipes de ellas ni siquiera a los amigos más íntimos, y que ahora al final de sus días se pone de manifiesto en su plenitud.

Esta discreción, que pienso que podía considerarse como un rasgo definitorio de su personalidad, y que pudiera verse incluso como una especie de suma elegancia vital, la mantuvo a lo largo de toda su vida, sin hacer en momento alguno la más mínima referencia a una posible debilidad en su ser, al menos de cara al público.

Como ya indiqué anteriormente, conocí a José Lorca en el mes de junio de 1972, cuando decidió abandonar la Universidad de Granada, en cuya Facultad de Derecho había cursado la Licenciatura en Derecho, obteniendo las más altas calificaciones, que le llevaron a obtener el Premio Nacional Fin de Carrera, así como a obtener el grado de Doctor bajo

la dirección del Profesor Nicolás María López Calera con una tesis sobre el pensamiento de Adolfo Posada, para continuar en Sevilla su carrera académica bajo la dirección del Profesor Francisco Elías de Tejada, a la sazón catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad hispalense.

En Sevilla, así como en Córdoba en los primeros compases del Colegio universitario, germen de la futura prestigiosa Facultad de esa ciudad, vivió Lorca días felices y plenos, tanto desde el punto de vista vital como de formación intelectual. Así, en enero de 1975 obtiene por oposición de ámbito nacional plaza de Profesor adjunto de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, en la que estuvo hasta su traslado a Málaga en enero de 1980 para encargarse de poner en marcha los primeros compases de la Facultad de Derecho malagueña.

En la Universidad malagueña ha permanecido hasta el fin de sus días, y en ella obtuvo la Cátedra en enero de 1988, tras un azaroso proceso del concurso-oposición, que se alargó un lustro desde el momento de la convocatoria hasta la conclusión del mismo, con recurso contencioso-administrativo incluido. También aquí manifestó un *decorum* absoluto, pues no hizo en momento alguno ningún tipo de victimismo, ni tampoco aireó los posibles detalles de aquella aleatoria oposición.

Sus años en Málaga fueron también años felices, tanto desde el punto de vista vital como académico, como tuvo ocasión de comprobar en todas las ocasiones en que fui invitado por el Departamento malagueño a dictar conferencias en esta Universidad, así como en las ocasiones que por motivo de otros actos académicos, tesis doctorales, concursos, etc., hubo ocasión de encontrarnos, o bien en sus visitas a su antigua Universidad hispalense.

Su vida publicística, amplia en extensión y en intereses, debe delimitarse claramente en tres bloques claramente diferenciados, que serían por una parte los trabajos referidos a historia de la filosofía jurídica, por otra los que se refieren a teoría general del derecho y derechos fundamentales, y por último los que tocan los aspectos más cotidianos de la actividad política.

Los trabajos de carácter histórico pueden considerarse desde su primera publicación en forma de libro dedicada a la obra de Adolfo Posada hasta el magnífico apéndice puesto a la traducción de la obra de Guido Fassó *Historia de la Filosofía del Derecho*, pasando por su intento de sistematización del pensamiento social y jurídico en Andalucía desde la Antigüedad hasta el Renacimiento, y del que a su muerte estaba preparando una nueva edición, que abarcaba hasta nuestros días.

Sus trabajos sobre teoría general del Derecho y sobre derechos fundamentales ocuparon en extensión quizá la mayor parte de su obra. En ellos se puede apreciar el acercamiento a ambos campos con una mirada en la que concurren no sólo la óptica del filósofo del derecho, sino también el control sobre las fuentes del derecho por parte de alguien que, como era el caso de José Lorca, tenía por formación y por vocación un dominio y una inclinación hacia el derecho positivo hartamente notable. Tal circunstancia favorecía por ello que los frutos de sus investigaciones resultaran muy enriquecedores, pues unía de manera notable el ámbito iuspositivo con la aspiración hacia la justicia, que fue una aspiración presente en toda su obra, y



no sólo tal, sino que, al haber hecho bandera de la defensa del derecho natural a lo largo de toda su obra, sus planteamientos tanto teóricos como prácticos pasaban ineludiblemente por la búsqueda del contenido imprescindible de justicia necesario en todas las normas jurídicas.

Por último, José Lorca tuvo una larga vida pública, que le llevó, desde el ser firmante del Pacto preautonómico andaluz de Antequera, a desempeñar cargos de responsabilidad tanto orgánica de partido como a desempeñar cargos de diputado autonómico o de concejal en el Ayuntamiento malagueño. Estas circunstancias le convirtieron en testigo privilegiado para, desde esa atalaya, legarnos unas crónicas políticas llenas de vida y de información de alguien que se encontraba en situación excepcional para tal labor.

En el ámbito académico logró aglutinar en la Facultad de Derecho de Málaga a un equipo de profesores con él formados que ocuparon tres plazas de profesores titulares, lo que en su momento fue un hito en la Facultad malagueña, y que siempre le llenó de íntima satisfacción; así como un buen número de tesis doctorales leídas y realizadas bajo su dirección.

De todas formas, y al margen de sus méritos docentes e investigadores, que no eran pocos, el recuerdo que más me interesa de José Lorca es el humano. Y es así porque cabe decirse que encarnó de manera muy especial una serie de virtudes hoy olvidadas o desplazadas a un lugar secundario. Así podemos decir que siempre vivió hasta sus últimas consecuencias la amistad, sin hacer ningún tipo de alardes hacia sus auténticos amigos. Para él resultaba de lo más enriquecedor pasar una larga y agradable velada con los viejos amigos, no obstante la posible distancia que el tiempo y las circunstancias pudieran haber puesto entre ellos. Para él la *amicitia* siempre fue uno de sus valores vitales más importantes, si no el que más.

En relación con este rasgo hay que destacar también, y de ello pueden dar crédito muchos de los que estuvieron próximos a él, que siempre fue un auténtico liberal de talante, aunque hoy se usa tanto este término, que en muchas ocasiones ha sido desposeído de su primigenio valor, pero puede decirse que José Lorca hizo de esta forma de vida una auténtica divisa de su existencia, porque como tal la entendió. Desde esa determinada forma de pensamiento supo respetar y hacer trabajar con él a personas que se situaban en planteamientos ideológicos diferentes, y que incluso podían ser considerados antagónicos. Para él lo más importante resultaba ser siempre la persona y sólo ésta, al margen de cualquier otra circunstancia.

Asimismo, hay que destacar entre los rasgos más destacados de su personalidad un auténtico culto a la *pietas*, en el sentido que los romanos concedieron a esta palabra. Lorca fue un hombre que tuvo auténtico respeto y veneración intelectual por sus maestros, los cuales mantuvo en todo momento, incluso en aquellas circunstancias que no resultaba popular, o que su manifestación podía haberle acarreado resultados adversos en algunos momentos de su vida académica.

Pero junto a esta virtud tuvo otra aún más destacada a mi entender, fue, como dije líneas antes, una auténtica veneración del *decorum*, del decoro, de la elegancia vital.

En cualquier ámbito de su vida que se pueda ahora recordar, al echar la mirada atrás en rememoranza de hechos o acontecimientos, se puede apreciar por encima de todo esta peculiaridad esencial a su persona. Cuando hablo de ella, quiero referirme a que su autorrespeto fue tal que siempre quiso mostrarse al mundo y a sus compañeros plenamente desnudo de elementos circunstanciales, por muy duros e importantes que éstos pudieran ser. Y esto es todavía más llamativo cuando en muchas ocasiones se han producido, por supuesto interesadamente, la mezcla o superposición de datos personales con otros profesionales para buscar determinadas metas o logros.

Sus duras condiciones vitales, especialmente en el último tramo de su vida, siempre fueron obviadas ante todos para evitar ser objeto de una consideración diferente a la que él por sí, sin más, pudiera obtener. Esta grandeza vital se ponía aún más de manifiesto cuando siempre, incluso en los momentos más difíciles, siempre quiso afrontar la realidad y los acontecimientos, de tal forma que resultaran siempre lo más agradables posibles para todos, llevando él, y sólo él, los aspectos más desagradables que pudieran derivarse de unas determinadas circunstancias.

Por ello cabe decirse que se ha marchado un hombre cabal, académico de vocación real y contrastada, amigo de sus amigos, y que lo ha hecho de la misma forma discreta y con la distinción que siempre fue santo y seña de toda su vida.

## In memoriam Albert Calsamiglia Blancafort (1949-2000)

Por JAVIER DE LUCAS

Universidad de Sevilla

El 21 de julio de 2000 falleció en Barcelona, a los cincuenta y un años, Albert Calsamiglia Blancafort, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Universidad a cuya puesta en marcha contribuyó decisivamente desde el momento de su fundación, en 1990, no sólo como miembro de la Comisión Gestora vicerrector, sino también como director del área de Filosofía del Derecho. Previamente, había sido profesor de las Universidades Central y Autónoma de Barcelona, y más recientemente visitante en Oxford

Uno de sus primeros trabajos, en 1978, fue el libro *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, que suponía en la práctica la recuperación rigurosa y crítica de la herencia de Kelsen en la Ciencia y en la Filosofía del Derecho en España, más allá de las descalificaciones ideológicas o de la banal interpretación que la obra del jurista vienés había sufrido en nuestro país durante casi cuarenta años. Su preocupación por los problemas de la dogmática jurídica le llevó, años más tarde, a preparar otro estudio, que tuvo una considerable difusión e influencia, no sólo entre los estudiantes sino también entre los investigadores, especialmente en sectores de la dogmática, que veían abierta así, en cierto modo, una posibilidad de diálogo con la Filosofía del Derecho: me refiero a su libro de 1986 *Introducción a la Ciencia jurídica*. Además, Calsamiglia supo advertir el impacto de la crítica al positivismo que significaba la obra de Dwoskin, que contribuyó a introducir entre nosotros desde su trabajo de 1984 que acompañaba a la traducción castellana de la obra de aquél, *Los derechos en serio*, y desarrolló a partir de ahí una línea crítica próxima al postpositivismo, como ha subrayado J. J. Moreso. Poco antes de su muerte, en el mismo año 2000, se publicó su último trabajo, que condensa sus preocupaciones de orden filosófico-político: *Cuestiones de lealtad*.

Creo que hay tres rasgos que resumen con cierta justicia el legado de Albert Calsamiglia, más allá incluso de sus aportaciones al debate filosó-

fico-jurídico mediante esos libros que he recordado y una buena lista de artículos y monografías que sería largo mencionar.

Me refiero en primer lugar a su esfuerzo por contribuir a crear una comunidad filosófico-jurídica con ciertos rasgos propios, que se concretó sobre todo en torno a la revista *Doxa* y a los grupos de trabajo que se han desarrollado a partir de esa iniciativa. Albert Calsamiglia dedicó una parte principal de su esfuerzo en el mundo académico precisamente a este objetivo: dotar a nuestra comunidad de medios en los que consolidarse y constituirse como tal: órganos de expresión, lugares y oportunidades de reunión y debate. Su contribución, así, es –al menos en mi opinión– más duradera y fructífera de lo que suele serlo la de un profesor que trata de cumplir con el mayor rigor su función docente e investigadora.

Además, creo que es –fue– uno de los rasgos más característicos de su trabajo la voluntad de crear lazos estables con los filósofos del derecho, de la política, pero más allá, con los dogmáticos y con los economistas, tratando de superar los estrechos límites disciplinares y, desde luego, las fronteras de campanario de la propia Universidad o incluso del propio país, lo que trasladó asimismo a numerosos trabajos, como por ejemplo su libro *Racionalidad y eficiencia del derecho* (1993). Esa voluntad se concretó en la organización de reuniones científicas, seminarios y debates en su Universidad, a los que invitaba a participar sin respetar etiquetas de escuela, y en su participación activa en otras tantas actividades en España y fuera de nuestro país, participación a la que espoleaba siempre a quienes le rodeaban y que contribuyó a establecer no sólo lazos sólidos con grupos de trabajo de otras Universidades, sino foros de discusión estables y revistas internacionales consolidadas, como *Ragion Pratica*, *Analisi del Diritto*, o *Rechtstheorie*, con la ayuda siempre de Ernesto Garzón Valdés

Finalmente, a su trabajo por consolidar un grupo de profesores e investigadores, a los que nunca llamó discípulos, ni los quiso así, aunque todos ellos, y no sólo ellos, se hayan beneficiado de su trabajo, de su magisterio, de su atención y de su insistencia en la prioridad de la libre crítica sobre cualquier tipo de lealtad. *Amicus Plato, sed magis veritas*, era el viejo aforismo que gustaba de repetir en más de una ocasión.

La huella que deja Albert Calsamiglia es, por todas esas y por otras muchas buenas razones, particularmente profunda: difícil de olvidar, sobre todo porque sobre ella camina ya toda una nueva generación de profesores que contribuyen ya a enriquecer el trabajo docente e investigador en la Filosofía del Derecho.

## 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 ESPESSO, 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 PECESBARBA 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. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español. FRANCISCO CARPINTERO, Naturrecht y Rechtsphilosophie. ÁNGELES LÓPEZ, Consideraciones históricas del kantismo en España. RAMÓN SORIANO, La oposición a la ilustración: Fréron y L'Année Littéraire. RAFAEL GONZÁLEZ TABLAS Y SASTRE, Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística.

## VOLUMEN IV (1987)

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FINES DEL SIGLO XX. ESPERANZA GUIÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad de la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALÉS, La fundamentación normativa de un principio igualitarista. – II. IHERING, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, Rudolf von Ihering. – III. ESTUDIOS. ALF ROSS, Autobiografía intelectual. ANA RUBIO CASTRO, Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross. ROBERTO J. VERNENGO, Derecho y lógica: Un balance provisorio. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Teoría pura y teoría 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 GUIÁN, Necesidad de una crítica de la razón pura práctica. – III. ESTUDIOS. NEIL MCDORMICK, Los derechos de los niños: Una prueba de fuego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico. Humanismo y Democracia en Karl K. Popper.

## VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, Sobre la ley como instrumento de la certeza en la Revolución de 1789. El modelo de Code Napoleón. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, La revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención. – II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deóntica del último Kelsen.

ENRIQUE 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 autoidentidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Higler Law, pactum uniones y pactum socialis.. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La crisis del principio de legalidad: La imagen jurídica-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración. FRANCISCO JAVIER DE LUCAS MARTÍN, Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. FERNANDO GALINDO, Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática. ROBERTO BERGALLI, Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: Un caso para el análisis. FRANCISCO PUY, En torno a la dicotomía democracia-demagogia. LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial. – II. ESTUDIOS. 1. DERECHO: FILOSOFÍA, TEORÍA. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La Sociedad y el Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, El lugar de la moderna teoría jurídica. JOSÉ JUAN MORESO, Ciencia jurídica y dualismo metodológico. MANUEL SEGURA ORTEGA, Sobre la noción de validez. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross. 2. DE LA MODERNIDAD. RAINER SPECHT, Derecho natural español. Clasicismo y modernidad. EMILIO MIKUNDA FRANCO, J. Lipsio: neoestoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia. 3. RETORNO ANGLOSAJÓN. JOHN CHRISTIAN LAURSEN, David Hume y el vocabulario político del escepticismo. MARÍA ELÓSEGUI, El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume. Smith y la ilustración escocesa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud. LOURDES GORDILLO, Una teoría utilitaria de la Justicia. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítico: H. L. A. Hart.

#### VOLUMEN VIII (1991)

I. ESPAÑA Y AMÉRICA, AYER Y HOY (1492-1992). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho. JAIME BRUTAU PRATS, La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de «guerra» de una filosofía de «paz». Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio –ayer y hoy–. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, Amé-



rica 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 GUISÁN, Los límites éticos de la democracia. FRANCISCO PUY, Sobre la antinomia universalidad-relativismo. ANDRÉS OLLERO, Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos. JULIO SEOANE PINILLA, La Ley sin mayúsculas. Diez avisos. ERNESTO J. VIDAL GIL, De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la justicia. ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. VICENTE BELLVER CAPELLA, La solidaridad ecológica como valor universal. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Justicia y diferencia. CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrismo musulmán. – II. ESTUDIOS. 1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, C. S. Nino y los derechos morales. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Notas sobre la igualdad. ROBERTO GARGARELLA, Crisis de representación, deliberación y «political correctness». ENRIQUE 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 EZQUE-

RRA, 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 ALEXY, Respuesta a F. Galindo. – V. INFORMACIONES. El utilitarismo contemporáneo como teoría aplicable. II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas. Breve reseña sobre las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. XVII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Reunión del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología (1995). – VI. CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Crónica Bibliográfica 1995. – VII. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. MARGARITA BELADIEZ ROJO, Los principios jurídicos (Joaquín R. Toubes Muñiz). NORBERTO BOBBIO, Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea (Fernando H. Llano Alonso). MANUEL CALVO GARCÍA, La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genealogía de la hermenéutica del control social) (José Ignacio Lacasta). AMEDEO G. CONTE, Filosofia del linguaggio normativo. – II. Studi 1982-1994 (Carlos Alarcón Cabrera). JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La Constitución como proceso y la desobediencia civil (Rafael Herranz Castillo). WILLIAM W. FISHER III Y OTROS (eds.), American legal realism (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA, Georges Sorel en su tiempo (1847-1922) (Teresa Picontó Novales). FRIEDRICH MÜLLER, Strukturierende Rechtslehre (Antonio Enrique Pérez Luño). LYGIA NEGRIE-DORMONT Y STAMATIOS TZITZIS, Criminologie de l'acte e philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des 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, *Deóntica 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, posmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo (José L. del Barco). JOHN HENRY SCHLEGEL, *American Legal Realism & Empirical Social Science* (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, La teoría de la tolerancia en John Locke (José María Lassalle). STAMATIOS TZITZIS, *La Philosophie Pénale* (José Calvo González). – V. NECROLÓGICA. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Francisco Tomás y Valiente: Una evocación prospectiva. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, José Luis López Aranguren, 1909-1996.

#### VOLUMEN XIV (1997)

I. PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL», TOLEDO, 20 Y 21 DE MARZO DE 1997. MANUEL ATIENZA, Estado de Derecho, argumentación e interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación. ANDRÉS OLLERO TASSARA, Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Ética pública-

Ética privada. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Estado constitucional y derechos de la tercera generación. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Derecho y punto de vista moral. – II. ESTUDIOS. 1. Estudios de Teoría del Derecho. CRISTINA GARCÍA PASCUAL, Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores. MILAGROS OTERO PARGA, Notas sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico. MARIO RUIZ SANZ, De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. SUSANA SÁNCHEZ FERRO, Analogía e imperio de la ley. 2. Estudios sobre Justicia y Derechos. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? CRISTINA HERMIDA DEL LLANO, Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, La Justicia social como correctora de la justicia protectora. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización. 3. Estudios de Historia del Pensamiento Jurídico. ROGER CAMPIONE, Introducción al pensamiento de Alessandro Passerin d'Entrèves. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch. 4. Estudios de Filosofía Política. PILAR ALLEGUE, En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural? XACOBE BASTIDA FREIXEIDO, Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, El riesgo nearistotélico. – III. DEBATES. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Réplica a los «Presupuestos ontológicos del Derecho», de Daniel González Ligier. DANIEL GONZÁLEZ LIGIER, De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín). BENJAMÍN RIVAYA, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo. RICARDO GARCÍA MANRIQUE, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo: respuesta a Benjamín Rivaya. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. J. BALLESTEROS Y J. PÉREZ ADÁN (editores). Sociedad y medio ambiente (M.<sup>a</sup> Carmen Herrando Pérez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.<sup>a</sup> ed.) (Carmelo José Gómez Torres). TERESA PICONTÓ NOVALES, La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos) (Miguel A. Ramos Ulgar). MANUEL PORRAS DEL CORRAL, Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos (Ángela Aparisi Miralles). LUIS PRIETO SANCHÍS (coordinador), Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos (José Luis Solana Ruiz). PEDRO RIVAS PALÁ, Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley (Antonio Luis Martínez Pujalte).

#### 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.<sup>a</sup> 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. XACOBE 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 discursos 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).

## VOLUMEN XVI (1999)

I. ESTUDIOS. I.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. PABLO RAÚL BONORINO: *Lógica y Prueba Judicial*. 2. PAOLO DI LUCIA: *Cómo hacer reglas con cosas*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *Teoría del Derecho, Sociología Jurídica y pseu-*

*dodisputas*. 4. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA: *Aporías del Derecho*. 5. CARLOS I. MASSINI CORREAS: *Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre un debate contemporáneo*. 6. ANTONIO M. PEÑA FREIRE: *Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales*. 7. MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO: *Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve*. 8. PEDRO A. TALAVEIRA FERNÁNDEZ: *Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España*. I.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. PILAR ALLEGUE AGUETE: *Pluralismo normativo, soberanía y diversidad cultural*. 2. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: *La elasticidad de la «razón de Estado»*. 3. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG: *La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública*. 4. DIEGO BETANCOR CURBELO: *La controversia creacionismo-evolución. Perspectiva jurídica*. 5. JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA: *El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. Von Savigny*. 6. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO: *Derecho de resistencia y Constituciones*. 7. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: *Ontología jurídica en perspectiva histórica*. 8. BLANCA RUIZ: *Cultura del conflicto y diversidad cultural*. 9. MARÍA DE LOURDES SOUZA: *La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura Sousa Santos*. – II. DEBATES. 1. ASCENSIÓN CAMBRÓN: A propósito del libro de Carlos Lema Añón, *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. 2. CARLOS LEMA AÑÓN: Respuesta a Ascensión Cambrón. – III. CRÍTICA DE LIBROS. 1. APARISI MIRALLES, A.: *El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho* (C. Velarde). 2. BODIN, J.: *Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas* (D. Blázquez Martín). 3. DE LORA DELTORO, P.: *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho* (G. Marcilla Córdoba). 4. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional* (Q. Tejada Gorráiz). 5. LOSANO, M. G.: *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves* (M.<sup>a</sup> J. Añón Roig). 6. MENGER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*. Versión española realizada por Adolfo Posada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez 1898. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez (Ernesto J. Vidal Gil). 7. NUSSBAUM, M. C.: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»* (E. Bea Pérez). 8. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Saggi di informatica giuridica* (R. GonzálezTablas Sastre). 9. SEGURA ORTEGA, M.: *La racionalidad jurídica* (Sonia E. Rodríguez Bone-te). 10. ZOLO, D.: *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico* (C. García Pascual). 11. LACASTA ZABALZA, J. I.: *España uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y su conciencia nacional e intelectual* (M.<sup>a</sup> José González Ordovás). – IV. NOTICIAS. 1. BERNUZ BENÉITEZ, M.<sup>a</sup> J., Reseña sobre el Primer Congreso Internacional Derecho y Sociedad (Bilbao, 5 y 6 de febrero de 1999). 2. Noticia de las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Valencia, 15 y 16 de abril de 1999). 3. Crónica del XIX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. – V. NECROLÓGICA. 1. IN MEMORIAN: Antonio Fernández-Galiano Fernández (1926-1999) (B. de Castro Cid).

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.







